

Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal

Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Vigo. Presidente de honor de la FICP.

~La representación subjetiva del hecho típico en la tentativa frente a la representación de la justificación: un criterio para determinar el elemento subjetivo de justificación en el consentimiento presunto¹~

El título de la presente publicación, cuyo contenido se expone aquí de forma resumida, constituye una de las partes de la ponencia que presenté en el XX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho penal, organizado por el Área de Derecho Penal y la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP), 1-2 de junio de 2017, bajo el título “El consentimiento presunto y su relevancia especial en el marco de la ampliación de una intervención quirúrgica”. En dicha ponencia abordé también, entre otros, los siguientes aspectos, respecto de los cuales sintetizo los siguientes con sus correspondientes conclusiones.

I. ALGUNOS ASPECTOS ESENCIALES DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO Y SU RELEVANCIA ESPECIAL EN EL MARCO DE LA AMPLIACIÓN DE UNA INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA

1. En términos muy generales se entiende a estos efectos por consentimiento presunto el que, respecto de un paciente que no pudo manifestar su consentimiento sobre la ampliación imprevista de una intervención, se presume existente por el médico si aquél hubiese tenido un completo conocimiento de la situación. Debe diferenciarse del denominado consentimiento hipotético, figura ésta importada del Derecho civil y muy controvertida en la doctrina penal. La situación se asemeja a la del consentimiento presunto en cuanto ambas figuras contemplan el supuesto de que el paciente habría consentido si hubiese tenido un completo conocimiento de la situación. Pero se trata de casos diferentes. En el consentimiento hipotético –a diferencia de en el presunto- existe un oportuno consentimiento manifestado, pero previamente el paciente no fue correctamente o adecuadamente informado acerca de la intervención programada.

¹ Este trabajo se ha elaborado dentro de los proyectos de investigación “Responsabilidad penal de personas físicas y jurídicas en el ámbito empresarial, económico, laboral y de los mercados (II)” (Referencia: DER2014-58546-R, Ministerio de Economía y Competitividad), del que es investigador principal el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña y “Principios y garantías penales: sectores de riesgo” (MINECO, DER2016-76715-R) del que es investigador principal el Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo.

Son numerosos los casos en que la jurisprudencia ha abordado supuestos de consentimiento presunto. Algunos de ellos, que se retomarán como ejemplos posteriormente, son los siguientes:

Caso del Mioma: el médico diagnosticó a la paciente que tenía sobre el útero un mioma de gran tamaño, que debía ser extraído y para lo cual la paciente manifestó su consentimiento. Durante la operación se comprobó, sin embargo, que el mioma estaba tan adherido al útero que no podía extraerse sin extirpar el útero.

Caso de la vesícula biliar: el médico amplió la operación al paciente para extirparle la vesícula biliar, para lo cual el paciente no había prestado su consentimiento, pues en la fase preoperatoria no se había diagnosticado ninguna anomalía en ella, que sólo se detectó durante la intervención.

Caso de la Cesárea: debido a una fuerte adherencia del útero con la pared abdominal y la vejiga como consecuencia de dos cesáreas anteriores, los médicos tuvieron que practicar a la paciente un corte en el útero que en caso de un embarazo posterior podría provocar peligro de muerte para la madre y para el niño. Por eso decidieron practicarle además una ligadura de trompas para evitar embarazos. La paciente había manifestado su consentimiento para la práctica de la cesárea, pero no para la ligadura de trompas.

Caso de la ligadura de trompas en contra de la voluntad expresa de la paciente: cuando iba a ser atendida de parto, el doctor preguntó a la paciente en el pasillo previo al quirófano si aprovechaba la operación para efectuarle una ligadura de las trompas para evitar más embarazos, porque podían ser peligrosos para la vida de la madre. La paciente respondió que no. Pero aun así el médico se la practicó durante la intervención. La paciente, al despertarse de la anestesia se encontró con el hecho consumado de que era estéril en contra de su voluntad.

2. Algunas precisiones terminológicas: la doctrina y la jurisprudencia suelen denominar consentimiento real al consentimiento manifestado, para diferenciarlo del consentimiento presunto. Aunque aquella denominación es correcta en cuanto se entienda fundada en hechos (muy clara en la expresión alemana *tatsächliche Einwilligung*), considero preferible a estos efectos utilizar en nuestro Derecho la expresión consentimiento manifestado (expresa o tácitamente) en lugar de consentimiento real, para evitar la posibilidad de entender que sólo el consentimiento manifestado (y no el presunto) se identifica con el auténtico, eficaz, o jurídicamente válido, cuando en realidad tanto el uno como el otro pueden tener el mismo carácter.

Por otra parte deben distinguirse los conceptos voluntad presunta y voluntad real. La expresión voluntad presunta (del paciente) significa la presumida por el médico en concreto respecto de la ampliación de la intervención para la cual no alcanza el consentimiento manifestado por el paciente. La voluntad real se refiere, sin embargo, a la voluntad del paciente determinada por un criterio objetivo ex ante, en el momento de la ampliación de la intervención quirúrgica. Ambas son asimismo diferenciables de la manifestación posterior del paciente (recuperada la consciencia), que puede ser de

oposición a dicha ampliación realizada por el médico, pero que será irrelevante si el consentimiento presunto se apreció correctamente.

Es preciso asimismo diferenciar el concepto ampliación de una intervención respecto de las complicaciones que la operación puede acarrear. Mientras éstas son circunstancias estrecha o inmediatamente unidas a la propia intervención -con las que se puede contar y prever su control, y que normalmente resultan cubiertas por el consentimiento del paciente como riesgos inherentes o propios a la operación-, la ampliación de una intervención significa la alteración del plan inicialmente previsto, originando una intervención esencialmente distinta en su naturaleza y extensión a la planeada, o un método distinto al previsto, que excede el límite del consentimiento manifestado por el paciente y en esa medida constituye una ingerencia o agresión intolerables en la integridad corporal del paciente en su derecho de autodeterminación.

3. En estrecha relación con lo anterior se parte aquí de la base de que las intervenciones quirúrgicas, incluso las de resultado positivo, realizan el tipo positivo de lesiones en cuanto suponen un menoscabo, médicamente necesario, de la integridad corporal del paciente y por tanto del bien jurídico: y por eso requieren del consentimiento eficaz del paciente para -según los casos- justificar la acción médica o dar lugar a una causa de exclusión ya del tipo indiciario por adecuación social y jurídica de la intervención. Es al cirujano, como especialista, a quien compete la decisión desde el punto de vista médico, pero la última palabra corresponde al paciente, que es quien tiene que vivir con las consecuencias de la decisión.

4. El consentimiento del paciente es lo decisivo en todas las que podrían denominarse líneas directrices o reglas de oro aplicables a los diferentes supuestos, que en resumen responden al principio general de que cuanto más urgente es la ampliación de la intervención y más clara se revela contraindicada la interrupción de la operación, tanto menos arriesgada es la presunción de consentimiento. Y en caso de indicaciones vitales lo normal es que la ampliación de la intervención resulte justificada. Todo ello implica, en consecuencia, y en virtud del carácter subsidiario del consentimiento presunto frente al manifestado, que cuando la intervención puede ser postergada y con ello se abre la posibilidad de informar y consultar al paciente, el consentimiento presunto no puede actuar como causa de justificación. Es inadmisibles correr el riesgo de interpretar equivocadamente la voluntad real del paciente cuando es posible recabarla directamente de él.

5. En lo que se refiere a la naturaleza jurídica y la ubicación sistemática del consentimiento presunto, en la doctrina (sobre todo en la alemana) es prácticamente unánime -e incluso en algún caso considerada incuestionable- la opinión de que el consentimiento presunto eficaz (a diferencia del manifestado) siempre y sólo es causa de justificación, y por tanto no de exclusión ya del tipo. Pero esta posición es cuestionable. La presunción del consentimiento no prejuzga su naturaleza. Pues al consentimiento presunto le corresponde la misma eficacia jurídica que al ejercicio del derecho de autodeterminación mediante el consentimiento manifestado. La naturaleza jurídica y por tanto la ubicación sistemática del consentimiento presunto respecto del hecho que constituye la ampliación de una intervención quirúrgica no tiene por qué ser diferente de la que corresponde al consentimiento manifestado por el paciente en relación con el hecho realizado de acuerdo con la intervención prevista. Sobre la base de la concepción tripartita de *Luzón Peña*, que considero la correcta, tanto el consentimiento manifestado como el presunto pueden ser causa de atipicidad (por exclusión ya, de entrada, del tipo indiciario y por tanto por ausencia ya de cualquier clase de ilícito), causa de justificación y causa de exclusión sólo de la tipicidad penal. Ahora bien, habida cuenta de que en los casos de ampliación de una intervención quirúrgica tanto el consentimiento manifestado con anterioridad a la misma (respecto de la intervención prevista) como el presunto (respecto de la ampliación) constituyen prácticamente siempre supuestos de consentimiento jurídicamente válido, ambas clases de consentimiento excluyen siempre la antijuridicidad, bien sea por la vía de exclusión de antemano del tipo indiciario, o bien por la vía de la justificación. Pero sea como fuere, tanto si se trata de casos de atipicidad como de justificación, el fundamento de la exclusión de responsabilidad por consentimiento presunto en la ampliación de una intervención quirúrgica radica en el interés preponderante del ordenamiento jurídico en salvaguardar la libre voluntad del paciente pese a que se vea afectado un bien jurídico suyo disponible.

Por otra parte, frente al argumento a veces esgrimido por la doctrina de que sólo el consentimiento manifestado es expresión de la libertad de actuación del titular del bien jurídico, lo cierto es que dicha expresión concurre también en el consentimiento presunto, aunque de forma silente y presunta, en virtud de la coincidencia de la presunción subjetiva, por el médico, de la voluntad del paciente con la objetivamente determinada, esto es, con su voluntad real en el momento de la intervención.

6. Es controvertida en la doctrina la delimitación del consentimiento presunto respecto de otras causas de justificación, sobre todo del riesgo permitido y del estado de necesidad. Pero frente a ellas aquél afirma su autonomía.

Frente a la opinión de que, en el ámbito quirúrgico, la ampliación de una intervención quirúrgica puede estar justificada por estado de necesidad porque en ella – se afirma- existe la situación de conflicto requerida por dicha causa de justificación que debe resolverse sobre la base de una ponderación de intereses, hay que objetar que en dichos casos de ampliación de una intervención quirúrgica la justificación no depende de una ponderación objetiva de intereses, sino de la presunción, por parte del médico, de la voluntad hipotética del paciente de que éste consentiría si tuviese un completo conocimiento del alcance de la ampliación de la intervención . Lo determinante no es sólo la consecución de lo más favorable o indicado para el paciente desde el punto de vista médico (en el caso de la cesárea, la esterilización ante el grave peligro que entrañaría un nuevo embarazo), sino también el cumplimiento de lo que éste habría querido aunque fuera algo no razonable (asumir el riesgo por nuevos embarazos o buscar otra forma de evitarlos). En la ampliación de una intervención quirúrgica se plantea, ciertamente, una ponderación de bienes e intereses próxima al estado de necesidad en la forma de auxilio necesario. Pero no se da la situación de conflicto que éste requiere para su posible aplicación. Pues en el consentimiento presunto los intereses concurrentes (vida/salud frente a derecho de autodeterminación) corresponden al mismo portador del bien jurídico y la voluntad del paciente siempre tiene carácter preferente y determinante. Por lo tanto, la ponderación objetiva de intereses, esencial para el estado de necesidad, no tiene un significado autónomo, sino que puede ser utilizada a lo sumo como medio de ayuda para la averiguación de la voluntad hipotética cuando no existan circunstancias concretas que permitan reconocer la voluntad del afectado. Pero en ningún caso puede ser el objeto de la ponderación. Debe reconocerse de todos modos que el consentimiento presunto está próximo al estado de necesidad porque la hipotética voluntad del paciente coincidirá en muchos casos con el resultado de una ponderación objetiva de intereses. Por ejemplo, las consecuencias añadidas, psíquicas o físicas, que implicaría una segunda intervención pueden ser un punto de referencia para presumir el consentimiento del paciente en la ampliación de la ya iniciada, pero esto, por sí solo, no es determinante a esos efectos. Por otra parte, cuando se trata de vida o muerte, el médico no necesita hacer muchas conjeturas con el

consentimiento, pues debe partir del principio *in dubio pro vita*, presumiendo la voluntad del paciente en conservar su vida, salvo que existan referencias concretas, claras e indudables de apoyo en contra.

7. Una cuestión discutida en la doctrina y de gran relevancia práctica es la de si el examen conforme a deber es presupuesto de la justificación por consentimiento presunto. La relevancia práctica es clara e importante. Pues si suponemos, por ejemplo, que en el caso del mioma, el médico, aun habiendo realizado un examen a la ligera de la situación de justificación, decide extirpar el útero porque cree que concurre el consentimiento presunto de la paciente, y dicha decisión, aun así tomada, coincide con la determinada objetivamente, esto es, con la voluntad real de la paciente en el momento de la intervención, quienes consideran el examen conforme a deber como presupuesto de justificación por consentimiento presunto castigarían al médico por delito consumado de mutilaciones, cuando en realidad lo que procede es la impunidad porque en la extirpación del útero falta tanto un desvalor del resultado como un desvalor doloso de la acción.

Esto es muestra suficiente para rechazar que el examen conforme a deber haya de ser considerado presupuesto de la justificación por consentimiento presunto. Sin embargo, el examen conforme a deber juega un papel muy relevante en la representación subjetiva y objetiva de la situación de justificación: toda ampliación de la intervención realizada por el médico con un examen previo, conforme a deber, de las circunstancias que fundamentan la justificación implica necesariamente la coincidencia con la voluntad real del paciente. Nunca puede concurrir un error de tipo. Y, sensu contrario, en todos los casos de error sobre los presupuestos de la justificación el médico realiza la ampliación de la intervención sin un examen previo conforme a deber. Sin embargo, la ampliación de una intervención realizada por el médico sin un examen previo, conforme a deber, de las circunstancias que fundamentan la justificación no implica necesariamente que dicha ampliación no coincida con la voluntad real del paciente, pues puede coincidir con ella a pesar de todo.

II. LA REPRESENTACIÓN SUBJETIVA DEL HECHO TÍPICO EN LA TENTATIVA FRENTE A LA REPRESENTACIÓN DE LA JUSTIFICACIÓN COMO CRITERIO PARA DETERMINAR EL ELEMENTO SUBJETIVO DE JUSTIFICACIÓN EN EL CONSENTIMIENTO PRESUNTO

La representación subjetiva de la justificación es en buena medida semejante, pero a la inversa, a la que se plantea en la representación subjetiva del hecho típico en la tentativa. En el primer caso es preciso que concurra para que el hecho pueda resultar plenamente justificado. En el segundo es una exigencia para que pueda castigarse como tentativa.

Toda tentativa exige una decisión o resolución de actuar dirigida a la consumación del delito, esto es, dolosa. Lo cual implica a su vez la necesidad de representación del hecho por el sujeto; es decir, que materialice su decisión con el conocimiento de realizar los elementos que constituyen la parte objetiva del tipo. En consecuencia, la representación del hecho típico incluye por definición la exigencia de dolo. Paralelamente, toda justificación (plena) de un hecho requiere una decisión o resolución de actuar basada y dirigida a realizar un hecho permitido por el Derecho, esto es, justificado. La justificación (plena) de un hecho exige –además de su justificación objetivamente- su justificación subjetivamente, lo cual requiere la representación de la situación de justificación por el sujeto; es decir, que adopte su decisión con el conocimiento de que –según su representación- el hecho que va a realizar está permitido por el Derecho. En consecuencia, toda representación subjetiva de la justificación que se determina existente conforme a un criterio objetivo excluye por definición que haya dolo. Y, *sensu contrario*, existe dolo cuando la representación subjetiva de la justificación se determina inexistente conforme a un criterio objetivo. Quien no examina en absoluto las circunstancias justificantes no puede, conforme a dicho criterio, habérselas representado en concreto; y por ello no actúa sin dolo.

En la tentativa –exceptuando los específicos elementos subjetivos del injusto o del tipo, requeridos sólo en algunos delitos- el dolo no requiere, a mayores de sus elementos constitutivos, otras circunstancias anímicas o móviles, que pueden operar a lo sumo como agravantes o atenuantes. Y lo mismo rige para la justificación. Basta con que el sujeto actúe con la representación subjetiva del hecho objetivamente justificado, sin exigirse, además, que lo haga con o por la finalidad de justificación, y sin que ésta pueda resultar excluida por la concurrencia de determinados móviles. Pues la actuación con el conocimiento de realizar algo conforme a Derecho elimina ya el desvalor de la acción y por tanto el injusto. En el caso del mioma, la justificación de la esterilización no puede resultar excluida aunque al médico celoso le guíe una cierta venganza al

practicársela a la paciente que fue antigua novia suya, impidiendo de esta forma que pueda tener hijos con otro.

Finalmente, al igual que la tentativa puede cometerse con todas las clases de dolo, también en la representación subjetiva de la justificación pueden distinguirse supuestos de dolo directo de primer grado, de segundo grado, y de dolo eventual. Para analizarlo nos serviremos -sobre la base de algunos de los casos expuestos- de unos ejemplos adaptados al efecto.

Ejemplo 1: Retomamos el caso en que el médico lleva a cabo la esterilización de la paciente con el conocimiento de que ésta se había opuesto expresamente a ello antes de la intervención y con la convicción de que no consentiría, porque sabía, y así fue, que en la intervención no aparecería ningún dato nuevo relevante al respecto.

Tanto desde la perspectiva exclusivamente subjetiva como conforme a un criterio objetivo el médico cree y quiere realizar un hecho que no está permitido por el Derecho, con pleno conocimiento de los elementos objetivos que requiere el tipo. Cuando resulta probado -como sería aquí el caso- que lo que el médico se representa en la realización del hecho es precisamente la no concurrencia de la situación de justificación, la consecuencia no puede ser otra que la de apreciar dolo directo de primer grado.

Ejemplo 2: El médico lleva a cabo la extirpación de útero sin plantearse, o sin importarle lo más mínimo, si la mujer consentiría o no en ello, y por eso no examina en absoluto esta cuestión.

Desde una valoración objetiva, el médico (por mucho que alegara lo contrario) no se representa la situación de justificación. Actúa sin plantearse en absoluto si lo que va a realizar está permitido o prohibido por el Derecho. En la no representación de la situación de justificación se excluye, por definición, la posibilidad de que en la mente el sujeto quepa error alguno sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de la justificación. Y por lo tanto no es posible apreciar un error de tipo permisivo. (Ello no impide, sin embargo, que quepa, en su caso, apreciar un error de permisión por estimar el médico que concurre una causa de justificación inexistente o por extender demasiado los límites de una existente, como sucede, por ejemplo, en el citado caso de la cesárea).

La actuación del médico es dolosa. Si bien cabría afirmar, aunque es discutible, que no existe dolo directo de primer grado -pues la intención de cometer un delito no es lo que prevalece en su acción- concurre por encima del dolo eventual, al que no es

preciso recurrir, dolo directo de segundo grado. Pues actuar sin representarse la situación de justificación conlleva como consecuencia necesaria la realización del hecho típico.

Cuestión distinta es –pero no sólo en éste, sino en todos los demás supuestos- si el hecho realizado no es realmente un delito por estar objetivamente justificado. En cuyo caso el médico sólo “ha intentado” consumir un delito de imposible consumación: tentativa inidónea.

Ejemplo 3: El médico lleva acabo la extirpación de útero porque cree que concurre el consentimiento presunto de la paciente, pero extrae esa conclusión tras realizar al respecto un examen a la ligera.

Desde su perspectiva, subjetiva, el médico se representa, como existente, la situación de justificación. Cree y quiere actuar de acuerdo con el Derecho. Y desde su perspectiva descarta la posibilidad de equivocarse sobre la concurrencia de dicha situación de justificación. Sin embargo, conforme a un criterio objetivo, quien realiza el hecho tras examinar a la ligera la situación de justificación se representa sólo eventualmente, sólo como posiblemente existente, la situación de justificación. En el médico cabe en principio tanto la posibilidad de equivocarse como la de acertar en la representación de los presupuestos de justificación, de lo que se derivan consecuencias muy diferentes. Si yerra en la representación de un hecho en el que realmente, objetivamente, no concurre la situación de justificación (cree equivocadamente que la paciente consentía en la extirpación del útero), responde por un delito imprudente (pues hay desvalor de acción) y consumado (porque existe desvalor del resultado). Por el contrario, si aun basada en un examen a la ligera (y por tanto no conforme a deber) la representación subjetiva de la justificación por parte del médico coincide con la situación de justificación objetivamente determinada, el hecho es impune. Falta el desvalor del resultado porque éste es objetivamente correcto. Y como la finalidad del sujeto –que era la de creer y querer actuar de acuerdo con el Derecho- coincide real y efectivamente con los mandatos del Derecho, falta también el desvalor doloso de acción. Estaríamos ante una suerte o especie de tentativa imprudente, que no está penada.

III. CONCLUSIONES Y SU APLICACIÓN A LOS CASOS EXPUESTOS

Para concluir, veamos todo lo anterior aplicado en síntesis a los casos planteados al principio con sus correspondientes hipótesis.

Descartamos, por aporoblemáticas, las hipótesis de coincidencia entre la representación subjetiva y objetiva de la situación de justificación, pues en ellas es indiscutible que la ampliación de la intervención está justificada o se excluye ya de entrada la tipicidad. Por lo demás son afortunadamente las más normales o habituales. Asimismo no plantean mayores dificultades los casos en que claramente falta el elemento subjetivo de justificación. Como hemos visto, en el caso del médico que practica la ligadura de trompas incluso representándose la no justificación de la conducta, si el hecho –como parece evidente- no está objetivamente justificado, el médico responderá por delito doloso consumado de mutilaciones (con una pena prisión de seis a 12 años). Y si estuviese objetivamente justificado –lo cual sería asombroso, rozando en lo irreal- habría que apreciar tentativa inidónea de mutilaciones (castigada con pena de prisión de tres a seis años, o de uno a tres años). La misma responsabilidad correspondería en ambas hipótesis si en el caso del mioma el médico practica la extirpación de útero sin representarse la situación de justificación, tras no haberla examinado en absoluto o mínimamente. El tratamiento diferenciado, de mayor respuesta punitiva, que parece merecer el primer caso respecto del segundo, sólo podría valorarse en el marco penal previsto para el delito consumado, o en la rebaja en uno o dos grados, en el caso de tentativa inidónea.

Los casos de mayor interés, y por supuesto los más discutidos, son los que plantean la posibilidad de concurrencia de error sobre los presupuestos de la justificación. A saber, aquellos en que el médico cree, erróneamente, que en la ampliación de la intervención concurría la voluntad real de paciente en el momento de la intervención. Si bien esto no es problemático para la teoría del dolo o para la teoría estricta de la culpabilidad, sí lo es, sin embargo, para teoría restringida de la culpabilidad, que es la correcta por cuanto en el error sobre las causas de justificación distingue entre error de tipo y error de prohibición.

Y esto se ve claramente en los casos de la vesícula biliar y de la cesárea.

En el primero de ellos, acertadamente, el tribunal (Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern, vom 2. Februar 2015, n. 28, p. 4) rechaza la posibilidad de invocar el consentimiento presunto como causa de justificación por cuanto no existía un peligro considerable para la vida o para la salud. El médico era consciente de la

ausencia de urgencia y necesidad en la extirpación de la vesícula. Y asimismo niega la posibilidad de apreciar un error de tipo permisivo. Desde el punto de vista subjetivo el médico no partía de la base de que la extirpación de la vesícula no podía tolerar retraso alguno, ni de que posponer su extirpación implicaría importantes riesgos para la salud o inconvenientes significativos para la salud del paciente. Sí procede, sin embargo, apreciar un error vencible de prohibición, basado en que el médico actuó interpretando erróneamente el alcance de la justificación por consentimiento presunto.

La problemática es similar en el caso de la cesárea, respecto del cual existen opiniones discrepantes acerca de si en él concurre un error de tipo o un error de prohibición. Frente a la opinión del tribunal (BGHSt 35, 246), que aprecia un error de tipo, es más acertada, como entiende un relevante sector de la doctrina (entre otros, *Roxin*, FS-Welzel, 1974, 458 ss.), la apreciación de un error de prohibición. Sobre la base de la teoría restringida de la culpabilidad no concurre un error de tipo porque no se equivocan sobre el presupuesto fáctico. Los médicos no creen que para practicar la añadida esterilización ya no era posible consultar a la mujer (lo cual, de creerlo, sí sería un error de tipo), sino que consideran que no era necesario porque la esterilización practicada en esas circunstancias estaría en cualquier caso justificada. Considerarlo un error de tipo supondría extender demasiado los límites del consentimiento presunto. Por el contrario sí existe un error de permisión (o desde otra perspectiva, un error de prohibición) que deja intacto el dolo y sólo afecta a la culpabilidad. Más concretamente, el error de permisión que concurre en este caso no es el que consiste en invocar una causa de justificación absolutamente inexistente, sino en extender demasiado los límites de una causa de justificación existente. Pues el consentimiento presunto, que se invoca, sobrepasa sus límites: la esterilización sólo podría resultar justificada por consentimiento presunto –en virtud de su carácter subsidiario– cuando no hubiera sido posible consultar a la paciente. Debe advertirse que si bien es cierto que un peligro poco importante o considerable excluye de antemano el consentimiento presunto, también lo es que no cabe invocar dicho consentimiento ante un peligro incluso importante o considerable si la operación también puede llevarse a cabo posteriormente tras informar y consultar al paciente. Y es lo que sucede en el presente caso. En consecuencia, aplicando el CP español, los médicos responderían por delito doloso consumado de mutilaciones (art. 149: pena de prisión seis a doce años), con aplicación de la pena inferior en uno o dos grados, si, como parece lo más correcto, el error fuera vencible.