



La relevancia del consentimiento en la Parte Especial del Derecho Penal: a propósito de la responsabilidad penal en el ámbito médico

The relevance of consent in the Special Part of Criminal Law:
Regarding criminal liability in the medical field

Frank James Paucarchuco Gonzales^[*]

Resumen: El autor analiza la operatividad del instituto jurídico-penal del consentimiento en la responsabilidad penal de las actividades médicas. Para tal propósito, se aborda el desarrollo histórico y dogmático que ha atravesado dicho concepto, siendo la posición mayoritaria considerarla como una causa de justificación; pese a ello, el presente se avoca en ubicar al consentimiento en la tipicidad. Seguidamente, se aplica estas consideraciones en la Parte Especial y el ámbito médico, específicamente en el delito de lesiones que viene a ser aplicado con mayor frecuencia. Por último, el autor problematiza en torno al supuesto en que se realice un tratamiento médico sin que medie el consentimiento y no exista un detrimento a la salud del paciente imposibilitando así la sanción por delitos contra la integridad física.

Palabras clave: Derecho Penal, teoría del delito, consentimiento, medicina, atipicidad.

Abstract: The author analyzes the operation of consent (a criminal law institute) in criminal responsibility for medical activities. For this purpose, he reviews concept's historical and dogmatic development and concludes that majority of investigations consider it as a cause of justification; in spite of this, the text places the consent in the typicality. Then, these considerations are applied in the Special Part of Criminal Law and the medical field, specifically in the crime of injuries because physicians are punished for this crime more frequently. Finally, the author discusses the assumption in which medical treatment is carried out without consent and there is no damage in the patient's health, it makes impossible to punish for crimes against physical integrity.

Key words: Criminal Law, theory of crime, consent, medicine, atypicality.

[*] Estudiante de quinto año de la carrera de Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú). Ayudante de Cátedra de Derecho Penal III en la UNMSM. Miembro del Consejo Directivo de Amachaq Escuela Jurídica. Contacto: paucarchucofrank@gmail.com

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo surge con dos motivos principalmente. En primera instancia, a propósito de la situación global a nivel sanitario que actualmente nos encontramos superando y que, en el ámbito médico, esta pandemia ha marcado un hito histórico tanto en el campo de la Medicina como en el Derecho. Por otro lado, debido a la relación nada pacífica entre médicos y los operadores jurídicos generada principalmente por la intervención de estos últimos en el caso de las negligencias médicas. En el mismo sentido, es menester señalar que el tema de la responsabilidad médica ha atravesado por distintas etapas a lo largo de la historia de la humanidad y hoy más que nunca nos encontramos en una situación crítica, la cual incluso ha generado el fenómeno denominado «medicina defensiva» (Rodríguez, 2012, p. 13). Además, como señala Barreiro (1989, p. 139), «la medicina es una de las profesiones cuyo ejercicio comporta, más que ninguna otra, el peligro de atentar contra la ley civil y penal». Ahora bien, con dichas premisas el objetivo de la presente investigación será abordar las implicancias de la principal institución dogmática que tiene relevancia en el ámbito médico, a saber, el consentimiento. Específicamente, se detecta una problemática en cuanto al otorgamiento del consentimiento en la praxis médica y, por ende, es necesario ahondar en las consecuencias de una intervención médico-sanitaria que carezca de dicho elemento.

El consentimiento es un tópico de suma relevancia en el Derecho en general y tiene no solo una aplicación en el Derecho Penal, sino también, por ejemplo, en el Derecho Privado con sus propias características (aunque no muy distintas) y tratamiento, siendo estos aportes útiles para el Derecho Penal (Mañalich, 2019, p. 36). Empero, en el presente escrito nos referiremos exclusivamente a la historia, ubicación, función y consecuencias del consentimiento para el Derecho Penal con la finalidad de posteriormente analizar la manera en que esta categoría incide en la Parte Especial, prin-

cialmente en los delitos de lesiones que suelen ser utilizados para sancionar a los médicos.

II. LA UBICACIÓN Y TRATAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO EN LA TEORÍA DEL DELITO

1. Origen del consentimiento

El desarrollo dogmático del consentimiento ha encontrado un campo fértil de desarrollo en la interrogante acerca de la relevancia jurídica del consentimiento informado del paciente que se somete a una intervención médica (Barreiro, 2001, p. 209). Pese a ello, su existencia no es tan moderna, sino que, desde el Derecho romano, el consentimiento ha sido utilizado frecuentemente para la exclusión de un daño o un injusto, producto de ello podemos referirnos al aforismo «*volenti no fit iniuria*», este brocardo en la actualidad aún sigue siendo utilizado por los juristas para referirse al consentimiento (Donna, 1995, p. 24). Sin embargo, esta categoría ha encontrado en la dogmática alemana su mayor desarrollo, y especialmente, como veremos, en el campo médico.

2. El consentimiento como eximente de responsabilidad penal

2.1. El aporte de Geerds

El principal aporte que ha existido —y prevalece en la doctrina dominante— en torno al consentimiento es la distinción, realizada por Geerds, entre dos instituciones: acuerdo y consentimiento, en sentido estricto (Roxin, 1997, p. 512). Según Geerds, con «acuerdo» deberíamos entender la «voluntad conforme del lesionado» que, según la naturaleza del tipo, cuando esta voluntad exista por parte del sujeto pasivo se excluiría la tipicidad (Mañalich, 2019, p. 47). Ello debido a que el tipo en sí mismo requiere como elemento ir en contra de la voluntad de la víctima, como por ejemplo en el delito de coacción, si es que el lesionado está conforme con ello, no es que exista una «coacción justificada», sino que no existe una coacción en absoluto (Donna, 1995, p.

24). Por otro lado, el consentimiento en sentido estricto, según esta premisa de Geerds, se entiende como una causa de justificación, por ende, excluye la antijuricidad de la conducta (Roxin, 1997, p. 513).

Esta conceptualización del consentimiento como causa de justificación principalmente ha sido aplicada a los tipos de lesiones y daños. Es decir, por el hecho de que el lesionado «consienta» la producción de un daño o una lesión, no significa que el daño producido en el bien o la persona sean atípicos, esto es que carezcan de relevancia penal, sino que dicho «daño» se encuentra justificado. La consecuencia de este modo de proceder radica en que si consideramos al consentimiento en sentido estricto solo como causa de justificación lógicamente debe admitirse el carácter típico de la conducta, esta afirmación no traería mayores inconvenientes; sin embargo, en el caso de las intervenciones médico-sanitarias, esta operatividad atribuye relevancia penal a las operaciones cuyo propósito es mejorar la salud de los pacientes.

2.2. Como causa de justificación

La ubicación sistemática del consentimiento como causa de justificación, eliminando así la antijuricidad de una conducta típica, en la actualidad es dominante (Roxin, 1997, p. 512). Entre los juristas que consideran la distinción de Geerds como válida y, por ende, al consentimiento como una causa de justificación se encuentra Jescheck. Para este autor, el consentimiento funge como causa de justificación, debido a que la protección del bien jurídico penal depende, sobre todo, del valor otorgado por la comunidad (y no la voluntad de la propia víctima); en consecuencia, la voluntad de disposición del titular deviene en irrelevante para tal protección. De este modo, se protege la integridad del bien jurídico y no la libertad de disposición del titular (Jescheck, 2014, p. 554). Así también, para este autor, la distinción realizada entre el consentimiento y el acuerdo no resulta intrascendente, sino más bien tiene

efectos prácticos, particularmente en los supuestos de concurrencia del error (Jescheck, 2014, p. 552).

Si bien podemos discrepar de los planteamientos de Jescheck, no le faltaba razón cuando admitía de que la ubicación sistemática de la institución del consentimiento trae una serie de consecuencias importantes, especialmente para la Parte Especial en el caso de los bienes jurídicos individuales tales como la salud y el patrimonio; los cuales, bajo determinadas circunstancias, pueden estar sujetos a la libre disposición por parte de sus titulares.

La corriente que considera al consentimiento como causa de justificación hasta ahora expuesta, a nuestro juicio, resulta ser problemática y trae consigo inconsistencias en la operatividad de los tipos penales. En primer lugar, este no concuerda con el límite general existente entre la exclusión del tipo y la justificación; esto es que el primero carece de relevancia penal en absoluto sin tomar en cuenta el contexto (permitido como regla), mientras que el ámbito de la antijuricidad implica un análisis del contexto del caso en concreto (permitido por excepción) (Jakobs, 1997, p. 426). Incluso, dentro del análisis de determinados delitos, la propia realización del tipo implica estar ya *per se* en contra de la voluntad del titular del bien jurídico; al contrario, tener la anuencia y aprobación de este excluiría el tipo. Estos delitos son, por ejemplo, la violación sexual, los delitos contra el patrimonio, las lesiones en determinados ámbitos sociales, la usurpación, el secuestro, etc.; en todos estos casos, no ocurre que la acción desplegada por el agente es típica y el consentimiento lo justifica, sino que no existe relevancia penal de dichos comportamientos de contar con la aprobación del titular. Como veremos posteriormente, esto también ocurre especialmente en las intervenciones médicas.

2.3. Como causa de atipicidad

En la actualidad, va tomando fuerza, aunque sin llegar a ser dominante, otra concepción sobre el consentimiento, a saber, ubicarla siste-

máticamente como excluyente de la tipicidad. Por ejemplo, Roxin defiende una postura desde su teoría liberal del bien jurídico; es decir, si el bien jurídico sirve para el libre desarrollo del individuo y una determinada acción (esta es la acción consentida) no solamente no menoscaba el bien jurídico de ningún modo, sino que inclusive coadyuva a su desarrollo y desenvolvimiento, por ese motivo, no podríamos señalar que existe una «lesión al bien jurídico», consecuentemente la conducta devendría en atípica (Roxin, 1997, p. 517). Esta teoría se basa en los presupuestos internos de la tipicidad, claramente que, según el principio de lesividad, solamente puede ser relevante para el Derecho Penal las conductas que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos.

De modo similar, Mañalich (2019, p. 45) considera una exclusión más bien externa de la tipicidad, denominando al argumento de Roxin como una exclusión interna por faltar uno de los elementos típicos. Como premisa para entender esta postura, el autor señala que existen dos tipos de permisiones, a saber, permisiones en sentido débil y en sentido fuerte (Mañalich, 2019, pp. 38-39). Esta distinción resulta fundamental para distinguir las causas de justificación de la exclusión de la tipicidad. En el primer caso, identificada como una permisión en sentido fuerte, concurren dos normas (una de carácter prohibitivo y otra permisiva), siendo que la norma permisiva cancela (si y solo si se cumplen sus presupuestos) a la norma prohibitiva. En cambio, en una permisión en sentido débil, solamente aparece una norma prohibitiva, siendo que las «conductas permitidas» son aquellas que no recaen en su campo de aplicación. Para reseñar esta distinción, resulta gráfico lo siguiente: i) matar en legítima defensa está permitido y ii) matar a un mosquito también está permitido. En el primero de los casos, existe una norma permisiva en el Código Penal que justifica dicha acción (adicionalmente a la norma prohibitiva de matar); en cambio, en el segundo ejemplo simplemente esa conducta no es subsumible en la prohibición de matar, siendo solamente inaplicada.

Además, el autor citado entiende al consentimiento como un acto de libre disposición normativamente reconocido, mediante una declaración de voluntad por parte del titular del bien jurídico y con los límites que el ordenamiento jurídico fija como, por ejemplo, no se puede disponer, en algunos países, de la vida (Mañalich, 2019, p. 37). En el caso peruano, por ejemplo, el art. 20 del CP refiere que está exento de responsabilidad penal el que «actúa con el consentimiento válido del titular del bien jurídico de libre disposición»; es decir, el propio cuerpo normativo señala que el consentimiento solamente puede brindarse sobre bienes jurídicos disponibles, ello se constituye como uno de los principales límites.

En esa línea, esta segunda postura argumenta que las normas jurídico-penales son normas prohibitivas fundamentadas por la «razón» de la protección de bienes jurídicos. En consecuencia, cuando un titular de un bien jurídico dispone de este, de conformidad con su libertad jurídicamente reconocida, se estaría cancelando situacionalmente la norma prohibitiva que permite la sanción a quien ejecuta la acción, debido a que, en realidad, no estaría protegiendo el bien jurídico, sino que si los bienes jurídicos son medios para el libre desarrollo de la personalidad, y en el caso del consentimiento así lo es, ello significaría que, en este caso, no existiría una «razón» suficiente para la invocación de dicha norma prohibitiva, sino que de plano deviene su inaplicabilidad, a decir del autor esta norma prohibitiva es derrotada por una condición de cancelación de la misma norma, a diferencia de la derrotabilidad por una norma permisiva, característica de las causas de justificación (Mañalich, 201, pp. 44 y 45).

En suma, por las posiciones esbozadas, consideramos que un tratamiento coherente del consentimiento dentro de la teoría del delito vendría a ser considerada como una causa de atipicidad, ya sea al no existir propiamente un «lesión al bien jurídico» o no ser aplicable la norma prohibitiva. Ello permitiría un mejor tratamiento a los delitos de la Parte Especial cuando este se presente.

3. El consentimiento presunto

El consentimiento presunto es una causa de justificación en sí misma, a diferencia del consentimiento en sentido estricto que, a nuestro juicio, excluye la tipicidad; sin embargo, el *nomen iuris* es engañoso, ya que no existe una voluntad por parte del titular del bien jurídico para permitir una determinada injerencia en su ámbito de libertad. En comparación del consentimiento en sentido estricto, donde existe la expresión de libertad del sujeto, «quien invoca el consentimiento presunto interfiere sin permiso», por ese motivo su actuación deviene en típica, solo pudiendo justificarse el hecho si es que, desde un juicio objetivo, podía presumirse la voluntad del titular (Roxin, 1997, p. 765). Esta categoría jurídica, al igual que el consentimiento en sentido estricto, también es relevante a efectos de las intervenciones médicas curativas.

Conceptualmente el consentimiento presunto, se refiere a los supuestos donde el sujeto que podía haber dado un consentimiento válido y eficaz, no lo hizo por no haber estado en las condiciones de hacerlo (p. ej. un estado de coma) o por no estar presente en el momento en que sucedieron los hechos (Donna, 1995, p. 177). En ambos supuestos, debe de analizarse desde la perspectiva del sujeto para evaluar si es que este, en las circunstancias del caso en concreto, habría consentido la realización de un determinado acto.

La ubicación de esta categoría *sui generis* se encuentra ubicada, desde un plano dogmático, entre el consentimiento en sí y el estado de necesidad justificante (Roxin, 1997, p. 765). Empero, siente su autonomía de ambos extremos por diversos motivos. En cuanto al consentimiento en sí, difiere porque justamente no existe la voluntad por parte del sujeto pasivo. Por otra parte, con respecto al estado de necesidad, la discusión no es tan pacífica, ya que frecuentemente es invocada cuando acontecen supuestos de riesgo del titular del bien jurídico. En particular, dentro del ámbito médico, el

consentimiento presunto encuentra una forma gráfica de ser diferenciado del estado de necesidad justificante. Por ejemplo, una persona que se encuentra inconsciente y no pudiendo brindar su consentimiento para que le practiquen una determinada intervención curativa estando su vida en riesgo, en este caso, la diferencia radicaría en que el titular del bien jurídico sacrificado y salvado es la misma persona; es decir el paciente intervenido, y que consecuentemente no es necesario que se prepondere sustancialmente el interés salvado sobre el sacrificado como suele ocurrir en el estado de necesidad justificante (Puppe, 2007, p. 4).

Finalmente, a diferencia del consentimiento en sentido estricto, el debate en torno al consentimiento presunto se limita al aspecto señalado sobre su autonomía con respecto al estado de necesidad justificante; sin embargo, existe unanimidad al señalar de que esta categoría elimina la antijuricidad de la conducta (Maurach et al, 1994, p. 488). Por ese motivo, el consentimiento presunto, a efectos de este trabajo, se encontraría muy bien ubicada como una causa de justificación, en comparación al consentimiento en sentido estricto que debería ser caracterizado como una forma de declarar la atipicidad del comportamiento.

III. LA APLICACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN EL ÁMBITO MÉDICO

1. Consideraciones básicas sobre la responsabilidad penal en la Medicina

La profesión sanitaria existe desde los albores de la humanidad, ejemplo de ello podemos hacer mención a los chamanes de las tribus en el período neolítico de los pueblos primitivos, en dicho contexto este *medicine-man* tenía un estatus sagrado que respondía a la cosmovisión de las enfermedades en los inicios de la historia (Rodríguez, 2012, p. 36), dicha sacralización del chamán eximía de todo tipo de responsabilidad a quien atendía las enfermedades, inclusive dicho conocimiento era transferido vía hereditaria. Posteriormente, con

el avance técnico de las culturas de Mesopotamia y Grecia se prevén formas de responsabilizar a quienes practicaban el arte de la medicina cuando lo hiciesen de manera negligente (Rodríguez, 2012, p. 36). Esto quedaría grabado para la historia en el Código de Hammurabi y el famoso juramento hipocrático al que se ven sometidos los galenos como una pauta ética del ejercicio de su profesión. La revolución científica acontecida desde el siglo XVIII en adelante permitió ya una profesionalización de la medicina hasta la actualidad, llegado a este punto la responsabilidad médica en casos de negligencia o abuso del arte era ya necesaria.

En suma, podemos concluir que a mayor progreso y científicidad generan una mayor expectativa en cuestión de resultados a la medicina, por tanto, en los supuestos de negligencia resultan sancionables por los daños ocasionados. En la actualidad, la medicina no tiene un carácter sagrado, y de la mano con el Derecho, los pacientes pueden exigir más que nunca el mayor cuidado a los médicos, la información necesaria sobre el cómo se va a proceder en su salud y que cualquier supuesto de negligencia médica que perjudique al paciente de un modo grave será severamente sancionado. No le falta razón a Barreiro (1989, p. 140) al señalar que actualmente la medicina se ha convertido en una ciencia sumamente compleja, es gráfico su aporte al señalar que «el cirujano de 1900 era un obrero manual que operaba ayudado de un solo interno, y hoy depende de la aportación y colaboración de otros especialistas». Por tanto, las categorías dogmáticas del Derecho Penal deben estar a la orden del día y ser analizadas nuevamente a propósito de los avances tecnológicos (p. ej. la imputación objetiva), toda vez que los delitos imputables a los médicos son los que podríamos denominar «clásicos» tales como el homicidio y las lesiones, la antigüedad de estos tipos penales no significa que en la evolución de la sociedad no han de generarse nuevos ámbitos que requieran su actualización en la aplicación.

2. Problemática en torno al delito de lesiones y el consentimiento

Sentadas las bases teóricas de nuestro problema a tratar, proseguiremos a analizar las consecuencias prácticas que concurren al considerar al consentimiento como causal de atipicidad o causa de justificación en la responsabilidad penal de los médicos.

Para ejemplificar los problemas que genera el consentimiento como causal de justificación, citaremos un caso bastante gráfico que proviene de la jurisprudencia alemana recaída en la sentencia del RG de 31 de mayo de 1894, donde los jueces se adherían a la posición de considerar al consentimiento como una causal de justificación. Esta sentencia *in comento*, condenó a un médico por el delito de lesiones, debido a que había amputado la pierna a una niña de siete años por una enfermedad tuberculosa que la menor padecía, ello en contra de la voluntad del padre, debido a que este creía en la medicina natural; previamente el médico había sido absuelto al considerarse que no se había perjudicado la salud de la menor con la intervención médica, sino todo lo contrario.

Sin embargo, con esta sentencia condenatoria, el tribunal alemán admitía que todas las intervenciones médicas, tengan éxito o no, realizaban el delito de lesiones y el consentimiento del paciente justificaba la conducta (Vásquez, 2017, pp. 6 y 7). El tribunal, en este caso, consideraba como bien jurídico protegido la integridad física, en un sentido literal, por lo que todo menoscabo (en un sentido naturalístico, claro está) configuraba el delito de lesiones, o sea era típica (aunque la operación en realidad, como hacen las intervenciones médicas curativas, tuvieran como finalidad mejorar la salud del intervenido) y el consentimiento del paciente justificaba dicha intervención, por lo que faltando este último, y al ser ya la conducta previamente típica, no se le podía excluir de responsabilidad. Una consecuencia coherente en lo teórico, pero

que de modo intuitivo debemos admitir que resulta incorrecta. Este modo de ver el consentimiento ha sido criticado ya que no permite diferenciar la acción de un navajero con la de un médico, aunque estas desde un punto de vista social tienen una marcada diferencia. Esta equiparación entre los médicos y los navajeros se evita con la argumentación del consentimiento como causal de atipicidad que hemos expuesto *supra*. Así también, en la medida que la tipicidad viene a ser un juicio general donde el legislador realiza una ponderación en abstracto para que determinados riesgos (si bien peligrosos para los bienes jurídicos) sean socialmente aceptados; en cambio, la ponderación realizada en la antijuricidad es en cuanto al caso en concreto que se está analizando (Jakobs, 1997, p.). Sobre el particular, las intervenciones médicas si bien implican un riesgo para la salud de los pacientes, este riesgo es aceptado socialmente, motivo por el cual resulta incoherente la afirmación del carácter típico de estas conductas. Dicha afirmación es producto de considerar al consentimiento como causal de justificación.

En suma, tomando de ejemplo el delito de lesiones en el ámbito médico, concluimos que, si consideramos al consentimiento como causa de justificación, tendríamos que afirmar lo siguiente: «Todas las intervenciones médicas son típicas (así sean curativas) y el consentimiento justifica su actuación, cuando este falte (o sea brindado defectuosamente) el médico será sancionado por el delito de lesiones». En contraposición, si lo consideramos como causal de tipicidad, afirmaríamos: «Ninguna intervención médica es típica, salvo falte (o sea dado erróneamente) el consentimiento». Esta última afirmación trae consigo sus propios inconvenientes sobre qué tipo aplicaríamos, ya sea lesiones o coacción —como lo han establecido el Código Penal de Portugal y Austria— el nuevo tipo de tratamiento médico arbitrario, sobre esta discusión ahondaremos posteriormente.

3. ¿El «nuevo» consentimiento hipotético?

En la doctrina y jurisprudencia tradicional, solamente se identificaba en el ámbito de las intervenciones médico-curativas al consentimiento en sentido estricto y al consentimiento presunto; sin embargo, recientemente en Alemania se ha formado una nueva causa de justificación denominada «consentimiento hipotético». La jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH) ha formulado esta nueva causa de justificación ante los casos donde se incumplen deberes de información al paciente que será intervenido. En dicho contexto, resulta inaplicable el consentimiento en sentido estricto, ya que nadie puede consentir de lo que no tiene conocimiento; por otro lado, el consentimiento presunto tampoco es posible, por cuanto no se subsume en la regla donde el sujeto se encontraba imposibilitado de consentir (Schlack, 2012, p. 276).

Según el uso de esta causa de justificación, «la punición del médico depende de que el paciente no hubiese consentido el tratamiento curativo efectuado si hubiera sido informado correcta y completamente» (Puppe, 2007, p. 5). La idea originaria de que el defecto de información proporcionado al paciente no convierte en antijurídica una determinada intervención médica curativa, siempre y cuando el paciente haya consentido dicho tratamiento en el hipotético de que hubiese sido informado proviene del Derecho Civil (Puppe, 2007, p. 7); en otras palabras, el origen de esta causa de justificación proviene de los procesos civiles de responsabilidad médica.

A nuestro juicio, la principal problemática identificable de esta «novedosa causa de justificación» es el tema de la probanza que resulta prácticamente irrealizable, ya que estamos refiriéndonos a hechos que nunca sucedieron y una de las pruebas de mayor peso, en los tribunales civiles de Alemania así sucede, es la declaración de la víctima, la cual como bien sabemos puede ser sumamente cuestionable y resulta difícil que solo con ello se supere los estándares probatorios exigibles para desvirtuar la presunción de inocencia.

IV. PROBLEMÁTICA: FALTA DE CONSENTIMIENTO EN LAS INTERVENCIONES MÉDICAS, ¿CONSTITUYE DELITO?

Ahora bien, del análisis realizado en la primera parte sobre la ubicación sistemática del consentimiento dentro de la teoría del delito y su aplicación en el delito de lesiones, extrajimos la conclusión de que todas las intervenciones médico-curativas son atípicas por contar con el consentimiento del paciente por los argumentos previamente ya esbozados; sin embargo, de esta conclusión identificamos una pregunta inevitable, ¿qué sucede si es que falta este consentimiento? ¿Se comete algún delito? ¿Qué delito se debe de imputar? A continuación, trataremos de responder estas interrogantes.

En primera instancia, la respuesta intuitiva que podemos plantear respecto a la primera pregunta sobre la falta del consentimiento es la siguiente: Si es que el consentimiento vuelve atípica una determinada intervención médica, a *contrario sensu* si este consentimiento faltase la acción desplegada por el galeno debe de ser típica, por tanto, subsumirse en un determinado tipo penal. Pese a esta primera respuesta que es consecuente con nuestro planteamiento inicial, sabemos que la imputación en el Derecho Penal debe de recaer sobre un delito existente en la regulación vigente. En consecuencia, el problema surge a partir de esta segunda cuestión, ¿cuál es el tipo penal aplicable?

En la doctrina y la legislación, se han identificado tres posibles respuestas para la interrogante que hemos planteado. En primer lugar, un sector se vale del tipo penal de lesiones para la subsunción típica de la actividad médica, si es que faltase el consentimiento, ello con base en una consideración de intangibilidad del bien jurídico de la vida e integridad personal (Rodríguez, 2017, p. 6); sin embargo, la crítica que se esboza para esta primera postura es que no resultaría coherente la sanción por lesiones (dolosas o imprudentes) si es que no existe un detrimento en la salud del paciente (peor aun cuando hay una mejoría), de modo ejemplifica-

tivo sirve el caso de la menor de edad tratado *supra*. Debido a este segundo grupo de casos donde no existe un perjuicio en la salud del paciente o exista una mejoría, la aplicación del tipo penal resultaría insatisfactoria y el mensaje político criminal transmisible sería incorrecto.

Por otro lado, otro sector de la doctrina española, prescindiendo de la aplicación del tipo penal de lesiones, ha propuesto la utilización del delito de coacciones, debido a que se estaría afectando la libertad personal del paciente porque este no habría brindado el consentimiento debido (Díaz Valcarcel, 1963, p. 181). Esta segunda respuesta evita el óbice que planteamos en el párrafo precedente, pero se debe manifestar la crítica de la imprecisión del bien jurídico protegido. El tipo penal de coacciones tiene un carácter subsidiario, es decir, en él pueden subsumirse una gran cantidad de conductas que no encajan en otros delitos debido al modo en que se encuentra redactado en las legislaciones penales. A modo de ejemplo, en la legislación peruana: «Artículo 151.- El que, mediante amenaza o violencia, obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años».

Del artículo citado, podemos identificar que, por su carácter genérico, no puede satisfacer de modo adecuado el ámbito de protección de la disposición sobre la salud del paciente, ya que este tiene un matiz más específico como para derivarlo a la libertad personal, de modo análogo podemos referirnos a los delitos contra la libertad sexual que si bien, en cierto modo, pueden ser subsumibles también en el delito de coacción, tienen una regulación específica. En suma, por la imprecisión del bien jurídico protegido no consideramos adecuada esta segunda postura que subsume las actividades médicas curativas sin consentimiento en el delito de coacción.

Por último, una tercera solución a esta problemática es la creación de un tipo penal específico que proteja a la libertad de decisión del paciente sobre su salud: el delito de tra-

tamiento médico arbitrario. Incluso Jescheck (2014, p. 559) había avizorado de que la única forma de analizar estos casos donde faltase el consentimiento era la creación de un delito de tratamiento médico arbitrario, caso contrario debían de ser tratados insatisfactoriamente en los delitos de lesiones. Esta opción legislativa ha sido adoptada específicamente por Portugal y Austria; de otro lado, en Alemania, diversos proyectos de modificatoria optaban por incluir un tipo penal similar (Rodríguez, 2017, p. 18 y 19). De modo novedoso, el Código Penal portugués señala en su artículo 150 lo siguiente:

Artículo 150º.-

1.- **Las intervenciones y tratamientos** que, según el estado del conocimiento y la experiencia de la medicina, **se encuentren indicados y sean realizados de acuerdo con la *lex artis***, por un médico u otra persona legalmente autorizada, con intención de prevenir, diagnosticar, resolver o aliviar enfermedades, sufrimientos, lesiones o fatiga corporal o trastornos mentales, **no se consideran una lesión contra la integridad física** [...]»^[1]. (El resaltado es propio).

De este modo, la legislación comparada reciente considera adecuada la consideración de que las intervenciones médicas curativas son *per se* atípicas, siempre y cuando se respeten la *lex artis*, caso contrario nos encontraríamos en un delito de lesiones. En consecuencia, los Códigos Penales han optado por solucionar de modo legislativo la controversia sobre las implicancias en torno a las intervenciones médicas por las problemáticas anterior-

mente expuestas (el caso de la menor en la jurisprudencia alemana), sistematizando así la ley penal. Ahora bien, el Código Penal de Portugal también se pronuncia, de modo coherente, sobre la falta del consentimiento informado en los pacientes, siendo consecuente con la aceptación de su consentimiento como causal de atipicidad. El art. 156 menciona que: «**Las personas señaladas en el artículo 150** que, con motivo de las finalidades indicadas en el mismo, **realicen intervenciones o tratamientos sin el consentimiento del paciente, son sancionadas con hasta 3 años de prisión o multa**»³. (El resaltado es propio).

El artículo citado establece el tipo penal novísimo del delito de tratamiento médico arbitrario en el Derecho Positivo. El Código Penal portugués ubica, de modo adecuado, este artículo en los delitos contra la libertad. Esta ubicación es coherente, debido a que, como hemos destacado, la salud y la integridad física son protegidos por otros delitos, caso distinto es la expresión voluntaria de someterse a un tratamiento médico determinado, sin obviar que puede existir un concurso de delitos si es que se le afecta al paciente en su salud y en la facultad de decidir. Este poder de disposición que tiene el paciente forma parte de los actos de libertad que podemos expresar las personas, al igual que en la libertad sexual, la libertad de trabajo, entre otras y cada uno de esos ámbitos merece una forma idónea de protección. Además, con la evolución y el estado actual de la medicina cobra una relevancia importante la tipificación de este nuevo delito de tratamiento médico arbitrario.

[1] Artigo 150: Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos

1 - As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física. 2 - As pessoas indicadas no nº anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal.

Por las razones expuestas, consideramos que goza de una mayor coherencia esta última propuesta de la doctrina y la legislación comparada para sancionar los actos médicos que si bien pueden haber sido realizado con los cuidados debidos (siguiendo la *lex artis*), se carece del consentimiento informado y válido del paciente.

1. La situación del consentimiento en el Perú

El consentimiento como eximente de responsabilidad penal se encuentra regulado de manera expresa en el art. 20 inc. 10 del Código Penal; sin embargo, dicho precepto normativo no realiza una distinción de a qué categoría de la teoría del delito afecta cada una de las eximentes.

En la jurisprudencia, el tratamiento del consentimiento resulta muy escueto en el campo médico, pero ha sido más desarrollado en torno a otros delitos; sin embargo, resulta importante hacer mención de dichos pronunciamientos a fin de identificar la ubicación sistemática que le brindan los tribunales de justicia. En un caso de violación sexual recaído en el Recurso de Nulidad N.º 2321-2014-Huanuco, el Tribunal Supremo desestimaba el argumento de la defensa cuando afirmaba la atipicidad de la conducta del imputado porque había mantenido relaciones sexuales con la menor, pero al no tener esta capacidad jurídica no resultaba válido. De este modo, a contrario, la Corte Suprema consideraba que el consentimiento, a propósito del delito de violación sexual, excluye la tipicidad si es que es brindado de un modo adecuado. Esto también reza de la propia tipificación del delito donde la imposibilidad de brindar un libre consentimiento se constituye como un elemento del tipo. En sentido similar, en la Casación N.º 773-2018- San Martín, para el análisis típico del delito de secuestro se hace una mención expresa que la privación de la libertad ha de ser cometida sin el consentimiento del sujeto pasivo. De estas sentencias y del análisis de la legislación, podemos sostener que frecuentemente el tópico del consentimiento es analizado en el ámbito

de la tipicidad como uno de los elementos, siendo ello coherente debido a que por la propia naturaleza de estos delitos deben de ser cometidos necesariamente en contra de la voluntad del titular del bien jurídico, caso contrario, el delito ni siquiera existiría.

Por otro lado, respecto al consentimiento en el delito de lesiones, en el Expediente N.º 1525-2011-78 Resolución N.º 82, la Corte Superior de Justicia de la Libertad señaló que:

En el presente caso, la acusación ha descrito como hecho punible nuclear o sustancial del delito de lesiones culposas graves, la actuación negligente del acusado en el ejercicio de su profesión como médico cirujano, en la intervención quirúrgica [...]. La acusación como circunstancia posterior —post consumativo— ha referido que el acusado realizó una segunda intervención quirúrgica al agraviado [...] sobre la cual no existe ninguna atribución de negligencia, más que no haber solicitado el consentimiento informado de los familiares del paciente.

En este caso, para el análisis de la tesis fiscal resultaba que la operación médica realizada sin que medie el consentimiento informado constituía el delito de lesiones culposas graves; sin embargo, el análisis no pudo ser profundizado, debido a que, por cuestiones probatorias, la afirmación de la fiscalía sobre la falta de consentimiento fue desestimada.

Cabe precisar de que el Derecho Penal, como *ultima ratio*, solo intervendría en las lesiones más gravosas del ámbito médico, siendo necesaria la existencia de normas extrapenales que regulen el modo de proceder de los galenos. De este modo, en el Perú se ha acordado establecer el «Precedente Administrativo de Observancia Obligatoria sobre el registro del consentimiento informado en las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud-IPRESS», esta contiene los alcances más importantes del cómo ha de brindarse el consentimiento para el caso de las intervenciones médicas, qué elementos debe de tener, entre otros aspectos

de suma relevancia. Para efectos del presente trabajo, consideramos importante el análisis que realiza, debido a que señala expresamente el giro copernicano que ha de dar la relación médico-paciente. Esta no debe de tener un carácter paternalista, sino que es menester la existencia de una suerte de acuerdo entre los dos intervinientes tomando en consideración las diferentes posiciones, siempre el paciente se encuentra en una posición desventajosa.

Por último, a modo de *excursus*, resulta pertinente hacer referencia al consentimiento informado y a la situación real en la práctica médica en el Perú. Si bien hasta el momento nos hemos referido más que nada al consentimiento a partir de un concepto jurídico, en las intervenciones médicas, este recibe la denominación particular de «consentimiento informado» y goza de un procedimiento regulado para brindarlo previamente a ser sometido a una intervención médica.

Según los médicos Revilla y Fuentes (2007, pp. 225 y 226), el consentimiento informado significa más que solo un «permiso» que brinda el paciente al médico para que este le realice un procedimiento, sino que debe entenderse más que un acto documento, sino que debe de ser comprendido como un proceso progresivo de información y confianza producto de la relación médico-paciente. Es decir, no basta que el paciente solo «firme» el documento que autoriza una intervención médica, sino que el médico debe de prestarle especial atención a que el paciente conozca todo lo concerniente a su tratamiento, esto es enteramente una responsabilidad por parte del médico.

Los médicos en este punto tienen una labor fundamental, debido a que, en la historia, la relación médico-paciente ha sido considerada una relación de modo vertical, es decir, el médico contaba con un papel paternalista por el conocimiento del que gozaba; sin embargo, en la actualidad, ello no puede ser sostenido, tanto por los avances de la medicina como de la bioética. Este aspecto, el adecuado otorgamiento del consentimiento informado, debe de ser y es tutelado por el Derecho, debido a que

existe una balanza desproporcional en cuanto a la información entre los médicos y los pacientes. Las personas no pueden confiar «ciegamente» en las intervenciones y prescripciones médicas, sino que tienen el derecho de saber cómo será tratada su salud aceptando los beneficios y perjuicios que pueden implicar los actos médicos que se le practicarán. Por último, el rol del Derecho Penal será de carácter sancionador frente a las lesiones más graves (*ultima ratio*) de esa libertad de decisión que gozan los pacientes, imponiendo penas razonables a los galenos que afecten dicha libertad de los pacientes.

En el Perú, según Revilla y Fuentes (2007, p. 226), la realidad en la práctica médica tiene un largo camino para poder lograr una ética completa y correcta, muchos médicos no aceptan que la relación a construir entre ellos y los pacientes debe de tener un carácter horizontal e igualitario. Esto responde, entre los diversos factores implicados, a que en la educación universitaria de los médicos no existen una enseñanza adecuada de la ética médica. La deontología médica se ha estancado en el escaño de un tratamiento paternalista con respecto a los pacientes (Revilla y Fuentes, 2007, p. 226).

V. CONCLUSIONES

Las conclusiones a las que arribamos producto de este trabajo son las siguientes:

- El Derecho Penal debe de prestar atención a los avances de la sociedad y de la ciencia, debido a que pueden generarse nuevos ámbitos de lesión que requieran una tutela de los bienes jurídicos de los ciudadanos, para ello, debe de adaptar y actualizar sus conceptos (p. ej. autoría y participación, imputación objetiva, etc.) a estos nuevos contextos, a fin de garantizar el cumplimiento de las funciones que se le atribuyan.
- La ubicación más adecuada del consentimiento es en la tipicidad y no en la anti-juricidad como una causa de justificación, debido a dos razones fundamentales. En

primer lugar, en el ámbito de la eximentes de responsabilidad penal, resulta incomprensible la afirmación del carácter típico de las conductas realizadas con el consentimiento del titular del bien jurídico protegido para posteriormente señalar la justificación de dichas acciones, debido a que ello conllevaría a afirmar también su relevancia penal siendo que justamente dichas acciones están permitidas por el Derecho Penal (p. ej. las operaciones médicas realizadas con fines curativos no tienen relevancia penal, ya que están dentro de las conductas que el legislador ha previsto dentro de lo socialmente permitido). La segunda razón gira en torno a la construcción misma de los tipos penales. En la actualidad, frecuentemente el legislador penal ha hecho mención expresa de que los tipos penales han de ser cometidos «sin consentimiento», es decir, dentro de los propios elementos del tipo se encuentra la falta de ello; caso contrario, la acción no resulta subsumible en la norma. Así también, el legislador penal señala, de manera expresa, cuándo el consentimiento no ha de influir en la configuración del delito, reafirmando así su importancia para el ámbito de la tipicidad y no de la antijuricidad.

- Resulta necesaria la protección del consentimiento informado como manifestación de autodeterminación del paciente. Esta consideración cobra relevancia en el Perú, a propósito de que el consentimiento informado es tratado solo como un acto formal.

VI. REFERENCIAS

- Barreiro, J. (1989). Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica. En *Estudios penales y criminológicos*, (14), pp. 137-176.
- Barreiro, J. (2001). La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico. En *Cuadernos de Política criminal*, (16), pp. 5-34.
- Donna, E. (1996). *Teoría del delito y de la pena. Fundamentación de las sanciones penales y la culpabilidad*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Díaz Valcárcel, L. (1963). *La revisión del Código Penal y otras leyes penales: Decretos de 24 de enero y 28 de marzo de 1963*. Barcelona: Nauta.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.
- Jescheck, H., y Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Lima: Instituto Pacífico.
- Kindhäuser, U. (2008). *Teoría de las normas y sistemática del delito*. ARA Editores. Mañalich, J. P. (2019). Volenti non fit iniuria. Sobre la función y la estructura del consentimiento como categoría jurídico penal. *Tendencias Actuales del Derecho Penal*, pp. 35-49.
- Maurach, R.; Zipf, H. (1989). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Puppe, I. (2007). La justificación de la intervención médica curativa. *Indret*, pp. 1-14. Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/Indret/article/download/78722/102798/>
- Puppe, I. (2017). El consentimiento hipotético y el derecho de autodeterminación del paciente. *En Letra: Derecho Penal*, pp. 172-187.
- Revilla, D., y Fuentes, D. (2007). La realidad del consentimiento informado en la práctica médica peruana. En *Acta Médica Peruana*, pp. 223-228. Disponible en: http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1728-59172007000300014&lng=es&tling=es

- Rodríguez, Virgilio (2012). *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias. Criterios para delimitar la responsabilidad penal en supuestos de intervención conjunta de los profesionales sanitarios*. Madrid: Marcial Pons.
- Rodríguez, Virgilio (2017). El delito de tratamiento médico arbitrario: una propuesta de lege ferenda. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19(03), pp. 1-59. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-03.pdf>
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*. Vol. I. Madrid: Editorial Civitas.
- Schlack, A. (2012). El consentimiento hipotético de la víctima en el Derecho Penal alemán. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 19(2), pp. 275-298.