



**UNIVERSIDAD
DEL AZUAY**

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

Facultad de Ciencias Jurídicas Escuela de Derecho

La determinación de la naturaleza del consentimiento presunto en las intervenciones médicas no consentidas.

**Trabajo de graduación previo a la obtención del título de Abogado
de los Tribunales de Justicia de la República.**

Autor:

Christian Rafael Villavicencio Arce

Directora:

Dra. Julia Elena Vázquez Moreno.

Cuenca-Ecuador 2019

DEDICATORIA

Este trabajo esta dedicado a Dios, mi familia y mis amigos.

AGRADECIMIENTOS

A Dios por ser quién me guió todos los días de mi vida y ser la mayor inspiración de todos los tiempos de lo que significa en verdad el amor y el sacrificio.

A mis padres, Rafael y Eulalia, porque no hubo un solo día que no me hicieran saber que estarían para mí, a ellos les debo todo.

A mi hermana, Bernarda, su calidad de profesional de la salud y su cariño ha hecho que sea una verdadera inspiración para el presente trabajo, gracias por todo tu amor.

A mis hermanos, Ivan y Alejandro, su lealtad y compañía diaria es un verdadero apoyo siempre.

A mi enamorada, Michelle, quien no dubitó un segundo en ayudarme y comprenderme todo este tiempo. Gracias por tu amor incondicional.

A mi directora, Doctora Julia Elena Vázquez Moreno, cuya guía y vasto conocimiento materializado en un real apoyo, ha provocado en mí un gran sentimiento de gratitud. Fue un honor aprender de usted.

A la Universidad del Azuay, por brindarme la oportunidad de estudiar la carrera que amo y ahora, convertirme en el profesional que anhelo ser.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA.....	I
AGRADECIMIENTOS	II
RESUMEN	V
ABSTRACT	VI
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I: DEL CONSENTIMIENTO EN MATERIA PENAL.....	3
1.1 Antecedentes.....	3
1.2. Acuerdo y Consentimiento.....	4
1.2.1. Concepto.....	4
1.2.2. Diferenciación y sus consecuencias.....	5
1.3. El Consentimiento como causa de exclusión del Tipo.....	6
1.3.1. Fundamento de esta teoría.....	6
1.3.2. Efectos de esta teoría.....	8
1.4. El Consentimiento como causa de exclusión de la Antijuridicidad.....	9
1.4.1. Fundamento de esta teoría.....	9
1.4.2. Efectos de esta teoría.....	10
1.5. Posiciones Eclécticas.....	11
1.5.1. Del Verbo Rector.....	11
1.5.2. Efectos de esta teoría.....	13
1.6. El Consentimiento en el Derecho Ecuatoriano	14
1.6.1. El Consentimiento en la Constitución de la República del Ecuador.....	15
1.6.2. El Consentimiento en la Ley Orgánica de la Salud.....	17
1.6.3. El Consentimiento en el Código Orgánico Integral Penal.....	19
1.6.3.1. Concepción del bien jurídico.....	19
1.6.3.2. ¿Causa De Atipicidad O De Justificación?	23
1.7. Requisitos Del Consentimiento.....	25
1.7.1. Capacidad de comprensión.....	25
1.7.2. Libre de vicios de la voluntad.....	28
1.7.2.1. Engaño.....	28
1.7.2.2. Error.....	29
1.7.2.3. Amenaza o violencia.....	30
1.7.3. Exteriorización.....	31
CAPITULO II: EL CONSENTIMIENTO PRESUNTO.	31
2.1. Naturaleza Jurídica.....	31
2.1.1. Teoría de la Agencia Oficiosa	32
2.1.2. Teoría del Estado de Necesidad Supralegal	33
2.1.3. Teoría Autónoma de Roxin	35
2.2. La subsidiariedad del consentimiento presunto.....	38
2.3. Criterios relevantes para la determinación del Consentimiento Presunto	40
2.3.1. ¿Consentimiento presunto en caso de actuación en interés propio?.....	40

2.3.2. La actuación en interés ajeno	42
2.3.2.1. Decisiones vinculadas a la situación objetiva	42
2.3.2.2. Decisiones vinculadas a la personalidad	43
2.3.2.3. Decisiones existenciales	45
2.4. Consecuencias de la determinación para el Estado ecuatoriano en materia Penal.....	47
2.4.1. El Código Orgánico Integral Penal y el Consentimiento Presunto	49
2.4.1.1. ¿Vulneración al principio de legalidad?	50
<i>CAPITULO III: LAS INTERVENCIONES QUIRURGICAS Y CONSENTIMIENTO PRESUNTO.....</i>	54
3.1. Legitimidad del acto médico y responsabilidad.	54
3.1.1. Iatrogenia.....	56
3.1.2. La Necesidad Médica y su Regulación	58
3.2. Clases de Intervenciones a grandes rasgos	60
3.2.1 Intervenciones no consentidas y el Consentimiento Presunto	61
3.2.2. Derechos y Obligaciones del Paciente.....	62
3.2.3. Derechos y Obligaciones del Médico	63
3.3. Legislaciones Extranjeras.	63
3.3.1. Estados Unidos.	64
3.3.2. Francia.	65
3.3.3. Argentina.	66
3.3.4. Colombia.	67
3.3.5. España.....	69
<i>CONCLUSIONES.....</i>	73
<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	79

RESUMEN

La doctrina jurídico penal de los diferentes países del mundo ha ido definiendo gradualmente la institución del consentimiento expreso e informado, así como el consentimiento presunto en el ámbito profesional de la actividad médica, hasta llegar al punto de entenderlo de diferentes maneras, aquello comporta una diferente conceptualización de las intervenciones quirúrgicas no consentidas, de manera que de acuerdo a la determinación de la naturaleza del consentimiento presunto, cambia las consecuencias jurídico penales para los profesionales de la salud.

El presente proyecto de investigación propone un análisis mas profundo del consentimiento presunto como institución jurídico penal, su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y las consecuencias para los pacientes y médicos dentro de las intervenciones quirúrgicas no consentidas.

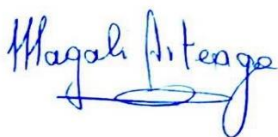
Palabras Clave: Derecho Penal, Consentimiento, Consentimiento Presunto, Médico, Paciente, Intervenciones no consentidas.

ABSTRACT

ABSTRACT

The legal-criminal doctrine of countries in the world has gradually defined the institution of informed consent and presumed consent in the professional field regarding medical activities up to the point of understanding the presumed consent in different ways. This consent has a different conceptualization regarding non-consensual surgical interventions, which changes the criminal and legal consequences for health professionals depending on the nature of the presumed consent. This research project proposes a deeper analysis of presumed consents as legal-criminal institution, its applicability in the Ecuadorian legal system and the consequences for patients and doctors within non-consensual surgical interventions.

Keywords: Criminal law, consent, presumptive consent, doctor, patient, non-consented interventions.



Translated by
Ing. Paúl Arpi

INTRODUCCIÓN

Las intervenciones quirúrgicas a grandes rasgos se dividen en tres clases: Las intervenciones quirúrgicas curativas; las intervenciones quirúrgicas no curativas, como aquellas con fines estéticos, y por último aquellas intervenciones quirúrgicas que por absoluta necesidad o por negligencia del médico, no se ha podido tomar el consentimiento del paciente, también llamadas no consentidas, en este punto es menester un análisis del consentimiento presunto.

La problemática radica en que la naturaleza del consentimiento presunto puede eventualmente significar una realidad u otra, no solo para el paciente sino para el profesional de la salud, toda vez que las consecuencias jurídico penales pueden ser amplificadas o disminuidas dependiendo del criterio que se adopte, ya sea este de un estado de necesidad, de una agencia oficiosa, etc. Consecuentemente la determinación de esta institución explica y resuelve mucha de la problemática de las intervenciones quirúrgicas no consentidas en un Estado de Derechos y Justicia que se erige sobre el principio de autonomía y libertad.

En ese sentido, el presente proyecto de investigación se enfocará en su primer capítulo a desarrollar a profundidad la institución del consentimiento expreso en el ámbito del Derecho Penal: el acuerdo, sus diferentes concepciones como causa de atipicidad o de exclusión de la antijuridicidad, la realidad de esta institución en el Derecho ecuatoriano, así como sus indispensables requisitos para que este sea válido.

Con la base necesaria la plasmada en el capítulo primero, en el segundo capítulo de el presente trabajo se enfocará totalmente en el Consentimiento Presunto y sus diferentes teorías que han llevado a entenderlo de múltiples maneras y ello degenerando en diferentes consecuencias para los ordenamientos jurídicos, así, este capítulo se centrará en averiguar la naturaleza de consentimiento presunto, los criterios mas relevantes para su determinación y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano analizando en este punto, una posible vulneración al principio de legalidad.

En el tercer capítulo de el presente proyecto, se analizará finalmente el consentimiento presunto dentro de las intervenciones médicas no consentidas, haciendo una necesaria puntualización acerca de la actividad médica como una necesidad dentro de cualquier sociedad civilizada, con estos parámetros expuestos, se analizará las responsabilidades, deberes y derechos tanto para los pacientes como de los profesionales de la salud, dentro de las intervenciones médicas no consentidas y por último se realizará un análisis comparativo de las diferentes legislaciones, su desarrollo legal y jurisprudencial del consentimiento expreso y presunto para finalmente llegar a la conclusión del presente proyecto de investigación.

CAPITULO I: DEL CONSENTIMIENTO EN MATERIA PENAL.

1.1 Antecedentes.

El término “consentimiento”, entendido “como la autorización o permiso para que se haga algo” proviene del latín *consentire*, y en su acepción originaria expresa la concordancia entre las partes o la uniformidad de opinión. Por tal razón se emplea la expresión mutuo consentimiento, con análogo significado. (Ríos Arenaldi, 2006)

El consentimiento para el Derecho Penal realza su importancia no solo en la actualidad sino precisamente a través de toda su historia ya que en este sentido es basta en contenido y por ello su necesaria mención, el consentimiento empieza a tener sus primeras pinceladas en Roma, aproximadamente entre los años 170-228 d. C. cuando el reconocido tratadista Ulpiano manifiesta “*Nulla iniuria est, quae in volentem fiat*” que significa: Lo que se realiza con la voluntad del lesionado, no constituye injusto (Roxin, 2010) que después se transformaría a la máxima jurídica “*volenti non fit iniuria*” que significa: respecto del que lo acepta no tiene lugar ningún injusto.

Se sostiene que si existe una hipotética renuncia al bien jurídico protegido, mal podría haber una lesión al mismo, toda vez que faltaría la tipicidad de aquella y consecuentemente el injusto decae, históricamente la cuestión radica en la disponibilidad o indisponibilidad de los bienes jurídicos; para la corriente hegeliana existía posibilidad de disponibilidad y consecuentemente la posible renuncia del bien jurídico por parte de su titular; para para la escuela tradicional del Derecho sin embargo, considera que el Derecho Penal como manifestación histórica de regulación del orden social, los bienes jurídicos que este protege no podrían estar a disponibilidad de cualquier individuo.

1.2. Acuerdo y Consentimiento.

1.2.1. Concepto.

La dogmática jurídico penal distingue al acuerdo del consentimiento, en donde el acuerdo vendría a ser una causa de atipicidad de la conducta, esto se justifica en que el acuerdo surge o se hace visible primordialmente en los delitos cuya acción típica es actuar en contra de la voluntad del lesionado, estos delitos son denominados por la teoría del delito como delitos de coacción, v. gr. Lo que sucede con el delito de violación, pero si la mujer mayor de edad asiente en el yacimiento o cópula con su pareja no existiría la tipicidad exigida por el artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal¹ (COIP, 2014) decayendo consecuentemente las restantes categorías del delito, no es que la coacción esta justificada por el acuerdo, sino que no existe coacción en absoluto, si el afectado esta de acuerdo con la acción del autor, el bien jurídico no sufre ninguna lesión en consecuencia.

No obstante, cuando se habla del consentimiento en sentido estricto, se hace referencia al mismo como manifestación del titular del bien jurídico que provoca la justificación de una acción típica, esto es, el consentimiento como una causa de justificación y no como una de atipicidad, un ejemplo claro de esto se ve cuando una persona consiente el que otra destruya un bien de propiedad de la primera, el consentimiento del dueño de la cosa no impide que la acción típica se configure, ni tampoco que el bien jurídico propiedad se lesione, es decir, estaríamos frente al delito de Daño a

¹ **Artículo 171.- Violación.** - Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse.
2. Cuando se utilice violencia, amenaza o intimidación.
3. Cuando la víctima sea menor de 14 años.

bien ajeno, contemplado el artículo 204² del cuerpo normativo antes mencionado,(COIP, 2014) con ello se concluye por parte de la doctrina mayoritaria, que el consentimiento en estricto sentido, al descansar en la renuncia del bien jurídico por parte de su titular, tendría una fuerza de justificación, mas no de atipicidad, aquello por la garantía de libertad de acción o autonomía de la voluntad concedido por la carta magna.

1.2.2. Diferenciación y sus consecuencias.

Como se ha mencionado anteriormente, para la doctrina mayoritaria existe una plena diferenciación entre el acuerdo y el consentimiento expreso, sin embargo, esta diferenciación es rechazada por autores como Roxin (Roxin, 2010), pero para poder exponer la forma en la que rechaza esta diferenciación, primero expone las consecuencias a las que llevaría aceptar esta diferenciación antes mencionada:

- ❖ Primeramente, se tiene en cuenta el contenido del acuerdo que es de carácter fáctico, mientras que el consentimiento es de carácter jurídico, así el acuerdo puede ser expresado internamente, mientras que el consentimiento debe ser expresado externamente a través de palabras o acciones.
- ❖ Para la eficacia del acuerdo se requiere únicamente la manifestación de la voluntad natural de la víctima como lo llama Roxin, incluso si esta esta perturbada mentalmente o no conoce aquello a lo que esta prestando su acuerdo, de manera que los vicios de la voluntad (error, fuerza o engaño) no podrían ser considerados para el acuerdo; el consentimiento por otra parte, requiere de requisitos explícitos para su validez como por ejemplo que quien consiente este en sus pleno juicio para poder tomar una decisión, consecuentemente los vicios del consentimiento deben ser necesariamente considerados.

² **Art. 204.- Daño a bien ajeno.** - La persona que destruya, inutilice o menoscabe un bien ajeno será sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses.

Como breve corolario, según Roxin que el acuerdo tiene una naturaleza puramente fáctica, de suerte que no perjudicaría en absoluto que quien acuerda no haya comprendido a cabalidad el contenido del bien jurídico, ni tampoco es menester que se haya manifestado expresamente el acuerdo o ser conocido por el autor.

Ante esto El tratadista Edgardo Donna plantea las siguientes objeciones fundadas:

El acuerdo no siempre tiene una naturaleza meramente fáctica, pero para saber cómo este acuerdo debe ser manifestado o puede ser influenciado por el error o engaño no es suficiente una respuesta genérica, sino hace falta observar a cada tipo de injusto en concreto para una adecuada solución a esta pregunta, (Donna, 2014) así para la exclusión del tipo de violación, si se trata de una persona mayor de edad hace falta únicamente la natural aprobación de la persona con la que se yace, pues se excluyen los numerales 1 y 3 del aculo 171 del COIP siendo únicamente posible la forma de configurarse con fuerza violencia o intimidación.

Es claro que Roxin plantea estas diferenciaciones, que a la postre demuestran que el acuerdo concebido como causa de atipicidad y el consentimiento como causa de justificación, vienen a plantear una serie de problemas, por ello, quienes avocan por el rechazo a esta diferenciación entre consentimiento y acuerdo, también rechazarían sus consecuencias, quedando como conclusión desde esta posición, que únicamente quien es titular del bien jurídico puede renunciar del mismo a través del consentimiento con efecto de atipicidad, mientras otra corriente mantiene esta diferenciación y por lo tanto el consentimiento tiene carácter de causa de justificación, para ello es necesario entender estas dos posiciones.

1.3. El Consentimiento como causa de exclusión del Tipo.

1.3.1. Fundamento de esta teoría.

Como se ha demostrado anteriormente, la corriente de Roxin al no aceptar la diferenciación entre consentimiento y acuerdo, la conclusión inmediata será que toda la renuncia eficaz a un bien jurídico por parte de su titular será atribuible al consentimiento con efecto de exclusión de la tipicidad, y la conclusión mediata será analizar que efectos conlleva aceptar al consentimiento como una causa de exclusión del tipo.

Roxin sostiene que el argumento clave para entender el consentimiento como causa de atipicidad es la Teoría Liberal (Roxin, 2010) pues bajo la concepción de que los bienes jurídicos son herramientas para el desarrollo del individuo dentro de la sociedad, no puede existir lesión alguna al bien jurídico cuando su titular realiza un acto de disposición del mismo, que no menoscaba su desarrollo sino que es parte del mismo, es decir que según este argumento, la renuncia a cierto bien jurídico constituiría también una forma de desarrollo del mismo cuando el titular de aquel bien así lo considera.

Esto es así en virtud de que los bienes jurídicos, para esta línea de pensamiento, no son objetos intangibles, sino trascienden a ser de utilidad de sus portadores, v. gr. Lo que sucede con la propiedad, este no es un objeto ideal, sino designación colectiva para denominar a la facultad de aprovechar o disponer la cosa que le pertenece a una persona de modo que le sirva para su libre desarrollo de la personalidad, aun cuando este aprovechamiento implique su renuncia, pues ¿Quién más que el titular del bien jurídico para conocer como este bien a de ser aprovechado?

En la misma línea esta el tratadista Thomas Weigend cuando menciona: “no se presenta ningún menoscabo jurídico penalmente relevante en los bienes jurídicos; pues el que consiente elige “precisamente la disposición que le deja libre el ordenamiento jurídico” (Weigend & Jescheck, 2002). Los pensamientos antes planteados no son tan descabellados si observamos nuestra Carta Magna ecuatoriana³ la cual reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad en su artículo

³ **Art. 66.-** Se reconoce y garantizará a las personas:

5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.

66 numeral 5, es decir esta teoría quizá podría tener su validez, sin embargo esto será analizando con mayor profundidad en lo posterior.

También se manifiesta en esta teoría que el pensar lo contrario, sería confundir el objeto del hecho con el bien jurídico, es decir en las intervenciones quirúrgicas existe una lesión objetivamente al objeto de hecho (el cuerpo) sin embargo, el bien jurídico (integridad física) se mantiene intacto pues si el titular del mismo, aunque con las restricciones del ordenamiento jurídico, ha desarrollado su personalidad a través de la disposición del bien jurídico y su actuar es atípico por un consentimiento eficaz, no obstante el consentimiento que no ha sido respetado o que no ha sido adecuado dentro de los límites que establece el ordenamiento jurídico, será del todo ineficaz y no tendrá efecto de causa de exclusión del tipo ni de causa de justificación de la antijuridicidad.

1.3.2. Efectos de esta teoría.

Al partir del hecho de que existe la garantía constitucional de libertad de acción y el libre desarrollo de la personalidad para el individuo ya expresada *ut supra*, el consentimiento eficazmente manifestado excluiría el desvalor de resultado y a su vez de una conducta descrita típicamente como intolerable. Se sabe que el derecho penal impide el desvalor material o de resultado, mediante la punición del desvalor de acto, pero con un consentimiento eficaz el cirujano que opera a su paciente, el fontanero que destruye una parte del suelo para reparar una tubería, o quien inyecta a un paciente para evitar una infección, no justifica a través del consentimiento un resultado típico o desvalor de resultado, sino que de entrada no existe desvalor de resultado y con ello tampoco desvalor de acto.

Otro efecto necesario que conlleva aceptar esta teoría significaría que jamás podría llegar a ser una causa de exclusión de la antijuridicidad (Roxin, 2010): Esta afirmación tiene una justificación de carácter estructural, todas las causas de justificación tiene una estructura similar: El principio de ponderación de intereses y de necesidad, es decir, existen ciertas situaciones excepcionales en donde es lícito para un individuo el sacrificio de un interés de menor valor para el ordenamiento

jurídico, frente a un interés de valor mayor, no obstante en el consentimiento no existe un conflicto de interés o necesidad ni para el que consiente, ni para el que actúa en ese hecho.

1.4. El Consentimiento como causa de exclusión de la Antijuridicidad.

1.4.1. Fundamento de esta teoría.

Para ciertos tratadistas como Edmund Mezger, la antijuridicidad puede estar excluida o no debe ser considerada si concurren ciertos principios, uno de ellos es cuando surge un supuesto que de entrada suprime el injusto, este es el principio de la ausencia de la necesidad de la protección o ausencia del injusto, especialmente se aplica este principio cuando se habla del consentimiento en materia penal (Mezger, 1989).

Se sabe que uno de los objetivos del Derecho Penal es la protección de los bienes jurídicos, por ello esta protección está también garantizada en la norma suprema que es la constitución, pero esta protección es independiente de la aquiescencia del titular de aquellos bienes (Weigend & Jescheck, 2002), por lo tanto cuando se abandona esa protección por el titular, a pesar del consentimiento, ese actuar es penalmente relevante, esto porque el Estado previene la posibilidad de que el titular no haya vislumbrado los perjuicios que podría acarrear su renuncia. Por ello no hay consentimiento sin conocimiento de los que se está renunciando, es decir que el consentimiento supone una capacidad de raciocinio y además tiene que estar libre de engaño o coacción y debe exteriorizarse de modo reconocible.

Es necesario esbozar dos de las teorías más importantes que han ido construyendo poco el criterio antes mencionado, teniendo en cuenta que el consentimiento ha ido variando conforme el punto de vista frente al cual este ha sido planteado:

- ❖ Teoría del negocio jurídico: Zitelman propone que el consentimiento del ofendido es un negocio jurídico que tiene como efecto el derecho revocable a la infracción (Ríos Arenaldi, 2006); dado que el ejercicio de un derecho no puede ser antijurídico, entonces el consentimiento

vendría a ser una causa de justificación, este autor parte del principio de la unidad del ordenamiento jurídico, afirmando que el concepto de antijuridicidad debe ser uniforme, en todas las áreas del Derecho, ya sea civil, administrativo, penal etc. Es por ello que llega a sostener que la totalidad de las causas de exclusión de la antijuridicidad del Derecho civil rigen de igual forma para el Derecho penal, sin embargo, esta teoría es fue rechazada por gran parte de la doctrina al confundir no solamente la diferencia entre una causa de justificación y un negocio jurídico, sino también esta teoría desconoce los diferentes fines que persigue el derecho penal y el derecho civil.

- ❖ Teoría de renuncia al interés: Esta teoría sostiene que el ordenamiento jurídico ha confiado en el titular de los bienes jurídicos para su protección, ergo cuando se consiente a través de la abdicación de los intereses, renuncia también a la protección penal (Donna, 2014). Esta teoría no logra justificar porque una renuncia subjetiva apoyada en móviles que perfectamente pueden ser inmorales, podría desvincular al Estado de su misión protectora de intereses, tampoco explica porque es preferente una renuncia de carácter privado frente a una protección de carácter público.

Ante esta críticas es necesario tener claro que los únicos bienes jurídicos susceptibles de ser amparados por el consentimiento, son aquellos que tengan el carácter de individual es decir que el que consiente sea el titular del bien jurídico y que no llegasen a afectar bienes jurídicos de terceros, así, no cabe el consentimiento en conducción bajo los efectos del alcohol, aborto, fraude electoral, homicidio, etc.

1.4.2. Efectos de esta teoría.

El consentimiento, una manifestación de la voluntad constitucionalmente consagrada, pero así mismo limitada a ciertos bienes jurídicos por vía del orden público, tendrá fuerza de causa de exclusión de la antijuridicidad, por eso cuando se emiten folletos publicitarios de carácter sexual o

cuando se ha revelado un secreto profesional por petición del paciente se habla de un consentimiento justificante, mas no una conducta atípica. (Donna, 2014)

Consecuencia de lo antes mencionado será que la eficacia del consentimiento si esta reconocida constitucionalmente pero únicamente respecto de ciertos bienes jurídicos, así por ejemplo cuando se comete homicidio por petición de quien pretende ser ejecutado⁴, o la persona que pone en peligro la vida ciertas personas, por petición de las mismas, colocándolas en situación de desamparo y ponga en peligro real su vida o integridad física, pues en estos casos el consentimiento no tiene cabida, se habla de los delitos contra la vida o integridad física⁵.

Se ha dicho también que de acuerdo a esta perspectiva, que los procedimientos quirúrgicos empleados por profesionales de la salud, serían lesiones corporales físicas penalmente típicas, pero justificadas por el consentimiento del paciente, a pesar de que muchos sostienen que esta última posición es un desbarate jurídico, los mismos sostienen que se requiere una regulación acerca de la tratamiento arbitrario del médico para evitar el continuo detrimento al derecho a la autodeterminación sobre el cuerpo y mas bien procurar su protección jurídica.

1.5. Posiciones Eclécticas.

Frente a las posiciones que se ha mencionado, es preciso señalar una posición ecléctica o también llamada intermedia, esta posición es muy importante en el ámbito doctrinario pues aborda una nueva perspectiva del consentimiento y en virtud de la cual se apreciará que existen ciertos bienes jurídicos que pueden ser renunciados y otros que el ordenamiento jurídico no lo permite, de suerte que las consecuencias jurídico penales serán diferentes con respecto a la tipicidad y la antijuridicidad.

1.5.1. Del Verbo Rector

⁴ La conducta seria punible conforme al artículo 144 del COIP

⁵ Delito de abandono conforme el artículo 153 del COIP

El tratadista Alfonso Echandía propone la idea que para averiguar la verdadera naturaleza del consentimiento, no solo se debe hacer un análisis en abstracto sino hay que necesariamente referirlo los verbos rectores de cada uno de los tipos penales en específico (Reyes Echandía, 1989). En efecto, cuando se realiza un análisis de los verbos rectores en específico se podrá ubicar de manera correcta al consentimiento dentro de la teoría del delito.

El verbo rector comporta una importancia especial dentro el ámbito jurídico penal, pues la misma encierra y comprende de manera clara el contenido de la conducta típica, solo de esa manera se podrá verificar el alcance del consentimiento en materia penal, pues de acuerdo con la conducta penalmente típica, un análisis del verbo rector podrá revelar si realmente aquella conducta se puede consentir o no, así, el tratadista Echandía propone los siguientes casos:

- ❖ Cuando el verbo rector describe una coartación a la voluntad del ofendido, el consentimiento será del todo irrelevante, v. gr. Lo que ocurre con el delito de restricción a la libertad de culto⁶, pues la conducta descrita es impedir a uno o más individuos profesar cualquier culto (COIP, 2014) con lo cual el consentimiento del sujeto pasivo en este caso se vuelve irrelevante.
- ❖ Cuando se trata de delitos cuyo verbo rector describe el consentimiento de los intervinientes, en estos casos a de examinarse el bien jurídico que el tipo penal en específico protege; Si el legislador pretendía proteger el interés jurídico de uno de los intervinientes que consiente, pues en caso de consentimiento no habría conducta punible, v. gr. el estupro⁷, pues al existir conciencia del sujeto pasivo de lo que hace sujeto activo no habría conducta antijurídica; Si el legislador pretendía proteger el interés jurídico de la sociedad como conjunto o del estado, el

⁶ **Art. 184.- Restricción a la libertad de culto.** - La persona que, empleando violencia, impida a uno o más individuos profesar cualquier culto, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

⁷ **Art. 167.- Estupro.** - La persona mayor de dieciocho años que recurriendo al engaño tenga relaciones sexuales con otra, mayor de catorce y menor de dieciocho años, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

que consiente será igualmente culpable de la conducta v. gr. el fraude procesal⁸ pues es una conducta que afecta los intereses de la sociedad y del Estado siendo el consentimiento en este caso irrelevante

- ❖ Por último, se aborda la idea de los tipos penales cuyo verbo rector describe una conducta en la que podría o no ser consentida por el sujeto pasivo, como lo que ocurre en el hurto, lesiones o incluso en el homicidio, aquí se hace una digresión necesaria, si el bien jurídico es indisponible, el consentimiento será inválido y solo si el ordenamiento jurídico a dado disposición de aquel bien jurídico a su titular, pues el consentimiento será válido y en esa línea deberá desarrollarse la teoría del consentimiento.

1.5.2. Efectos de esta teoría

Se acepta, por una parte, que el consentimiento tiene efecto de causa de exclusión de la tipicidad cuando el legislador ha empleado un verbo rector cuyo contenido apunta necesariamente a la acción u omisión de carácter inocuo (Reyes Echandía, 1989) v. gr. el delito de inseminación no consentida⁹ pues en este caso según el tratadista, la palabra inseminar, por sí mismo es irreprochable y como se ve, el delito pende del consentimiento o no del sujeto pasivo, consecuentemente el consentimiento eficaz en estos tipos de delitos, vuelven a la conducta atípica.

⁸ **Art. 272.- Fraude procesal.** - La persona que con el fin de inducir a engaño a la o al juez, en el decurso de un procedimiento civil o administrativo, antes de un procedimiento penal o durante él, oculte los instrumentos o pruebas, cambie el estado de las cosas, lugares o personas, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

⁹ **Art. 164.- Inseminación no consentida.** - La persona que insemine artificialmente o transfiera óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Sin embargo, cuando la conducta del sujeto activo se subsume plenamente en el tipo penal, a pesar de existir consentimiento del sujeto pasivo, la conducta es penalmente relevante, pero al existir una manifestación de la voluntad de carácter totalmente válido del titular al permitir la lesión de su derecho, decae la antijuridicidad y se vuelve una conducta justificada, v. gr. el delito de violación a la intimidad¹⁰, si X quema una carta porque su amigo Y así lo autorizó ya que no quiere saber nada de su novia (Reyes Echandía, 1989) entonces X estaría cometiendo típicamente el delito de violación a la intimidad pero su conducta esta justificada, pues a pesar que su conducta lesiona la inviolabilidad de correspondencia de su amigo Y, su conducta no será antijurídica porque su amigo consintió en esa lesión de derecho que en ese caso estaba a disposición de su titular.

Cabe realizar una crítica a la posición de Echandia en el supuesto del estupro pues por principio de subsunción y el principio de legalidad, si no existe engaño en el estupro, no hay conducta típica y falta de entrada el desvalor de resultado y consiguientemente el desvalor de acto, no se trata de una conducta antijurídica justificada sino de una conducta atípica por no cumplir a cabalidad lo que dicta el tipo penal.

Se dice finalmente que esta institución conocida como Consentimiento, es tan complicada regular que muchos países han optado en no incluirla en su normativa penal.

1.6. El Consentimiento en el Derecho Ecuatoriano

Como se verá mas adelante, la concepción del consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad dependerá mucho a su vez de la concepción de bien jurídico que tenga cada ordenamiento jurídico, es decir, qué clase de Derecho Penal tiene cada ordenamiento

¹⁰ **Art. 178.- Violación a la intimidad.** - La persona que, sin contar con el consentimiento o la autorización legal, acceda, intercepte, examine, retenga, grabe, reproduzca, difunda o publique datos personales, mensajes de datos, voz, audio y vídeo, objetos postales, información contenida en soportes informáticos, comunicaciones privadas o reservadas de otra persona por cualquier medio, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

No son aplicables estas normas para la persona que divulgue grabaciones de audio y vídeo en las que interviene personalmente, ni cuando se trata de información pública de acuerdo con lo previsto en la ley.

jurídico, es así que para Jakobs el Derecho Penal se legitima de carácter formal y material; Formalmente se valida cuando la carta magna o Constitución reconoce las normas de Derecho Penal; materialmente es válido porque las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de forma la sociedad y el Estado (Jakobs, 1996). De manera que es necesario revisar los cuerpos normativos más relevantes y su regulación respecto del consentimiento, empezando desde la norma suprema.

1.6.1. El Consentimiento en la Constitución de la República del Ecuador.

En el mes de julio del 2008 fue redactada una nueva constitución por la Asamblea Nacional Constituyente en Montecristi, en la provincia de Manabí y el mismo mes fue presentada por el organismo antes mencionado, luego mediante referéndum constitucional es aprobada y entra en vigencia la Constitución de la República del Ecuador del 2008, reemplazando a la anterior Constitución de 1998, desde su publicación en el Registro Oficial el 20 de octubre de 2008, cuya característica diferenciadora es el garantismo, dentro de estas garantías se contempla la inmediatez en la aplicación de los derechos establecidos en la Constitución:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

También se reconoce la salud que es de vital importancia en el tema que nos ocupa, no solo como un derecho fundamental sino como una garantía:

Art. 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la

cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir

También se observa que la Constitución del Ecuador establece en el capítulo sexto los derechos de libertad en donde existe un reconocimiento del consentimiento en base a la autonomía de la voluntad en el artículo 66 numeral 5, 9 y 10 pero también prevé sus límites en el mismo artículo en su numeral 3, con ello en parte se reconoce la libertad de acción constitucionalmente garantizada y ya mencionada por Roxin, pero a su vez se ve sus limitaciones claramente establecidas a esa libertad de acción:

“Art. 66.- *Se reconoce y garantizará a las personas:*

3. El derecho a la integridad personal, que incluye:

a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.

b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.

c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.

d) La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos.

5. **El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.**

9. **El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual.** El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.

10. **El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud** y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.” (CRE, 2008)

Igualmente, se reconoce en el artículo 362 del cuerpo normativo antes mencionado, ya como una garantía de rango constitucional, el hecho de que el médico debe contar obligatoriamente con el consentimiento del paciente y como se ha mencionado antes, estas garantías por estar contenidas en la constitución, son de directa e inmediata aplicación:

“Art. 362.- La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias.

Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes.” (CRE, 2008)

1.6.2. El Consentimiento en la Ley Orgánica de la Salud.

El 22 de diciembre de 2006 se publicó en el Registro Oficial en el suplemento 423, la Ley Orgánica de la Salud, cuerpo normativo que tiene como finalidad regular las acciones que permitan efectivizar el derecho universal a la salud consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, es decir, se habla del cuerpo de leyes mas importante en cuanto a la regulación de los

profesionales de la salud, así como el desarrollo de la salud vista como un derecho inherente a las personas.

En la ley antes mencionada, se tiene plena regulación del consentimiento por escrito del paciente visto desde tres pilares (LOS, 2018); El consentimiento como un derecho innegable del paciente y a ejercerlo a través de la autonomía de la voluntad, previsto en el artículo 7 literal h; El consentimiento como una exigencia de carácter obligatoria para los profesionales de la salud para cualquier intervención quirúrgica, previsto en el artículo 7 literal l; y por último el consentimiento como un requisito que aun siendo cumplido, no exime al médico de responsabilidad en caso de incurrir en inobservancia, impericia, imprudencia o negligencia, recordemos que los profesionales de la salud no responden por resultados sino por procedimientos, lo antes mencionado se verifica respectivamente en los siguientes artículos:

“Art. 7.- Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación a la salud, los siguientes derechos:

*h) **Ejercer la autonomía de su voluntad a través del consentimiento por escrito y tomar decisiones respecto a su estado de salud** y procedimientos de diagnóstico y tratamiento, salvo en los casos de urgencia, emergencia o riesgo para la vida de las personas y para la salud pública;*

*l) No ser objeto de pruebas, ensayos clínicos, de laboratorio o investigaciones, **sin su conocimiento y consentimiento previo por escrito;** ni ser sometida a pruebas o exámenes diagnósticos, excepto cuando la ley expresamente lo determine o en caso de emergencia o urgencia en que peligre su vida.” (LOS, 2018)*

“Art. 204.- El consentimiento o autorización del paciente o de la persona que le representa legalmente, no exime de responsabilidad al profesional o al servicio de salud en aquellos casos determinados en el artículo 202 de esta Ley. “ (LOS, 2018)

1.6.3. El Consentimiento en el Código Orgánico Integral Penal.

El 10 de febrero de 2014 se publicó en el Registro Oficial del Ecuador en el suplemento 180 el cuerpo de leyes conocido como el Código Orgánico Integral Penal, el mismo que se caracteriza especialmente por su estructura compleja al tener en su regulación no únicamente la parte sustantiva, sino también la parte adjetiva y ejecutiva de los procesos penales, el mismo tiene vital importancia porque revelará si el consentimiento es una causa de justificación o de exclusión de la tipicidad.

Es preciso mencionar que el consentimiento informado define el campo dentro del cual el profesional de la salud va a proceder amparado en las normas y reglamentos de la lex artis, y como se ha mencionado antes los profesionales de la salud al responder por procedimientos y no necesariamente por resultados, en el evento de que no se haya tomado el consentimiento del paciente y este fallece, aquella conducta podría adecuarse al tipo de homicidio culposo por mala práctica profesional¹¹, al tener de entrada la falta de consentimiento del paciente que constituye una inobservancia a reglamentos y daría un indicio para determinar la culpa, sin embargo el análisis de los delitos culposos merecen un estudio que escapa del objeto del presente proyecto de investigación.

1.6.3.1. Concepción del bien jurídico.

Como se ha relatado con exhaustividad, la concepción del consentimiento ha de responder a su vez de la concepción de bien jurídico que tiene cada ordenamiento jurídico como también de la disponibilidad e indisponibilidad de los mismos, este problema debe ser planteado a través de una pregunta inicial: ¿ Protege el Derecho penal los bienes jurídicos ? esta pregunta debe ser respondida a través de 3 diferentes teorías:

¹¹ **Art. 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional.** - La persona que, al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

1. Günther Jakobs encuentra errado partir de la tesis de la preexistencia de bienes previos al Derecho penal, o constituidos por éste, afirmando que el Derecho penal no garantiza la existencia de los bienes jurídicos sino sólo que las personas no ataquen esos bienes, es decir que lo que viene al garantizar el Derecho penal es la vigencia de la norma : “el derecho no es un muro de protección colocado alrededor de los bienes, sino que es una relación entre personas” (Jakobs, 2001)

En suma, el tratadista antes mencionado sostiene que no es posible proteger objetos físicos o semejantes bajo una relación jurídica, sino expectativas normativas, conductas de rol, desde un enfoque normativo del Derecho penal como un subsistema del control social, es decir desde el punto de vista del Derecho penal el bien no ha de representarse como objeto físico o algo similar, sino como norma, como expectativa garantizada, esto lo explica con un ejemplo: “cuando un juez comete prevaricación, no ha lesionado un bien existente en perfección e independiente de él con la denominación "correcta administración de justicia", sino que no ha generado aquella administración de justicia que debe existir.” (Jakobs, 2001)

La crítica a esta teoría es que es meramente descriptiva y no justificativa, pues describe y explica la dinámica social pero no es una teoría normativa por lo que no sirve, por sí sola, como criterio de legitimación material de las normas penales, mas bien, se tratarían de ideologías¹² meramente, antes que concepciones filosóficas sobre lo que persigue el Derecho penal (Ferrajoli, 2012)

2. Para otra parte la de la doctrina entiende que, de hecho, el Derecho penal protege el sustrato material de los bienes jurídicos, donde no existe consenso es en su definición pero una aproximación general dirá que: “Se entendería ante todo como un “bien”, esto es un favor,

¹² Las concepciones filosóficas en torno a los fines del Derecho y a sus fundamentos axiológicos, tienen siempre un significado y una dimensión pragmática. Presentarlas como descriptivas en lugar de justificarlas con base en sus implicaciones y en las opciones ético políticas que se encuentran detrás de éstas, equivale a transformarlas en ideologías. Por ello, si se es responsable, deben explicitarse tales opciones, aunque sea sólo porque sus implicaciones prácticas son razones no secundarias para su aceptación o para su rechazo. Por lo demás, ni la importancia de esta cuestión ni el empeño con el que se argumentan sus diferentes soluciones se comprenderían, si esto no tuviese ninguna implicación práctica” (Ferrajoli, 2012)

un beneficio, una merced, una condición, un reconocimiento o una facultad, un poder de disponer u obrar de cierta forma, una posibilidad de disposición que se le reconoce a la persona” y de allí que el calificativo jurídico se torne como un límite, de manera que su contenido, sus límites, su nivel de protección, sus ámbitos de ejercicio vienen dados por el ordenamiento jurídico general” (Gómez López, 2001) Sin embargo, el bien jurídico también se relaciona con la materia de la prohibición penal, responde a la pregunta qué castigar, cuándo prohibir.

La teoría antes planteada esta basada en el principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos, la misma consiste en que si una conducta no lesiona un bien jurídico entonces la conducta como tal carece de lesividad y por tanto no tiene relevancia jurídico penal: esta aseveración es respaldada por Ferrajoli bajo dos máximas: principio de ofensividad en abstracto: “Nadie puede ser castigado por un hecho que no ofenda bienes jurídicos de relevancia constitucional” y Principio de ofensividad en concreto: “Nadie puede ser castigado por un hecho que, aun correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por éste protegido, ningún daño o peligro”. (Ferrajoli, 2012)

Esto esta basado en que el delito no lesiona derechos subjetivos sino bienes jurídicos pues la noción de derecho subjetivo no se compatibilizaba bien con la idea de “lesión”, en la medida en que un derecho, materialmente, no es susceptible de ser lesionado; ciertamente, un derecho, al igual que una norma jurídica, puede vulnerarse, pero no lesionarse; susceptible de lesión sólo lo es, entonces, el substrato material del derecho subjetivo, es decir, la acepción de bien jurídico.

3. La concepción liberalista del bien jurídico propone algo nuevo, pues, a pesar de las diversas propuestas de definición que se han hecho sobre el bien jurídico, tradicionalmente se ha entendido que éste cumple con dos funciones básicas: una dogmática y otra crítica o externa. La función dogmática alude al concepto como el objeto efectivamente protegido por la norma penal. Es un criterio de orientación interpretativa, un elemento dogmático que se articula dentro de la estructura del delito; Por otro lado, la función crítica o externa,

implica abordar el concepto como criterio deslegitimador de supuestos de penalización donde no existe bien jurídico protegido, por ende, en su función crítica, el bien jurídico se ha pensado más como un criterio para deslegitimar la intervención punitiva que para legitimarla.¹³

Esta es la teoría que adopta el sistema ecuatoriano, dejando a salvo o aplicando también el principio de lesividad, pues si bien en el articulado del Código Orgánico Integral Penal casi no se hace referencia al bien jurídico, si lo podemos encontrar en la Exposición de Motivos de dicho cuerpo de leyes, en el punto dos “Imperativo constitucional” menciona: “En consecuencia es indispensable determinar **la correspondencia constitucional de los bienes jurídicos protegidos** y las garantías de quienes se someten a un proceso penal en calidad de víctimas o procesados para que estén adecuadamente regulados y protegidos.” (COIP, 2014)

Así mismo, en el punto 6 en el punto “Balance entre garantías y eficiencia de la justicia penal” menciona: “**Se limita la actuación del aparato punitivo del Estado. La o el juez es garante de los derechos de las partes en conflicto. El proceso se adecua a los grados de complejidad de los casos.** Las personas sometidas al poder penal -como víctimas o procesados- tienen, en todas sus etapas, derechos y garantías.” (COIP, 2014)

Con ello se justifica la versión dogmática como crítica de la teoría liberalista ; la versión dogmática porque se ha reconocido expresamente dentro de la exposición de motivos del Código Orgánico Integral Penal que este protege bienes jurídicos reconocidos constitucionalmente y como se ha expuesto, esto sirve como criterio interpretativo también dentro de la teoría del delito; por otro lado la función crítica esta también descrita al existir una limitación del poder punitivo del Estado y

¹³ “Una teoría del bien jurídico no puede casi nunca decirnos positivamente que una determinada proposición penal es justa cuando protege un determinado bien jurídico. Puede ofrecernos únicamente una serie de criterios negativos de deslegitimación, para afirmar que una determinada prohibición penal o la punición de un concreto comportamiento prohibido carece de justificación, o que ésta es escasa” (Ferrajoli, 2012)

también por parte de los jueces al existir la función garantista del órgano jurisdiccional, lo cual evita supuestos de penalización donde no existe bien jurídico protegido.

1.6.3.2. ¿Causa De Atipicidad O De Justificación?

Teniendo la certeza de que el objeto del Derecho penal para el ordenamiento jurídico ecuatoriano es la protección de bienes jurídicos partiendo de la teoría liberalista expuesto a detalle *ut supra*, es preciso exponer si los bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal ecuatoriano son susceptibles de ser renunciados a través del consentimiento del titular del bien jurídico, esto es, la disponibilidad o indisponibilidad de los bienes jurídicos para poder finalmente determinar si el consentimiento se trata de una causa de justificación o de exclusión de la tipicidad.

Juristas como Bacigalupo sostienen que la diferencia esta entre si el consentimiento esta amparado por la teoría del sustrato material del bien jurídico (en cuyo caso excluye la antijuridicidad) o si se trata de una lesión del ámbito de dominio autónomo del sujeto pasivo, es decir, la lesión de su voluntad respecto de la conservación del bien jurídico disponible (excluye la tipicidad):

“Diversa es la postura de quienes entienden que, en realidad, en los bienes jurídicos disponibles, es decir, respecto de los que el consentimiento puede excluir la responsabilidad, la acción sólo realiza el tipo en la medida en que importe una lesión del ámbito de dominio autónomo del sujeto pasivo: la lesión de su voluntad respecto de la conservación del bien jurídico. Desde este ángulo la lesión del sustrato material del bien jurídico es irrelevante. En consecuencia, el consentimiento, si tiene relevancia (lo que depende del poder de decisión sobre el mantenimiento del bien que el orden jurídico otorgue al particular), excluirá en todos los casos el tipo penal.” (Bacigalupo, 1996)

Bajo el análisis que se ha realizado respecto de los bienes jurídicos, se llego a la conclusión de que la teoría que maneja el ordenamiento jurídico ecuatoriano es la teoría liberal de los bienes jurídicos aplicando también el principio de lesividad ya antes descrito pues este se encuentra previsto en la

forma de una aceptación de que la concreción del daño o del peligro determinados son elementos constitutivos de todo delito¹⁴. Habiendo establecido esta base, queda preguntarnos cuando el consentimiento es una causa de justificación y cuando se trata de una causa de exclusión de la tipicidad:

El consentimiento excluiría ya la tipicidad cuando el tipo describe una acción cuyo carácter ilícito reside en el obrar contra la voluntad del sujeto pasivo: por ejemplo el delito de Violación de propiedad privada¹⁵ pues ya no existiría el presupuesto necesario “*en contra de la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirla*” exigido por el COIP decayendo la tipicidad del delito y por lo tanto no es una conducta penalmente relevante como lo expone el mismo cuerpo de leyes:

“Art. 25.- Tipicidad. - Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes.” (COIP, 2014)

El consentimiento excluiría, por el contrario, la antijuridicidad cuando el comportamiento del autor importe ya una lesión de un bien jurídico: por ejemplo, en el delito de Daño a bien ajeno¹⁶ pues aunque efectivamente existe una adecuación al tipo, de existir el consentimiento de la víctima, aunque exista una lesión del bien jurídico, esta estaría justificada, decayendo así la antijuridicidad descrita en el COIP, pues como se ha visto anteriormente, nadie puede ser castigado por un hecho

¹⁴ “En muchos sistemas socialistas el requisito de la lesividad viene enunciado expresamente en los códigos penales donde figura, sin embargo, no como un elemento estructural del delito sino como una condición en cuya ausencia se produce una eximente remitida a la valoración equitativa del juez, En otros casos, (...) que requieren, respectivamente, la existencia y la posibilidad, de un «resultado dañoso o peligroso como elemento estructural del delito” (Ferrajoli, 1995)

¹⁵ **Art. 181.- Violación de propiedad privada.** - La persona que, con engaños o de manera clandestina, ingrese o se mantenga en morada, casa, negocio, dependencia o recinto habitado por otra, en contra de la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirla, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.

¹⁶ **Art. 204.- Daño a bien ajeno.** - La persona que destruya, inutilice o menoscabe un bien ajeno será sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses.

que, aun correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por éste protegido, ningún daño o peligro tolerable por el ordenamiento jurídico:

“Art. 29.- Antijuridicidad. - Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código.” (COIP, 2014)

1.7. Requisitos Del Consentimiento.

Teniendo en cuenta que la naturaleza del consentimiento en el Derecho penal ecuatoriano, es preciso examinar cada uno de los requisitos necesarios para que este consentimiento sea válido y como tal pueda reconocerse como una causa de justificación o atipicidad, dependiendo del caso en concreto, recordando que, como ha mencionado Mezger, no necesariamente deberá obedecer a los requisitos prescritos por el derecho civil, pues se trata de una acción propia del ámbito jurídico penal, “ no es éste un negocio jurídico del derecho privado como admite la teoría del negocio jurídico de Zitelman, sino una acción jurídica de naturaleza propia” (Mezger, 1989) y por lo tanto, al consentimiento le deberá anteceder la capacidad de comprensión, que la voluntad este libre de vicios y su exteriorización deberá ser anterior a la acción.

1.7.1. Capacidad de comprensión.

Como se ha establecido previamente, esta capacidad no debe obedecer necesariamente a las reglas del derecho civil respecto de los negocios jurídicos, es así que Bacigalupo sostiene: “El sujeto debe poder comprender la significación de su consentimiento respecto de la acción que lesionará el objeto de la misma. No se requiere la capacidad establecida por el derecho civil para realizar negocios jurídicos. Es suficiente con "capacidad natural de comprender o juzgar" ” (Bacigalupo, 1996) con lo cual es ineficaz el consentimiento que preste una persona bajo los efectos del alcohol o de un niño, pues cuando se da una violación su esfera jurídica, el consentimiento no podrá ser eficaz por falta de capacidad para consentir, toda vez que se carece de la capacidad natural de comprender o juzgar.

Roxin sostiene en el mismo sentido que se requiere una "concreta capacidad de comprensión y de juicio" (Roxin, 2010) pero que a su vez esto es una cuestión de hecho y no depende de determinados límites de edad, de todas formas, en niños que penalmente tampoco son responsables, se negará por principio la capacidad de comprensión. En la práctica, la pregunta cobra sentido sobre todo en las intervenciones médicas pues se podrá afirmar aquí la capacidad de entendimiento en un joven que haya sido informado debidamente por el médico, de modo que es determinante la decisión del joven y no la decisión quizás discrepante del representante legal. Ahora bien, si la decisión tomada por el joven va en contra de todo sentido común médico, ello constituirá un fuerte indicio de carencia de capacidad de comprensión, por lo que entonces pasa a ser preferente la decisión del representante legal.

El mismo tratadista sostiene que será imprescindible una mejor regulación para las intervenciones quirúrgicas no indicadas y exigidas por menores: "Si, por ejemplo, un joven de 17 años quiere que le esterilicen, el médico tendrá que rechazar tal pretensión (salvo, por ejemplo, en caso de una enfermedad hereditaria grave del joven); pues una persona joven aún en desarrollo no puede, en su inmadurez, darse cuenta de que tal vez más tarde le gustaría fundar una familia y entonces se arrepentiría amargamente de una intervención irreparable"(Roxin, 2010)

La jurisprudencia ecuatoriana¹⁷ se ha pronunciado en el siguiente sentido en un juicio en el cual se alegó consentimiento cuando hubo violación de una discapacitada mental: "No se reconocerá valor al consentimiento de la víctima cuando esta sea persona con discapacidad mental o enfermedad mental, ya que se trata de alguien que no razona, y que, por tanto no tiene conocimiento alguno sobre sexualidad; además, depende de su edad mental para recordar o no los hechos acaecidos, de manera que se vuelve vulnerable ante el sujeto activo del delito que aprovecha la inferioridad mental que presenta la ofendida para perpetrar la infracción" (Gaceta Judicial, 2014)

¹⁷ Resolución No: 502-2013, Juicio: 1451-2013

Sin embargo, en el caso de los adultos, la plena capacidad para el consentimiento será la regla general, a menos que existan vicios del consentimiento como se verá mas adelante. Roxin trae un caso especial a colación del Tribunal Supremo Federal alemán del año 1978 cuyos fundamentos de hecho son los siguientes:

*“Una paciente **P** sufría desde hace años de unos fuertes dolores de cabeza, cuya causa no habían podido averiguar todos los esfuerzos médicos. En vista de ello, llegó al convencimiento de que sus dientes empastados habían originado el mal y manifestó su intención de sacarse estos dientes. El médico que la trataba le dio entender la inconsistencia de su suposición, pero no pudo hacerla cambiar de opinión y la remitió al dentista acusado **A**, el cual aclaró las circunstancias. También **A** comprobó que el estado de los dientes no podía ser la causa de los dolores de cabeza, y le comunicó a la paciente el diagnóstico. **P** no estaba segura de que la extracción de los dientes eliminaría los dolores de cabeza, pero persistía en su deseo de extraerlos, puesto que lo consideraba la única terapia que quedaba. Con la observación de que era asunto de ella si quería ‘sacarse los dientes’ o no, después de esto **A** llevó a cabo más tarde la extracción. Los dolores de cabeza no mejoraron.” (Roxin, 2010)*

En este caso el Tribunal Supremo Federal alemán consideró ineficaz el consentimiento y condenó a **A** por lesiones bajo el argumento de que “por la falta de comprensión” de **P** se había basado en “ignorancia y en un estado de ánimo que le impedía una ponderación racional de los argumentos médicos alegados”. Como **A** no había conseguido “que la idea que tenía la testigo... concordara con un juicio médico realista”, **A** debía haber renunciado a la extracción.

Estamos en evidente desacuerdo con este fallo y por una serie de razones no podría ser aplicado en el Ecuador: en primer lugar no hay nada que haga evidente un trastorno mental o psíquico de **P**; segundo, el consentimiento se erige sobre la libertad de acción constitucionalmente consagrada en el artículo 66 de dicho cuerpo normativo pues a través de la autonomía de la voluntad y también de la

información proporcionada por el médico **A**, la paciente **P** ejerció su derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud, aunque estas sean insensatas, jamás podrían ser punibles.

1.7.2. Libre de vicios de la voluntad.

Como se ha mencionado antes, la libertad de acción, autonomía de la voluntad o libre desarrollo de la personalidad es parte fundamental para entender el consentimiento, sin embargo, cuando esta libertad es coartada por engaños, error o amenazas, el consentimiento carece de validez por estar viciado desde su esencia que es la libertad de expresar la voluntad de cierto modo o forma. Hay que precisar que los vicios de la voluntad en el Derecho civil no se equiparan a los que mencionaremos en este momento porque las declaraciones de voluntad que adolecen de vicios de voluntad son, por de pronto, válidas y sólo posteriormente pueden ser impugnadas a libre elección del manifestante; por el contrario, en el Derecho penal debe constar en el momento de la intervención si el hecho es punible, es decir, la eficacia del consentimiento.

1.7.2.1. Engaño.

Muchas teorías se han empleado para poder aplicar al engaño como vicio de la voluntad en el ámbito penal, una de ellas es la que propone Artz, conocida como la teoría restrictiva del engaño (Roxin, 2010) esta teoría se basa que el engaño solo puede ser considerado un vicio del consentimiento si este conduce al error de la víctima respecto de la concepción del bien jurídico que esta en juego, y por lo tanto el que consiente no tiene idea de la peligrosidad o el alcance de su renuncia, por ejemplo: Si un paciente consiente en que un médico le aplique una inyección calmante para el dolor, pero el profesional de la salud jamás le informo los efectos dañinos o colaterales que podría tener esta inyección.

Como vemos en este caso existe un engaño conducente a un error respecto del bien jurídico protegido mismo que en este caso era la salud del paciente, la deliberada omisión en proveer información al paciente podría provocar la ineficacia del consentimiento por vía del engaño y entonces, adecuarse la conducta del profesional de la salud al delito de lesiones. La razón de esta aseveración es que la eficacia del consentimiento en derecho penal descansa la libre expresión del titular del bien jurídico como resultado de su libertad de acción o autonomía de la voluntad consagrado constitucionalmente, de manera que cuando existe un engaño, faltará esa expresión autónoma del titular del bien jurídico, pues este no visualiza en realidad la dimensión de lo que esta a punto de renunciar.

1.7.2.2. Error.

Una gran parte de la doctrina sostiene que un consentimiento influido por un error, incluso cuando el engaño no fue el antecedente, sino que el origen del error es la misma persona que consiente, también viciaría el consentimiento tornándolo ineficaz, estamos totalmente desacuerdo con ello y compartimos la posición de Roxin al mencionar como ejemplo esclarecedor “Si alguien quiere escribir a su vecino: "no estoy de acuerdo con que Ud. tale mi árbol que está en el lindero de la finca", pero si se olvida la palabra "no", entonces hay que partir de la existencia de un consentimiento ” (Roxin, 2010).

Es una verdad incontrarrestable que el Derecho penal castigará los hechos objetivamente expresados a través de actos, palabras, proferencias, etc. dejando de lado los meros pensamientos o intenciones no expresadas, con esta premisa es preciso concluir que el vecino que talo los árboles a pesar de que esto no fue querido por el quien escribió la carta, su conducta no será punible al estar amparado por el consentimiento, toda vez que lo que objetivamente fue expresado por el vecino fue que si quería que se talen esos árboles, si es que quien emitió la carta se dio cuenta de su yerro y expresamente manifiesta que no desea que sus árboles sean talados y existieron testigos que presenciaron tal declaración, pues en ese caso el resultado seria radicalmente diferente.

La excepción a esta regla es precisamente en el ámbito de la salud, con exactitud, en las intervenciones médicas, pues en ese caso el receptor del consentimiento tiene la obligación jurídica de informar al paciente de tal manera que no existan representaciones equivocadas, sobre el diagnóstico, naturaleza y alcance de la intervención quirúrgica, si no lo hace, no sería imputable el error al paciente sino al médico, toda vez que no se sabe que bien jurídico se está renunciando, de suerte que anularía su consentimiento por error y se podría incoar responsabilidad penal al profesional de salud.

1.7.2.3. Amenaza o violencia.

De entrada hay que advertir que si la amenaza o violencia irrumpe en la libertad de acción de la víctima para expresar su consentimiento, pues el mismo sería del todo ineficaz, con lo cual también se concluye que no toda amenaza será idónea para invalidar el consentimiento sino solo aquella que ha coartado el derecho de la autonomía de la voluntad o del libre desarrollo de la personalidad, protegido por el legislador a nivel constitucional, el límite entonces estaría en cuando la amenaza sea reprochable como delito por coacción, es decir cuando se ha vulnerado jurídico-penalmente la libertad de decisión.

Para esclarecer los enunciados antes expresados vale la pena los siguientes ejemplos: “Si una mujer consigue el consentimiento de su amigo para la destrucción de una cosa, mediante la amenaza de que de lo contrario no se casará con él, el consentimiento sigue siendo eficaz y, por tanto, su acción no es punible como daños; pues falta una coacción reprochable en el sentido del artículo 204 del COIP, porque la mujer amenaza únicamente con la omisión de una acción que no está obligada a realizar, y por consiguiente no atenta de manera jurídicamente relevante contra el ámbito de libertad del amenazado. Si, por el contrario, un sádico, amenazando con una denuncia, consigue el consentimiento de otro para ser azotado, responderá penalmente por lesiones, pues aquí existe una coacción.” (Roxin, 2010)

1.7.3. Exteriorización.

La exteriorización del consentimiento exige la compresión de dos supuestos: Primero, el consentimiento debe ser anterior a la acción, pues un consentimiento a posteriori sólo es perdón (Bacigalupo, 1996) y segundo, el consentimiento, se debe haber mantenido hasta el momento de la acción, es decir, es retractable o revocable.

Para su revocación tampoco puede ser suficiente el cambio de voluntad puramente interno, sino que debe exigirse su manifestación al exterior: Una autorización ulterior carece de influencia sobre la realización del tipo. Pues, de lo contrario, el perjudicado podría decidir sobre la pretensión penal estatal, lo cual va en contra del principio de oficialidad (o principio de intervención de oficio de la fiscalía) como cuando la víctima regala al ladrón lo robado, después del descubrimiento del hecho (Roxin, 2010). En los delitos perseguibles a instancia de parte, claro está que el perjudicado puede ahorrar al autor la persecución del hecho cuando renuncia a la interposición de la querella.

Ello tiene singular importancia en el caso de la intervención médico quirúrgica y en el tratamiento médico en general, pues es el fundamento del deber del médico de esclarecer al paciente respecto del tratamiento o intervención y sobre sus consecuencias.

CAPITULO II: EL CONSENTIMIENTO PRESUNTO.

2.1. Naturaleza Jurídica.

El consentimiento presunto es de importancia vital en el ámbito del Derecho Penal, mas aún debiendo destacar el tema del presente proyecto de investigación en virtud del cual, una intervención médica urgente es adecuada para preservar la salud o la vida de una persona, se menciona también que la aplicación jurídica del consentimiento presunto es muy amplia, ciertamente no se reserva para el campo médico pero su aplicación realza especial importancia

dentro de las intervenciones médicas. El consentimiento presunto, significa la suposición por parte del autor acerca de la manera como “seguramente” decidiría el titular del bien protegido, de conformidad a una determinada situación concreta, si la conociera y si a su respecto pudiera manifestarse.

Para entender de una mejor manera al consentimiento presunto, será preciso entender su naturaleza jurídica, pues la misma expresa con exactitud la esencia de algo o las propiedades de un ser que lo ubican en cierta categoría, en definitiva, la naturaleza jurídica coadyuva al verdadero entendimiento de cierta institución o concepto; la naturaleza jurídica del consentimiento presunto esta determinada por ciertas teorías que si bien han ido construyendo su concepto, cada una tendrá consecuencias diferentes, tanto para el paciente como para el médico.

2.1.1. Teoría de la Agencia Oficiosa

El autor Oscar Del Brutto sostiene que una interpretación que no se ha tomado en cuenta es la posibilidad de una relación cuasi-contractual entre el médico y el paciente que no ha podido dar su consentimiento, hablamos obviamente de una agencia oficiosa que en un supuesto dado podrá, por principios en los que se basa, sustentar aparentemente al consentimiento presunto en materia penal, en ese sentido agrega: “un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos.” (Del Brutto, 2018)

Si llega a interpretarse que la expresión “negocios de alguna persona” incluye el cuidado de la salud, podría concluirse que, en los casos en los que el paciente no presta su consentimiento, se configura una agencia oficiosa entre médico y paciente. Esto sería relevante porque tendría incidencia en el tipo de culpa por la que respondería el médico.” el autor sostiene, en definitiva, que esta figura podría cubrir los ámbitos del derecho civil y penal, para llegar a esos resultados es preciso mencionar que el autor Oscar Del Brutto se basó en un análisis de que la paupérrima jurisprudencia de nuestro ordenamiento jurídico no ha logrado regular de manera correcta el tema del consentimiento presunto, como tampoco lo ha hecho la normativa, por ello, ha basado su análisis en doctrina.

En la misma dirección apunta la sección 677 y 678 del código civil alemán del año 1900 cuando en su libro cuarto habla de la “Geschäftsführung ohne Auftrag” (Agencia sin autorización), en su parte pertinente reza: “El agente voluntario debe notificar al director, tan pronto como sea posible, de su asunción de la agencia y, si el aplazamiento no conlleva peligro, esperar la decisión del director” (BGB, 1900) en este sentido se muestra más semejanza aun con el consentimiento presunto por subsidiaridad que este comparte, pero también se puede destacar la importancia que el ordenamiento jurídico alemán impone al “agente voluntario” de comunicar lo antes posible la agencia que esta realizando al “director”, es decir a la persona en cuyo favor se ha obrado.

Habría entonces que preguntarse las consecuencias de aceptar esta teoría en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: Los puntos fuertes de estas posiciones obviamente estriban en el hecho de basarse en la gestión de negocios de otra persona que puede, en su momento, asociarse o justificar una intervención médica no consentida, pero lamentablemente sus puntos débiles también son múltiples, así, el cuasi-contrato es un acto lícito, voluntario y no convencional que impone determinadas obligaciones, el consentimiento presunto es un acto ilícito pero justificado por el ordenamiento jurídico. A pesar de eso estas posiciones son muy relevantes para mostrar los intentos de justificar el actuar médico no consentido, hasta desde una perspectiva civil.

No obstante, las consecuencias serían nefastas no solo para la relación médico-paciente sino también para el ordenamiento jurídico en su totalidad, toda vez que al confundirse el consentimiento en materia penal y en materia civil podría llegar a ser punibles conductas como meros incumplimientos de carácter civil, aquello no solo provocaría inseguridad jurídica sino atentaría completamente contra el principio de legalidad en materia penal.

2.1.2. Teoría del Estado de Necesidad Supralegal

Diferente criterio al respecto, lo sostiene H. Welzel, pues “si el lesionado no puede consentir, entonces el hecho realizado en su interés es adecuado al derecho, si, según un juicio objetivo, hubiera sido de

esperar su consentimiento” (Welzel, 1956) parece que la posición de una agencia sin mandato no parece ser suficiente sino mas bien la fundamenta en el una variante del estado de necesidad justificante o como el lo llama: “Estado de Necesidad Suprlegal” (Welzel, 1956) máxime por existir un actuar positivo en favor del paciente que deberá complementarse con una restrictiva perspectiva del consentimiento que únicamente busca impedir un exceso en la intromisión de terceros, de manera que incluso si existe un consentimiento opuesto, eventualmente podría ser justificado por la importancia del interés positivo en el cual se actuó, de suerte que el médico deberá hacer la valoración del interés superior.

En este punto, también es necesario resaltar la opinión de Gerald Dworkin, que si bien acepta que uno de los pilares sobre los cuales se levanta los ordenamientos jurídicos modernos es el consentimiento informado, mismo que garantiza derechos como la autodeterminación, autonomía, libertad, integridad, dignidad, etc. (Dworkin, 2003). Sin embargo, esto deberá admitir una excepción cuando se trate de situaciones de emergencia, entendidas como aquellas en las cuales el paciente esta incapacitado de dar su consentimiento o de recibir información de cualquier clase, en este supuesto, la autonomía se lesiona con el único fin con de preservar a la misma para el futuro, es decir, obrar positivamente en favor de los intereses del paciente para que este pueda prestar su consentimiento en futuro cuando este se encuentre consiente, esto es, el estado de necesidad justificante, solo así se justificarían las intervenciones médicas no consentidas.

Dworking también sostiene que a veces el consentimiento no es imposible de conseguir pero esperar hasta que se dé dicho consentimiento podría significar un gran riesgo para el paciente, el autor clarifica su posición con el siguiente caso : Supongamos que incluso la vida no esta en juego, sino un miembro del cuerpo como la mano, entonces, si llega un paciente cuya mano se encuentra desprendida de su cuerpo por un accidente, sin embargo existe la posibilidad de que su mano pueda ser reincorporada en su cuerpo con una inmediata microcirugía, no obstante, el único idioma que habla el paciente es Serbo-Croata y el tiempo que tomaría conseguir un traductor podría hacer que la operación sea inefectiva, según esta posición, el estado necesidad suprlegal podría justificar esta actuación bajo un análisis ex ante de la situación por obrar en favor de los intereses del paciente.

Estas opiniones tienen argumentos fuertes, ya que se habla de un ordenamiento jurídico que se erige sobre el consentimiento informado, pero incluso aquel, admite excepciones cuando se trata de circunstancias emergentes, ambos autores lo justifican desde el punto de vista del interés del paciente, simplemente con la diferencia que Welzel lo cataloga dentro de un estado de necesidad que es un término estrictamente jurídico y Dworkin lo denomina “situaciones emergentes” únicamente para salvaguardar la autonomía del paciente que será exteriorizada cuando este consiente, sin embargo ambos autores plantean la misma justificación para validar su teoría, esto es, el actuar positivo en favor del interés del paciente cuando no sea posible obtener su consentimiento.

Opiniones vitales para la fundamentación de la tesis que se plantea defender, toda vez que ambas opiniones reflejan un paradigma de justificación no únicamente jurídico sino también filosófico que ayuda de manera innegable para el entendimiento integral de este tema, sin embargo, las opiniones aquí vertidas confunden dos instituciones jurídicas, que aunque tienen ciertas semejanzas, son esencialmente diferentes, esto es, el estado de necesidad justificante y el consentimiento presunto; sería un grave error no solamente normativo, sino doctrinariamente hablando, confundir el consentimiento presunto con el estado de necesidad justificante, pues si se pretende justificar la naturaleza de una institución jurídica no se puede acuñar otra institución de casi la misma categoría, pues ambas son causas de justificación, pero con características diferentes que realzan su individualidad, como se expondrá en lo posterior.

2.1.3. Teoría Autónoma de Roxin

El consentimiento presunto para Claus Roxin, ante todo es una causa de justificación por riesgo permitido¹⁸, concordando con la mayoría de la doctrina en que elimina la antijuridicidad, pues

¹⁸ Por regla general, el riesgo permitido es un factor que excluye ya el tipo delictivo y con ello la imputación al tipo objetivo, excepcionalmente hay también causas de justificación en las que, en virtud de una ponderación concreta de los puntos de vista en conflicto, se autoriza la realización de un tipo delictivo corriendo un riesgo. Así, en el consentimiento presunto se puede intervenir en los bienes jurídicos de otro basándose en un consentimiento meramente supuesto y corriendo el peligro de que la voluntad real se oponga al menoscabo de los bienes jurídicos. (Roxin, 2010)

quien invoca un consentimiento presunto interfiere sin permiso, y por ello realizando el tipo delictivo, en los bienes jurídicos de otro, y sólo puede estar justificado por el hecho de que se presume su consentimiento según un juicio objetivo. Y por ello es imprescindible que se llegue a una primera conclusión en la que casi no existe objeción alguna: el consentimiento presunto elimina la antijuridicidad del injusto.

No obstante, de las posiciones antes mencionadas difiere Roxin cuando menciona que el consentimiento presunto tiene una naturaleza propia (Roxin, 2010), porque a pesar de que dogmáticamente el consentimiento presunto se ubica entre el consentimiento y el estado de necesidad justificante, este realza su propia autonomía e individualidad frente a ambos; El consentimiento es una manifestación de la voluntad, el consentimiento presunto es una construcción normativa, y respecto del estado de necesidad lo diferencia por la predominancia que tiene el juicio objetivo referente a la obtención del consentimiento antes que el juicio del interés superior del paciente, esto es, literalmente un criterio opuesto al de Welzel, quien defiende que la exigencia del consentimiento presunto sólo pretende “impedir el exceso de celo en los cuidados de terceros” (Welzel, 1956). Sin embargo, el entendimiento de Roxin es al revés: la voluntad hipotética del afectado no sirve para restringir la justificación por estado de necesidad, sino que la ponderación de intereses será en su caso un medio auxiliar para comprobar la voluntad hipotética.

Recordemos que la teoría del estado de necesidad supralegal en el cual se fundamenta la naturaleza del consentimiento presunto para Welzel, descansa a su vez, en la teoría de la ponderación objetiva de intereses, es decir, el profesional de la salud debería ponderar que bien jurídico pesa mas en una situación en concreto para poder fundamentar un consentimiento presunto, para Roxin por otra parte, esto equivaldría a confundir dos instituciones que aunque están próximas, son diferentes, toda vez que el consentimiento presunto es “un juicio de probabilidad que expresa que el afectado, si hubiera poseído un completo conocimiento de la situación de hecho, desde su punto de vista personal hubiera consentido en la acción, aunque fuera algo no razonable” (Roxin, 2010) por lo tanto no cabe preguntarse que bien jurídico debería prevalecer en una situación en concreto, sino la voluntad hipotética del paciente.

Muñoz Conde coincide con este criterio hasta llegar a sostener que la única forma de que se dé lo que él denomina “consentimiento tácito” (Muñoz & García, 2010) es en aquellos casos en los que una previa relación de confianza, basada en la gestión de negocios, relación de vecindad, etc. permita pensar que el titular del bien jurídico admite la realización del hecho, así entonces, si alguien quiere entrar en una vivienda ajena porque se ha roto una tubería y se quiere ingresar en dicho domicilio con el objeto de evitar que inunde la casa, ello es sin duda razonable y coincide con el interés objetivo del dueño de la casa, sin embargo, el agente no podrá ampararse en consentimiento presunto si por otros sucesos previos sabe que el dueño no le quiere ver en ningún caso en su casa, pues el juicio de probabilidad se vuelve bastante inverosímil o improbable cuando el afectado no hubiese consentido en dicha acción.

De todos modos, el consentimiento presunto está próximo al estado de necesidad justificante, no por ello es lícito confundir a estas dos instituciones, sin embargo eso explica que la voluntad hipotética del sujeto en cuyos bienes se produce la inherencia coincidirá en muchos casos con el resultado de una ponderación objetiva de intereses (Roxin, 2010) Así, si en el caso de la rotura de la tubería no se sabe nada sobre la posición del dueño de la casa, se puede partir de la base de que el propietario desea lo objetivamente razonable, o sea en este caso: que se corte el agua para salvaguardar el bien jurídico propiedad.

Los fuertes de esta posición se reducen a la delimitación que le da al consentimiento presunto como una causa de justificación de la antijuridicidad y la diferencian que le atribuye de otras causas de justificación, estos argumentos parten de un análisis lógico deductivo de la teoría del delito, en específico, de la antijuridicidad, su evidencia esta basada en casos hipotéticos, en donde a decir de ellos, se da al consentimiento presunto una propia naturaleza cuyo subsistencia depende de un juicio de probabilidad de si el afectado hubiese hipotéticamente aceptado, y, la importancia de averiguar la voluntad del afectado se vuelve vital, por ello, los criterios objetivos como “Lo que hubiese querido la víctima” no tienen un significado autónomo, sino que solamente sirven para averiguar la hipotética voluntad individual. Consiguientemente, se trata de una teoría diferenciadora de las demás causas de

justificación, pero al mismo tiempo reconocer su proximidad con el estado de necesidad justificante, se fundamenta de la mejor manera posible la naturaleza del consentimiento presunto, y por ello se cree que esta teoría es la mas apropiada para explicar su naturaleza y características de dicha institución.

2.2. La subsidiariedad del consentimiento presunto.

Dado que el consentimiento presunto sólo pretende sustituir la falta de un consentimiento real, sólo se podrá plantear cuando sea imposible obtener un consentimiento real (Roxin, 2010) y por ello, no hay ningún motivo para permitir que se interprete equivocadamente la voluntad real del titular del bien jurídico, cuando sea posible o se tenga la obligación jurídica de preguntar por un consentimiento real¹⁹. Por tanto, el médico que opera a una persona inconsciente no puede ampararse en el consentimiento presunto para actuar por propia decisión si es posible aguardar a que el paciente recupere la consciencia sin que se produzcan daños para su salud, es decir, se muestra con total exactitud que el consentimiento presunto es una institución jurídica que solo puede ser invocada en casos de extrema necesidad, Roxin utiliza un ejemplo muy útil: “Si alguien choca con un coche ajeno delante de un bar, y, dejando su dirección en el coche dañado, se aleja inmediatamente de allí, desde luego de entrada no estará amparado por consentimiento presunto si hubiera podido informar del accidente al conductor del vehículo destrozado, que se encontraba en el local.” (Roxin, 2010)

Para Günther Jakobs, quien esta en la obligación de procurar un consentimiento y no lo hace, responderá por las reglas de la autoría mediata (Jakobs lo denomina instrumento justificado²⁰)

¹⁹ Tampoco puede justificarse por consentimiento presunto la grabación magnetofónica de una conversación telefónica, dado que en todo momento se puede preguntar si está de acuerdo al otro interlocutor.

²⁰ Para Jakobs, la clave para entender la autoría mediata esta en el que el autor mediato utiliza como instrumentos a otras personas, por ello utiliza la palabra “instrumento” ya que el autor mediato tendrá siempre un superior dominio de la decisión, sin embargo, uno de los casos de autoría mediata se da cuando el autor mediato deliberadamente organiza o planea una situación que tiene la apariencia de justificante

cuando por consentimiento presunto se lesiona un bien jurídico que se hubiese conservado con el consentimiento expreso no requirió a tiempo (Jakobs, 1996), por ejemplo, si un médico, a través de consentimiento presunto, pero contra la voluntad real del paciente, amplía el alcance de la intervención quirúrgica por algo que encontró, pero como lo hallado era de esperar, pues habría debido hablar sobre ello con el paciente y este no hubiese consentido; si se conocieron todas estas circunstancias, el médico podría responder por lesiones dolosas o imprudentes, he ahí la importancia de entender que el consentimiento presunto es subsidiario a un consentimiento expreso, en donde, si se tuvo la obligación jurídica de tomar el consentimiento y no lo hizo, pues no será posible invocar al consentimiento presunto como causa de justificación.

Se trae para análisis un caso muy especial y muy discutido por la doctrina, se trata de una sentencia del BGHSt (Tribunal Supremo Federal alemán especializado en materia penal) que considera susceptible de justificación por consentimiento presunto la esterilización que unos médicos le habían practicado a una paciente en interés de la misma, pero sin su consentimiento, a continuación de un parto mediante cesárea; mayoritariamente se cree que el tribunal erró al en su análisis, toda vez que se olvidó del carácter subsidiario del consentimiento presunto, sin embargo se argumentó que como existía un peligro latente para la vida de la mujer, análisis del que partían los médicos, la intervención quirúrgica que terminó en esterilización, estuvo legalmente amparada por el consentimiento presunto, máxime por la necesidad de intervención.

Con respecto al argumento de que los médicos consideraban precisa una actuación de inmediato porque desde su punto de vista un nuevo embarazo amenazaría la vida de la madre y del niño, ello no puede cambiar para nada la necesidad de la consulta; En primer lugar, porque es asunto del paciente decidir si quiere correr un riesgo semejante para su vida; En segundo lugar, porque para evitar un nuevo embarazo existían otros medios distintos de la ligadura de trompas. Por lo expuesto no solo es necesario resaltar la subsidiariedad del consentimiento presunto, sino también, como ya se menciona ut supra, que esta institución no puede ser confundida con el estado de necesidad

como deliberadamente no tomar el consentimiento para después alegar consentimiento presunto, por ello se utiliza la terminología “instrumento justificado”. (Jakobs, 1996)

justificante en donde el médico pueda invocar que hizo lo que hizo por velando el interés preponderante del paciente cuando tuvo una obligación previa que, en este caso, consistía en procurarse el consentimiento del paciente.

2.3. Criterios relevantes para la determinación del Consentimiento Presunto

Se debe necesariamente hacer mención a las las circunstancias que se pueden dar dentro del consentimiento presunto, esto es, los diferentes escenarios en los que el consentimiento presunto podría ser invocado como causa de justificación, y consiguientemente detallar cada una de las máximas que rigen en cada situación en concreto; se habla de una posibilidad de consentimiento presunto en caso de actuación en interés propio; por otra parte se habla de consentimiento presunto en caso de actuación en interés ajeno y dentro de este es necesario precisar si se habla de una decisión vinculada a la situación objetiva, una decisión vinculada a la personalidad o una decisión existencial.

2.3.1. ¿Consentimiento presunto en caso de actuación en interés propio?

Ante todo, se debe sentar la premisa de que el consentimiento presunto en casi todos los casos se presenta en actuación en interés ajeno, esto es, la intervención en favor de otro en su esfera jurídica sabiendo que este hubiese consentido en base a un juicio de probabilidad ex ante ²¹, de hecho, estas intervenciones son las que se dan usualmente en el campo de la medicina que en el presente proyecto de investigación nos compete analizar. Sin embargo, para efectos doctrinarios es preciso señalar si es posible el consentimiento presunto en una actuación en interés propio bajo la condición, como es de esperarse, que puede suceder que alguien confíe en que el titular del bien jurídico estará de acuerdo con esa actuación, v. gr. si una persona recoge en el jardín del vecino,

²¹ v. gr. Un médico realiza una operación de urgencia con una persona que ha sufrido un terrible accidente y por ello se encuentra inconsciente

que está de viaje, fruta caída que, si no, se iba a corromper; o alguien utiliza la bicicleta de un amigo ausente, para no perder un tren que era importante para él (Roxin, 2010).

La cuestión de si es posible o no la justificación de la actuación en interés propio por consentimiento presunto es polémica y depende de la ubicación estructural de esta causa de justificación. Si se concibe el consentimiento presunto como un caso de estado de necesidad justificante, no se podrá justificar por consentimiento presunto la actuación en interés propio, máxime por que expresan los presupuestos del artículo 32 del Código Orgánico Integral penal²² pues a pesar de que el artículo mencionado expresa “al proteger un derecho propio o ajeno” (COIP, 2014), no será aplicable dicho precepto porque no se está protegiendo un derecho en desmedro de otro, y peor aún el derecho protegido no está en actual peligro, y, en lo que respecta al caso de la fruta o el de la bicicleta tampoco hay un estado de necesidad, pues aunque se atiende a los intereses objetivamente preponderantes del titular del bien jurídico, según esta posición ha de excluirse de antemano la justificación, Jakobs sostiene que no se puede justificar la intervención exclusivamente en interés propio aun cuando sea querida presuntamente pues, “La autorización para la disminución, no compensada, de intereses ajenos, limitada sólo por la voluntad presunta del titular, sería demasiado arriesgada para ser tomada en cuenta como regulación general” (Jakobs, 1996).

No obstante, se ha desechado la idea que la actuación en interés propio no puede darse por vía del consentimiento presunto por ser una posición muy exagerada; recordemos que el consentimiento presunto sólo depende de la voluntad hipotética del titular del bien jurídico, rechazarlo por completo en el caso de actuación en interés propio en definitiva llevaría a la insostenible hipótesis de que nadie podría hacerle un favor a otro, se podría decir que para que opere el consentimiento presunto como actuación en interés propio, será un requisito necesario aquello que describía Muñoz

²² Art. 32.- Estado de necesidad. - Existe estado de necesidad cuando la persona, al proteger un derecho propio o ajeno, cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos:

1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro.
2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar.
3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho.

Conde como una previa relación de confianza, basada en la gestión de negocios o relación de vecindad, después de todo, solo así se podría actuar en interés propio sin que lesione los derechos de los demás, además según Roxin, también es político-criminalmente incorrecto e impracticable, castigar una acción realizada confiando justificadamente en la amistad y en la disposición a ayudar de otra persona. (Roxin, 2010)

2.3.2. La actuación en interés ajeno

Como se ha mencionado *ut supra*, el consentimiento presunto se presenta generalmente en una actuación en interés ajeno y precisamente ahí adquiere mucha relevancia en el campo de la medicina, ahora bien, dentro de este apartado es necesario precisar si se habla de una decisión vinculada a la situación objetiva, una decisión vinculada a la personalidad o una decisión existencial, esto es desarrollado de manera exhaustiva por el tratadista Claus Roxin.

2.3.2.1. Decisiones vinculadas a la situación objetiva

Se habla de una decisión vinculada a la situación real u objetiva cuando la intervención de quien invoque el consentimiento presunto no afecta o sólo afecta mínimamente al ámbito de la configuración más personal de la vida, v.gr. si durante una tormenta una persona entra en la finca del vecino ausente en ese momento, para poner a salvo de la lluvia los asientos que se han quedado a la intemperie; o si penetra en la vivienda de aquél para cortar el agua al haberse roto la tubería; Las decisiones de las que aquí se trata suelen adoptarse, no en virtud de criterios individuales, que serían insostenibles, sino basándose en ponderaciones generalizables.

“Por eso rige, respecto de las decisiones vinculadas a la situación objetiva, la regla de que puede actuar amparado en consentimiento presunto quien favorezca el interés claramente preponderante en una ponderación objetiva del titular del bien jurídico, a no ser que el sujeto activo tenga conocimiento de circunstancias que sean indicio de la opinión opuesta del titular del bien jurídico.” (Roxin, 2010)

A efectos prácticos, esto significa que en los ejemplos indicados estarán justificadas por consentimiento presunto si no se conoce nada más concreto sobre la postura del afectado. Si posteriormente resulta que éste no estaba de acuerdo, ello no modifica en nada la justificación. En cambio, si se sabe que existe un pronunciamiento o indicio anterior que indique que no se requiere el auxilio de otro interviniente, pues no se podrá invocar el consentimiento presunto; si en el caso de la tormenta otros vecinos le comunican a quien invoca el consentimiento presunto que el propietario ha dejado a propósito fuera los muebles de jardín para comprobar su impermeabilidad, se dará un indicio concluyente en contra, y entonces habrá responsabilidad penal por el delito de violación de propiedad privada²³ si el vecino le impone al propietario una ayuda presumiblemente no querida en absoluto.

2.3.2.2. Decisiones vinculadas a la personalidad

En oposición al criterio antes mencionado, las decisiones vinculadas a la personalidad se caracterizan porque no se pueden encontrar criterios generalizables sobre lo correcto en una determinada situación, sino que, como afecta directamente al ámbito de la personalidad, se va a requerir de la opinión sumamente individual del titular del bien jurídico, v.gr. si alguien quiere abrir una carta que contiene la leyenda “urgente” y esta ha llegado para el vecino del piso de al lado que está de viaje. Aquí como se puede apreciar claramente, no se puede aplicar un criterio generalizable de que se quiere abrir la carta para evitar posibles daños al vecino que va a recibir esa carta cuando llegue de viaje, esto es así porque estamos hablando del derecho de correspondencia que está íntimamente vinculado al desarrollo de la personalidad del individuo, así que, si no se conocen circunstancias más concretas, nunca se podrá saber si el destinatario no

²³ **Art. 181.- Violación de propiedad privada.** - La persona que, con engaños o de manera clandestina, ingrese o se mantenga en morada, casa, negocio, dependencia o recinto habitado por otra, en contra de la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirla, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.

preferiría perderse una cita con su amada antes que permitirle a un tercero la lectura del contenido de esa carta.

“Por eso rige, respecto de las decisiones vinculadas a la personalidad, la regla inversa a la de las vinculadas a la situación objetiva: el sujeto no puede partir del consentimiento presunto, a no ser que haya circunstancias especiales que hagan lógica la suposición de que el titular del bien jurídico está de acuerdo con la intromisión. Por consiguiente, quien abra una carta ajena, aunque sea con las mejores intenciones, deberá ser castigado en virtud del si no conoce algo más exacto sobre la postura del destinatario ” (Roxin, 2010).

Como vimos en el supuesto anterior, la situación siempre cambiará si existe un antecedente o indicio concretos que indiquen que la voluntad del titular del bien jurídico aceptaba tal hecho, v. gr. si el cónyuge siempre le ha permitido a su esposa, o el jefe a su secretaria, que en su ausencia abra las cartas que llegan para él, entonces en ese caso es perfectamente ampararse en el consentimiento presunto para abrir aquellas cartas, toda vez que el hecho anterior (en este caso el pronunciamiento del cónyuge o del jefe) hace totalmente verosímil y lógico mediante un juicio ex ante que el titular del bien jurídico hubiese aprobado dicha actuación.

En el supuesto antes descrito, la apertura de la correspondencia será conforme a Derecho, aunque posteriormente exprese que esa vez no quería de ningún modo que la leyeran otras personas, también es necesario poner de manifiesto la situación sobre las mascotas, pues si se presenta la situación de si debe matar a un perro ajeno que ha sido atropellado por un coche y está gravemente herido, en el caso de los animales domésticos, a los que a menudo su propietario se siente ligado emocionalmente, no se podrá hacer afirmaciones generalizables sobre la cuestión de si el dueño, en caso de que se le pudiera consultar en ese momento, desearía que se mate al perro por compasión o, por el contrario, que se lo lleve al veterinario, cuyo tratamiento quizás podría conseguir la recuperación del perro. Por ello será punible por la conducta de quien mate en el acto al perro sin buscar antes al dueño.

Así mismo cabe un gran ejemplo en el ámbito de la medicina, si un paciente solicita una operación de carácter estético, que consiste en una bichectomía ²⁴ y el profesional de salud al acabar dicha cirugía, corrige también las arrugas de la frente del paciente, sin duda el profesional de la salud respondería por lesiones, recordemos que un bien jurídico muy íntimamente relacionado al desarrollo de la personalidad es precisamente la salud, y por esa misma razón no se podrán hacer generalizaciones de ningún tipo, especialmente en el campo de la medicina estética en donde el paciente tiene una idea específica de que, como y en que forma quiere intervenir en su estética, por ello, por más que el profesional de la salud haya realizado dicha acción con el fin de mejorar su estética desde su perspectiva, el mismo será responsable por lesiones; el mismo Jakobs lo dijo: “No está permitido, naturalmente, corregir la voluntad real del paciente, invocando una voluntad verdadera o mejor, ni dejar de tener en cuenta situaciones que hablan en contra de una voluntad presunta” (Jakobs, 1996).

También constituye un ejemplo por excelencia de decisión vinculada a la personalidad la cuestión de si se puede castigar con fines educativos a niños ajenos cuando cometen faltas graves, y la respuesta es contundente, no se puede corregir a bofetadas a niños ajenos que se comporten de un modo gravemente incorrecto, confiando en que los padres estarían ya de acuerdo. Y eso no se puede hacer ni siquiera, aunque se sepa que a los padres hacen uso de esa clase de castigo corporal como medio de corrección. Pues el hecho de que los padres se reserven a sí mismos ese método educativo aún no es razón suficiente para suponer que también van a estar de acuerdo con que otros castiguen a sus hijos.

2.3.2.3. Decisiones existenciales

Por decisiones existenciales se entiende aquí las decisiones sobre la vida y la muerte, como las que se pueden presentar sobre todo en el caso de la operación de personas que están inconscientes. Obviamente, si se puede aplazarla operación sin consecuencias dañosas, el médico tiene que

²⁴ El procedimiento consiste en la extracción, mediante una intervención quirúrgica de carácter menor, de las llamadas bolas de Bichat, unas glándulas de tejido graso que se encuentran en las mejillas, justo por debajo de los pómulos, y separadas completamente de otros tejidos

esperar hasta que el paciente haya recuperado la consciencia, en ese caso ya no cabe el consentimiento presunto.

Aquí es menester hacer hincapié la posición de Gerald Dworking según el cual la autonomía y libertad del paciente jamás deberán ser violadas y más aun en las intervenciones médicas donde ambos derechos son asegurados a través del consentimiento expreso, mismo que delimita correctamente el ámbito de acción en el que el profesional de la salud ha de operar, pero si el paciente está incapacitado de dar su consentimiento o de recibir información de cualquier clase, en este supuesto, la autonomía se lesiona con el único fin con de preservar a la misma para el futuro, es decir, cuando exista la posibilidad de tomar el consentimiento del paciente o esperar para aquel, entonces el médico deberá tener la debida observancia de esa situación.

“En todos los demás casos habrá que justificar por consentimiento presunto la operación que le va a salvar la vida a un paciente actualmente incapaz de expresar su voluntad. Aquí no es posible, como sucede en las otras decisiones vinculadas a la personalidad, negar el derecho a efectuar la intervención si faltan puntos claros de apoyo; pues la muerte del paciente es irreversible y sólo coincidiría con su voluntad en los casos más raros e infrecuentes.” (Roxin, 2010)

A diferencia de los dos anteriores presupuestos, los indicios en cuanto a la voluntad del titular del bien tendrán que ser determinantes y directos, es decir, si los allegados de la víctima expresan ciertos criterio que permita deducir la posición general del paciente, estos no serán válidos porque son indicios indirectos, esto es, que no se tiene certeza de que así sea la voluntad del paciente, en este punto es preciso justificar que la razón por la cual no se admiten indicios indirectos, es porque se está hablando de la vida o muerte del paciente.

“Aunque sea conocido que el paciente es miembro de una secta que rechaza las operaciones, o, aunque anteriormente haya manifestado en una ocasión que preferiría morir a seguir

viviendo como tullido con un miembro amputado, nunca se puede saber cómo decidiría realmente ante la perspectiva de la muerte.” (Roxin, 2010)

La muerte, además de ser un asunto que ha sido tratado no solo por el campo de la medicina sino también en la filosofía, no deja de sorprendernos como una persona considera y recapacita sus opciones cuando realmente está en juego la muerte, y es que temas controversiales como las decisiones existenciales no se pueden anticipar ni siquiera por el propio afectado con reflexiones teóricas. Por ello, la mejor manera de servir a la autonomía del paciente es permitir que se le salve la vida, lo que le deja abierta al mismo la decisión posterior, incluso la de morir. En tal caso el consentimiento presunto justifica, aunque posteriormente la persona salvada no esté de acuerdo con que se le haya salvado.

2.4. Consecuencias de la determinación para el Estado ecuatoriano en materia Penal.

Primeramente hay entender que la aplicación del consentimiento presunto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, no solamente es perfectamente válido, sino que es aplicado por muchas personas en su diario vivir y mas aún por los profesionales de la salud en las múltiples intervenciones quirúrgicas de urgencia, sin embargo el que esta institución jurídico penal sea aplicable, no significa que no se deba hablar de sus requisitos o procedencia; si bien se ha visto que muchos de los ejemplos resultan situaciones del diario vivir, existen también supuestos en los que los bienes jurídicos podrían realmente verse lesionados por una indebida aplicación del consentimiento presunto o la falta de aplicación del mismo, ambas conductas devienen en actuaciones antijurídicas y culpables, por lo tanto relevantes en el ámbito penal.

Teniendo en cuenta lo expuesto en el párrafo anterior, se ha de manifestar que el consentimiento presunto en el ámbito ecuatoriano se trata de una causa de justificación *sui generis*, toda vez que como manifestó Roxin, a pesar de estar entre el consentimiento expreso y el estado de necesidad justificante, es una institución con sus propias características y por lo tanto no debe ser confundida:

el consentimiento presunto debe ser entendido como un juicio de probabilidad que expresa que el afectado, si hubiera poseído un completo conocimiento de la situación de hecho, desde su punto de vista personal hubiera consentido en la acción, aunque fuera algo no razonable, esto es, un actuar apegado a la presunta voluntad de la víctima a través de un juicio ex ante.

También es preciso mencionar que el consentimiento presunto tiene una naturaleza subsidiaria; mal podríamos dar por presunta la voluntad que de hecho es posible conseguir, es decir, el consentimiento presunto debe siempre ser en caso de imposibilidad del consentimiento expreso, no olvidemos que la observancia a la garantía del consentimiento expreso e informado hace que un ordenamiento jurídico se aproxime a lo que el Ecuador denomina como un Estado constitucional de derechos y justicia, pero no solo eso, sino que también se aproxima a lo que Ferrajoli denomina un Derecho Penal Garantista.

El consentimiento presunto también tiene diferentes variantes cuando hablamos de una actuación en favor de alguien más, es decir una actuación en interés ajeno; habrá que distinguir si se trata de una decisión vinculada a la situación objetiva, en cuyo caso la regla consiste en que se puede actuar amparado en consentimiento presunto para quien favorezca el interés claramente preponderante en una ponderación objetiva del titular del bien jurídico, a no ser que el sujeto activo tenga conocimiento de circunstancias que sean indicio de la opinión opuesta del titular del bien jurídico.

Respecto de las decisiones vinculadas a la personalidad, la regla inversa a la de las vinculadas a la situación objetiva: el sujeto no puede partir del consentimiento presunto, a no ser que haya circunstancias especiales que hagan lógica la suposición de que el titular del bien jurídico está de acuerdo con la intromisión; por último, con respecto de las decisiones vinculadas a la vida o también conocida como decisiones existenciales habrá que justificar por consentimiento presunto la operación que le va a salvar la vida a un paciente actualmente incapaz de expresar su voluntad, aquí no es posible, como sucede en las otras decisiones vinculadas a la personalidad, negar el derecho a efectuar la intervención si faltan puntos claros de apoyo; pues la muerte del paciente es irreversible.

2.4.1. El Código Orgánico Integral Penal y el Consentimiento Presunto

Como se mencionó antes, la promulgación del Código Orgánico Integral Penal trajo consigo muchos retos de carácter jurídico tanto para los abogados como los jueces, en el sentido de que existen muchas instituciones jurídico penales que no se encuentran expresamente reguladas y sin embargo son de necesaria aplicación: se habla v. gr. de el error de tipo y todas sus variantes, de ciertas causas de justificación no contempladas como la salvaguarda de intereses legítimos o el consentimiento presunto, incluso también de ciertas causas de exclusión de la culpabilidad como es el miedo insuperable, el error de prohibición o el estado de necesidad exculpante, esto es solo una pequeña muestra de muchas instituciones que no se encuentran reguladas y sin embargo son indispensables para hablar de Derecho Penal.

Ante estos planteamientos, es preciso preguntarse como poder aplicar aquellas instituciones jurídico penales, que, aunque no se encuentran expresamente contempladas en cuerpo de leyes antes mencionado, son de necesaria aplicación dentro de un Estado de Derecho; hay que entender que el antes de referirnos a un Derecho Penal Especial (estudio de las infracciones penales en específico con cada una de sus características particulares) le antecede un Derecho Penal General o también conocido como Teoría General del Delito, (estudio de los elementos constitutivos de los delitos en general) al haber entendido su diferencia, se puede inferir que la razón por la cual existen muchas instituciones no reguladas pertenecientes a la teoría del delito descansa en dos argumentos; Toda la Teoría General del Delito se encuentra subsumida en todos los delitos y por lo tanto en COIP regula en su parte sustantiva las conductas penalmente relevantes pero no toda la estructura y razonamiento dogmático atrás de cada delito.

Por otro lado recordemos que no solo la ley es fuente de Derecho sino también lo es la doctrina en todo aquello que la ley falle en regular y por ello instituciones como el consentimiento presunto son perfectamente aplicables, así lo reconoce el artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial en donde la obligación de administrar justicia no solo descansa en el hecho de que ante una norma oscura o inclusive ausencia de la misma los jueces no podrán excusarse por ello sino

que deberán recurrir a los principios generales del derecho y a la doctrina que es perfectamente aplicable:

Art. 28.- PRINCIPIO DE LA OBLIGATORIEDAD DE ADMINISTRAR JUSTICIA.- *Las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República.*

No podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia.

Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia.
(COFJ, 2009)

2.4.1.1. ¿Vulneración al principio de legalidad?

Aunque se ha expuesto claramente el porqué de la aplicabilidad de ciertas instituciones jurídico penales, es necesario abordar una pregunta que creo es pertinente responder: ¿ La aplicación del consentimiento presunto viola el principio de legalidad consagrado en el artículo 5 numeral 1 del COIP y el 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador ? Para responder esta pregunta es preciso un análisis estrictamente legal conjuntamente con análisis doctrinario; es necesario hacer mención a lo que expresa el artículo que regula el principio de legalidad en materia penal y revisar los fines del COIP, correlativamente se hará un análisis doctrinario al respecto para finalmente determinar si existe una violación o no a este principio por la aplicación del consentimiento presunto :

“Art. 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla.” (COIP, 2014)

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. (CRE, 2008)

Se puede observar que nuestro sistema recoge el principio de mera legalidad, en el sentido que ese expresa un requisito *sine qua non* que exista una ley que regule un comportamiento con la calificación de delito y conjuntamente con ello la imposición de una pena por verificarse ese comportamiento, es decir, a través de este principio, se puede decir que funciona como condicionante para la imposición de una pena como consecuencia de la verificación de una conducta catalogada como delito, previa a la comisión del hecho; sin embargo este principio se diferencia del principio estricto de legalidad que da una condición de validez a la ley penal y abarca un conglomerado mucho mayor de garantías, no solo sustantivas sino adjetivas para poder finalmente hablar de validez de la ley, así lo expresa claramente el tratadista Luigi Ferrajoli:

“Mientras el axioma de mera legalidad se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito (nulla poena, nullum crimen sine lege), el principio de estricta

legalidad exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal (nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione). Gracias al primer principio la ley es condicionante; gracias al segundo es condicionada; la simple legalidad de la forma y de la fuente es la condición de la vigencia o de la existencia de las normas que prevén penas y delitos, cualquiera que sean sus contenidos; la estricta legalidad o taxatividad de los contenidos, tal y como resulta de su conformidad con las demás garantías, por hipótesis de rango constitucional, es en cambio una condición de validez o legitimidad de las leyes vigentes.” (Ferrajoli, 1995)

Por lo tanto el artículo 5 numeral 1 del COIP recoge el principio de mera legalidad y el 76.3 de la Constitución consagra el principio de estricta legalidad, pero este análisis es necesario porque, ante todo el consentimiento presunto no un comportamiento catalogado como delito sino una causa de justificación que en virtud de ella, la antijuridicidad decae y por lo tanto las restantes categorías del delito; también es importante señalar que no se vulnera el principio de legalidad porque no impone una nueva conducta cuya verificación será el presupuesto de una pena, sino que mas bien fortalece toda la teoría del delito y las garantías constitucionales como la libertad de acción, autonomía, libre desarrollo de la personalidad y consentimiento informado, esto es así, porque con el consentimiento o presunto no habrá un presupuesto para la imposición de una pena y con ello no se vulnera el principio de mera legalidad ni tampoco el principio de estricta legalidad.

Teniendo en cuenta que el principio de estricta legalidad va dirigido al legislador y el principio de mera legalidad por otra parte esta dirigido a los jueces, esto es, la observancia de la ley antes de la imposición de una pena, los jueces también están llamados a realizar un análisis dogmático de las categorías del delito, es decir, analizar los supuesto del caso en concreto con la Teoría General del Delito que, como se ha mencionado exhaustivamente, sustenta cada una de los delitos en particular previstos por el Código Orgánico integral Penal, esto también asegura uno de los pilares en los cuales descansa un Estado de Derecho que es la motivación de la decisiones judiciales.

Se tiene que exponer de manifiesto un último argumento relativo a los fines del Derecho penal así como del COIP, mismos que no solamente no son vulnerados a través de la aplicación del consentimiento presunto, sino también son respetados y garantizados. Se habla primordialmente de la garantía de normar el poder punitivo del Estado que constituye no solo un aspecto cuyo cumplimiento asegura al ciudadano la certeza de cómo y por qué su conducta puede o no ser punible, sino también la seguridad de que el Estado no podrá calificar como penalmente relevante cualquier conducta.

El artículo 1 del Código Orgánico Integral Penal indica que:

Art. 1.- Finalidad.- Este Código tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas. (COIP, 2014)

Es preciso mencionar que el consentimiento presunto como causa de justificación también pone un límite al poder punitivo, toda vez que al no amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico, se ha respetado el principio de lesividad y por lo tanto se pone un límite a la antijuridicidad de la conducta, al existir un límite en el ámbito de la antijuridicidad, se pone también un límite al arbitrio del estado en su capacidad de castigar conductas, esto es, en el poder punitivo, como lo manifiesta Ferrajoli:

"El modelo garantista (...) presenta límites o prohibiciones que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal, según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminal, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un

juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos.”

CAPITULO III: LAS INTERVENCIONES QUIRURGICAS Y CONSENTIMIENTO PRESUNTO.

3.1. Legitimidad del acto médico y responsabilidad.

La particularidad de estudiar al médico como sujeto de responsabilidad penal, es precisamente la idoneidad y prolijidad con que su obrar debe estar acompañado, la trascendencia social del acto médico y obviamente la regulación de estas conductas por parte del Estado a través de leyes; es decir que el profesional de la salud en su actuar comporta una preparación especial, pues a este le incumbe emplear una diligencia especial que estará respaldada por conocimientos científicos, por ello es entendible como muchos ordenamientos jurídicos, incluyendo al nuestro, tienen como criterios determinantes para la responsabilidad penal aspectos como la infracción al deber objetivo de cuidado, que incluye la inobservancia, impericia, imprudencia o negligencia, aquello está contemplado primordialmente en el Código Orgánico Integral Penal ²⁵ y en la Ley Orgánica de la Salud.²⁶

²⁵ Art. 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional. - La persona que, al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley.

Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de de otras circunstancias independientes o conexas.
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.

²⁶ Art. 202.- Constituye infracción en el ejercicio de las profesiones de salud, todo acto individual e intransferible, no justificado, que genere daño en el paciente y sea resultado de:

Si bien hemos mencionado el argumento de por qué la regulación de la actividad médica también tiene que ser prevista en un Código Penal, es menester también mencionar por qué el médico no debería responder penalmente, cuando exista una eventual muerte; en efecto, cuando existe una total observancia de los protocolos médicos que dictan el correcto procedimiento a tratar y se ha obrado con total cautela apegado a los criterios científicos y no obstante el paciente igual fallece, el profesional de la salud jamás podrá ser responsable penalmente por ese actuar, es como muy acertadamente mencionaba Jorge López Bolado:

“El médico trabaja con materiales directos, con el hombre y con la vida, los dos enigmas eternos que no se sabe cómo empezaron ni cuál es su camino. Mejor dicho: la medicina tiene por misión curar las enfermedades y, sin embargo, la muerte no se puede evitar” (López Bolado, 1987)

Sin embargo, de lo mencionado, existen muchas posiciones en virtud de las cuales el médico no debería tener responsabilidad médica alguna por su ejercicio, ya que este siempre lleva la contingencia de un posible resultado dañoso, y por ello la regulación penal de la conducta del médico en realidad no solo sería algo sin sentido sino también haría que el médico obre con miedo antes que con probidad, toda vez que al sentirse coartado por una eventual responsabilidad penal. Frente a este argumento, es evidente que estamos en total desacuerdo, no solamente porque la regulación penal de ciertas conductas no obedece a “sentirse coartado” sino mas bien seguro de que ciertas actuaciones tendrán consecuencias jurídicas por su connotación social, mas aún si se habla de el actuar del médico que por su condición de tal, precautela bienes jurídicos de muy alta relevancia para la sociedad y por ende para el Estado, por ello estamos de acuerdo con Silva Riestra cuando manifiesta:

-
- a) Inobservancia, en el cumplimiento de las normas;
 - b) Impericia, en la actuación del profesional de la salud con falta total o parcial de conocimientos técnicos o experiencia;
 - c) Imprudencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión del cuidado o diligencia exigible; y,
 - d) Negligencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión o demora injustificada en su obligación profesional.

“La habilitación de los títulos profesionales crea siempre una presunción de capacidad en su poseedor; sin embargo, en algún caso se alza frente a esa presunción, una necesidad mas fuerte que ella, el resguardo social, atento al carácter de la materia a que aplica su quehacer. El médico que trabaja sobre los mas preciados bienes que el Derecho tutela --la vida y la salud-- no puede eludir sanciones legales cuando esa presunción desaparece por su incompetencia evidente, por su ignorancia, por su temeridad irresponsable o por su negligencia arbitraria” (Silva Riestra, 1967)

Por lo tanto, existe una necesidad de regular la actividad médica siendo requisito necesario para un ordenamiento jurídico donde la protección de los bienes jurídicos está a cargo del Estado, a través del Derecho Penal cuyos lineamientos no ponen en un contexto de terror al médico, sino certeza de su actuar, toda vez que si la ley prevé conductas claras y determinadas, el ciudadano (en este caso el médico o paciente) sabrá las consecuencias jurídicas de esos actuare y por lo tanto está frente a una garantía de seguridad jurídica.

3.1.1. Iatrogenia

La labor del médico, como se ha explicado en párrafos anteriores, es asegurar de manera más aproximada la satisfacción del derecho a la salud, mismo que se concretará en procedimientos prolijos y apegados a la ciencia, sin que estos puedan ajenos a la ciencia médica o peor aún, ser arbitrarios. No obstante, existen ocasiones que el profesional de la salud a observado con rigurosidad los procedimientos esperados y aún así el paciente resulto perjudicado en su salud, o incluso a veces, falleciendo; esto es conocido como iatrogenia, cuyo significado ha sido muy sujeto a discusión, sin embargo, generalmente hace referencia a las consecuencias dañosas generadas por el médico en el ejercicio de sus funciones.

La Organización Médica Colegial de España y Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria suscribieron un acuerdo de colaboración aproximadamente en el año 2017 para el estudio, el control y la prevención de la iatrogenia, que se justifica por la importancia

del problema y por la necesidad insoslayable de controlarlo en la medida de lo posible, en un extracto de dicho documento se propone un análisis histórico para finalmente llegar a una definición que creemos, es muy acertada:

“Según el diccionario de la RAE, iatrogenia es una alteración, especialmente negativa, del estado de la paciente producida por el médico. El término se usó por primera vez en el Manual de Psiquiatría del suizo Eugene Bleuer, publicado en 1924, para hacer referencia a los síntomas que el terapeuta induce en un paciente sugestionable. El neologismo se construye con los términos griegos iatros (médico) y genus (generado), es decir aquello que genera el médico, pero cuando lo que se produce es daño, es decir un efecto adverso; La etimología del término iatrogenia ayuda a reconocer que todas las intervenciones médicas y sanitarias tienen pros y contras, riesgos y beneficios, y que no es posible garantizar absolutamente su inocuidad. Una intervención pertinente (administración de un medicamento eficaz bien indicado) procurada de modo adecuado (por la vía adecuada a dosis correctas) puede provocar una reacción nociva (adversa) como consecuencia de su propia acción farmacológica primaria (efecto secundario). Y, asimismo, una intervención inadecuada (diagnóstica, profiláctica, terapéutica o rehabilitadora) por comisión u omisión no siempre provoca daño”(SESPAS-OMC, 2017)

Se ve claramente que la explicación de la iatrogenia esta en el carácter intrínseco de la actividad médica, misma que se trata de la contingencia siempre presente en el campo de la medicina; si un paciente requiere de un medicamento, a pesar de que aquel sea el idóneo para la enfermedad que padece, esto no asegura en lo absoluto que no le provoque efectos adversos, lo mismo se predica respecto de las intervenciones quirúrgicas. La explicación para aquello puede así mismo residir en una multiplicidad de factores, se habla de la individualidad de los organismos, la resistencia o susceptibilidad a ciertos fármacos o intervenciones, edad, aspectos hereditarios, etc. Concluyendo que, si bien la Medicina ha sido considerada como uno de los grandes logros de las sociedades civilizadas, esta también tiene sus consecuencias de carácter intrínseco:

“Se ha dicho que calmar el dolor humano ha sido uno de los logros mas benéficos del devenir de la civilización, pero los efectos no siempre dependen del medicamento en sí. Esta en juego la personalidad psicobiológica del paciente y su reacción. De ahí la gran responsabilidad del médico que debe prescribir valorando sustancialmente los efectos que el medicamento pueda causar, no solo por los síntomas y la posología ordenada, sino por la personalidad de quien habrá de ingerirlo” (López Bolado, 1987).

3.1.2. La Necesidad Médica y su Regulación

Autores como Vidal Albarracín sostienen que a pesar de que ciertas conductas en la actividad médica tengan la apariencia de delictivas, no lo son realmente si las analizamos detenidamente desde un punto de vista jurídico, máxime porque el profesional de la salud actúa justificadamente, sea por un estado de necesidad, pero más precisamente por un ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento de un deber (López Bolado, 1987) esto se verifica, según este autor, mas frecuentemente en las intervenciones quirúrgicas o terapéuticas, donde el daño a la salud por una incisión se adecua típicamente al delito de lesiones, y sin embargo se actúa justificadamente por la causa antes mencionada: a esto se le conoce como la Necesidad Médica.

Para explicar la Necesidad Médica se han planteado muchas posiciones, pero generalmente su conclusión de este problema es evitar la punibilidad de las acciones médicas, como se explicó, autores como Vidal Albarracín y López Bolado consideran que el médico actúa amparado en una causa de justificación como es el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber. No obstante, creemos que el consentimiento como institución jurídico penal es la mas adecuada para excluir la punibilidad de estas conductas; En efecto, titular del bien jurídico es el único que se encuentra facultado para consentir alguna intervención en su organismo. El deber del médico nunca puede ir más allá de la voluntad del paciente, salvo que éste se encuentre incapacitado para consentir. Autores como Edgardo Donna sostienen que si el paciente pudiendo hacerlo, no autorizó la intervención, se habrá realizado el tipo penal de lesiones, aunque se haya causado una mejora en su salud. (Donna, 2014)

Otra opinión sostiene González Rus, quien señala que la integridad en sí misma y desconectada del concepto más general de salud no puede ser el bien jurídico protegido, en la medida que puede haber pérdidas provocadas de sustancia corporal que persiguen precisamente mejorar la salud del sujeto. Esto lo lleva a considerar atípica cualquier intervención que determine una mejora en la salud, aun en el caso de que ello sea a costa de la integridad corporal. El autor aclara que si pese a existir una mejora en la salud, no se contaba con el consentimiento de la víctima, tampoco se dará el tipo penal de lesiones, sino en todo caso, se habrá cometido un delito contra la libertad de disposición del paciente. En las operaciones con resultado positivo, el consentimiento resulta necesario para excluir el eventual delito de coacciones, pero no tiene incidencia en la exclusión de la responsabilidad por lesiones. (Donna, 2014)

Al respecto, hemos de sostener que la posición de González Rus es refutable a través de los siguientes argumentos; Primero, a grandes rasgos la tipicidad objetiva de una conducta esta determinada por la descripción de una conducta calificada como delito en un cuerpo de leyes, por esa razón se ha manifestado que casi todas las intervenciones quirúrgicas cumplen objetivamente con el tipo de lesiones y sin embargo están justificadas por un causa de justificación que alegábamos, era el consentimiento; Segundo, existen ocasiones en las que el consentimiento vuelve atípica cuando el tipo describe una acción cuyo carácter ilícito reside en el obrar contra la voluntad del sujeto pasivo, de otra manera, la regla general será que la conducta sea típica; Tercero, es errado el argumento de que no se viola el bien jurídico integridad física sino la libertad de disposición, toda vez que no se puede separar la libertad del paciente que irradia necesariamente en su salud por una decisión que este ha tomado, por lo tanto el consentimiento es insoslayable, aún cuando se hayan visto mejoras en la salud.

También es necesario mencionar que si se adopta la posición de González Rus, en el ejemplo mencionado en el primer capítulo de el presente proyecto de investigación acerca de una mujer embarazada que por criterio del médico es necesario la esterilización en interés de la misma, pero sin su consentimiento, la conducta del profesional de la salud sería atípica pues se actuó en favor

del paciente, sin embargo, en la legislación ecuatoriana se cometería y con justa razón, en delito de privación forzada de capacidad de reproducción²⁷, pues a pesar de que supuestamente existe justificación médica, no existe el consentimiento del paciente deviniendo en una actuar típico, antijurídico y culpable. (COIP, 2014)

3.2. Clases de Intervenciones a grandes rasgos

Las intervenciones quirúrgicas a grandes rasgos se dividen en tres clases: Las intervenciones quirúrgicas curativas; las intervenciones quirúrgicas no curativas, como aquellas con fines estéticos, y por último aquellas intervenciones quirúrgicas que por absoluta necesidad o por negligencia del médico, no se ha podido tomar el consentimiento del paciente, también llamadas no consentidas, esta última clase de intervenciones son el objeto de investigación del presente protocolo, donde es necesario un basto desarrollo del consentimiento presunto.

Esta clasificación de las intervenciones ayuda también a comprender porque el consentimiento presunto es subsidiario, toda vez que siempre primará ante todo el consentimiento expreso e informado del paciente, esto es, en las dos primeras clases de intervenciones, pero existen supuestos en donde el consentimiento expreso e informado del paciente no se pudo recabar, ya sea por negligencia, arbitrariedad o porque el paciente estaba en un estado de inconsciencia en el cual la operación quirúrgica era necesaria para precautelar al salud del mismo, el mismo mensaje contiene la norma de la ley Orgánica de la Salud:

²⁷ Art. 165.- Privación forzada de capacidad de reproducción.- La persona que sin justificación de tratamiento médico o clínico, sin consentimiento o viciando el consentimiento, libre e informado, prive definitivamente a otra de su capacidad de reproducción biológica, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Cuando la víctima sea menor de dieciocho años de edad o no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, la pena privativa de libertad será de diez a trece años.

“Art. 7.- Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación a la salud, los siguientes derechos:

h) Ejercer la autonomía de su voluntad a través del consentimiento por escrito y tomar decisiones respecto a su estado de salud y procedimientos de diagnóstico y tratamiento, salvo en los casos de urgencia, emergencia o riesgo para la vida de las personas y para la salud pública” (LOS, 2018).

3.2.1 Intervenciones no consentidas y el Consentimiento Presunto

Como se manifestó, dentro de las tres clases de intervenciones antes mencionadas, aquellas que reciben el nombre de “No Consentidas” adquieren fundamental importancia porque precisamente es el punto de partida para explicar mucho del consentimiento presunto y los casos de su procedencia, pues debemos recalcar una regla de oro en cuanto al consentimiento presunto en el ámbito de las intervenciones quirúrgicas: Sólo es posible presumir el consentimiento de un paciente en estado de inconsciencia, cuando se pueda inferir que, sobre la base de la debida explicación médica acerca del estado de su salud, aquél probablemente hubiera consentido la operación, de otra manera no cabe presumir el consentimiento presunto en otras situaciones que no signifiquen la absoluta imposibilidad del paciente de poder expresar su voluntad y la intervención sea urgente.

Lo manifestado encuentra su razón de ser en que la institución del consentimiento presunto es de carácter excepcional, de allí que cuando el médico tenga posibilidades de recabar la autorización del paciente, debe proceder de ese modo, no comparte esta posición Romeo Casabona, quien afirma que si existen las condiciones generales del tratamiento curativo, que son la indicación terapéutica y la *lex artis*, no se dan los extremos del tipo penal de lesiones. La llamada indicación terapéutica es la valoración a los efectos de ponderar los beneficios, por una parte, y los riesgos previsibles para la salud, por otra. La *lex artis* es la aplicación adecuada del tratamiento correcto. (Donna, 2014) El razonamiento se basa en que en estos supuestos y cuando se obtenga éxito en la intervención, el médico ha actuado, en una valoración global del hecho, protegiendo al bien jurídico, sin embargo como hemos explicado, no se puede considerar únicamente la salud del paciente sin haber preguntado

a su voluntad, a menos claro, que el paciente este totalmente incapacitado para consentir y la operación sea urgente.

3.2.2. Derechos y Obligaciones del Paciente

Es necesario comprender que en la antigüedad, en el modelo paternalista del Estado, el paciente se sentía obligado a obedecer, confiar y expresar gratitud al médico, pues este, tenía voluntad absoluta sobre el tratamiento del paciente, aún cuando su voluntad sea diferente de la de aquél, entonces se esperaba por parte del paciente que profesional de la salud se ajustara a su rol profesional establecido y su actuar sea correcto, esto es, la voluntad del paciente o su derecho de tomar decisiones libres y responsables no era respetado en lo absoluto. Sin embargo, existen también terribles consecuencias de dar total disponibilidad del bien jurídico salud al paciente, pues en un Estado de extrema liberalidad, se llegarían a legitimar prácticas desastrosas como el “cobayismo”(Muñoz Conde, 2013), mismo que se define por una práctica arbitraria e indiferente de experimentación sobre el cuerpo que incluye la mutilación y incluso a veces degenera en la venta de órganos.

Por ello es preciso encontrar un equilibrio donde la voluntad del paciente es respetada por el médico pero a su vez esta vinculada a un criterio científico de la medicina, mismo que asegurará que el paciente no menoscabe su dignidad y sea muy proclive a una mejora de su salud. En ese sentido es necesario mencionar los siguientes derechos y obligaciones pero dentro de un campo específico que se reduce a las intervenciones no consentidas.

El paciente tiene el derecho de tomar decisiones libres y responsables sobre su salud y de ello nace la obligación correlativa por ley de prestar expresamente su consentimiento, previo a la intervención quirúrgica, para que así el médico pueda limitar su actuar y procedimientos a lo que se ha consentido pues una actuación arbitraria podría significar la privación de la libertad para el profesional de la salud; el paciente tiene derecho a saber las consecuencias médicas de su decisión y entender todo lo que conlleva la intervención quirúrgica a la cual estará sometido. Dentro de las

intervenciones no consentidas, el paciente también tiene derecho a tener la certeza de que se hicieron efectivos todos los medios para poder recabar su consentimiento, en caso de que este no lo haya podido expresar, en el mismo sentido el paciente tiene derecho a que dentro la situación en la que se encuentre que no le permita prestar su consentimiento, el obrar del médico a ser siempre dirigido por vía del consentimiento presunto, a precautelar la vida de su paciente.

3.2.3. Derechos y Obligaciones del Médico

El médico después la obtención de su título habilitante tendrá el derecho de poder intervenir quirúrgicamente en la salud de muchos pacientes, pero así mismo con este derecho nacen correlativamente muchas obligaciones, una de ellas será el imperativo de recabar el consentimiento expreso e informado del paciente a toda costa, esto es un presupuesto de la actividad médica, porque como se ha explicado, la libertad del paciente de tomar decisiones libres y responsables sobre su salud es insoslayable conjuntamente con el debido consejo médico que fundamente esa decisión, es por ello que es necesario también que se proporcione la información necesaria de lo que implica la intervención médica para el paciente; el profesional de la salud deberá también cerciorarse de que el paciente sea capaz de consentir, toda vez que el consentimiento de un incapaz, es del todo irrelevante.

Dentro de las intervenciones no consentidas el profesional de la salud tiene derecho a obrar justificadamente por vía del consentimiento presunto sin que su actuar sea punible, siempre que se hayan hecho previamente todas las diligencias posibles para recabar su consentimiento expreso y aquello ha resultado imposible, pero frente a este derecho de obrar justificadamente también nace la obligación correlativa de efectuar todas las diligencias y procedimientos necesarios para que el paciente pueda salvar su vida y prestar su consentimiento en el futuro.

3.3. Legislaciones Extranjeras.

En el capítulo primero de este proyecto de investigación se ha expuesto la normativa aplicable al consentimiento en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, amparado y regulado por la Constitución de la República del Ecuador, por el Código Orgánico Integral Penal, la Ley Orgánica de la Salud,

entre otras normas, sin embargo el consentimiento presunto no ha sido desarrollado en casi nada por la normativa ecuatoriana, peor aún por la jurisprudencia, es por ello que es necesario observar diferentes legislaciones y sus diferentes regulaciones respecto del consentimiento expreso y el consentimiento presunto con el fin de ilustrar al lector las diferentes perspectivas y posibilidades que hay al respecto para una debida o indebida regulación de esta institución jurídico penal.

3.3.1. Estados Unidos.

Es preciso mencionar que en Estados Unidos es uno de los países donde se considera que fue fundado el consentimiento informado y expreso, mismo que se remite a los tribunales para que se resuelva una queja de un paciente cuya integridad física fue lesionada gracias a la falta de información del médico y también a un procedimiento arbitrario o experimental:

“El consentimiento informado es un término que se acuñó en los tribunales de Norteamérica y que no surge como respuesta a un evento clínico o a un problema científico; se presenta en Inglaterra, en 1767, como un documento médico-legal cuando Baker y Stapleton asistían a un paciente con una fractura que cursaba con no unión y que venía siendo tratada con vendajes que procedieron a retirar, le refracturaron la pierna y utilizaron un aparato experimental para alinearla y estirla. El paciente interpone una acción legal contra los ortopedistas, y la corte falla a favor del paciente diciendo: “es razonable que un paciente debería ser informado de lo que se le va a realizar, para que se arme de valor y se haga cargo de la situación, de modo que pueda afrontar la operación”. (Torres Escudero, 2012)

En materia de consentimiento presunto se podría decir que este término solo es empleado para la donación de órganos cuando la persona ha muerto y entonces se entiende presumiblemente que esta persona hubiese querido que sus órganos sirvan a alguien mas cuando este fallezca, sin embargo, la utilización antes descrita ha sido objeto de muchas críticas, pues se considera que la comprensión del consentimiento presunto para la donación de órganos, como un término inexacto y engañoso; Esto se deriva de la comprensión general de la "presunción" en derecho y ciencia:

como una inferencia que se hace sobre hechos o pruebas disponibles con el entendimiento de que la información vital que puede invalidar la inferencia puede faltar. Según la ley estadounidense, una presunción es válida, la de la inocencia, por ejemplo, hasta que lo contrario sea demostrado. Al igual que una teoría o hipótesis científica, se mantiene una presunción legal mientras no se proporcione evidencia para refutarla o no se presente una objeción válida en su contra. Por lo tanto, una presunción, en derecho y ciencia, es una "estimación provisional de los hechos" basada en algún estado o patrón de comportamiento fundamental aceptado.(Pierscione, 2008)

A diferencia de las presunciones legales o las hipótesis de la ciencia, la presunción de consentimiento para el uso de órganos del cuerpo no puede permitir ninguna posibilidad de abandonar la presunción, pues claramente, el donante fallecido no puede plantear objeciones. Por lo tanto, la presunción de consentimiento para la donación de órganos no puede tomarse como una presunción de la voluntad de los donantes, con el entendimiento específico de que habrá una disposición para cambiar el curso de acción en caso de que surjan más pruebas, “sino más bien como una presunción de los derechos estatales a órganos corporales de personas fallecidas, a menos que se levante una objeción de la persona del cuerpo mientras ella continúe con vida.

3.3.2. Francia.

Igualmente se aprecia en países como Francia que lograron avanzar en la figura del consentimiento expreso desde mediados del siglo XX, donde tenemos un antecedente sobre el tema del consentimiento informado, el cual es extraído de una sentencia del Consejo de Estado:

“En febrero 25 de 1997 la Corte de Casación Francesa se ocupó del tema que concierne a la información suministrada al paciente y dio con ello un paso gigantesco hacia la obligación de informarlo, hecho cuya prueba compete al médico con esta decisión, la Corte dio un viraje sobre el criterio sentado hasta entonces y retomó el expuesto en forma insular y por demás criticada, en sentencia de 29 de mayo de 1951. El Código Deontológico del Cuerpo Médico Francés impone al médico el deber de dar una información leal, clara y

apropiada al estado del paciente, y la carta del paciente hospitalario indica que la información que ha de dársele debe ser accesible y leal, y que las dificultades de comunicación o de comprensión deben ser aclaradas". (Torres Escudero, 2012)

En materia de consentimiento presunto el estado francés comparte también este término únicamente reservado para las donaciones de órganos cuando la persona fallezca, siempre y cuando no exista un pronunciamiento expreso de que la persona no desea que sus órganos sean utilizados de tal o cual forma, por tener la misma concepción del consentimiento presunto que Estados Unidos, cabe de igual manera la misma crítica referente a las presunciones, ya explicada *ut supra*.

3.3.3. Argentina.

En argentina también se goza de una regulación expresa del consentimiento expreso y de cierta manera también se hace mención al consentimiento presunto, así, el artículo 19 de la ley 17.132, misma que regula el ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración de las mismas establece que "los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesiones graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo, salvo cuando la inconsciencia o alienación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. (Donna, 2014)

Así se infiere que el Estado argentino prevé la necesidad de recabar el consentimiento del paciente para cualquier intervención quirúrgica, pero se observa también los casos específicos relatados por la ley en los cuales podría caber el consentimiento presunto; se habla de los casos de inconsciencia, alienación mental, lesiones graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos, en los mismos no podría, por obvias razones, recabarse el consentimiento del paciente y se debería obrar justificadamente por el consentimiento presunto.

Para María Susana Ciruzzi , Abogada y Especialista en Bioética existen excepciones legales al deber del médico de obtener el consentimiento informado del enfermo: cuando se trata situaciones de grave riesgo para la salud pública o situaciones de emergencia en las cuales la vida del paciente esté en juego y no sea posible obtener su consentimiento expreso e informado como los casos los casos ya expuestos en el párrafo anterior. Éstas son dos excepciones que se relacionan con la buena práctica médica y con el principio *primum non nocere*²⁸. (Ciruzzi, 2017)

Bioéticamente, resulta proporcionada toda acción destinada a proteger de manera inmediata la vida del paciente ante una emergencia que no admite dilación ni espera alguna. Una vez estabilizado el paciente, es posible, como se ha mencionado anteriormente, poder recabar el consentimiento del paciente, esto es, su consentimiento se mantiene en suspenso (consentimiento presunto) para poder preservar su consentimiento expreso e informado en el futuro. Por otro lado, la salud pública es un bien jurídico que autoriza la restricción legal de ciertos derechos individuales, en la medida de su afectación o riesgo y por ello el consentimiento presunto es jurídicamente causa de justificación que permite la realización del acto médico con prescindencia del consentimiento del paciente, sin por ello tipificar un delito.

3.3.4. Colombia.

En el año de 1.981 el Congreso de la República de Colombia expide de la Ley de Ética Médica, y sus decretos reglamentarios, aparecen textos legales que hasta la actualidad han tratado de humanizar la relación médico paciente, se consagran las actividades y advertencias que el médico debe cumplir, en los siguientes términos, en el Artículo 15 de esta normatividad indica:

“El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que pueden afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le

²⁸ Se traduce en castellano por "lo primero es no hacer daño". Se trata de una máxima aplicada en el campo de la medicina, fisioterapia y ciencias en salud, frecuentemente atribuida al médico Hipócrates.

explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente, se entiende por riesgos injustificados aquellos a los cuales sea sometido el paciente y no correspondan a las condiciones clínico patológicas del mismo”. (CEM, 1981)

Se pone en relieve la garantía del consentimiento informado y la posibilidad de un consentimiento presunto “en los casos en que ello no fuere posible” el consentimiento expreso, pero aquella frase deja un rango indefinido de intervenciones en las que el paciente puede estar sujeto y será de potestad del médico decidir que entiende por la frase antes mencionada, o el juez si el caso se judicializa, sin embargo Colombia no solo tiene una regulación expresa en las leyes sino también existe un desarrollo jurisprudencial importante, es así que la Corte Constitucional en la sentencia T-1131 de 2004 se dió a la tarea de establecer unos mínimos factores o criterios a tener en cuenta al momento de determinar el contenido que corresponde al consentimiento informado estableciendo lo siguiente:

“La doctrina especializada se refiere a criterios de orden subjetivo y objetivo. En el primer grupo pueden ponderarse, entre otros, el nivel cultural, la edad y la situación personal y familiar, social y profesional del paciente. Dentro de los factores objetivos deben evaluarse los siguientes: la urgencia del caso, la necesidad del tratamiento, los riesgos de la intervención, la novedad del tratamiento, la gravedad de la enfermedad y la posible renuncia del paciente a recibir información. En este sentido, cuanto más peligrosa y novedosa sea una intervención, más amplia debe ser la información que se facilite al paciente”. (Torres Escudero, 2012)

El párrafo antes citado constituye una base no solo para el consentimiento expreso e informado sino también para el presunto, toda vez que se hace mención a dos clases de criterios, en donde el consentimiento presunto estará situado en el segundo grupo, esto es, los criterios objetivos pues, la urgencia del caso, la necesidad del tratamiento, los riesgos de la intervención, la novedad del tratamiento, la gravedad de la enfermedad son criterios totalmente compatibles con el consentimiento presunto, pero la sentencia no solo se reservó a eso sino que se continuó ampliando sobre el consentimiento informado poniendo de relieve los siguientes criterios o a tener en cuenta

al momento de precisar la cantidad de información que se debe dar a un paciente, de la siguiente forma:

- ❖ El carácter más o menos invasivo del tratamiento: entre mayor sea el grado de invasión en el cuerpo humano, también debe ser mayor la información necesaria para formar el consentimiento del paciente.
- ❖ El grado de aceptación u homologación clínica del tratamiento o su carácter experimental. A su vez, el grado de aceptación clínica del procedimiento determina la cualificación del consentimiento.
- ❖ La dificultad en la realización del tratamiento y las probabilidades de éxito: De tal forma, cuando existan condiciones que dificulten la realización de un procedimiento, o que disminuyan significativamente las probabilidades de éxito, el médico debe informar al paciente de dicha circunstancia.
- ❖ La urgencia del tratamiento: En caso de que la demora en la realización de un procedimiento ponga en riesgo la salud o la vida, el médico debe sopesar este factor y, si es del caso, entrar a protegerlos, aún sin el consentimiento expreso del paciente (consentimiento presunto).
- ❖ El grado de afectación de derechos e intereses personales del sujeto al efectuarse el tratamiento. Cuando un tratamiento o procedimiento signifique un riesgo para ciertos derechos o intereses del paciente, en principio, la información necesaria para que se pueda prestar válidamente el consentimiento debe ser mayor.

3.3.5. España.

En España existe regulación con la mención expresa del consentimiento y en el código penal, mismo que se refiere al consentimiento en riña y en los demás delitos de lesiones, donde el consentimiento

parece variar conforme al delito, en efecto, si se trata de una riña sin instrumentos que pongan en peligro la vida de los que riñeren entre si, entonces la conducta será atípica, sin embargo en los demás delitos de lesiones, el consentimiento válido únicamente servirá de atenuante para poner el mínimo de la pena prevista, por último se prevé también la eximente de la responsabilidad penal para trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugías de cambio de sexo con el presupuesto de el consentimiento sea válido, libre, consciente, expreso y dado por persona capaz, así rezan los artículos 154, 155 y 156 del Código Penal español respectivamente:

“Artículo 154. Quienes riñeren entre sí, acometiéndose tumultuariamente, y utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas, serán castigados por su participación en la riña con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses” (CP, 1995).

“Artículo 155. En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección (CP, 1995).”

“Artículo 156. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de

salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil (CP, 1995). ”

Sin embargo, a pesar de tener una regulación del consentimiento expreso, no se ha encontrado un desarrollo legislativo referente al consentimiento presunto, pero a pesar de ello la jurisprudencia ha podido desarrollar en cierta medida esta institución jurídico penal, siendo necesario precisar que la sentencia que se va a exponer ha sido objeto de mucha crítica por exponer una falta total de diligencia al no entender que el la oportunidad para informar al paciente de las consecuencias de una intervención es al momento de la consulta y sin embargo se la justificó mediante consentimiento presunto:

“ La STC 37/2011, de 28 de marzo, estimó el recurso de amparo interpuesto por un particular que no fue debidamente informado sobre las consecuencias que tendría un cateterismo cardiaco, a resultas del cual perdió la funcionalidad de la mano derecha. Estamos ante un individuo mayor de edad, maduro, que no se encuentra incapacitado y que acude por su propio pie a un servicio de urgencias, y al que no se le interviene hasta el día siguiente al del ingreso. Para el máximo intérprete de la Constitución, las resoluciones judiciales impugnadas vulneraron el derecho a la integridad física del actor, sin embargo, la Audiencia Provincial de Vizcaya, otorgaron especial relevancia al dato de que, con anterioridad, el actor ya se había sometido a otro cateterismo, aunque se utilizara entonces una vía distinta. La sentencia del Juzgado declaró que, con tales antecedentes, y sin dejar de lado su edad, no había lugar a indemnización alguna, al no haberse privado al demandante de «una información esclarecedora previa al consentimiento.” (Cabezuelo Arenas, 2013)

El análisis del tribunal consistió en darle mayor relevancia a un actuar del médico cuya repercusión ya era conocida por el actor, quien se sometió años atrás a otro cateterismo de análogas características al que después constituyó el objeto de esta controversia, pero sobre todo, se hace referencia a la presunción de que habría consentido el segundo de todos modos, esto es, un

consentimiento presunto del paciente; sabemos que la regla del consentimiento expreso e informado es que cuando los médicos no informan sobre los riesgos que entrañan sus actuaciones, han de responder ante sus pacientes si aquéllos acaecen. Por ello que la defensa de los médicos se ha centrado, en muchos casos, en probar que, a pesar de que el paciente no fue debidamente informado, se hubiera plegado, con absoluta certidumbre, a dicha intervención de haber tenido cabal conocimiento de los extremos omitidos. Y esto es lo que pretendió demostrar el médico, y aquello que las resoluciones impugnadas valoraron.

Se ha demostrado como el consentimiento presunto en el caso *sub examine* ha sido totalmente deformado como institución jurídico penal, no solo porque se toma como base una intervención quirúrgica anterior del paciente para concluir que hubo un consentimiento presunto e informado sino también porque de manera deliberada se ha hecho caso de uno de los pilares del consentimiento presunto, que es su naturaleza subsidiaria, esto es, el profesional de la salud pudo haberle informado acerca de las consecuencias del cateterismo porque esa era su obligación, pero ante al evidente omisión de aquello, se invoca indebidamente el consentimiento presunto para justificar su actuar. Esa lógica, arrojará consecuencias nefastas para la salud del individuo, cuya realidad corpórea no ha sido ponderada al tiempo de practicarse esa intervención.

Frente al análisis realizado si es menester preguntarse ¿Quién asegura que en el último instante aquél (el paciente) no se hubiera desviado del planteamiento puramente dogmático que prefería para abrazar una solución distinta, movido por impulsos irrefrenables? La doctrina ya había denunciado cómo, en ausencia de una voluntad expresada en instrucciones previas, no habrían de gozar de relevancia para medir la coherencia o racionalidad interna del paciente, reconstruyendo mentalmente cuál sería su actual opción, patrones de conducta por parte del paciente ante determinadas incidencias médicas (Cabezuelo Arenas, 2013).

CONCLUSIONES

En el primer capítulo de este proyecto de investigación se ha revisado que existe una controversial discusión doctrinaria respecto de si el consentimiento expreso como institución jurídico penal es una causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad; para los primeros, el argumento clave para entender el consentimiento como causa de atipicidad es la Teoría Liberal, pues bajo la concepción de que los bienes jurídicos son herramientas para el desarrollo del individuo dentro de la sociedad, no puede existir lesión alguna al bien jurídico cuando su titular realiza un acto de disposición del mismo, por lo tanto, no se presenta ningún menoscabo jurídico penalmente relevante en los bienes jurídicos, que en este caso en específico sería la salud e integridad física del paciente; sin embargo aquellos quienes propugnan el consentimiento como causa de justificación ha sostenido que de los objetivos del derecho penal es la protección de los bienes jurídicos, por ello esta protección esta también garantizada en la norma suprema que es la constitución, pero esta protección es independiente de la aquiescencia del titular de aquellos bienes, mas aún cuando se habla de bienes jurídicos como la salud que son de vital importancia para el Estado, por lo tanto cuando se abandona esa protección por el titular, a pesar del consentimiento, ese actuar es penalmente relevante, esto porque el Estado previene la posibilidad de que el titular no haya vislumbrado los perjuicios que podría acarrear su renuncia.

Se estableció como premisa que la concepción del consentimiento ha de responder a su vez de la concepción de bien jurídico que tiene cada ordenamiento jurídico como también de la disponibilidad e indisponibilidad de los mismos y en ese sentido, se ha concluido también que el ordenamiento jurídico ecuatoriano mantiene la concepción liberalista del bien jurídico, misma que cumple con dos funciones básicas: una dogmática y otra crítica o externa; la versión dogmática porque se ha reconocido expresamente dentro de la exposición de motivos del Código Orgánico Integral Penal que este protege bienes jurídicos reconocidos constitucionalmente y como se ha expuesto, esto sirve como criterio interpretativo también dentro de la teoría del delito; por otro lado la función crítica esta también descrita al existir una limitación del poder punitivo del estado y también por parte de los

jueces al existir la función garantista del órgano jurisdiccional, lo cual evita supuestos de penalización donde no existe bien jurídico protegido.

Habiendo establecido esta concepción, se ha concluido que el consentimiento a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriano podrá ser una causa de atipicidad o una de exclusión de la antijuridicidad dependiendo la estructura del tipo penal; el consentimiento excluiría ya la tipicidad cuando el tipo describe una acción cuyo carácter ilícito reside en el obrar contra la voluntad del sujeto pasivo, en ese caso, si el actuar es consentido, la conducta no sería penalmente relevante y consiguientemente decayendo la tipicidad; el consentimiento excluiría, por el contrario, la antijuridicidad cuando el comportamiento del autor importe ya una lesión de un bien jurídico: por ejemplo, en el delito de Daño a bien ajeno pues aunque efectivamente existe una adecuación al tipo, de existir el consentimiento de la víctima, aunque exista una lesión del bien jurídico, esta estaría justificada, decayendo así la antijuridicidad descrita en el COIP, pues como se ha visto anteriormente, nadie puede ser castigado por un hecho que, aún correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por éste protegido, ningún daño o peligro tolerable por el ordenamiento jurídico. Finalmente hablando de su validez es preciso mencionar que el consentimiento debe ser manifestado por una persona capaz de discernir, libre de vicios y su exteriorización exige la comprensión de dos supuestos: Primero, el consentimiento debe ser anterior a la acción y segundo, el consentimiento se debe haber mantenido hasta el momento de la acción.

El capítulo segundo de este proyecto de investigación se abordó el consentimiento presunto y en ese sentido era preciso definir su naturaleza jurídica porque de ello dependían los derechos y las consecuencias penales tanto del médico como del paciente, así, la Teoría de la Agencia Oficiosa con su raigambre civil y la Teoría del Estado de Necesidad Supralegal con su raigambre en la teoría de la ponderación de intereses, no fue suficiente para explicar la naturaleza del consentimiento presunto, sin embargo, la teoría autónoma propugnada por el tratadista Roxin nos demuestra que el consentimiento es una construcción normativa que se reduce a un juicio de probabilidad que expresa que el afectado, si hubiera poseído un completo conocimiento de la situación de hecho, desde su punto de vista personal hubiera consentido en la acción, aunque fuera

algo no razonable, por lo tanto no cabe preguntarse que bien jurídico debería prevalecer en una situación en concreto, sino la voluntad hipotética del paciente, pero no por ello se debe olvidar que el consentimiento presunto tiene la característica de subsidiario, pues dado que el consentimiento presunto sólo pretende sustituir la falta de un consentimiento real, sólo se podrá plantear cuando sea imposible obtener un consentimiento real y por ello, no hay ningún motivo para permitir que interprete equivocadamente la voluntad real del titular del bien jurídico, cuando sea posible o se tenga la obligación jurídica de preguntar por un consentimiento real, esto impide la posibilidad que el médico justifique su actuar por vía del consentimiento presunto cuando por negligencia u omisión deliberada no ha tomado el consentimiento del paciente.

Así, en este capítulo también fue necesario hacer mención a las las circunstancias que se pueden dar dentro del consentimiento presunto, esto es, en caso de actuación en interés ajeno y dentro de este es necesario precisar si se habla de una decisión vinculada a la situación objetiva en donde rige la regla de que puede actuar amparado en consentimiento presunto quien favorezca el interés claramente preponderante en una ponderación objetiva del titular del bien jurídico, a no ser que el sujeto activo tenga conocimiento de circunstancias que sean indicio de la opinión opuesta del titular del bien jurídico; En contrario sensu, cuando se trata decisión vinculada a la personalidad, en donde rige la regla inversa a la de las vinculadas a la situación objetiva: el sujeto no puede partir del consentimiento presunto, a no ser que haya circunstancias especiales que hagan lógica la suposición de que el titular del bien jurídico está de acuerdo con la intromisión; por último si se trata de una decisión existencial en donde, a diferencia de los dos anteriores presupuestos, habrá que justificar por consentimiento presunto la operación que le va a salvar la vida a un paciente actualmente incapaz de expresar su voluntad. Aquí no es posible, como sucede en las otras decisiones vinculadas a la personalidad, negar el derecho a efectuar la intervención si faltan puntos claros de apoyo, pues la muerte del paciente es irreversible.

Así mismo, se llegó a conclusión de que el consentimiento presunto es perfectamente aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, siendo preciso entender que toda la Teoría General del Delito se

encuentra subsumida en todos los delitos y por lo tanto en COIP regula en su parte sustantiva las conductas penalmente relevantes, pero no toda la estructura y razonamiento dogmático atrás de cada delito.

Por otro lado recordemos que no solo la ley es fuente de Derecho sino también lo es la doctrina en todo aquello que la ley falle en regular y por ello instituciones como el consentimiento presunto son perfectamente aplicables, así lo reconoce el artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial en donde la obligación de administrar justicia no solo descansa en el hecho de que ante una norma oscura o inclusive ausencia de la misma, los jueces no podrán excusarse por ello sino que deberán recurrir a los principios generales del derecho y a la doctrina. Y es importante señalar que esta institución jurídico penal no se vulnera el principio de legalidad porque no impone una nueva conducta cuya verificación será el presupuesto de una pena, sino que mas bien fortalece toda la teoría del delito y las garantías constitucionales como la libertad de acción, autonomía, libre desarrollo de la personalidad y consentimiento informado, esto es así, porque con el consentimiento presunto no habrá un presupuesto para la imposición de una pena y con ello no se vulnera el principio de mera legalidad ni tampoco el principio de estricta legalidad.

En el tercer capítulo se ha estudiado la legitimidad del acto médico, se resaltaba que el mismo es una necesidad en una sociedad civilizada que necesariamente comporta riesgos pero que no por ello es una conducta que deba tacharse por ser riesgosa, la actividad del médico conlleva intrínsecamente la posibilidad de un daño pero también de una cura para el paciente y eso es denominado como iatrogenia, por ello el actuar del profesional de salud no se elimina, sino mas bien debe desarrollarse en el ámbito de la *lex artis* y la diligencia debida en cada proceso, pues el actuar del médico, por su condición de tal, precautela bienes jurídicos de muy alta relevancia para la sociedad y por ende para el Estado.

También se ha mencionado que dentro las diferentes clases de intervenciones quirúrgicas, aquellas que, por absoluta necesidad o por negligencia del médico, no se ha podido tomar el consentimiento del paciente también llamadas no consentidas, tenían total relevancia en este proyecto de

investigación por la institución del consentimiento presunto, mismo que se concluía era de carácter excepcional, de allí que cuando el médico tenga posibilidades de recabar la autorización del paciente, debe proceder de ese modo, y dentro de este marco del consentimiento presunto el paciente también tiene derecho a tener la certeza de que se hicieron efectivos todos los medios para poder recabar su consentimiento, y la correlativa obligación del médico a ser siempre dirigido a precautelar la vida de su paciente.

Las legislaciones extranjeras demostraron tener una variedad de criterios muy opinables en el sentido de la diferencia en la regulación del consentimiento presunto, así como el entendimiento de dicha institución; en Estados Unidos como en Francia el término consentimiento presunto se podría decir que solo es empleado para la donación de órganos cuando la persona ha muerto, término que tenía muchas críticas pues, a diferencia de las presunciones legales o las hipótesis de la ciencia, la presunción de consentimiento para el uso de órganos del cuerpo no puede permitir ninguna posibilidad de abandonar la presunción, pues claramente, el donante fallecido no puede plantear objeciones y por ello se sostenía que el término es incorrecto; en Argentina la regulación es expresa respecto de cuando el médico puede obrar sin el consentimiento del paciente, estos casos taxativamente previstos, podría caber el consentimiento presunto; se habla de los casos de inconsciencia, alienación mental, lesiones graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos, en los mismos no podría, por obvias razones, recabarse el consentimiento del paciente y se debería obrar justificadamente por el consentimiento presunto.

En Colombia no solamente existe una regulación legal respecto de los casos de emergencia, en virtud de los cuales se tiene que proceder sin el consentimiento del paciente para salvaguardar su integridad, sino también un desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-1131 de 2004 donde se delimitaron los criterios a observar del consentimiento expreso e informado, así como del consentimiento presunto en caso de urgencia de tratamiento. Finalmente en España se abordó a través de su código penal, que si existe consentimiento, si se trata de una riña sin instrumentos que pongan en peligro la vida de los que riñeren entre si, entonces la conducta será atípica, sin embargo en los demás delitos de lesiones, el consentimiento válido únicamente servirá

de atenuante, eso en cuanto al consentimiento expreso, pero en materia de consentimiento presunto existió un desarrollo jurisprudencial en donde se invocaba al consentimiento presunto en la STC 37/2011 como una causa de justificación por como ha obrado el paciente en previas intervenciones quirúrgicas, es decir dándole una naturaleza principal, cuando en realidad del consentimiento presunto es de carácter subsidiario.

Por último, es necesario mencionar la situación en Ecuador respecto del consentimiento expreso y presunto; respecto del consentimiento expreso e informado esta plenamente regulado y garantizado en la Constitución de la República en sus artículos: 11.3, 32, 66, y 362, en concordancia con las normas de inferior rango como la Ley Orgánica de la Salud y el Código Orgánico Integral Penal; Haciendo referencia al consentimiento presunto se llegó a la conclusión de que no existe una regulación explícita de esta institución jurídico penal en el ámbito legal ni tampoco jurisprudencialmente y sin embargo, se argumentó el por qué de su plena aplicabilidad sin vulneración alguna al principio de legalidad y también por vía de la doctrina que le asegura al órgano jurisdiccional una herramienta más en donde apoyar su decisión y robustecer su motivación cuando la ley no puede suplir explícitamente esta regulación.

BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal. Parte General* (Tercera Ed). Santa Fe Bogotá: EDITORIAL TEMIS S. A.
- BGB. Bürgerliches Gesetzbuch (1900). Alemania: Marcial Pons, Ediciones Juridicas S. A.
- Cabezuelo Arenas, A. L. (2013). El consentimiento presunto o autorización del paciente inferida de otras intervenciones anteriores. *Derecho Privado y Constitución, enero-dici(27)*, 123–171. Retrieved from <http://www.cepc.gob.es/gl/publicaciones/revistas/revistas-electronicas?IDR=7&IDN=1311&IDA=36762>
- CEM. Código de Ética Médica (1981). Colombia: https://www.orientame.org.co/wp-content/files_mf/1418172473ley_23_de_1981.pdf. Retrieved from https://www.orientame.org.co/wp-content/files_mf/1418172473ley_23_de_1981.pdf
- Ciruzzi, M. S. (2017). El consentimiento informado en el CCyCN y en la ley 26529 de derechos del paciente.
- COFJ. Código organico de la funcion judicial (2009). Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones. Retrieved from <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/normativa/codigo-organico-de-la-funcion-judicial.html>
- COIP. Código Orgánico Integral Penal (2014). QUITO, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- CP. Código Penal y legislación complementaria (1995). España.
- CRE. Constitución de la República del Ecuador, Pub. L. No. Decreto Legislativo 0, 1 (2008). Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Del Brutto, O. (2018). Requisitos para que proceda la responsabilidad civil por mala práctica médica. *Revista Ecuatoriana de Neurología*, 27(2), 79–82.
- Donna, E. A. (2014a). *Derecho Penal Parte Especial. - Tomo I.* (Cuarta Ed.). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Donna, E. A. (2014b). *Derecho Penal Parte General. - Tomo III. Teoría general del delito - II.* (Primera Ed). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Dworkin, G. (2003). *The Theory and Practice of Autonomy.* (S. SHOEMAKER, Ed.). New York:

- CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511550119.004>
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (Primera Ed). Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2012). El principio de lesividad como garantía penal. *Revista Nuevo Foro Penal*, 8(79), 100–114.
- Gaceta Judicial. (2014). *Cuadernos de Jurisprudencia Penal* (Primera Ed). QUITO: Corte Nacional de Justicia.
- Gómez López, J. O. (2001). *Tratado de derecho penal. Parte general, tomo I* (Primera Ed). Bogotá: Ediciones doctrina y ley.
- Jakobs, G. (1996). *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación* (Primera Ed). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas S. A.
- Jakobs, G. (2001). *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* (Primera ed). Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- López Bolado, J. (1987). *Los Médicos y el Código Penal* (Segunda Ed). Buenos Aires: Editorial Universidad.
- LOS. Ley Orgánica de la Salud, Pub. L. No. Ley 67, 1 (2018). QUITO, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Mezger, E. (1989). *Derecho Penal. Parte General*. (L. Flower, K. A. Schriver, L. Carey, C. Haas, & J. R. Haves, Eds.) (Sexta Ed.). Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina S.R.L.
- Muñoz Conde, F. (2013). *Derecho Penal. Parte Especial* (19 Ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Muñoz, F., & García, M. (2010). *Derecho Penal Parte General* (Octava Ed.). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch. Retrieved from http://www.derechopenalenlared.com/libros/Derecho_Penal_Parte_General_Munoz_Conde_Mercedes_Aran.pdf
- Pierscionek, B. K. (2008). What is presumed when we presume consent? *BMC Medical Ethics*, 9, 5–9. <https://doi.org/10.1186/1472-6939-9-8>
- Reyes Echandía, A. (1989). *Antijuridicidad* (Cuarta Ed.). Bogotá: EDITORIAL TEMIS S. A.
- Ríos Arenaldi, J. (2006). El consentimiento en materia penal. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas En Materias Penales*, (1), 6–37.

- Roxin, C. (2010). *Derecho Penal Parte General Tomo I Especiales formas de aparición del delito*. (D. M. Luzón Peña, M. D. García Conlledo, & J. de Vicente Remesal, Eds.) (Segunda Ed). Madrid: Editorial Civitas, S. A.
- SESPAS-OMC. (2017). *Iatrogenia : análisis , control y prevención. Documento del grupo de trabajo SESPAS OMC sobre iatrogenia*. España.
- Silva Riestra, J. (1967). Responsabilidad médica ante la Ley. *Revista Del Colegio de Abogados de La Plata*, 18.
- Torres Escudero, S. (2012). El consentimiento informado en el ejercicio de la actividad médica. *Revista CES Derecho*, 3(2), 4.
- Weigend, T., & Jescheck, H. H. (2002). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. (M. O. Cardenete, Ed.) (Quinta Ed). Granada: Bosch Casa Editorial.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. (C. Fontán Balestra, Ed.) (Primera Ed). Buenos Aires: Roque Depalma Editor.