

Consentimiento hipotético y autonomía: una investigación en derecho penal médico y bioética

Leandro A. Dias

Director: Prof. Dr. Eduardo Rivera López

I. Introducción

En el año 1982, TOULMIN publicó un conocido ensayo en el que sostuvo, en pocas palabras, que la medicina le salvó la vida a la ética.¹ Él argumentaba que esta última disciplina sufría un padecimiento desde comienzos del siglo pasado: una excesiva concentración de los esfuerzos en cuestiones metaéticas (esto es, cuáles son las características distintivas de los juicios morales, a nivel semántico, epistémico u ontológico), en contraposición con el escaso interés por los problemas normativos concretos. El padecimiento habría sido solucionado por los enormes avances producidos por la medicina (y por la biotecnología en general), que han generado una gran cantidad de problemas éticos puntuales y un renovado interés en la disciplina.² La mencionada “vuelta a la vida” trajo consigo el nacimiento de la bioética, esto es, de la rama de la ética normativa que se ocupa de los problemas morales que surgen en el contexto de la medicina y las ciencias biomédicas.³ Por supuesto que la ética, como disciplina, no estaba en peligro de muerte, sino que se trataba de una metáfora para resaltar que durante gran parte del siglo XX se hizo demasiado hincapié en cuestiones metaéticas y que el auge de la bioética provocó una modificación del panorama.⁴ Tan importante fue ese cambio que de hecho hoy en día la voz del “bioeticista” ha adquirido un gran valor, hasta el punto de que filósofos morales son incluidos en distintos comités de ética de las más diversas actividades e instituciones.⁵

¹ TOULMIN, «How Medicine Saved the Life of Ethics», *Perspectives in Biology and Medicine*, 25(4), 1982, pp. 736 ss.

² Para un breve análisis de la postura de TOULMIN, véase solamente GARZÓN VALDÉS, «¿Qué puede ofrecer la ética a la medicina?», *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (8), 1998, pp. 7 s.; RIVERA LÓPEZ, «Los desafíos de la medicina y la genética contemporáneas» en ÍDEM, *Diez ensayos de bioética*, 2011, p. 17.

³ Se toma esta definición de RIVERA LÓPEZ, «Derecho y bioética» en ÍDEM, *Diez ensayos de bioética*, 2011, p. 37.

⁴ RIVERA LÓPEZ, «Derecho y bioética» en ÍDEM, *Diez ensayos de bioética*, 2011, p. 37. Incluso es equívoco afirmar que la bioética nació el siglo pasado, ya que los temas clásicos de la disciplina, como el aborto o la eutanasia, se vienen discutiendo desde hace siglos. A lo sumo, la bioética ha nacido en la década del sesenta como disciplina formal, en el marco general de la ética normativa. Cf. EVANS, *The History and Future of Bioethics*, 2.^a ed., 2012, pp. 3 ss. También PELLEGRINO, «The Origins and Evolution of Bioethics: Some Personal Reflections», *Kennedy Institute of Ethics journal*, (9), 1999, pp. 73 ss.

⁵ RIVERA LÓPEZ, «Los desafíos de la medicina y la genética contemporáneas» en ÍDEM, *Diez ensayos de bioética*, 2011, p. 17.

Una metáfora similar puede esbozarse, *mutatis mutandis*, respecto del desarrollo de derecho penal sustantivo de tradición continental. Durante el siglo pasado, los esfuerzos de la dogmática jurídico-penal se centraron, en gran medida, en el desarrollo de un sofisticado sistema de reglas generales de atribución de responsabilidad penal. Los avances fueron tan importantes que hoy en día abundan los modelos teóricos sobre la “parte general” del derecho penal⁶ y la ciencia jurídico-penal desde hace unos años ha empezado a buscar otros rumbos a nivel sustantivo. En este contexto, y de modo análogo a lo que sucedió en el ámbito de la ética, los desarrollos médicos dieron lugar a un sinnúmero de problemas concretos de derecho penal material y, en consecuencia, al nacimiento de lo que se conoce como el derecho penal médico.⁷ En la actualidad esta última disciplina tiene un enorme impulso: abundan los institutos de investigación sobre el tema, así como los manuales generales y las investigaciones específicas.⁸ Puede decirse, entonces, que en cierto sentido los desarrollos en la medicina (probablemente junto con el renovado interés por el derecho penal económico y el surgimiento de nuevas disciplinas a partir de lo que se conoce como una “sociedad de riesgos”),⁹ también le “salvaron la vida” al derecho penal sustantivo.

⁶ De lectura todavía obligada al día de hoy, entre otras, VON BELING, *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo* (trad. SOLER), 1944 [orig. de 1930]; WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista* (trad. CEREZO MIR), 4.ª ed., 2002 [orig. de 1961]. Para un breve panorama de los desarrollos más importantes de la dogmática jurídico-penal posteriores al finalismo welzeliano, con especial hincapié en los desarrollos de modelos basados en orientaciones normativo-teleológicas, ROXIN, «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania», *InDret: Derecho Penal*, (4), 2012, *passim*. En los últimos años, probablemente la obra de PAWLIK (*Das Unrecht des Bürgers*, 2012) sea la más trascendente en lo que se refiere a la creación de un nuevo modelo, extremadamente sofisticado, de reglas de atribución de responsabilidad (coincidentes en el diagnóstico, entre otros, BUNG, «Rezension zu Michael Pawlik: Das Unrecht des Bürgers», *RW*, 4/2014, p. 552; SÁNCHEZ-OSTIZ, «Sobre los fundamentos de una teoría general del delito. Comentario a propósito de la obra de M. Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012», *ZIS*, (3), 2017, p. 191). Por lo demás, como ya señalaba KÜHL en el prólogo a la primera edición de su manual en 1994 (prólogo reimpresso en *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.ª ed., 2012), si hoy en día uno quisiera estudiar la parte general del derecho penal a partir de un manual con ideas innovadoras, podría recurrir a una gran cantidad de libros, como los de ROXIN, JAKOBS, OTTO, HRUSCHKA y SCHMIDHÄUSER (listado que podría complementarse con los libros de KÖHLER y FREUND, aparecidos unos años después).

⁷ Esta ha sido la terminología que se ha impuesto en la mayor parte de los manuales alemanes (por ejemplo, ULSENHEIMER, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5.ª ed., 2015; KRAATZ, *Arztstrafrecht*, 2013; FRISTER / LINDEMANN / PETERS, *Arztstrafrecht*, 2011). Sin embargo, todavía no hay acuerdo en la denominación: suele utilizarse también el rótulo de derecho penal de la medicina (así, HILGENDORF, *Einführung in das Medizinstrafrecht*, 2016) e incluso de derecho penal de la salud (así, HOYER, «Gesundheitsstrafrecht», en IGL / WELTI, *Gesundheitsrecht*, 2012, n.º m. 1259 ss.). Esta cuestión terminológica no es importante para el desarrollo de este trabajo, pero sirve para mostrar que los desarrollos en la materia son tan recientes que ni siquiera existe acuerdo sobre una cuestión básica como esta.

⁸ En términos similares KUBICIEL, «Erik Kraatz, *Arztstrafrecht*», *MedR*, (32), 2014, p. 138. Para un breve panorama de la evolución reciente del derecho penal médico KRAATZ, *Arztstrafrecht*, 2013, § 1, n.º m. 2 ss.; HILGENDORF, *Einführung in das Medizinstrafrecht*, 2016, § 1, n.º m. 4 ss.

⁹ Que el derecho penal económico se encuentra en un momento de enorme vigencia es algo a la vista de todos. De todos modos, véase, por todos, el diagnóstico que ya ofrecía ESER en el año 1998: «La nueva evolución del derecho penal económico», *Revista de derecho penal*, (2), 2000, pp. 41 ss. Sobre el derecho penal en una sociedad de riesgos, PRITTWITZ, «Sociedad de riesgos y derecho penal», en ARROYO ZAPATERO / NEUMANN / NIETO MARTÍN (coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, 2003, pp. 259 ss.

A pesar de este desarrollo casi en paralelo de la bioética y el derecho penal médico en los últimos años, lo cierto es que la vinculación entre estas dos disciplinas no ha sido explorada del modo más adecuado. De hecho, distintos problemas trascendentales del derecho penal médico han sido abordados, como regla general, desde una perspectiva eminentemente dogmática, sin contemplar las ventajas que podría ofrecer el análisis de problemas jurídicos a partir de la ética.¹⁰ Esto puede observarse, sin ir más lejos, en uno de los temas actuales del derecho penal médico, como es el consentimiento hipotético del paciente en intervenciones médicas curativas. Bajo este rótulo se discute la posibilidad de justificar la lesión corporal cometida por un médico que efectuó una intervención en un paciente que no pudo consentirla válidamente porque el propio médico incumplió sus deberes de informar (por ejemplo, porque le mintió sobre los riesgos de la operación), a través de la constatación hipotética de que, en realidad, si se hubiese informado debidamente al paciente, este último de todos modos habría consentido en la realización de la intervención.¹¹ Por ejemplo, el médico *X* no le informa antes de la operación al paciente *Y* que la extracción de un quiste benigno en el cuello, indicada de conformidad con la *lex artis*, por sus particularidades generaría una cicatriz importante en la zona y dolores prolongados. *Y* consiente la operación creyendo que no habría secuelas y tras la cirugía descubre, horrorizado, una horrenda cicatriz a la altura del cuello, acompañada por un intenso dolor. *Y* realiza una denuncia por lesiones contra el médico, se lleva a cabo el proceso penal y en el juicio se comprueba que si *Y*, hipotéticamente, hubiese sido informado correctamente de las secuelas de la operación, habría consentido en la realización de la operación (o al menos hay dudas respecto de qué habría hecho). La pregunta es si en estos casos el médico debe ser absuelto o si, por el contrario, debe ser condenado por las lesiones corporales efectuadas, esto es, por la realización de una operación que dio lugar a la cicatriz y a los dolores y que por la falta de información no pudo ser consentida válidamente.

Si se tiene en cuenta el escaso diálogo entre la dogmática penal y bioética, no sorprende que a pesar de que la figura del consentimiento hipotético ha sido discutida en profundidad en los últimos años, no se ha realizado un análisis sustancial a partir de la ética. Con esta investigación pretendo solucionar parcialmente este déficit por medio de un análisis de la figura jurídica del consentimiento hipotético a la luz de la bioética, en especial a partir del principio de autonomía. Para ello, exploraré lo que RIVERA LÓPEZ ha denominado la *conexión interpretativa* entre derecho y bioética: el derecho, al menos en ciertos casos, debe ser interpretado y con ese fin muchas veces se recurre a fuentes

¹⁰ Por supuesto que hay excepciones. Así, para un enfoque que combina ambas disciplinas, véase, por ejemplo, JOERDEN, «Medizin und Recht», en HILGENDORF / JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2017, pp. 327 ss; MAYER-LUX, «Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (XXXVII), 2011, pp. 371 ss.; NEUMANN, «Filosofía moral y dogmática jurídico-penal», *En Letra: Derecho Penal*, (3), 2016 [orig. de 1991], pp. 205 ss.

¹¹ Construyo esta definición a partir de los desarrollos que pueden encontrarse en los manuales usuales de estudio. Así, por ejemplo, KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., 2015, § 19, n.º m. 16; HILGENDORF / VALERIUS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 2015, § 5, n.º m. 138; WESSELS / BEULKE / SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 46.^a ed., 2016, n.º m. 580.

extrajurídicas, como las discusiones de filosofía moral.¹² Esto se puede observar particularmente bien en los problemas de la bioética, dado que muchos de sus principios se encuentran reconocidos por el derecho constitucional como parte del derecho positivo. Con respecto al consentimiento hipotético, una de las principales críticas que han sido esgrimidas contra esta construcción es que viola un pilar fundamental de la ética normativa, como el principio de autonomía, aunque, como se verá más adelante, sin argumentos convincentes. Dicho principio no solo es de trascendental importancia para la bioética, sino que también ha sido reconocido como un derecho constitucional básico,¹³ de jerarquía superior a las leyes penales. Por tanto, dado que la interpretación de una cuestión de derecho positivo infraconstitucional como el reconocimiento del consentimiento hipotético del paciente debe respetar ese principio (bio) ético positivizado, las razones que puede ofrecer la bioética en este aspecto resultan esenciales para interpretar correctamente el derecho.

Debe quedar en claro, que estas afirmaciones no presuponen una conexión *necesaria* entre derecho y moral, como debería asumir una posición iusnaturalista en teoría del derecho,¹⁴ o que *toda* interpretación del derecho implique adoptar una postura a nivel moral.¹⁵ Una toma de posición respecto de la discusión clásica de la filosofía del derecho sobre la relación entre derecho y moral excede, sin lugar a dudas, los límites de este trabajo.¹⁶ En este marco acotado basta simplemente con señalar que el derecho penal sustantivo se encuentra regulado fundamentalmente por reglas infraconstitucionales y el consentimiento hipotético no es una excepción. A grandes rasgos, el consentimiento hipotético del paciente es considerado o bien como una causa de justificación que partiría del derecho consuetudinario (como sucede con el consentimiento en general), o bien como una cuestión de atipicidad del delito de lesiones, basada en una interpretación de la ley penal (más precisamente del tipo penal de lesiones, establecido en el código penal).¹⁷ Como quiera que fuese, ambas fuentes del consentimiento hipotético serían infraconstitucionales. Por consiguiente, resulta cuando menos razonable que la interpretación de dichas reglas se realice conformidad con los

¹² RIVERA LÓPEZ, «Derecho y bioética» en ÍDEM, *Diez ensayos de bioética*, 2011, pp. 41 ss.

¹³ Véase, *infra*, III.

¹⁴ Por iusnaturalismo se hace referencia aquí a la corriente que sostiene que existe una conexión necesaria entre derecho y moral. En otras palabras, se entiende al iusnaturalismo de conformidad con los desarrollos recientes en la filosofía del derecho, esto es, como un derecho natural basado en principios seculares de filosofía moral y, por consiguiente, emancipado de sus premisas teológicas. En estos términos NEUMANN, «Filosofía moral y dogmática jurídico-penal» (trad. SANCINETTI), *En Letra: Derecho Penal*, (3), 2016, p. 206.

¹⁵ Así, por ejemplo, NINO, *Notas de introducción al derecho 4, la ciencia del derecho y la interpretación jurídica*, 1975, p. 101; KENNY, Patricio, «Los límites a la legítima defensa. ¿Podemos matar aun cuando existe la posibilidad segura de huir?», *Lecciones y Ensayos*, (95), 2015, p. 310. Para un panorama del llamado “interpretacionismo jurídico”, desarrollado esencialmente a partir de la obra de Ronald DWORKIN (por ejemplo, *El imperio de la justicia* [trad. FERRARI], 2012 [orig. de 1986], *passim*), véase STAVROPOULOS, «Legal Interpretivism», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014, disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/law-interpretivist/> [enlace verificado el 3/12/2017].

¹⁶ Para un desarrollo breve, pero sumamente esclarecedor, véase NEUMANN, «Recht und Moral», en HILGENDORF / JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2017, pp. 7 ss.; SEELMANN / DEMKO, *Rechtsphilosophie*, 6.ª ed., 2014, § 3, n.º m. 11 ss.

¹⁷ En mayor detalle, *infra* IV.

principios constitucionales jerárquicamente superiores, para evitar conflictos normativos.¹⁸ Y dado que estos últimos principios incorporados al sistema jurídico son, en última instancia, principios morales (positivizados), las ideas que aquí se expondrán son compatibles con la postura de quienes asumen como punto de partida la idea del positivismo metodológico (también conocido como “tesis de la neutralidad”), esto es, que es posible distinguir entre sistemas normativos jurídicos y sistemas normativos morales y que, entonces, el concepto de derecho debe ser construido con independencia de su contenido (moral).¹⁹ Por lo demás, incluso si se rechazase esta conexión interpretativa, la utilización de argumentos de filosofía moral ayuda a mejorar los fundamentos de la dogmática jurídico-penal²⁰ y, en ese sentido, contribuye al fortalecimiento de su legitimidad.²¹ Estas razones, que no obligan al lector a comprometerse con presupuestos sumamente discutidos en teoría del derecho, deberían ser suficientes para justificar un análisis de ciertas figuras jurídicas, desde una perspectiva ética.

En los próximos apartados emprenderé esta última tarea y para eso intentaré determinar si el consentimiento hipotético del paciente, en casos de intervenciones médicas curativas, efectivamente viola el principio de autonomía, al menos desde la perspectiva kantiana que se asume en la bioética. Dado que la discusión sobre esta figura jurídica ha tenido lugar, principalmente, en Alemania, tomaré como referencia el debate que se ha producido en ese país. De todos modos, también mencionaré trabajos realizados por autores de otros países, porque el problema del consentimiento hipotético tiene características generales que pueden presentarse en cualquier ordenamiento jurídico. En otras palabras, no se limitará el análisis a un derecho positivo particular, sino que se construirá la figura jurídica con independencia de las prescripciones normativas específicas de los distintos sistemas jurídicos y se la analizará a partir de argumentos de filosofía moral (en particular, de la bioética). En palabras de GRECO, esta contribución pretende ser un aporte a “una ciencia universal del derecho penal, que quiere evaluar el valor de todas las ideas, sin tener en cuenta su procedencia, como trabajo en un asunto común”.²²

¹⁸ Un desarrollo indispensable de esta interpretación conforme a la constitución en derecho penal en Alemania, cuyos fundamentos son válidos, *mutatis mutandis*, para otros ordenamientos jurídicos constitucionales, véase KUHLEN, *La interpretación conforme a la constitución de las leyes penales* (trad. PASTOR MUÑOZ), 2012, pp. 33 ss.

¹⁹ Sobre este concepto de positivismo y la necesidad de distinguirlo de otros usos del término ORTIZ DE URBINA GIMENO, *La excusa del positivismo*, 2007, pp. 55 ss. Advierte también sobre los malos entendidos que se han producido respecto del concepto de positivismo jurídico también HOERSTER, «En defensa del positivismo jurídico» (trad. GARZÓN VALDÉS), en ÍDEM, 2000, pp. 9 ss.

²⁰ Señala PAWLIK («Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes: Rechtsphilosophische Grundlagen und dogmatische Ausgestaltung», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (11), 2003, p. 315), siguiendo esta línea, que la utilización de argumentos filosóficos para en derecho penal es beneficioso tanto para la filosofía, en tanto permite poner a prueba sus categorías, como para el derecho penal, en tanto contribuye al desarrollo de su coherencia interna. También PAWLIK, «Vom Nutzen der Philosophie für die Allgemeine Verbrechenslehre», *GA*, 2014, pp. 369 ss.

²¹ Sobre esta función de la ética jurídica y su relación con las distintas subdisciplinas de la ciencia jurídica, véase VON DER PFORDTEN, «Rechtsethik», en HILGENDORF / JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2017, pp. 95 s.

²² GRECO, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach* (trad. BÉGUELIN / DROPULICH), p. 33

Para ello, en el siguiente apartado abordaré una cuestión esencial para entender el problema: la pregunta de si las intervenciones médicas curativas realizadas exitosamente y de conformidad con la *lex artis*, pero que suponen una afectación significativa del cuerpo del paciente, deben ser consideradas relevantes penalmente (es decir, típicas) y que, por tanto, requieren de una causa de justificación para que pueda afirmarse su licitud (por regla general, el consentimiento del propio paciente). En particular, sostendré que hay razones bien ponderadas a favor de la posición tradicional, que considera típicas a estas conductas del médico (II). Antes de exponer brevemente los lineamientos de la figura jurídica del consentimiento hipotético en derecho penal (IV), mostraré cuál es el concepto, reconocidamente kantiano, de autonomía que subyace a la fundamentación del consentimiento (informado) del paciente en casos de intervenciones médicas curativas en bioética y derecho y propondré una reformulación, a partir, justamente, de sus bases kantianas (III). Estas nociones me permitirán criticar los argumentos basados en el principio de autonomía que se han ofrecido en la doctrina en contra del consentimiento hipotético y brindar un argumento kantiano, consistente con las bases de dicho principio, en contra de la figura jurídica en cuestión (V). En pocas palabras, afirmaré que defender la figura jurídica del consentimiento hipotético presupone la posibilidad conceptual de predecir cuál será el resultado de un ejercicio pleno de autonomía por parte de un ser humano y, por tanto, aceptar la tesis del determinismo en materia de libre albedrío. Esto sería no solo incompatible con las premisas kantianas del principio de autonomía, sino también con un derecho penal de culpabilidad basado en premisas indeterministas. Por último, sintetizaré brevemente los resultados de la investigación.

II. La intervención médica curativa como lesión corporal

II.1. La opinión tradicional y sus críticas

En la discusión de la figura jurídica del consentimiento hipotético se asume que las intervenciones médicas curativas configuran, *prima facie*, el delito de lesiones corporales, a pesar de haber sido realizadas exitosamente y de conformidad con los estándares fijados por la ciencia médica.²³ Según esta postura, sostenida en la actualidad por la jurisprudencia alemana²⁴ y parte de la doctrina,²⁵ la acción de un médico que

²³ Por todos, STURM, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2016, pp. 7 ss.; SCHLACK, «El consentimiento hipotético de la víctima en el Derecho penal alemán», *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, 19(2), 2012, p. 276; ALBRECHT, *Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht*, 2010, 156 s. (esp. 160); PUPPE, «La justificación de la intervención médica curativa» [trad. FELIP I SABORIT], *InDret: Derecho Penal*, 1/2007, pp. 3 s.; KUHLEN, «Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung», en BRITZ (ed.), *Grundfragen staatlichen Strafrechts: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, 2001, p. 442.

²⁴ Véase, RGSt, t. 25, pp. 375 ss.; BGHSt t. 11, pp. 111 s., t. 12, p. 379; t. 16, p. 309; t. 43, pp. 306 ss.; BGH *NStZ*, 1996, pp. 34 s.; *NStZ*, 2004, pp. 442 ss.; *NStZ*, 2008, pp. 278 s.; *BJW*, 2011, pp. 612 ss., entre muchas otras.

²⁵ Entre otros, recientemente y desde distintas perspectivas, HILGENDORF, en BAUMANN / WEBER / HEINRICH / HILGENDORF (eds.), *Strafrecht. Besonderer Teil*, 3.^a ed., 2015, § 6, n.º m. 96 ss.; WOLTERS, en RUDOLPHI *et al.* (eds.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8.^a ed. (separata 141), 2014, § 223, n.º m. 33.;

realiza exitosamente una operación de conformidad con la *lex artis*, sería típica, es decir, cumpliría con los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de lesiones corporales (art. 89 ss., CP argentino; § 223, CP alemán [StGB]). Este último requiere, para su configuración en términos objetivos, una afectación a la integridad corporal de la víctima y las intervenciones médicas que involucran un cambio relevante en la sustancia corporal, como una amputación, serían una afectación de esta clase.²⁶ Todo médico, entonces, podría ser responsabilizado penalmente al realizar una acción curativa de esta clase, a menos que la conducta se encuentre *justificada*.²⁷ En este contexto aparece la causa de justificación que resulta aplicable por regla general a estos casos, esto es, el consentimiento del paciente, en sus distintas variantes (expreso, presunto y, eventualmente, hipotético).²⁸ En la práctica esto obliga al médico a obtener el consentimiento informado del paciente antes de realizar cualquier intervención curativa, a través del cumplimiento de estrictos deberes de informar sobre los riesgos y consecuencias posibles de la operación.²⁹ Este entendimiento da lugar a que si el paciente no expresa afirmativamente su voluntad, o esta es inválida por algún vicio (por ejemplo, por error), el médico sea pasible de pena, incluso si el resultado del tratamiento es exitoso desde una perspectiva médica.

KRAATZ, *Arztstrafrecht*, 2013, n.º m. 35; FRISTER / LINDEMANN / PETERS, *Arztstrafrecht*, 2011, § 1, n.º m. 2; PUPPE, «La justificación de la intervención médica curativa» [trad. FELIP I SABORIT], *InDret: Derecho Penal*, 1/2007, pp. 3 ss.; KARGL, «Körperverletzung durch Heilbehandlung», *GA*, 2001, pp. 541 ss.; TAG, *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis*, 2000, pp. 43 ss. Véase también la defensa de la jurisprudencia que hacía BAUMANN a mediados del siglo pasado: «Körperverletzung oder Freiheitsdelikt?, zugleich Anm. zum Urteil des BGH vom 28.11.1957 - 4 StR 525/57», *NJW*, 1958, p. 2094. De acuerdo en las consecuencias, aunque consideran que el consentimiento del paciente co-determina la tipicidad de la conducta (y no su antijuridicidad), KLESCZEWSKI, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 2016, § 8, n.º m. 27; KINDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, 6.ª ed., 2014, § 8, n.º m. 28, ambos con referencias adicionales.

²⁶ En la discusión alemana se parte de la base de que las lesiones corporales pueden configurarse objetivamente tanto a través de un daño a la salud, como de un maltrato corporal, por como está redactado el § 223, StGB. Sobre el tema, véase únicamente la descripción que se realiza en HOYER, «Gesundheitsstrafrecht», en IGL / WELTI (eds.), *Gesundheitsrecht*, 2012, n.º m. 1355 ss. Para no limitar el análisis a una regulación positiva en particular, partiré de la definición genérica de que las lesiones corporales implican una afectación a la integridad corporal del sujeto pasivo. Así también PUPPE, «Definiciones y subsunciones» [trad. MONTIEL], *Enfoques Penales*, (1), 2017, p. 2.

²⁷ WESSELS / HETTINGER, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, 40.ª ed., 2016, n.º m. 323; HENGSTENBERG, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht: Zu den „Risiken und Nebenwirkungen“ eines Transfers der Rechtsfigur aus dem Zivil- in das Strafrecht*, 2012, p. 70.

²⁸ KRAATZ, *Arztstrafrecht*, 2013, n.º m. 37; SOWADA, «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht», *NStZ*, 2012, p. 4; JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 1996, § 34 III 3a; MÜLLER-DIETZ, «Mutmaßliche Einwilligung und Operationserweiterung - BGH, NJW 1988, 2310», *JuS*, 1989, p. 280. No es esencial a los fines de este trabajo analizar la discusión, ya clásica, de la ubicación sistemática del consentimiento en la teoría jurídica del delito (en particular, si se debe considerar al consentimiento como causa de justificación o como elemento del tipo). Asumiré, por consiguiente, posición estándar que considera al consentimiento una causa de justificación, a no ser que la ausencia de consentimiento sea ya un rasgo esencial de la desaprobación de la conducta (como en el caso de los delitos que requieren una actuación contra la voluntad del sujeto pasivo, como el hurto o los delitos contra la libertad). Por todos, desde perspectivas teóricas diferentes, MITSCH, en BAUMANN / WEBER / MITSCH / EISELE (eds.), *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 12.ª ed., 2016, § 13, n.º m. 119 s.; GARDNER, «Sobre las ofensas y las defensas en Fletcher» [trad. PERALTA], ÍDEM, *Ofensas y defensas*, 2012, pp. 164 s., ambos con referencias adicionales.

²⁹ WESSELS / HETTINGER, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, 40.ª ed., 2016, n.º m. 324. En mayor detalle, véase *infra* III.

La sentencia que marcó un antes y un después en el tema fue emitida por el antiguo Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*) el 31 de mayo de 1894 y tuvo como situación fáctica lo siguiente: un médico fue acusado por el delito de lesiones corporales tras haberle amputado un pie a un niño de siete años, en contra de la voluntad expresa de su padre, so pretexto de que dicha operación (exitosa desde una perspectiva *ex post*) estaba indicada por la ciencia médica.³⁰ Allí el tribunal señaló que ni el fin curativo, ni mucho menos el éxito de la intervención habilitaban al médico a tomar una decisión respecto de la salud del paciente, sino que únicamente la voluntad del enfermo es lo que legitima la realización impune de una lesión corporal.³¹ De ese modo, el médico no podría imponer su voluntad contra la del paciente, que en todo momento puede dar por finalizada la relación médico-paciente y que, además, puede oponerse a cualquier medio curativo (desde la ingesta de medicamentos que actuarán en el interior del cuerpo, hasta la realización de cirugías).³² Se trataba, técnicamente, de un caso de consentimiento vicario, en tanto quien estaba legitimado para tomar la decisión no era el propio titular del bien jurídico (el niño), sino su padre, como representante legal de sus intereses. Pero más allá de esta particularidad, puede derivarse la conclusión general de que las intervenciones médicas curativas deben ser consentidas por el propio paciente o, eventualmente y si se cumplen ciertos requisitos legales, su representante. Esto implica que los médicos, por el solo ejercicio de la medicina, no tienen una autorización para realizar acciones sobre sus pacientes que si fuesen realizadas por cualquier persona serían consideradas, sin lugar a dudas, una lesión corporal. En otras palabras, actos que implican una modificación sustancial del cuerpo de la persona, tales como cortar un pie, serían claramente una afectación a la integridad corporal, característica del delito de lesiones, por lo que en todo caso se deberá acudir a una causa de justificación como fundamento de la impunidad del médico actuante.

La sentencia del Tribunal del Imperio inmediatamente dio lugar a opiniones adversas en la doctrina, en especial de algunos de los penalistas más importantes de esa época y de las décadas posteriores.³³ Hoy en día se suele comenzar la crítica a partir de una frase de BOCKELMANN, quien supo señalar que considerar una intervención médica curativa como una lesión corporal que necesita una justificación implica tratar a los médicos como

³⁰ RGSt, t. 25, pp. 375 ss.

³¹ RGSt, t. 25, p. 380.

³² RGSt, t. 25, p. 382.

³³ BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, t. I, 2.^a ed., 1902, p. 56; BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 154 s.; KAHL, «Der Arzt im Strafrecht», *ZStW*, (29), 1909, pp. 36 ss.; ENGISCH, «Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung», *ZStW*, (58), 1939, pp. 1 ss.; SCHMIDT, *Der Arzt im Strafrecht*, 1939, pp. 69 ss.; KAUFMANN, «Die eigenmächtige Heilbehandlung», *ZStW*, (73), 1961, pp. 372 ss.; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, p. 289; ESER, «Medizin und Strafrecht: Eine schutzgutorientierte Problemübersicht», *ZStW*, (97), 1985, pp. 5 ss.; HIRSCH, «Zur Frage eines Straftatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung», en GÖSSEL / TRIFFTERER, *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, 1999, p. 355, entre otros.

meros navajeros (*Messerstechern*).³⁴ Según esta posición, la jurisprudencia partiría de un fraccionamiento artificial de la conducta curativa, al tener en cuenta solo el acto individual *prima facie* lesivo, ilustrado con la incisión que el cirujano realiza con su bisturí durante la operación, pero sin evaluar la conducta curativa como un todo. En palabras de KRAUSS,³⁵ valorar la actuación médica ocultando la intención de curar sería “no mucho más sensato que intentar reducir la esencia de un insulto verbal a la producción de ondas sonoras y vibraciones del tímpano”. Así, sería irrazonable considerar que un médico cirujano que actúa de conformidad con la *lex artis* tiene el mismo estatus que una persona que agrede a otra con un cuchillo por el solo hecho de tener que realizar ciertos comportamientos que aisladamente podrían ser considerados lesivos, a pesar de que la intervención, considerada como un todo, mejora la salud del paciente (o al menos intenta llegar a ese objetivo).

Esta consideración general, a su vez, permite criticar otro componente de gran importancia al momento de fundamentar la criminalización de una determinada conducta: el daño o, en términos de la dogmática penal continental, la violación a un bien jurídico.³⁶ Desde esta perspectiva, distintos autores argumentan que una intervención médica realizada de conformidad con los estándares médicos del momento (y necesariamente indicada), todo considerado, no produce una lesión corporal porque no se daña la salud del paciente, sino que se la *mejora*, o al menos no se la empeora.³⁷ Dentro de este marco, se defienden, en líneas generales dos posturas: las que consideran que solo las intervenciones médicas curativas exitosas no son lesiones corporales, por ausencia de daño real desde una perspectiva *ex post* (la llamada “teoría del resultado”, hoy en día dominante en la literatura), y las que consideran que ninguna intervención médica curativa realizada según la *lex artis* y necesaria desde una perspectiva *ex ante* da

³⁴ BOCKELMANN, *Strafrecht des Arztes*, 1968, p. 62. Véase también, previamente, ÍDEM, «Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten», *JZ*, 1962, p. 529; ÍDEM, «Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht», *NJW*, 1961, p. 946. De todos modos, el argumento ya podía vislumbrarse, si bien al pasar, por ejemplo, en BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, t. I, 2.ª ed., 1902, p. 56; BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, pp. 154 s.

³⁵ KRAUSS, «Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung», en KAUFMANN *et al.* (eds.), *Festschrift für Paul Bockelmann*, 1979, p. 559,

³⁶ Señalan un paralelismo que existe, a grandes rasgos, entre la noción anglosajona de principio de daño y la alemana de violación a un bien jurídico, entre otros, PÉREZ BARBERÁ, «El ilícito material del delito tributario», en ROBIGNIO (dir.), *Institutos de derecho penal tributario*, 2017, pp. 69 ss.; AMBOS, «Bien jurídico y harm principle: bases teóricas para determinar la “función global” del derecho penal internacional», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, (10), 2013, pp. 345 ss.; VON HIRSCH, «El concepto de bien jurídico y el “principio de daño”» [trad. ALCÁCER GUIRAO], en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007 [orig. de 2003], pp. 41 ss.; NEUMANN, «Moralische Grenzen des Strafrechts. Zu Joel Feinberg, The Moral Limits of the Criminal Law», *ARSP*, (72), 1986, pp. 118 ss. Sobre las diferencias, indispensable, KAHLO, «El concepto de bien jurídico y el “principio de daño”» [trad. ALCÁCER GUIRAO], en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007 [orig. de 2003], pp. 60 ss.

³⁷ Véase las múltiples referencias de TAG (*Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis*, 2000, p. 19), quien sintetiza este argumento, que se esgrime desde antaño, con la siguiente frase: “Mejorar, operar o sanar no es lesionar”.

lugar a una lesión corporal (la llamada “teoría de la *lex artis*”).³⁸ La argumentación podría sintetizarse, a grandes rasgos, del siguiente modo: no sería razonable considerar que una medida que no produce un daño en términos objetivos da lugar a una lesión corporal.³⁹ Y si bien algunas de estas posiciones (en especial, las que parten de la teoría de la *lex artis*) pueden formularse de otro modo, en el sentido de que lo que se excluye es el ilícito de acción de la conducta (esto es, el dolo) y no el daño o ilícito de resultado, dado que la acción del médico tendería a favorecer los intereses corporales del paciente o bien a disminuir los peligros que amenazan su salud,⁴⁰ en última instancia se trata de un argumento de daño. Esto se debe a que el ilícito subjetivo no es cualquier representación del agente (acompañada, eventualmente, de cierta voluntad), sino la representación de los elementos objetivos del ilícito, y si desde el vamos se considera que una conducta no genera un daño jurídicamente relevante, la representación de realizar esa conducta inocua no será dolosa.⁴¹ En cambio, si la conducta genera un daño de esta clase, la representación y voluntad dará lugar a una conducta dolosa. Entonces, sería una contradicción afirmar la producción del ilícito objetivo y su dolo (es decir, su representación del ilícito objetivo) y al mismo tiempo negar el dolo del agente. La diferencia entre la teoría del resultado y la teoría de la *lex artis* se centra, entonces, en la perspectiva desde la cual se analiza ese daño típico, esto es, o bien una perspectiva *ex post* (teoría del resultado), o bien una *ex ante* (teoría de la *lex artis*).

II.2. Toma de postura: en defensa de la opinión tradicional

En cuanto al núcleo de las críticas esbozadas por la doctrina, entiendo que no son convincentes. Respecto del argumento general de BOCKELMANN, se parte de un malentendido,⁴² dado que cuando se afirma que la acción del médico es típica del delito de lesiones únicamente se está diciendo que la conducta cumple con los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal en cuestión. Pero eso no implica afirmar la punibilidad de la conducta, ni siquiera su carácter ilícito, esto es, desvalorado por el ordenamiento jurídico. Como se sabe, tras constatar que una conducta cumple con un tipo penal, luego es necesario contrastar la conducta con la totalidad del ordenamiento jurídico y determinar si el derecho le había otorgado al autor un permiso para realizar la

³⁸ Tomo esta clasificación general (así como la constatación del estado actual de las opiniones) de KINDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, 6.^a ed., 2014, § 8, n.º m. 25 s.; HOYER, «Gesundheitsstrafrecht», en IGL / WELTI (eds.), *Gesundheitsrecht*, 2012, n.º m. 1356. La bibliografía sobre el tema, con las distintas subclasificaciones y posturas intermedias, se ha vuelto prácticamente inabarcable. Para un desarrollo comprensivo del estado actual de la cuestión, con múltiples referencias bibliográficas, véase JOECKS, Wolfgang, en JOECKS / MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 4, 2.^a ed., 2012, § 223, n.º m. 39 ss.; LILIE, Hans, «Vor § 223», en LAUFHÜTTE / RISSING-VAN SAAN / TIEDEMANN (eds.), *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, t. 11, 11.^a ed., 2008.

³⁹ Con términos muy similares, TRÖNDLE, «Selbstbestimmungsrecht des Patienten – Wohltat und Plage?», *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1983, p. 881.

⁴⁰ Cf. KRAATZ, *Arztstrafrecht*, Kohlhammer, Stuttgart, 2013, n.º m. 34, con referencias adicionales.

⁴¹ En palabras de PUPPE («Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten», *ZiS*, 6/2016, p. 369), el ilícito de acción (dolo) es el “exacto reflejo del ilícito objetivo en la conciencia del autor”.

⁴² En estos términos, FRISTER / LINDEMANN / PETERS, *Arztstrafrecht*, 2011, § 1, n.º m. 3.

acción, esto es, una causa de justificación.⁴³ Si es aplicable una causa de justificación puede decirse que la conducta es solo *prima facie* ilícita (por cumplir los elementos del delito en cuestión) y este accionar será valorado positivamente por el ordenamiento jurídico y producirá la impunidad del actuante, lo que en principio sucede en el caso de las intervenciones médicas realizadas con el consentimiento del paciente.⁴⁴ Ese supuesto fraccionamiento artificial no es ni más ni menos que una de las tantas aplicaciones de la distinción analítica que se realiza entre tipicidad y antijuridicidad en el derecho penal de tradición continental,⁴⁵ o entre ofensas y defensas que justifican el hecho en el derecho penal anglosajón.⁴⁶ De hecho, el mismo fraccionamiento tiene lugar en otros casos de acciones de profesionales que son tan necesarias para una sociedad como la del médico: los jueces que tienen bajo su custodia la droga proveniente de un delito durante la investigación realizan una acción típica de tenencia de estupefacientes, pero dicha actuación se encuentra justificada por el ordenamiento jurídico; los policías, al aplicar una violencia física proporcional contra quien se resiste a un arresto realizan una acción típica del delito de lesiones, pero justificada por las normas de derecho policial que

⁴³ Con claridad, en el marco de esta discusión, HILGENDORF, *Einführung in das Medizinstrafrecht*, 2016, § 2, n.º m. 5 ss.; KRAATZ, *Arztstrafrecht*, 2013, n.º m. 35.

⁴⁴ STURM, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2016, pp. 10 s.; ALBRECHT, *Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht*, 2010, p. 155. Se dice “en principio” porque las intervenciones curativas tienen particularidades relevantes al momento de analizar una eventual punibilidad del médico que exceden las cuestiones vinculadas al consentimiento e incluso al tipo penal de lesiones (es decir, también pueden entrar en consideración otros tipos penales, como el de coacciones, en ciertos contextos de violencia contra el paciente). Para un abordaje ilustrativo de estas particularidades, esencial, HILGENDORF, *Einführung in das Medizinstrafrecht*, 2016, § 2, n.º m. 12 ss.; BAUMANN, «Körperverletzung oder Freiheitsdelikt?, zugleich Anm. zum Urteil des BGH vom 28.11.1957 - 4 StR 525/57», *NJW*, 1958, pp. 2092 ss.

⁴⁵ Así KRAATZ, *Arztstrafrecht*, 2013, n.º m. 35; FRISTER / LINDEMANN / PETERS, *Arztstrafrecht*, 2011, § 1, n.º m. 3. Es casi una obviedad que la opinión dominante en Alemania hoy en día parte de un sistema de tres niveles: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (cf., por todos, PAEFFGEN / ZABEL, «Vor § 32 ff», en KINDHÄUSER / NEUMANN / PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 5.ª ed., 2017, n.º m. 16 ss.; WESSELS / BEULKE / SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 46.ª ed., 2016, n.º m. 129; HILGENDORF / VALERIUS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 2015, § 4, n.º m. 1; RENGIER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.ª ed., 2015, § 12, n.º m. 1; KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.ª ed., 2012, § 1, n.º m. 24 ss.), más allá de las posturas minoritarias que abogan, con argumentos atendibles, por sistemas de dos niveles (así, recientemente, KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.ª ed., 2015, § 6, n.º m. 9) o unitarios (emblemático hoy en día PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, pp. 105 ss.; *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, *passim*).

⁴⁶ Al menos en el derecho anglosajón de las últimas décadas, ya que durante siglos en el *common law* se partía únicamente de la distinción entre *actus reus* y *mens rea* (cf. DUBBER / HÖRNLE, *Criminal Law: A Comparative Approach*, 2014, pp. 386 ss.). Para un panorama de la discusión anglosajona de los últimos años, que no sólo hace hincapié en el aspecto sustantivo, sino también (y especialmente) en el procesal, véase WILSON, «How Criminal Defences Work» en REED / BOHLANDER, *General Defences in Criminal Law*, 2016, pp. 7 ss.; DUARTE D'ALMEIDA, *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Feasibility in Law*, 2015, pp. 219 ss. (quien a su vez ofrece un análisis brillante análisis comparativo); ASHWORTH / HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7.ª ed., 2013, pp. 72 s.; GARDNER, «En defensa de las defensas» [trad. PERALTA], ÍDEM, *Ofensas y defensas*, 2012, pp. 99 ss.; «Sobre las ofensas y las defensas en Fletcher» [trad. PERALTA], ÍDEM, *Ofensas y defensas*, 2012, pp. 161 ss.; DUFF, *Answering for Crime*, 2007, pp. 216 ss.; CAMPBELL, «Offence and Defence», en DENNIS (ed.), *Criminal Law and Criminal Justice*, 1986, pp. 73 ss.; WILLIAMS, «Offences and Defences», *Legal Studies*, (3), 1982, pp. 233 ss.; ROBINSON, «Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis», *Columbia Law Review*, 1982, (82), pp. 199 ss.; FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, 1978 (reimp. 2000), pp. 555 ss.; «Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases», *The Yale Law Journal*, (70), 1968, pp. 880 ss.

autorizan tal accionar, entre otros casos.⁴⁷ Ni la doctrina ni la jurisprudencia proceden en el caso de las intervenciones médicas curativas de un modo distinto al que lo hacen en otros supuestos, de modo que no se está en presencia de un problema privativo de las intervenciones médicas, sino que lo excede. Y a nivel sustantivo esta distinción tampoco debe ser sobrevalorada. Como bien ha señalado HRUSCHKA,⁴⁸ las normas permisivas y eximentes se encuentran en el mismo plano lógico que las prescripciones y prohibiciones, por lo que el argumento de que una conducta típica, pero justificada (y, por ende, lícita), implica algún tipo de desaprobación jurídico-penal relevante y escindible de la antijuridicidad de la conducta es, cuando menos, oscuro. La comparación que se hace del médico con un “navajero”, entonces, no es más que un artificio retórico, que esconde que lo relevante aquí es que al médico se lo está tratando como un *ciudadano* que carece de privilegios para realizar acciones delictivas sin un contexto de justificación por el solo hecho de ser un médico. De hecho, ni siquiera en los casos en los cuales el médico no está obligado a darle a conocer al paciente cierta información porque eso podría llegar a ponerlo seriamente en peligro (por ejemplo, porque podría producir el suicidio del paciente) puede hablarse de un verdadero “privilegio” del médico para realizar una intervención sin consecuencias.⁴⁹ Por el contrario, se trata de una verdadera situación de necesidad, en la que el médico tiene una habilitación para intervenir sin el consentimiento del paciente en virtud del peligro latente. Esto último debería ser comprensible tanto para los médicos como para la sociedad en su conjunto, en especial si se hace la aclaración que no existe una distinción fuerte entre una conducta típica, pero justificada, y una conducta atípica, en tanto en ambos casos el médico realiza una acción lícita que no recibe castigo.⁵⁰

Entiendo que el punto fuerte de la crítica a la opinión tradicional se vincula con una supuesta falta de daño cuando se analiza la conducta del médico como un todo. Es necesario señalar que los críticos parten de una premisa correcta, ya que si se estuviese en presencia de una acción inocua, es decir, que no produce una vulneración de la integridad corporal del paciente, difícilmente podría hablarse de un delito de resultado como el de lesiones corporales. Empero, ¿es cierto que las intervenciones médicas curativas de cierta importancia no producen, realmente, uno o más daños? Para el análisis de este argumento, pártase de la definición genérica de daño que ofrece

⁴⁷ Más ejemplos de esta clase pueden encontrarse en HILGENDORF, *Einführung in das Medizinstrafrecht*, 2016, § 2, n.º m. 9; HARDTUNG, en JOECKS / MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 4, 2.ª ed., 2012, § 224, n.º m. 33; FRISTER / LINDEMANN / PETERS, *Arztstrafrecht*, 2011, § 1, n.º m. 3.

⁴⁸ HRUSCHKA, «Sobre la utilidad del hexágono deontológico para el Derecho» [trad. SÁNCHEZ-OSTIZ], ÍDEM, *Imputación y Derecho penal*, 2009 [orig. de 2004], pp. 48 ss.); «¿Realmente es “limitada” la teoría “limitada” de la culpabilidad?. Adiós a un debate» [trad. FELIP I SABORIT / SÁNCHEZ-OSTIZ], ÍDEM, *Imputación y Derecho penal*, 2009 [orig. de 2001], pp. 172 ss. Buenos argumentos en contra de la división tipicidad-antijuridicidad también en ORTIZ DE URBINA GIMENO, «De moscas y agresores muertos», *InDret*, 3/2008, *passim*.

⁴⁹ Cf. ESER, «Medizin und Strafrecht: Eine schutzgutorientierte Problemübersicht», *ZStW*, (97), 1985, p. 22, nota 57, quien critica la terminología clásica en el mundo anglosajón que denomina a estos casos como “privilegio médico” (*medical privilege*). En detalle, ULSENHEIMER, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5.ª ed., 2015, § 1, n.º m. 384 ss.

⁵⁰ Véase también PUPPE, «Vor § 13», en KINDHÄUSER / NEUMANN / PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 5.ª ed., 2017; KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.ª ed., 2015, § 6, n.º m. 9.

FEINBERG y que en general es aceptada al momento de discutir el principio de daño: afectación relativamente duradera o significativa a los intereses de una persona, en tanto elementos que hacen a su bienestar.⁵¹ En este contexto, lo relevante es definir a qué se hace referencia con “interés”, cuestión que FEINBERG deja abierta en gran medida,⁵² pero supóngase algo tan general como que lo relevante para el delito de lesiones corporales es que la víctima tiene un derecho a que otras personas no produzcan alteraciones significativas en su sustancia corporal.⁵³ Si se deja fuera del análisis los casos en los que el sujeto de la injerencia no sufre ninguna modificación relevante en la sustancia corporal (como en los casos de ingestas de medicamentos que produjeron solamente efectos curativos o, en todo caso, modificaciones mínimas en las células de la piel, por ejemplo),⁵⁴ lo cierto es que en las intervenciones médicas curativas serias (en especial en las operaciones) *sí* son producidas una o más alteraciones a la sustancia corporal del titular del interés, aptas para afectar su bienestar, como podrían ser las incisiones que dejan cicatrices o las amputaciones para evitar que se propague una infección. Nadie dudaría que en cualquier otro contexto la acción del médico daría lugar a una lesión corporal y esta afectación al interés del paciente no solo es una afectación desde un punto de vista subjetivo (es decir, porque el paciente lo considera una afectación), sino también objetivo. Por consiguiente, desde el momento en el que el médico afecta significativamente este interés del paciente en que su sustancia corporal no sufra alteraciones, ya se está en presencia de un daño que da lugar, si se cumplen los otros requisitos de la prescripción legal, a una acción típica del delito de lesiones.

⁵¹ FEINBERG, *Harm to Others*, 1984, pp. 31 ss. (esp. p. 36). Véase también FERRANTE, «Filosofía del derecho penal», en FABRA / SPECTOR (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. III, 2015, pp. 2098 ss.; DUFF / MARSHALL, «“Daños Remotos”, “Peligro Abstracto”, y los “Dos Principios del Daño”» [trad. Diego HAMMERSCHLAG], *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, (15), 2014, pp. 2 ss., quienes comparan la formulación de FEINBERG con la de John Stuart MILL en la que se basa el primer autor.

⁵² Esta crítica puede verse en FERRANTE, «Filosofía del derecho penal», en FABRA / SPECTOR (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. III, 2015, p. 2099; VON HIRSCH, «El concepto de bien jurídico y el “principio de daño”» [trad. ALCÁCER GUIRAO], en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007 [orig. de 2003], pp. 41 ss.; previamente ya VON HIRSCH / JAREBORG, «Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis», *Oxford Journal of Legal Studies*, 1991, pp. 10 ss.; NEUMANN, «Moralische Grenzen des Strafrechts. Zu Joel Feinberg, The Moral Limits of the Criminal Law», *ARSP*, (72), 1986, p. 120. Esta definición de FEINBERG fue complementada en una obra posterior (*Harmless Wrongdoing*, 1988, pp. 18 ss.) dicho autor ofrece algunos matices, en especial en lo que se refiere a la noción de interés, que de todos modos no son decisivos para la discusión de este artículo. Sobre estos matices, véase GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno*, 2013 [orig. de 2006], pp. 68 ss. (esp. nota 36).

⁵³ La cuestión no es tan sencilla en países como Alemania que tienen un tipo penal que considera punible ya un mero “maltrato corporal” (§ 223, CP, StGB) por lo que una mera bofetada ya podría ser una lesión corporal. No es necesario tomar postura sobre estos casos límite, en tanto la definición aquí propuesta es más exigente y abarca actos que cualquier médico consideraría una lesión corporal si fuesen realizados en otro contexto. Señala que el concepto de la opinión dominante hace hincapié en las alteraciones a la sustancia corporal también ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., § 13, n.º m. 26.

⁵⁴ Véase, al respecto, PAEFFGEN / BÖSE, en KINDHÄUSER / NEUMANN / PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 5.^a ed., 2017, § 223, n.º m. 8 ss.; HOYER, «Gesundheitsstrafrecht», en IGL / WELTI (eds.), *Gesundheitsrecht*, 2012, n.º m. 1357. En definitiva, la pregunta cuál es el umbral mínimo de afectación corporal que debe sobrepasarse no surge únicamente en relación con las intervenciones curativas, sino que es algo característico de las lesiones corporales en casos límites (cf., por ej. MURMANN, «Die „üble, unangemessene Behandlung“ – ein von der Entwicklung der Dogmatik überholter Definitionsbestandteil der „körperlichen Misshandlung“», *Jura*, 2004, pp. 102-105).

De todos modos, la cuestión no es tan sencilla y justamente la esencia de la discusión es que incluso si se concediese que en estos casos se produce un daño, ese daño terminaría siendo un beneficio, no un perjuicio, todo considerado. En el caso, por ejemplo, de una apendicitis aguda, la incisión y remoción del apéndice del paciente, tomada aisladamente, sin lugar a dudas sería una acción típica. Pero en el contexto de una intervención curativa, ese daño inicial se convierte en un beneficio para el paciente cuya vida es salvada a causa de la operación. Esta forma de argumentar parece ser convincente a simple vista, pero en realidad no lo es. La afirmación de que el paciente no sufre ningún daño, todo considerado, presupone que los daños individuales pueden ser compensados con los efectos beneficiosos que en última instancia se logran o (según el caso) se intentan, lo que da lugar a un concepto de daño a la integridad corporal como saldo.⁵⁵ Lo relevante aquí es que esto implica afirmar que el daño inicial, de hecho, *se produce* en el mundo. Parecería entonces que más que un argumento de no-daño puro y simple, se está realizando una consideración normativa distinta: en términos otra vez de FEINBERG,⁵⁶ en las intervenciones médicas curativas se producirían daños, pero que dichos daños no serían *ilícitos*, porque las eventuales vulneraciones a la integridad corporal se verían compensadas con el beneficio (potencial o real, según la teoría que se adopte) a la salud del paciente que se obtiene en última instancia. Si esto es así, entonces en estos casos el problema no se centra en la inexistencia de daño, sino en que existirían razones para considerar que los daños que se producen en las intervenciones curativas pueden ser compensados con los beneficios y que, por tanto, la acción del médico, todo considerado, no debe ser valorada jurídicamente como una lesión.

Estas liquidaciones de costos y beneficios no son algo nuevo en derecho penal. De hecho, es lo que sucede en los delitos patrimoniales, como la estafa, al momento de determinar el daño patrimonial: se compara la totalidad de patrimonio que la víctima tenía antes y después del comportamiento típico y si el saldo total es cero, a pesar del engaño, no se ha producido un daño patrimonial y, por tanto, no se ha consumado una estafa.⁵⁷ En estos supuestos se imponen estándares valorativos ajenos al titular del bien jurídico, en particular, el precio de mercado, lo que tiene sentido en el caso de bienes que son objeto de intercambio económico. La pregunta decisiva es si esto también puede ser aplicable a casos de bienes altamente personales, como la integridad corporal, por medio de la imposición del baremo que fijan los estándares médicos en un

⁵⁵ Señalan este problema con claridad HILGENDORF, en BAUMANN / WEBER / HEINRICH / HILGENDORF, (eds.), *Strafrecht. Besonderer Teil*, 3.^a ed., 2015, § 6, n.º m. 100.; FRISTER / LINDEMANN / PETERS, *Arztstrafrecht*, 2011, § 1, n.º m. 4; PUPPE, «La justificación de la intervención médica curativa» [trad. FELIP I SABORIT], *InDret: Derecho Penal*, 1/2007, p. 3. En cambio, se equivocan ESER y STERNBERG-LIEBEN (*Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, 29.^a ed., 2014, § 223, n.º m. 32 s.) al considerar que este concepto de saldo se deriva de la caracterización del delito de lesiones como uno de resultado. Lo relevante, en todo caso, es determinar cuál es el resultado relevante, es decir, el daño individual o el daño compensado. Y para eso se requiere de un argumento normativo adicional que los autores no ofrecen.

⁵⁶ FEINBERG, *Harm to Others*, 1984, p. 34.

⁵⁷ Por todos, WOSTRY, «El daño patrimonial de la estafa (§ 263, CP alemán) en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo alemán», *En Letra: Derecho Penal*, n.º 5, 2017, pp. 36 ss.; WESSELS / HILLENKAMP, *Strafrecht. Besonderer Teil 2*, 34.^a ed., 2016, n.º m. 538; FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 62.^a ed., 2015, § 263, n.º m. 110, CRAMER / PERRON, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, 29.^a ed., 2014, § 263, n.º m. 106 ss., con referencias adicionales.

determinado momento y que en el caso puntual concretiza el médico.⁵⁸ Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con el patrimonio, los daños a la integridad corporal sufridos por el individuo no son pasibles de compensación, dado que no existe un concepto absoluto de bienestar o salud, sino que la configuración concreta del interés en la integridad corporal depende necesariamente de las representaciones y preferencias del titular del interés.⁵⁹ Esto puede observarse con claridad en las operaciones, ya que el paciente se somete a un tratamiento para el restablecimiento de su salud mediante el posible sacrificio de esta última, al adquirir la posibilidad de eliminar, o al menos mejorar, una dolencia no solo a través de un daño cierto en su cuerpo (como el que se produce con una incisión que dejará una cicatriz), sino también mediante un determinado riesgo de que esta empeore definitivamente, e incluso en algunos casos tiene que arriesgar su propia vida para prolongarla.⁶⁰ Ante esta situación, ¿por qué sería el médico el legitimado para decidir el contenido del interés corporal y no justamente el propio titular del interés? Piénsese, por ejemplo, en los casos de intervenciones indicadas a nivel médico pero cuya omisión no implica un riesgo relevante para la vida del paciente. Supóngase que una persona nace con labio leporino, lo que le ha generado inconvenientes para hablar, así como ciertas anomalías estéticas. Al cumplir la mayoría de edad, el médico le indica la realización de una cirugía compleja pero poco riesgosa, que según los estándares médicos mejoraría la calidad de vida del paciente de modo notable. Si este último se niega (supóngase, porque considera que su aflicción, en general, y su estética, en particular, forman parte de su personalidad) y, de todos modos, el médico lo seda y realiza la cirugía, parecería obvio que se ha cometido una lesión corporal.

Piénsese también en los casos en los cuales una intervención puede alargar la vida, pero con consecuencias que el paciente considera indeseables. Por ejemplo, si el tratamiento indicado por la *lex artis* para prolongar en, por lo menos, unos cinco años la vida de un enfermo de cáncer es el sometimiento a una operación riesgosa que, de todos modos, lo convertirá en un enfermo crónico, mientras que la alternativa es vivir seis meses plenos hasta la llegada inevitable de la muerte.⁶¹ Y supóngase también que el paciente se inclina por esta última alternativa y que el médico de todos modos lo seda y realiza la operación. ¿Podría decirse realmente que en este caso no se ha vulnerado el interés del paciente en su integridad corporal? Un ejemplo real que confirma empíricamente estas

⁵⁸ Señala este problema, con claridad, PUPPE, «La justificación de la intervención médica curativa» [trad. FELIP I SABORIT], *InDret: Derecho Penal*, 1/2007, p. 3.

⁵⁹ KINDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, 6.^a ed., 2014, § 8, n.º m. 28; MAIWALD, «Die Einwilligung des Verletzten im deutschen Strafrecht», en ESER / PERRON (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. III, 1991, p. 178. Cf. también NINO, *La legítima defensa*, 1982, pp. 64 s., quien considera que la integridad física es un bien primario no compensable, a excepción de casos de lesiones de bagatela, si son resarcidas de un modo generoso.

⁶⁰ PUPPE, «La justificación de la intervención médica curativa» [trad. FELIP I SABORIT], *InDret: Derecho Penal*, 1/2007, p. 3. También, aunque desde una perspectiva diferente, MITSCH, «Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht», *Juristen Zeitung*, 2005, p. 279.

⁶¹ Ejemplos similares en PUPPE, «La justificación de la intervención médica curativa» [trad. FELIP I SABORIT], *InDret: Derecho Penal*, 1/2007, p. 3; MAIWALD, «Die Einwilligung im deutschen Strafrecht», en ESER / PERRON (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. III, 1991, pp. 177 s.

consideraciones es el del profesor suizo de derecho penal, Peter NOLL,⁶² quien en la década del ochenta rechazó un tratamiento contra el cáncer de vejiga que potencialmente le habría prolongado la vida. Sin embargo, NOLL decidió vivir una menor cantidad de tiempo en lugar de varios años mutilado a causa de una operación en la zona. Si creemos que esta determinación debe quedar en manos del paciente, como sucedió con NOLL, y que el tratamiento no puede ser impuesto por los médicos, es en definitiva porque las intervenciones médicas curativas no son inocuas para el interés de bienestar corporal del paciente.⁶³

Se podría argumentar, empero, que en lo que se refiere a la salud de una persona existe algo similar al precio de mercado, esto es, lo que determina la ciencia médica en un determinado momento, y que eso es, en definitiva, lo que interesa al momento de definir qué bienes/intereses deben ser protegidos penalmente. Esto último es discutible, en tanto el concepto de salud es extremadamente vago, incluso en el estado actual de la medicina.⁶⁴ Ante esta incertidumbre, sería prudente evitar el recurso a criterios externos de salud o bienestar y apelar, en definitiva, al criterio subjetivo del paciente. Más allá de eso, creo que puede buscarse una fundamentación más profunda de por qué es el paciente quién debe administrar los daños y beneficios en su salud y no el médico, que va más allá de las consideraciones prudenciales o de la apelación a nuestras intuiciones. Esta afirmación se basa en el hecho de que hoy en día la concepción imperante en la bioética respecto de la práctica médica, a diferencia de la concepción hipocrática tradicional, no le otorga un valor absoluto al principio *salus aegroti suprema lex esto* (“el bienestar del paciente es la ley suprema”), sino que debe ser ponderado con el de *voluntas aegroti suprema lex esto* (“la voluntad del paciente es la ley suprema”), que además en el caso de conflicto, al menos en estos supuestos, pasa a estar en el primer plano.⁶⁵ ¿Por qué esto es así? Porque si se considerase que el médico puede decidir qué

⁶² Cf. las memorias publicadas póstumamente en la que el autor cuenta sus experiencias a partir de su decisión de no continuar el tratamiento NOLL, *Diktate über Sterben und Tod*, 1984.

⁶³ Incluso podría decirse, llevando el argumento al absurdo (y obviando los problemas de imputación objetiva vinculados al comportamiento de la víctima), que los médicos que no intervinieron forzosamente a NOLL deberían haber sido juzgados (si se deja de lado el delito de homicidio) por lesiones por omisión por no haber evitado que la enfermedad se propague, a pesar de que estaban obligados a actuar en virtud del deber especial de salvamento que surge a partir de la relación médico-paciente, lo que parecería oponerse a nuestras intuiciones básicas sobre el tema.

⁶⁴ Así HILGENDORF, *Einführung in das Medizinstrafrecht*, 2016, quien parte de la definición de salud que brinda la OMS (“La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”), a la que califica como demasiado amplia e inadecuada para ofrecer criterios claros de distinción en el marco de la discusión ética y jurídica. En detalle sobre esta discusión MAGNUS, *Patientenautonomie im Strafrecht*, 2015, pp. 23 ss.; TAG, *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis*, 2000, pp. 81 ss.

⁶⁵ Cf. JOERDEN, «Medizin und Recht», en HILGENDORF / JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2017, p. 331; MONTIEL, «“Violencia obstétrica” como disposición ilegítima del cuerpo de la parturienta», en KUDLICH / MONTIEL / ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Cuestiones actuales de Derecho penal médico*, 2017, p. 74; CANCIO MELIÁ, «Consentimiento en el tratamiento médico y autonomía: algunas reflexiones desde la perspectiva española», *Revista de Derecho Penal*, 1/2015, pp. 465 ss.; VOSSENKUHL, «Ethische Grundlagen ärztlichen Handelns. Prinzipienkonflikte und deren Lösungen», en ROXIN / SCHROTH (eds.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 2010, pp. 16 ss. Para un desarrollo de cómo el principio *salus aegroti suprema lex esto*, característico de la medicina hipocrática, ha dejado de ser el criterio decisivo para la solución de problemas bioéticos, a partir del ejemplo de los trasplantes de órganos, SCHROTH, Ulrich,

intervenciones médicas curativas realizar, incluso en contra de la voluntad del paciente, se produciría, en términos kantianos, una *instrumentalización* del paciente, violatoria de su dignidad humana.⁶⁶ Y para determinar si se ha producido una instrumentalización violatoria de la dignidad humana suele partirse de la segunda formulación del imperativo categórico que ofreció KANT en su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*: “Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio”.⁶⁷ A partir de esta frase se ha desarrollado la conocida “fórmula del objeto”, receptada constitucionalmente para las relaciones entre el Estado y el ciudadano,⁶⁸ y que proscribía que el Estado trate a los individuos como objetos o cosas (en la terminología de KANT, como medios) para la obtención de fines. Como señala JOERDEN, esta fórmula es plenamente trasladable a la relación médico-paciente, dado que aquí también existe una situación de desigualdad que puede dar lugar a abusos⁶⁹ y permitir que los médicos realicen intervenciones médicas “beneficiosas” para los pacientes sin su consentimiento implica avalar que los primeros traten a los últimos como meros medios de la razón médica soberana para la obtención del fin consistente en lograr una supuesta mejora en la salud de conformidad con los estándares médicos.⁷⁰ Como se verá inmediatamente en el próximo apartado, la única forma de evitar esa instrumentalización es por medio del respeto de la voluntad autónoma del paciente, quien no es un mero medio que utiliza el médico al realizar una intervención, sino un agente moral autónomo que en todo caso deberá consentir la intervención indicada por la *lex artis*, tras haber sido debidamente informado.⁷¹ En el sistema del hecho punible, esto tiene como consecuencia que una intervención médica que el médico realiza tras haber vulnerado conscientemente la autonomía del paciente es considerada una lesión dolosa, mientras que si la inobservancia tuvo lugar por un error, subsistirá la punibilidad

«Medizin-, Bioethik und Recht», en KAUFMANN / HASSEMER / NEUMANN, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8.ª ed., 2011, pp. 463 ss.

⁶⁶ Sigo, en este aspecto, los lineamientos que ofrece JOERDEN, «Medizin und Recht», en HILGENDORF / JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2017, pp. 330 ss.

⁶⁷ KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (trad. RODRÍGUEZ ARAMAYO), 2012 [orig. 1785], Ak. IV. 429, p. 139.

⁶⁸ En la doctrina constitucional, fundamental, DÜRIG, «Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes», *Archiv des öffentlichen Rechts*, (81), 1956, pp. 117 ss. En cuanto a la recepción en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en casos relevantes para el derecho penal, véase ROXIN, «60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Strafrechts», en HÄBERLE (ed.), *60 Jahre deutsches Grundgesetz*, 2011, pp. 76 ss.

⁶⁹ En particular, el paciente, por su dolencia y su menor conocimiento en materia de medicina se encuentra en una posición de desigualdad respecto del médico, quien podría aprovecharla para imponer su voluntad por sobre la del paciente. Cf. JOERDEN, «Medizin und Recht», en HILGENDORF / JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2017, p. 331

⁷⁰ Similares, en el marco de la discusión sobre el consentimiento hipotético del paciente, JANSEN, «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. Notwendiges Korrektiv oder systemwidriges Institut?», *ZJS*, 6/2011, p. 490; ALBRECHT, *Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht*, 2010, p. 501.

⁷¹ JOERDEN, «Medizin und Recht», en HILGENDORF / JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2017, p. 331; SCHROTH, «Medizin-, Bioethik und Recht», en KAUFMANN / HASSEMER / NEUMANN, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8.ª ed., 2011, p. 461; OTTO / ALBRECHT, «Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff», *Jura*, 2010, p. 270.

por lesiones imprudentes.⁷² Se observa, entonces, cómo el principio de autonomía del paciente desempeña un papel fundamental en la discusión, por lo que una crítica al instituto jurídico del consentimiento hipotético a partir de este principio debe ser tomada en serio.

Esta clase de argumentación ha sido, sin embargo, muy criticada.⁷³ En lo que aquí interesa, podría decirse que parecería un contrasentido decir que el médico que salva a un paciente que no consintió en la realización de la intervención lo trata como un mero medio para el fin externo consistente en el mejoramiento de su salud. Por el contrario, el paciente es, más bien, quien recibe una intervención beneficiosa y no un “medio” (como un martillo, en tanto medio para cumplir el fin de clavar un clavo).⁷⁴ Esta objeción es atendible, pero creo que puede ser superada. Una interpretación plausible de la segunda formulación del imperativo categórico de KANT es la de entenderlo de un modo menos literal: al momento de interactuar con otros se debe respetar el *valor intrínseco* de todo ser humano.⁷⁵ A esto es a lo que apunta la prohibición de instrumentalización y, en definitiva, solo de ese modo se trata a los seres humanos como “un fin en sí mismo” y no como un objeto pasible de apropiación. En lo que se refiere al contenido de ese valor intrínseco, está presente una esfera de derechos de libertad sobre el propio cuerpo, que debe ser respetada por terceros.⁷⁶ Si el médico no respeta esa esfera del paciente, al intervenir sobre su cuerpo sin su consentimiento, lo trata como un mero medio, esto es, como una cosa de valor únicamente instrumental para cumplir fines de terceros y no como un agente autónomo con fines propios. En eso consiste la instrumentalización y, en consecuencia, la violación a la dignidad humana que se produce en estos casos

A su vez, podría criticarse que de este se quiere reconvertir el bien jurídico “integridad corporal” en la “protección de la autonomía del paciente”.⁷⁷ Para evitar esta crítica,

⁷² PUPPE, «Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten», *ZIS*, 6/2016, p. 366. En la jurisprudencia, con claridad, BGH, *NStZ* 2012, p. 206. En principio parecería contraintuitivo decir que una lesión cometida con intención (la intervención curativa) pueda ser punible como imprudencia. Pero a esta conclusión se puede llegar sin problemas por medio de la teoría del error, desde que los errores sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación son resueltos por la opinión dominante como errores de tipo. Sobre esta discusión, imprescindible HRUSCHKA, «¿Realmente es “limitada” la teoría “limitada” de la culpabilidad? Adiós a un debate» [trad. FELIP I SABORIT / SÁNCHEZ-OSTIZ], ÍDEM, *Imputación y Derecho penal*, B de F, Buenos Aires / Montevideo, 2009 [orig. de 2001], *passim*.

⁷³ Ejemplar para el marco de la bioética y el derecho NEUMANN, «Die Tyrannei der Würde», *Archiv für Recht und Sozialphilosophie*, 1998, pp. 153 ss. Para un repaso general de los problemas que la prohibición de instrumentalización, GRECO, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach* (trad. BÉGUELIN / DROPULICH), 2015, pp. 129 ss.

⁷⁴ HILGENDORF, «Die mißbrauchte Menschenwürde: Probleme des Menschenwürdetopos am Beispiel der bioethischen Diskussion», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (7), 1999, p. 144.

⁷⁵ HILGENDORF, «Die mißbrauchte Menschenwürde: Probleme des Menschenwürdetopos am Beispiel der bioethischen Diskussion», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (7), 1999, p. 145.

⁷⁶ Cf. HILGENDORF, «Die mißbrauchte Menschenwürde: Probleme des Menschenwürdetopos am Beispiel der bioethischen Diskussion», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (7), 1999, pp. 148 ss. En profundidad, HILGENDORF, «Instrumentalisierungsverbot und Ensemble-Theorie der Menschenwürde», en PAEFFGEN *et al.* (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, 2011, pp. 1653 ss.

⁷⁷ Entre otros, BEULKE, «Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz», *medstra*, 2/2015, p. 69; ROSENAU, «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht», en BLOY *et al.* (eds.),

algunos autores de hecho conceden que las lesiones corporales protegen tanto la integridad corporal como la autonomía del paciente, como dos intereses distintos que se encuentran protegidos en derecho penal a través del mismo tipo penal.⁷⁸ Entiendo que no es necesario realizar una concesión de este tipo que, como toda consideración que incluye varios valores genera problemas en casos de conflicto. El interés protegido sigue siendo la integridad del paciente, que, como ya se señaló, sufre un daño en su integridad corporal. Sólo de modo indirecto se produce una protección de su autonomía, al quedar vedada la posibilidad de compensar los daños sufridos con los supuestos beneficios a determinar según los estándares de la ciencia médica. De ese modo, el bien jurídico sigue siendo la integridad corporal, con la corrección de que es una integridad corporal que no se encuentra sometida a estándares normativos externos al titular del propio interés.

Por tanto, en lo que aquí interesa, partir de una consideración que deje en manos de los estándares médicos la determinación de si se ha producido, o no, un daño en la integridad corporal de un ciudadano, implica, en términos kantianos, permitir que los médicos traten al paciente como un mero medio para la obtención de un fin (en este caso, el mejoramiento objetivo de la salud según los estándares de la medicina) y, en esa medida, avalar una violación a la dignidad humana. El daño que produce la intervención no consentida, entonces, es un daño (ilícito) no compensable y las críticas que la doctrina ha alzado contra la jurisprudencia en materia de intervenciones médicas curativas resultan injustificadas. Por el contrario, la posición que hace más de ciento veinte años sentó el Tribunal del Imperio se caracteriza por su actualidad: capta correctamente lo que implica afirmar que una acción es típica y presupone una concepción moderna de la medicina, en la que la voluntad del paciente es considerada el valor prevaleciente. Puede decirse, como conclusión provisional, que las intervenciones médicas curativas que generan cierta modificación sustancial de la integridad corporal del paciente son lesiones corporales que deben ser consentidas para que puedan ser realizadas de modo impune por el médico.

III. Consentimiento informado y autonomía

III.1. La relación entre consentimiento informado y autonomía en bioética y derecho

Como puede observarse, es un ejercicio de autonomía lo que justificaría la conducta del médico que realiza una intervención curativa:⁷⁹ se requiere del consentimiento

Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, p. 696; MITSCH, «Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht», *JuristenZeitung*, 2005, p. 285.

⁷⁸ Así, entre otros, WOLTERS, en RUDOLPHI *et al.* (eds.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8.^a ed. (separata 141), 2014, § 223, n.º m. 35 ss.; BOTTKE, *Suizid und Strafrecht*, 1982, pp. 145 ss.; ya a comienzos del siglo pasado VON BAR, «Zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes», *GS*, (60), 1902, p. 95.

⁷⁹ Por todos, SCHROTH, «Medizin-, Bioethik und Recht», en KAUFMANN / HASSEMER / NEUMANN, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8.^a ed., 2011, pp. 463 ss.

informado del paciente antes de cualquier intervención para respetar su decisión en momentos críticos.⁸⁰ En este marco, el consentimiento informado suele ser definido a partir de las condiciones que debe reunir el consentimiento del paciente para que pueda manifestarse en un ejercicio real de autonomía: una persona otorga su consentimiento informado a una intervención si, y solo si, es competente para actuar, recibe información detallada, comprende la información, actúa voluntariamente y consiente en la realización de la intervención.⁸¹ Estas condiciones necesarias, cuyas particularidades merecerían un análisis específico, tienden a impedir, en última instancia, que se produzca una anulación paternalista de la decisión de un paciente competente, por ejemplo a través de mentiras para producir un cambio de opinión.⁸² Este modo de entender la relación médico-paciente en general, y el consentimiento informado en particular, es, de todos modos, relativamente nuevo. Como se dejó entrever en el apartado anterior, la concepción hipocrática tradicional del ejercicio de la medicina era notablemente paternalista: se consideraba que el médico era el indicado para tomar las decisiones sobre el bienestar del paciente y el rol de este último pasaba, en el mejor de los casos, a un segundo plano.⁸³ Al menos a partir de la década del setenta, en cambio, la noción de autonomía se ha impuesto, justificadamente, en la ética médica en general y en las cuestiones vinculadas al consentimiento informado en particular.⁸⁴

Sin embargo, el término “autonomía” se caracteriza por su polisemia y las divergencias entre los distintos filósofos y juristas al respecto son notables, incluso a nivel definicional.⁸⁵ En el marco estricto de las relaciones médicas curativas, los bioeticistas suelen hacer referencia al concepto de autonomía como derecho a decidir cómo se ha de vivir la propia vida (en particular, cómo comportarse ante decisiones de vida críticas) y la obligación de terceros de respetar ese derecho.⁸⁶ Los tribunales superiores suelen

⁸⁰ Así, en lo esencial, EYAL, «Informed Consent», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2012, disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/informed-consent/> [enlace verificado el 3/12/2017].

⁸¹ CHILDRESS / BEAUCHAMP, *Principles of Biomedical Ethics*, 7.^a ed., 2013, p. 124, con referencias adicionales. La cuestión puede ser distinta, de todos modos, en lo que se refiere a la investigación científica que requiere, en ciertas etapas y con estrictos controles y salvaguardas, una experimentación con seres humanos. Sobre el tema, en detalle y a partir de un modelo alternativo de consentimiento informado en estos supuestos, WERTHEIMER, «(Why) should we require consent to participation in research?», *Journal of Law and the Biosciences*, 1(2), 2014, pp. 137 ss.; MILLER / WERTHEIMER, «The fair transaction model of informed consent: an alternative to autonomous authorization», *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 21(3), 2011, pp. 201 ss.

⁸² YOUNG, Robert, «Informed Consent», en KUHSE / SINGER, *A Companion to Bioethics*, 2.^a ed., 2009, p. 533.

⁸³ Sobre el rol del médico en su relación con el paciente desde una perspectiva histórica, MAGNUS, *Patientenautonomie im Strafrecht*, 2015, pp. 16 ss.

⁸⁴ Cf. EYAL, «Informed Consent», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2012, disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/informed-consent/> [enlace verificado el 3/12/2017].

⁸⁵ Así, por ejemplo, FEINBERG («Autonomy», en Christman [ed.], *The Inner Citadel: Essays on Individual Autonomy*, 1989, pp. 27 ss.) reconoce al menos cuatro sentidos en los que se usa la palabra “autonomía” en el contexto de la filosofía moral y política: autonomía como capacidad de autogobernarse, como condición real del autogobierno, como ideal personal o como conjunto de derechos que expresan la soberanía sobre uno mismo. Véase también DWORKIN, *The Theory and Practice of Autonomy*, 1988, pp. 101 ss.; IOSA, «Concepciones de la autonomía», *Revista Brasileira de Filosofia*, 2010, (243), pp. 56 s.

⁸⁶ Cf. RIVERA LÓPEZ, «Eutanasia y autonomía» en ÍDEM, *Diez ensayos de bioética*, 2011, p. 71.

incluso considerar que este es el entendimiento constitucional de autonomía, al menos en lo que concierne a cuestiones vinculadas a la bioética. A modo de ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Albarracini Nievas” ha señalado que “el art. 19 [de la Constitución argentina] concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto les es propio” y que a partir de este derecho “es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal; que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes y que esa libre elección debe ser respetada”.⁸⁷ Exponen conceptos similares de autonomía en este ámbito tanto el Tribunal Supremo Federal alemán (“[e]l art. 1, párr. 1, GG, protege la dignidad del hombre, cómo él se entienda en su individualidad... De esto forma parte que el hombre pueda disponer de sí mismo y pueda dar forma a su destino por cuenta propia”⁸⁸), como la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos (“en el centro de la libertad de los individuos se encuentra el derecho a definir el concepto propio de existencia, de sentido, de universo, y del misterio de la vida humana” y que las elecciones sobre los temas que “involucran las elecciones más íntimas y personales que un individuo puede hacer en el transcurso de su vida, elecciones centrales para su dignidad y su autonomía personal, son centrales a los derechos protegidos por la Enmienda Catorce”⁸⁹). Y cuando se hace referencia a la fundamentación de esta idea de autonomía, se recurre justamente a la segunda formulación del imperativo categórico kantiano y se afirma, en definitiva, que los médicos tienen el deber de respetar las decisiones de sus pacientes. Esto puede verse claramente, por ejemplo, en la sexta edición de la exitosa obra de BEAUCHAMP y CHILDRESS, quienes señalan que

La segunda formulación del imperativo categórico —las personas deben ser tratadas como fines en sí mismos y no simplemente como fines— puede ser, como a menudo se ha hecho, interpretada como el fundamento sustantivo de lo que, en el Capítulo 4 y a lo largo de este libro, hemos denominado como el principio de respeto de la autonomía. La segunda formulación de KANT ha sido enormemente, y justificadamente, influyente en la ética biomédica contemporánea.⁹⁰

⁸⁷ CSJN, «Albarracini Nievas, Jorge», A.523 XLVIII, sentencia del 1 de junio de 2012, considerandos 15 y 16. En detalle sobre la jurisprudencia argentina en materia de autonomía, HEVIA / SCHNIDRIG, «Autonomía, consentimiento y confidencialidad médica: los derechos de los pacientes en el derecho constitucional argentino», en RIVERA (h) *et al.* (eds.), *Tratado de los derechos fundamentales*, t. II, 2014, pp. 477 ss.

⁸⁸ BVerfGE, t. 49, p. 286 (298).

⁸⁹ Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, «Casey», 505, US, p. 851 (tomo la traducción disponible en *Perspectivas bioéticas*, vol. 4, 1997).

⁹⁰ CHILDRESS / BEAUCHAMP, *Principles of Biomedical Ethics*, 6.^a ed., 2009, p. 349. En la edición siguiente del libro los autores matizaron estas conclusiones al señalar que: “La teoría de KANT sobre autonomía, por tanto, no se refiere únicamente al respecto de la autodeterminación de los agentes que realizan juicios y establecen objetivos personales. La teoría de KANT se refiere a la autodeterminación *moral*. De todos

Con esta apelación kantiana se quiere transmitir que cada ser humano tiene una dignidad única (en tanto ser humano) y que cada uno es un fin en sí mismo en la relación con otros, por lo que no es legítimo interferir legítimamente con la forma en que cada uno desea perseguir la felicidad.⁹¹ Parece necesario, entonces, remontarse a KANT para entender por qué el consentimiento informado del paciente transforma en impune una acción *prima facie* lesiva del médico a partir de la noción de autonomía. En otras palabras, ¿por qué la instrumentalización que realiza el médico con su intervención médica curativa no consentida no se produce si el paciente justamente consintió la intervención, tras haber sido debidamente informado? La segunda formulación del imperativo categórico de KANT ofrece un matiz que permite solucionar la cuestión: al mencionar que no se debe tratar a otros “meramente” como medio, dejó en claro que ya no se instrumentaliza a una persona si se obtiene su cooperación para la obtención de un fin, es decir, si se cuenta con su consentimiento.⁹² La idea que subyace a esta concepción es la de que los seres humanos son “fines en sí mismos”, a los que se les debe respeto y que no pueden ser tomados meramente como objetos, en tanto poseen una característica incondicional de valor intrínseco, que los separa de otros seres del mundo: la “naturaleza racional [que] existe como un fin en sí mismo”.⁹³ Esta característica, a la que KANT asocia con el concepto de dignidad, tiene como base justamente la idea de autonomía: “La *autonomía* es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional” (énfasis en el original).⁹⁴ La autonomía sería entonces la capacidad, inherente a todos los agentes racionales, de actuar libremente sobre la base de la razón y con independencia de sus deseos, de conformidad con la ley moral.⁹⁵

modos, la segunda formulación del imperativo categórico de KANT es razonablemente similar a las bases normativas del principio de respeto de la autonomía que desarrollamos en el Capítulo 4” (*Principles of Biomedical Ethics*, 7.^a ed., 2013, p. 364, la traducción es propia). Para referencias a los otros trabajos de bioeticistas influyentes de la actualidad, quienes también basan su argumentación en la segunda formulación del imperativo categórico kantiano, véase EYAL, «Informed Consent», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2012, disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/informed-consent/> [enlace verificado el 3/12/2017].

⁹¹ Por todos, DONAGAN, «Informed consent in therapy and experimentation», en *Journal of Medicine and Philosophy*, 2(4), 1977, p. 314.

⁹² TIMMONS, *Moral Theory. An Introduction*, 2.^a ed., 2013, pp. 211 ss.; JOERDEN, «Medizin und Recht», en HILGENDORF / JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2017, p. 330.

⁹³ KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (trad. RODRÍGUEZ ARAMAYO), 2012 [orig. 1785], Ak. IV. 429, p. 139.

⁹⁴ KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (trad. RODRÍGUEZ ARAMAYO), 2012 [orig. 1785], Ak. IV. 436, p. 150.

⁹⁵ TIMMONS, *Moral Theory. An Introduction*, 2.^a ed., 2013, p. 210. Sobre el tema, esclarecedora, KORSGAARD, *Creating the Kingdom of Ends*, 1996, p. 123: “la humanidad es la capacidad de tomar decisiones racionales, pero sólo cuando la elección es completamente racional se realiza por completo la humanidad”.

Esta dignidad es la que permite atribuir el derecho a la libertad “a todo hombre en virtud de su humanidad”.⁹⁶ Como explican BYRD y HRUSCHKA,⁹⁷ esto se desprende del hecho de que todos los hombres tienen la misma responsabilidad de observar la ley moral (igualdad moral de los seres humanos), lo que implica que todo ser humano tiene un derecho innato de autodeterminación (es decir, de auto imponerse la ley moral universal y que sea impuesta por terceros) que puede hacer valer frente a otros seres racionales: no puedo hacer valer un derecho a la libertad contra un animal que me ataca, porque es una cosa sin naturaleza racional, pero sí contra un ser humano, que como ser racional actúa incorrectamente al tratarme como un mero medio para cumplir sus propios fines (por ejemplo, al atacarme para quedarse con mis pertenencias) y no permitirme que yo defina cuáles serán mis fines, según la ley moral. En cambio, cuando otro ser humano respeta mi capacidad de actuar libremente de conformidad con la ley moral, no me trata *meramente* como un medio para lograr un fin. TIMMONS explica esta idea de un modo claro: si quiero llegar al aeropuerto y le pido ayuda a un conocido para que me lleve en auto, quien accede a ayudarme, estoy respetando su autonomía y, por tanto, no lo estoy tratando como un mero medio para lograr un fin; en cambio, el científico inescrupuloso que le miente a una persona sobre los riesgos de un experimento con una nueva droga y de ese modo logra que acepte participar de la prueba, sí trata al otro como un mero medio para obtener un fin.⁹⁸ El consentimiento, entonces, modifica de modo trascendental la interacción entre dos personas en supuestos en los que *prima facie* habría una instrumentalización: ya no se trata de una imposición unilateral de una voluntad por sobre otra que da lugar a la utilización de una persona como medio para la obtención de fines ajenos, sino que dos personas unen libremente sus voluntades para crear nuevos derechos y obligaciones y, de ese modo, crear nuevos medios para la obtención de sus fines (determinados autónomamente, según la ley moral universal).⁹⁹ Con el consentimiento, por consiguiente, no se impone una voluntad sobre otra, sino que se unen las voluntades libres de dos personas y, de ese modo, se evita una instrumentalización violatoria de la dignidad humana y surge una justificación o defensa completa en casos de lesiones contra la integridad corporal.¹⁰⁰

III.2. Una noción mínima de autonomía desde una perspectiva kantiana

Esta explicación kantiana es coherente con la idea que se expuso en el apartado anterior respecto de que el médico instrumentalizaría al paciente si realizase una intervención médica curativa no consentida y explica cómo funciona el consentimiento en este ámbito. Empero, tiene un problema de compatibilidad con la noción de autonomía de la que parte la concepción imperante en la bioética y en el derecho constitucional en

⁹⁶ KANT, *La metafísica de las costumbres. Primera Parte. Principios metafísicos de la doctrina del derecho* (trad. CORTINA ORTIS / CONILL SANCHO), 2008 [orig. 1797], n.º m. 238, p. 49.

⁹⁷ BYRD / HRUSCHKA, *Kant's Doctrine of Right: A Commentary*, 2010, p. 288.

⁹⁸ TIMMONS, *Moral Theory. An Introduction*, 2.ª ed., 2013, p. 224.

⁹⁹ Así, con claridad y en mayor detalle, RIPSTEIN, *Force and Freedom Kant's Legal and Political Philosophy*, 2009, pp. 109 y ss.

¹⁰⁰ RIPSTEIN, *Force and Freedom Kant's Legal and Political Philosophy*, 2009, p. 108.

cuestiones médicas. Difícilmente pueda negarse que para KANT el concepto de autonomía era decisivo para su entendimiento de la razón práctica,¹⁰¹ esto es, para la habilidad humana de utilizar razones para elegir las acciones a llevar a cabo.¹⁰² El problema reside en que en la ética kantiana la autonomía es concebida como la capacidad de reconocernos libres e imponernos la ley moral universal,¹⁰³ en tanto ejercicio de legislación de la razón práctica pura.¹⁰⁴ La tarea de toda persona autónoma sería, según esta concepción, la de asignarse los valores según los cuales vivir la propia vida, pero esta decisión no es discrecional, sino que debe cumplir con los requisitos del imperativo categórico, en tanto principio fundamental de la moralidad, que en su primera formulación aparece como un mandato de universalización: “Obra de tal modo que la máxima de tu voluntad siempre pueda valer al mismo tiempo como principio de una legislación universal”.¹⁰⁵ Se trata, por ende, de una *autonomía moral*, en el sentido de que las normas morales a las que estamos vinculados surgen de nuestra razón práctica o voluntad racional, teniendo en cuenta no solo nuestras concepciones individuales, sino las de todas las personas racionales.¹⁰⁶

En cambio, la concepción de la bioética parte de una noción de *autonomía personal*, concebida como un derecho a poder decidir cómo vivir la propia vida y que las instituciones (de modo instrumental) deberían promover.¹⁰⁷ Por consiguiente, se ha señalado, con razón, que esta concepción de autonomía personal como derecho a tomar decisiones subjetivas críticas de la bioética es más compatible con la noción de individualidad o espontaneidad de John Stuart MILL que con la concepción de autonomía de KANT¹⁰⁸ y esta última ha sido criticada por ser “demasiado estrecha” y

¹⁰¹ Sobre el tema, esencial, HILL, «The Kantian Conception of Autonomy», en CHRISTMAN (ed.), *The Inner Citadel: Essays on Individual Autonomy*, 1989, pp. 91 ss.

¹⁰² CHRISTMAN, «Autonomy in Moral and Political Philosophy», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015, disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/autonomy-moral/> [enlace verificado el 3/12/2017].

¹⁰³ CHRISTMAN, «Autonomy in Moral and Political Philosophy», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015, disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/autonomy-moral/> [enlace verificado el 3/12/2017].

¹⁰⁴ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 223.

¹⁰⁵ KANT, *Crítica de la razón práctica* (trad. RODRÍGUEZ ARAMAYO), 2013 [orig. 1788], Ak. V, 30/A 54, p. 115. Véase al respecto, MAGNUS, *Patientenautonomie im Strafrecht*, 2015, pp. 39 ss., en especial en lo que se refiere a la relación entre el principio de autonomía y la buena voluntad. Para una interpretación extendida de este principio de universalización, véase KORSGAARD, *Creating the Kingdom of Ends*, 1996, pp. 77 ss. (también pp. 106 ss., en relación con la segunda formulación del imperativo categórico).

¹⁰⁶ Así, con claridad, IOSA, «Introducción: autonomía moral y autonomía política en Jan Sieckmann», *Discusiones*, vol. XVII, 2016, p. 8; CHILDRESS / BEAUCHAMP, *Principles of Biomedical Ethics*, 7.ª ed., 2013, p. 364; WALDRON, «Moral Autonomy and Personal Autonomy», en CHRISTMAN / ANDERSON (eds.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism*, 2005, p. 307.

¹⁰⁷ Cf. IOSA, «Concepciones de autonomía», *Revista Brasileira de Filosofia*, 2010, (243), pp. 58 ss.; CHRISTMAN, «Autonomy in Moral and Political Philosophy», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015, disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/autonomy-moral/> [enlace verificado el 3/12/2017].

¹⁰⁸ Véase, por todos, la contundente crítica de O’NEILL, «Autonomy: The Emperor’s New Clothes», *Proceedings of the Aristotelian Society*, (77), 2003, p. 3; *Autonomy and Trust in Bioethics*, 2002, p. 45. Señalada RIPSTEIN (*Force and Freedom Kant’s Legal and Political Philosophy*, 2009, p. 11), con razón, que este entendimiento de autonomía es el que se desprende de las enseñanzas de Hermann COHEN y John RAWLS respecto de que los kantianos supondrían que la vida autónoma es la mejor y que las instituciones políticas deben tener un diseño tendente a promover la autonomía, pero que este “no es el punto de vista de Kant”. Para una réplica a la crítica (más bien a la defensiva y no del todo satisfactoria) de O’NEILL,

“moralizante”.¹⁰⁹ Por estas razones, en los últimos años distintos autores han decidido directamente acudir a ideas distintas a la de autonomía, en especial a ideas consecuencialistas, para dar fundamento al consentimiento informado.¹¹⁰ No se trata de una disputa meramente semántica, sino que una noción de autonomía en un sentido kantiano da lugar (al menos en principio) a resultados opuestos a los que usualmente se está dispuesto a aceptar en bioética y derecho. Así, señala con razón PAWLIK que la asunción de un concepto kantiano estricto de autonomía debería conducir, por ejemplo, a la conclusión de que el suicidio es *per se* irracional, al violar el deber de mantener la existencia racional (base de la idea misma de autonomía en sentido kantiano) que da lugar a que el acto del suicida sea contradictorio con su pretensión de autonomía.¹¹¹ De hecho, en su sistema de deberes morales KANT establecía no solo deberes respecto de terceros, sino también deberes respecto de uno mismo, entre los que se incluye el mencionado deber de preservar la existencia.¹¹² Esto genera dificultades, por ejemplo, para defender cualquier acto de eutanasia, incluso supuestos que son aceptados prácticamente de modo unánime en la bioética, como la eutanasia indirecta, lo que no sucede si se asume una concepción de autonomía personal no kantiana.

De todos modos, entiendo que, por un lado, vale la pena hacer un esfuerzo por seguir fundamentando el consentimiento desde una posición de autonomía basada en la ética kantiana. La fuerza de las ideas kantianas, que ya pudo observarse en el apartado anterior con respecto a las intervenciones médicas curativas, es reconocida en la bioética y la ardua tarea de tener que reformular las bases de un instituto tan importante como el consentimiento informado (lo que, además, implicaría una pérdida de coherencia interna) hablan en contra de un “cambio de paradigma”. Por otro lado, entiendo que efectivamente es posible seguir fundamentando el consentimiento informado del paciente a partir de la idea kantiana de autonomía. Como ya se señaló, lo que caracteriza a los seres humanos como portadores de dignidad es su naturaleza racional, que se basa en la idea de autonomía como capacidad de autolegislarse según la ley moral universal. Esta dignidad genera que los seres humanos tengan un derecho innato:

desde la postura estándar en bioética, véase BEAUCHAMP, «Autonomy and Consent», en MILLER / WERTHEIMER (eds.), *The Ethics of Consent*, 2010, pp. 59 ss.

¹⁰⁹ MAGNUS, *Patientenautonomie im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2015, p. 41. Véase también, a modo de ejemplo, BIRNBACHER, «Vulnerabilität und Patientenautonomie – Anmerkungen aus medizinethischer Sicht», *Medizinrecht*, (30), 2012, p. 562.

¹¹⁰ Para un panorama esencial de las otras posibles fundamentaciones del consentimiento informado, véase EYAL, «Informed Consent», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2012, disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/informed-consent/> [enlace verificado el 3/12/2017].

¹¹¹ PAWLIK, «Das Recht der Älteren im Strafrecht – Bedeutung und Reichweite des Grundsatzes der Patienten- autonomie», en BECKER / ROTH (eds.), *Recht der Älteren*, 2013, § 7, n.º m. 4; *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 223, con múltiples referencias adicionales a las obras de autores kantianos que intentan compatibilizar las ideas de KANT algunas nociones hoy en día aceptadas en derecho y bioética, en especial en relación con ciertos casos de suicidio asistido.

¹¹² Sobre el tema, DENIS, *Moral Self-Regard: Duties to Oneself in Kant's Moral Theory*, 2012, *passim*; brevemente, TIMMONS, Mark, *Moral Theory. An Introduction*, 2.ª ed., 2013, pp. 213 ss.

La libertad (la independencia con respecto al arbitrio constrictivo de otro), en la medida en que puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal, es este derecho único, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad. La igualdad innata, es decir, la independencia, que consiste en no ser obligado por otros sino a aquello a lo que también recíprocamente podemos obligarles: por consiguiente, la cualidad del hombre de ser su propio señor (*sui iuris*) [...]¹¹³

La autonomía, entonces, da lugar, además de a la capacidad agencial necesaria para tomar decisiones intencionales según razones, a un derecho a la libertad.¹¹⁴ Mal que les pese a los bioeticistas, el derecho innato a la libertad al que hace referencia KANT no es un derecho robusto a poder decidir de modo subjetivo cómo uno cree que debe vivir su vida (que podríamos denominar “autonomía personal fuerte”). Se trata, en cambio, de un derecho menos exigente, pero no por eso menos relevante en este contexto: toda persona tiene derecho a ser su propio señor, en el sentido de que las decisiones propias no deben estar subordinadas a las decisiones de terceros.¹¹⁵ Por consiguiente, se presenta una noción de autonomía como libertad, en el sentido de *independencia*, ya que todo ser humano tiene derecho a ser él mismo quien decida qué propósitos perseguirá, de conformidad con la ley moral, y a no tener que actuar como instrumento en la persecución de intereses ajenos (que aquí llamaré “autonomía personal débil”).¹¹⁶ La interferencia en esa libertad a la hora de tomar cualquier decisión (no solo decisiones vinculadas a obligaciones morales, que deben seguir siendo tomadas de conformidad con la ley moral objetiva, sino cualquier decisión) es lo que se encuentra vedado y el consentimiento informado impide que tenga lugar una interferencia de esta clase en las intervenciones médicas curativas.¹¹⁷ Desde este punto de vista, la protección de la autonomía como independencia se manifiesta en la relación médico-paciente en el sentido de que el paciente tiene un derecho a ser el señor de su decisión respecto del tratamiento médico, que no puede ser impuesto por una voluntad externa o

¹¹³ KANT, *La metafísica de las costumbres. Primera Parte. Principios metafísicos de la doctrina del derecho* (trad. CORTINA ORTOS / CONILL SANCHO), 2008 [orig. 1797], n.º m. 237/238, p. 49.

¹¹⁴ Cf. CHILDRESS / BEAUCHAMP, *Principles of Biomedical Ethics*, 7.ª ed., 2013, p. 102.

¹¹⁵ PAWLIK, «Das Recht der Älteren im Strafrecht – Bedeutung und Reichweite des Grundsatzes der Patienten- autonomie», en BECKER / ROTH (eds.), *Recht der Älteren*, Walter de Gruyter, Berlín, 2013, § 7, n.º m. 1; RIPSTEIN, *Force and Freedom Kant's Legal and Political Philosophy*, 2009, p. 4. Véase también el breve, pero fundamental, desarrollo sobre la vinculación entre autonomía y heteronomía en este contexto, O'NEILL, «Postscript: heteronomy as the clue to Kantian autonomy», en SENSEN (ed.), *Kant on Moral Autonomy*, 2013, pp. 282 ss.

¹¹⁶ RIPSTEIN, *Force and Freedom Kant's Legal and Political Philosophy*, 2009, p. 34.

¹¹⁷ Podría decirse que se parte, entonces, de un concepto de autonomía como no interferencia (cf. IOSA, «Libertad negativa, autonomía personal y constitución», *Revista Chilena de Derecho*, 2017, (44), pp. 497 ss.), vinculado con la noción de “libertad negativa” de Isaiah BERLIN («Two Concepts of Liberty», en *Liberty*, 2002 [1958], pp. 166 ss.). Sin embargo, entiendo que esta perspectiva kantiana también abarca, al menos en un sentido mínimo, la idea de libertad positiva, en el sentido de que el agente autónomo es el dueño de su propia vida. La diferencia radica en que esa libertad positiva estaría limitada, si se quisiese seguir a KANT incluso en lo que se refiere a los deberes hacia uno mismo, por ciertos deberes hacia uno mismo.

heterónoma.¹¹⁸ De lo contrario, será tratado como un mero medio para la obtención de fines de terceros y no como el señor de su propia decisión. Esta visión mínima del principio de autonomía no obliga a comprometerse con fundamentos más profundos y exigentes: ni con la idea tradicional de que la autonomía brinda un derecho a hacer lo que uno desee con el propio cuerpo, ni con la idea kantiana fuerte de que esa decisión solo debe ser tomada de conformidad con la ley moral, lo que incluye el respeto de los deberes respecto de uno mismo. Por el contrario, solo obliga a afirmar un derecho a no recibir interferencias indebidas en la toma de decisiones, que se erige como un derecho de defensa ante intervenciones de terceros.¹¹⁹

Ya partir de esta noción de consentimiento informado basada en un sentido mínimo de la idea kantiana de autonomía puede entenderse el porqué de la existencia de diversos deberes de información que deben cumplir los médicos con anterioridad a obtener el consentimiento del paciente. En particular, para que el paciente pueda tomar una decisión autónoma, el médico debe cumplir con deberes particularmente estrictos de información, en líneas generales, sobre la naturaleza del procedimiento, sus riesgos, la existencia de procedimientos alternativos y los beneficios del tratamiento, en casos de intervenciones curativas.¹²⁰ Sólo cuando se le da a conocer esa información al paciente (quien, además, debe entenderla), este último cuenta con una base epistémica suficiente para tomar la decisión libre,¹²¹ y se evita que el médico, en tanto parte fuerte de la relación médico paciente (al contar conocimientos específicos y no sufrir una dolencia), imponga su voluntad.¹²² Estos deberes de información suelen estar reglados de alguna forma por los derechos internos de los Estados, ya sea a través de decisiones judiciales, de reglas consuetudinarias o directamente de leyes,¹²³ y para que pueda ser considerado válido el consentimiento informado del paciente es necesario que el médico haya

¹¹⁸ Así, por ejemplo, PAWLIK, «Das Recht der Älteren im Strafrecht – Bedeutung und Reichweite des Grundsatzes der Patienten- autonomie», en BECKER / ROTH (eds.), *Recht der Älteren*, 2013, § 7, n.º m. 6, con respecto a la impermisibilidad de los médicos de agotar las medidas de tratamiento que serían aplicables objetivamente, en contra de la voluntad del paciente.

¹¹⁹ Similar, PAWLIK, «Das Recht der Älteren im Strafrecht – Bedeutung und Reichweite des Grundsatzes der Patienten- autonomie», en BECKER / ROTH (eds.), *Recht der Älteren*, 2013, § 7, n.º m. 11, con referencias adicionales.

¹²⁰ YOUNG, «Informed Consent», en KUHSE / SINGER, *A Companion to Bioethics*, 2.ª ed., 2009, pp. 536 ss.

¹²¹ CHILDRESS / BEAUCHAMP, *Principles of Biomedical Ethics*, 7.ª ed., 2013, p. 125.

¹²² Sobre esta cuestión, véase JOERDEN, «Medizin und Recht», en HILGENDORF / JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2017, p. 331. MAGNUS (*Patientenautonomie im Strafrecht*, 2015, p. 41) y BIRNBACHER, («Vulnerabilität und Patientenautonomie – Anmerkungen aus medizinethischer Sicht», *Medizinrecht*, (30), 2012, p. 562) consideran que esta noción no es relevante para la ética médica, en tanto el paciente se encuentra *de facto* sometido a distintas presiones que pueden ejercer una influencia enorme en sus decisiones. Sin embargo, si se toma en serio esta fundamentación kantiana, la conclusión debería ser la contraria: dado que el paciente se encuentra por regla general en una situación desventajosa, se debería ser especialmente cauteloso por asegurar que pueda tomar decisiones autónomas. En ese sentido, la fundamentación kantiana resulta particularmente relevante.

¹²³ Sólo a modo de ejemplo, en la República Argentina, los deberes de información se encuentran regulados en la ley n.º 26.529, modificada por la ley n.º 26.742 (reglamentada por el Decreto 1089/2012). Para un análisis de las distintas reglas, véase HEVIA / SCHNIDRIG, «Comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “D., M. A.”», en PITLEVNIK (eds.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 2016, pp. 33 ss. Para un desarrollo de la cuestión en Alemania, véase SCHÖCH, «Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen», en ROXIN / SCHROTH (eds.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 2010, pp. 47 ss.

cumplido adecuadamente tales deberes. De lo contrario, el consentimiento no será eficaz y, por ende, tampoco la justificación de la conducta del médico. Esto ha sido receptado en la dogmática jurídico-penal¹²⁴ y las únicas excepciones que se prevé al principio de que se le debe brindar una amplia información al paciente, quien luego debe consentir expresamente la intervención médica, son los ya mencionados casos en los cuales puede haber un riesgo grave para el paciente (por ejemplo, reacciones físicas o psíquicas que puedan poner en riesgo el éxito de la intervención y, en última instancia, la vida del paciente), los de consentimiento presunto y aquellos supuestos en los cuales el paciente ya cuenta con información suficiente, obtenida con anterioridad.¹²⁵ En el primer y segundo caso, se trata de verdaderas situaciones de necesidad, que no encuentran su fundamento en la autonomía de paciente, sino justamente en que por la situación de peligro no se encuentran dadas las condiciones necesarias para un ejercicio de autonomía,¹²⁶ mientras que en el último el paciente ya está en condiciones de ejercer su voluntad autónoma. Pero si se dejan de lado estos casos, lo cierto es que tradicionalmente no se han planteado otras excepciones al principio de que el consentimiento debe ser dado de modo expreso con anterioridad a la intervención y luego de recibir suficiente información sobre todos los riesgos usuales del procedimiento.

IV. El consentimiento hipotético en derecho penal

IV.1. Concepto y fundamento de la figura jurídica del consentimiento hipotético

El problema práctico de los deberes de información es que se encuentran regulados de un modo muy exigente y su cumplimiento no siempre es sencillo para el médico.¹²⁷ A esto se le suma que su incumplimiento, o cumplimiento parcial, transforma en ineficaz

¹²⁴ Fundamentales, RÖNNAU, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2000, *passim*; ARZT, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970. Para la recepción del tema en la opinión dominante y la jurisprudencia alemana WESSELS / BEULKE / SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 46.^a ed., 2016, n.º m. 376 ss.; HILGENDORF / VALERIUS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 2015, § 5, n.º m. 120 ss.; KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., 2015, § 12, n.º m. 21 ss.; RENGIER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., 2015, § 23, n.º m. 42 ss.; KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., 2012, § 9, n.º m. 35 ss.; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 4.^a ed., 2006, § 13, n.º m. 97 ss. Un breve panorama histórico y conceptual también en OTTO / ALBRECHT, «Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff», *Jura*, 2010, p. 268.

¹²⁵ En estos términos, BGHSt, t. 35, p. 246; SCHROTH, «Medizin-, Bioethik und Recht», en KAUFMANN / HASSEMER / NEUMANN, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8.^a ed., 2011, p. 480. En profundidad, PAEFFGEN / ZABEL, «Vor § 32 ff», en KINDHÄUSER / NEUMANN / PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 5.^a ed., 2017, n.º m. 157 ss.

¹²⁶ HILGENDORF / VALERIUS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 2015, § 5, n.º m. 130; PUPPE, «La justificación de la intervención médica curativa» [trad. FELIP I SABORIT], *InDret: Derecho Penal*, 1/2007, p. 4.

¹²⁷ Cf. HILGENDORF, *Einführung in das Medizinstrafrecht*, 2016, § 2, n.º m. 65 ss.; ULSSENHEIMER, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5.^a ed., 2015, n.º m. 560; ZABEL, «Die Einwilligung als Bezugspunkt wechselseitiger Risikoverantwortung», *GA*, 2015, p. 235; TAG, «Richterliche Rechtsfortbildung im Allgemeinen Teil am Beispiel der hypothetischen Einwilligung», *ZStW*, 2015, vol. 127, p. 524; RÖNNAU, «Grundwissen Strafrecht: Hypothetische Einwilligung», *JuS*, 2014, pp. 882 ss.; «Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 15.10.2003 – 1 StR 300/03 », *JZ*, 2004, p. 801.

el consentimiento brindado por el paciente y, de ese modo, impide la justificación de la conducta lesiva del médico que realiza la intervención médica.¹²⁸ A modo de ejemplo, si un médico no le informa al paciente que la operación de muñeca que se encuentra médicamente indicada si bien le aliviará un malestar en la zona, además le generará una pérdida de la movilidad del veinte por ciento, el paciente brinda su consentimiento sin esa información y posteriormente se realiza (de modo exitoso) la intervención, el consentimiento no será eficaz. Por tanto, el médico podrá ser imputado (y, eventualmente, sancionado) por el delito de lesiones corporales. Este estado de cosas ha sido valorado negativamente, en virtud de que sería desproporcionado exigirle tanto a un médico, quien no solo debe concentrarse en cómo tratar el caso según la *lex artis*, sino que en simultáneo debe velar por el cumplimiento de deberes de información demasiado gravosos, cuya violación además está conminada con pena.

La situación actual de la relación entre el incumplimiento a los deberes de informar antes de obtener el consentimiento del paciente y la posible imputación por el delito de lesiones tuvo repercusión en la jurisprudencia. Así, el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) ha creado la figura jurídica del consentimiento hipotético, como una nueva categoría de consentimiento en derecho penal¹²⁹ y que hace las veces de excepción al consentimiento expreso del paciente en casos de intervenciones médicas curativas. Según los parámetros del BGH, incluso si no se obtuvo el consentimiento expreso del paciente, o ha sido ineficaz por el incumplimiento (total o parcial) de los deberes de información, la conducta del médico que de todos modos realiza la intervención curativa se encuentra justificada si el paciente, de haber sido informado debidamente, habría consentido en la realización de la intervención médica curativa.¹³⁰

Si bien se encuentra sumamente discutida la cuestión relativa a si se está en presencia de una nueva causa de justificación, o si por el contrario se trata de un criterio de imputación objetiva que permitiría excluir ya de por sí la tipicidad de la conducta del médico (y no solamente justificar la conducta *prima facie* delictiva),¹³¹ lo cierto es que

¹²⁸ Por todos, WESSELS / BEULKE / SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 46.^a ed., 2016, n.º m. 376; HILGENDORF / VALERIUS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 2015, § 5, n.º m. 124; JÄGER, *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., 2015, n.º m. 139; OTTO / ALBRECHT, «Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff», *Jura*, 2010, p. 268.

¹²⁹ En realidad, más bien ha tomado prestada la figura del derecho civil, aunque modificándola de modo sustancial, a tal punto que hoy puede decirse que se trata de figuras jurídicas diferentes. Sobre el tema, en detalle, por todos, PUPPE, «Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten», *ZIS*, 6/2016, pp. 371 s.; HENGSTENBERG, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht: Zu den „Risiken und Nebenwirkungen“ eines Transfers der Rechtsfigur aus dem Zivil- in das Strafrecht*, Springer, Heidelberg (entre otras), 2012, *passim*; JANSEN, «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. Notwendiges Korrektiv oder systemwidriges Institut?», *ZJS*, 6/2011, pp. 482 s.; ALBRECHT, *Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht*, 2010, pp. 63 ss.

¹³⁰ Construyo esta definición a partir de los desarrollos que pueden encontrarse en los manuales usuales de estudio. Así, por ejemplo, KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., 2015, § 19, n.º m. 16; HILGENDORF / VALERIUS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 2015, § 5, n.º m. 138; WESSELS / BEULKE, / SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 46.^a ed., 2016, n.º m. 580.

¹³¹ Para un panorama de la discusión sobre la clasificación sistemática del consentimiento hipotético, véase solamente STURM, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2016, pp. 59 ss.; PUPPE, «Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten», *ZIS*, 6/2016, pp. 369 ss.; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en derecho penal*, 2014, pp. 286 ss.; HENGSTENBERG, Nike,

el argumento general a favor del reconocimiento del consentimiento hipotético del paciente como eximente de responsabilidad del médico es equivalente al que justifica la impunidad de los casos de “comportamiento alternativo conforme a derecho”.¹³² En estos últimos supuestos, se acepta la impunidad de quienes causaron un resultado lesivo por medio de un comportamiento contrario al deber (en principio de modo imprudente, aunque el mismo argumento es aplicable a casos de dolo), si se comprueba que si se hubiesen comportado correctamente, el resultado se habría producido de todos modos.¹³³ Por ejemplo, si el camionero *A* se adelanta a un ciclista sin respetar la distancia de seguridad reglamentaria y durante el adelantamiento el ciclista (que se encontraba embriagado), por una reacción en cortocircuito, gira la bicicleta y cae debajo de las ruedas del remolque de camión, lo que le provoca la muerte. Empero, luego se acredita que si el camionero hubiese respetado la distancia de seguridad al momento de adelantarse, el resultado mortal de todos modos se habría producido.¹³⁴ La idea detrás de la imposibilidad de imputar en estos casos el resultado lesivo (lo que da lugar a la impunidad en casos de imprudencia),¹³⁵ y más allá de las particularidades en lo que se refiere a la fundamentación, es la de que la acción contraria a deber carece de significado normativo para explicar lo sucedido, en virtud de que el resultado se habría

Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht: Zu den „Risiken und Nebenwirkungen“ eines Transfers der Rechtsfigur aus dem Zivil- in das Strafrecht, Springer, Heidelberg (entre otras), 2012, pp. 159 ss.

¹³² Reconocen con claridad la estructura análoga entre los problemas de comportamiento alternativo conforme a derecho y el consentimiento hipotético, con independencia de la clasificación sistemática, entre otros, ZABEL, «Die Einwilligung als Bezugspunkt wechselseitiger Risikoverantwortung», *GA*, 2015, pp. 226 s.; SILVA SÁNCHEZ, «Imputación objetiva y causas de justificación. Un (mero) intento de distinguir», *Derecho Penal Contemporáneo*, 2015, n.º 52, p. 182; RENZI KOWSKI, «Die hypothetische Einwilligung», en KERN / LILIE, *Jurisprudenz zwischen Medizin und Kultur: Festschrift zum 70. Geburtstag von Gerfried Fischer*, 2010, p. 372; JÄGER, «Die hypothetische Einwilligung – ein Fall der rückwirkenden juristischen Heilung in der Medizin», en MÜLLER-DIETZ *et al.*, *Festschrift für Heike Jung*, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 350 ss.; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 4.ª ed, 2006, § 13, n.º m. 124 ss. (quien le aplica a estos casos la teoría del incremento del riesgo); KUHLEN, «Hypothetische Einwilligung und „Erfolgsrechtfertigung“», *JZ* 2005, p. 716; ÍDEM, «Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen», *JR*, 2004, p. 227; «Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen», en SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, pp. 337 ss.; OTTO, *Manual de Derecho Penal* [trad. BÉGUELIN], 7.ª ed., 2017 [orig. de 2004], § 8, n.º m. 134.

¹³³ Para un desarrollo en profundidad sobre el tema, véase solamente PUPPE, «Vor § 13», en KINDHÄUSER / NEUMANN / PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 5.ª ed., 2017, n.º m. 200 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, «Teoría de la evitabilidad “versus” teoría del aumento de riesgo», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 68, 2015, pp. 21 ss.; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., 1991, § 11, n.º m. 90 ss.; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 4.ª ed., 2006, § 11, n.º m. 88 ss.; ERB, *Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, 1991, *passim*; FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado* [trad. CUELLO CONTRERAS / SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO], 2004 [orig. de 1988], pp. 569 ss.

¹³⁴ Se trata del conocido caso que tuvo que resolver el Tribunal Supremo Federal alemán, publicado en BGHSt, t. 11, pp. 11 ss. Para otros ejemplos paradigmáticos, véase el breve desarrollo que se ofrece, por ejemplo, en GIMBERNAT ORDEIG, «Teoría de la evitabilidad “versus” teoría del aumento de riesgo», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, (68), 2015, pp. 21 ss.; SANCINETTI, «La influencia de los cursos causales hipotéticos en la responsabilidad civil y penal», *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2014/4, pp. 590 ss.; FEJOO SÁNCHEZ, «Caso de los pelos de cabra», en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2.ª ed., 2011, pp. 143 ss.

¹³⁵ Esta aclaración es necesaria, dado que en el caso de que se haya tratado de un comportamiento doloso, subsistiría la punibilidad por tentativa: si bien el resultado era inevitable y por eso no se puede imputar el resultado lesivo, sí es punible la voluntad tendente a cometer el delito. Esta cuestión será desarrollada en mayor profundidad en el próximo apartado.

producido incluso con un comportamiento debido.¹³⁶ En otras palabras, se podría decir que “el fin de protección de la norma de cuidado apunta a la evitación de aquellos daños que eran realmente evitables en caso de una conducta debida y que, por ello, en los casos ahora en cuestión, la producción del resultado no se realiza precisamente un riesgo que la norma quisiera evitar”.¹³⁷

La impunidad de los casos de comportamiento alternativo conforme a derecho se encuentra aceptada de modo dominante en el derecho penal de tradición continental y la discusión gira en torno a qué sucede en los casos en los que existen *dudas* respecto de qué habría pasado si el agente se hubiese comportado debidamente.¹³⁸ Sobre esta cuestión, una parte de la doctrina (avalada por la jurisprudencia del BGH) considera que solo es posible imputar el resultado en casos en los cuales existe una probabilidad lindante en la certeza de que el resultado no se habría producido si el agente se hubiese comportado correctamente,¹³⁹ mientras que la otra postura, encabezada por ROXIN,¹⁴⁰ considera que si con su conducta antinormativa el autor incrementó el riesgo de producción del resultado, ya se le puede imputar el resultado. Entonces, se quiere trasladar estas consideraciones a los supuestos de justificación de la intervención médica curativa, dado que no tendría sentido imputarle lesiones corporales a un médico que violó sus deberes de información si en caso de haberlos cumplido el paciente también habría consentido.

IV.2. Las sentencias del BGH y el problema de la autonomía del paciente

Para entender mejor el funcionamiento de esta figura jurídica, que es considerada un ajuste o correctivo de las reglas generales sobre atribución de responsabilidad para

¹³⁶ FRISCH, *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, 2015, p. 89.

¹³⁷ SANCINETTI, «La influencia de los cursos causales hipotéticos en la responsabilidad civil y penal», en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2014/4, p. 590. En detalle sobre la idea del fin de protección de la norma (cuyas raíces en derecho penal pueden remontarse hacia mediados del siglo pasado, cf. ROXIN, «Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal» [trad. LUZÓN PEÑA], *Problemas básicos del Derecho Penal*, 1976, pp. 136 ss. [orig. 1970], con referencias adicionales), y su aplicación en este contexto, véase DIGENER, *Die Lehre vom Schutzzweck der Norm und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte*, 2001, *passim* (en especial, pp. 433 ss.).

¹³⁸ Coinciden en el diagnóstico SILVA SÁNCHEZ, «Imputación objetiva y causas de justificación. Un (mero) intento de distinguir», *Derecho Penal Contemporáneo*, 2015, (52), p. 190; GIMBERNAT ORDEIG, «Teoría de la inevitabilidad “versus” teoría del aumento de riesgo», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, (68), 2015, pp. 45 ss.

¹³⁹ Cf., en ese sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán en, por ejemplo, BGHSt, t. 11, pp. 1 ss.; t. 24, pp. 31 ss.; t. 33, pp. 61 ss. Para la recepción de esta opinión en la doctrina, cf. EISELE, en BAUMANN / WEBER / MITSCH / EISELE (eds.), *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 12.^a ed., 2016, § 10, n.º m. 89; KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., 2015, § 33, n.º m. 38; RENGIER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., 2015, § 52, n.º m. 33; STENBERG-LIEBEN / SCHUSTER, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, 29.^a ed., 2014, § 17, n.º m. 177 ss., con referencias adicionales.

¹⁴⁰ Véase la primera formulación de la teoría en ROXIN, «Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten», *ZStW*, vol. 74, 1962, pp. 411 ss. Para el desarrollo actual, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 4.^a ed., 2006, § 11, n.º m. 90 ss., con una extensa fundamentación de su postura y un listado de quienes la adoptaron, actualizado al año 2006. Véase también KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., 2012, § 1, n.º m. 52 ss.

disminuir los riesgos de punibilidad de los médicos,¹⁴¹ lo mejor es prestar atención a los cuatro casos paradigmáticos que protagonizan la discusión en derecho penal.¹⁴² El primero de ellos fue el llamado “caso Surgibone”¹⁴³, de 1996. Allí un médico realizó una operación curativa que implicaba la colocación de un sostén de distancia entre varios discos intervertebrales del paciente. Para realizar el tratamiento había dos métodos disponibles: uno que implicaba una cirugía adicional, dado que se debía extraer un hueso de la pelvis del paciente, que luego sería utilizado como sostén, mientras que el otro podía realizarse a través de una sola operación, por medio de un injerto de hueso bovino (“Surgibone”), que sin embargo generaba mayores riesgos de complicaciones que el método tradicional y, además, requería de una autorización especial de las autoridades sanitarias. Sin embargo, el médico realizó la intervención con el injerto Surgibone tras obtener un consentimiento viciado doblemente: no le informó al paciente sobre los mayores riesgos que generaba el segundo método (de hecho, solamente se le informó al paciente cuáles eran los riesgos generales de la operación, con independencia del método elegido), ni que no había sido solicitada la autorización correspondiente. El tribunal de primera instancia condenó por lesiones dolosas al médico, mientras que el BGH revocó la sentencia. En particular, este último exigió una indagación en la voluntad hipotética del paciente, esto es, si habría consentido en la inserción del implante Surgibone si hubiese sido informado correctamente sobre los riesgos adicionales que generaba el segundo método en comparación con la alternativa disponible. En definitiva, consideró que la información defectuosa brindada por el médico solamente podía dar lugar a la punibilidad del médico por lesiones si el paciente no habría consentido el tratamiento si hubiese recibido la información debida.

Posteriormente se produjo el llamado “caso del disco intervertebral”,¹⁴⁴ que resulta muy interesante en virtud de que se admitió un consentimiento hipotético incluso en casos en los cuales media un engaño intencional por parte del médico. En los hechos, a una paciente se le había diagnosticado un prolapso discal mayor en las vértebras L4-L5, por lo que debía ser sometida a una cirugía discal en la zona. Sin embargo, los médicos a cargo de la operación confundieron el canal medular y terminaron operando un pequeño prolapso en las vértebras L5-S1, que no requería cirugía, a diferencia del otro prolapso. Después de la operación, la paciente presentó un comienzo de paresia en las extremidades inferiores y tras una serie de estudios se comprobó que se había operado

¹⁴¹ En estos términos SWOBODA, «Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?», *ZIS*, 1/2013, p. 19; WIESNER, *Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht*, 2010, p. 15; EDLBAUER, *Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv*, 2009, *passim*.

¹⁴² Estos casos no fueron los únicos y de hecho al día de hoy siguen produciéndose supuestos similares. Para un panorama actual, véase TAG, «Richterliche Rechtsfortbildung im Allgemeinen Teil am Beispiel der hypothetischen Einwilligung», *ZStW*, 2015, vol. 127, pp. 529 ss. Respecto del también importante caso de la perforación del esófago (BGH, *NStZ*, 2012, pp. 205 ss., en el que un anciano sólo había consentido en la realización de una colonoscopia y, sin embargo, el médico decidió realizar también una esofagogastroduodenoscopia que terminó perforándole el esófago), véase SWOBODA, «Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?», *ZIS*, 1/2013, pp. 20 ss.

¹⁴³ BGH, *NStZ*, 1996, pp. 34 ss.

¹⁴⁴ BGH, *JZ*, 2004, pp. 800 ss.

la zona incorrecta. La médica a cargo de la operación inicial, aconsejada por el director del departamento de neurocirugía de la clínica, decidió entonces ocultarle el fallo a la paciente e informarle que era necesario realizar la segunda operación en virtud de que los problemas de movilidad post operatorios indicaban una recidiva precoz que debía volver a ser tratada quirúrgicamente. En este caso, el BGH reconoció que era aplicable al caso la figura jurídica del consentimiento hipotético del paciente, afirmó que “se excluye la antijuridicidad cuando el paciente habría consentido en la realización de la operación llevada a cabo si hubiese obtenido una explicación verdadera” y sostuvo que la determinación se debe realizar según parámetros personales: lo relevante no es si un paciente razonable habría consentido, sino si la persona en concreto habría consentido de haber sido informada correctamente. Y en caso de que subsistan dudas, rige el *in dubio pro reo* a favor del médico. Tras sentar estos parámetros remitió la solución de la cuestión al juez de primera instancia, quien debía valorar si la paciente habría consentido si se le hubiese dicho la verdad.

El “caso de la broca”¹⁴⁵ es bastante similar al anterior, pero es el primero en el que el BGH confirmó una condena, a pesar de que resultaba aplicable, *prima facie*, la figura del consentimiento hipotético del paciente. A un cirujano, al intentar estabilizar una articulación del húmero de un paciente durante una cirugía de hombro, se le rompió una broca de taladro que estaba utilizando para hacer un agujero y colocar tornillos. La punta de la broca quedó inserta en el omóplato del paciente y el cirujano se encargó de decirle a sus colaboradores que no dejen constancia de lo sucedido en el informe. Posteriormente, se le dijo a la familia del paciente que había salido todo bien. Sin embargo, dado que el error podría observarse de modo sencillo por medio de una radiografía, el cirujano le comunicó al paciente y a su familia que era necesaria una segunda intervención para estabilizar completamente la articulación. La reacción fue de malestar, pero al día siguiente consintió en la realización de la operación. Esta última fue realizada (con éxito) únicamente con el fin de remover la broca y ocultar el error cometido en la primera operación. Allí también el BGH consideró que era necesario demostrar que el paciente no habría consentido en la realización de la segunda intervención de haber sido correctamente informado, lo que pudo ser demostrado en el caso concreto: incluso con las mentiras el paciente dio su consentimiento a regañadientes, por lo que estaba claro que si se le decía la verdad sobre el accidente que ocurrió durante la primera operación, no habría consentido una nueva intervención.

El cuarto ejemplo de importancia es el llamado “caso de la liposucción”,¹⁴⁶ en el cual un médico le realizó una liposucción exitosa al paciente, pero que luego debió ser complementada por otra cirugía para remover el excedente de piel y aspirar la grasa residual. Sin embargo, el médico no le brindó información al paciente sobre los riesgos de esta segunda operación al momento de obtener su consentimiento. La operación, posteriormente, fue realizada de un modo negligente, lo que incluyó una falta de anestesia total, un exceso en la medicación y la ausencia de personal cualificado para la

¹⁴⁵ BGH, *NStZ*, 2004, pp. 442 ss.

¹⁴⁶ BGH, *NStZ-RR*, 2007, pp. 340 ss.

asistencia. En última instancia, la intervención terminó con la muerte del paciente. Lo interesante del caso es que si bien el tribunal primera instancia había absuelto al médico por las lesiones dolosas no consentidas (y lo condenó solo por homicidio imprudente), el BGH negó la aplicación del consentimiento hipotético, dado que se había tratado de un supuesto de intervención contraria a la *lex artis*, que necesariamente excluye la aplicación de la figura jurídica: si el paciente hubiese sabido que le van a realizar una intervención que no se adecua a los estándares médicos, no habría consentido. Este criterio luego fue reiterado en el caso de la “desintoxicación ultra veloz”,¹⁴⁷ en el cual se pretendió la aplicación del consentimiento hipotético respecto de una operación experimental de desintoxicación rápida de opiáceos, todavía no aceptada por la ciencia médica. El BGH, por consiguiente, rechazó la aplicación de la figura.

A partir de estos ejemplos puede decirse que si el médico ha obtenido el consentimiento del paciente por medio de una vulneración de sus deberes de información, todavía puede quedar impune si el tratamiento es realizado de conformidad con la *lex artis* y se comprueba que si el paciente hubiese sido informado adecuadamente, de todos modos habría consentido en la realización de la intervención. Si a esto se le suma el hecho de que en el derecho procesal penal rige el *in dubio pro reo*, al médico le bastaría, para quedar impune, con generar una duda razonable respecto de qué es lo que hipotéticamente habría decidido el paciente.¹⁴⁸ Como no podía ser de otra forma, estos casos dieron lugar a un intenso debate en la dogmática penal.¹⁴⁹ De hecho, prácticamente todos los aspectos del consentimiento hipotético se encuentran discutidos: desde la cuestión general de su aceptabilidad en abstracto, hasta sus fundamentos, su ubicación sistemática en la teoría del delito y los requisitos concretos de la figura.¹⁵⁰ En el marco acotado de esta investigación, quisiera centrarme en una

¹⁴⁷ BGH, NStZ, 2008, pp. 150 ss.

¹⁴⁸ Presuponiendo, claro está, que el principio *in dubio pro reo* es aplicable en estos casos. Esto supone no sólo que en los casos de comportamiento alternativo conforme a derecho es necesario acreditar con seguridad lindante en la certeza que el resultado no se habría producido con la conducta debida, sino también que este análisis hipotético es un hecho respecto del cual es posible aplicar el principio de la duda. Esto último ha sido puesto en tela de juicio, porque no se trataría realmente de un hecho a acreditar en el proceso penal, sino de suposiciones (PAEFFGEN, «Gefahr-Definition, Gefahr-Verringerung und Einwilligung im medizinischen Bereich - Problem-Beschreibung und Methodologisches, veranschaulicht am Beispiel des virusinfektiösen Chirurgen», en ROGALL (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, 2004, p. 209) y porque los supuestos de indeterminación, como los que aquí se presentan, no serían casos de duda (PUPPE, «La justificación de la intervención médica curativa» [trad. FELIP I SABORIT], *InDret: Derecho Penal*, 1/2007, p. 7). Esta discusión puede ser dejada de lado, ya que, como se verá en los próximos apartados, es posible conceder todo esto y aun así esgrimir un argumento fuerte, basado en la idea de autonomía, en contra del consentimiento hipotético.

¹⁴⁹ Basta mencionar las monografías (producto, fundamentalmente, de tesis doctorales y de habilitación alemanas) que se han publicado exclusivamente sobre el tema: STURM, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2016; GAEDE, *Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung*, 2014; HENGSTENBERG, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht: Zu den „Risiken und Nebenwirkungen“ eines Transfers der Rechtsfigur aus dem Zivil- in das Strafrecht*, Springer, Heidelberg (entre otras), 2012; ALBRECHT, *Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht*, 2010; WIESNER, *Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht*, 2010; SCHWARTZ, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2009; EDLBAUER, *Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv*, 2009.

¹⁵⁰ Para un panorama sucinto, pero esclarecedor, de los distintos aspectos problemáticos del consentimiento hipotético que se han discutido en los últimos años, SALIGER, Frank, «Alternativen zur

cuestión fundamental respecto de la recepción del consentimiento hipotético en derecho penal. En particular, los detractores de la figura han argumentado que, con independencia de los problemas dogmáticos puntuales que pueden generarse,¹⁵¹ la concesión de impunidad a los médicos en estos casos vulnera la autonomía del paciente. Si esto es así, el consentimiento hipotético del paciente estaría herido de muerte: se trataría de una figura jurídica ilegítima, en tanto viola un principio básico de la bioética, e inconstitucional, dado que el principio de autonomía ha sido reconocido constitucionalmente. De hecho, en los apartados anteriores se ha señalado que el fundamento de la justificación de la intervención médica curativa en casos de consentimiento es justamente la autonomía del paciente, quien al consentir tras haber sido debidamente informado evita que el médico lo instrumentalice. Sin embargo, en el próximo apartado trataré de demostrar que la crítica expresada por los detractores del consentimiento hipotético es menos sólida de lo que parece a simple vista.

V. La crítica basada en el derecho de autonomía del paciente

V.1. El argumento general de autonomía

En contra del consentimiento hipotético suele encontrarse en la bibliografía un argumento general relativo a por qué se violaría el principio de autonomía con el reconocimiento de dicha figura jurídica.¹⁵² En pocas palabras, se suele decir que con la impunidad del médico que realizó una intervención médica curativa tras una violación a sus deberes de información que transformó en ineficaz el consentimiento del paciente, se le termina imponiendo a este último una voluntad heterónoma en reemplazo de su decisión libre sobre el tratamiento.¹⁵³ En todos los casos en los que tendría aplicación el consentimiento hipotético, el juez, al determinar que el médico es impune porque está convencido de que el paciente en un mundo hipotético en el que hubiese sido bien informado habría consentido de todos modos, impondría su voluntad ante un paciente que se siente vulnerado en su autonomía por no haber contado con la información

hypothetischen Einwilligung im Strafrecht», en FAHL *et al.* (eds.), *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, 2015, pp. 257 ss.; SCHLACK, «El consentimiento hipotético de la víctima en el Derecho penal alemán», *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, 19(2), 2012, pp. 275 ss.; JANSEN, «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. Notwendiges Korrektiv oder systemwidriges Institut?», *ZJS*, 6/2011, pp. 482 ss.

¹⁵¹ Señala con razón que este argumento es independiente de las cuestiones vinculadas a la estructura y clasificación dogmática del consentimiento hipotético STURM, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2016, p. 53.

¹⁵² La autora que mejor ha desarrollado los argumentos de autonomía en los distintos escritos ha sido sin dudas PUPPE: «Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten», *ZIS*, 6/2016, pp. 366 ss.; *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 3.^a ed., 2016, § 11, n.º m. 18 ss.; «La justificación de la intervención médica curativa» [trad. FELIP I SABORIT], *InDret: Derecho Penal*, 1/2007, pp. 3 ss.; «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative», *GA*, 2003, pp. 764 ss. Por tanto, se respetará, en la medida de lo posible, la estructura de su argumentación en lo que se refiere a esta clase de argumentos, sin perjuicio de que su crítica a esta figura jurídica va más allá del principio de autonomía.

¹⁵³ Cf. PUPPE, «Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten», *ZIS*, 6/2016, p. 366. Véase también STURM, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2016, p. 53, con referencias adicionales.

necesaria al momento de prestar su consentimiento. No sería entonces el paciente quien decide autónomamente sobre la intervención médica, sino que el juez, a través de máximas de experiencia, decide cuál habría sido el comportamiento del paciente, por lo que se subordina la decisión *real* tomada antes de la intervención a la determinación *ex post* de quien debe resolver el caso en los tribunales.¹⁵⁴ A su vez, en los casos en los que, además, la violación a los deberes de información por parte del médico es intencional, como en los supuestos en los que media un engaño, el médico es quien impone su voluntad al momento de determinar si debe hacerse o no la intervención, lo que luego es confirmado por la decisión judicial. Por ende, en estos últimos supuestos se produciría una doble subordinación de la voluntad del paciente: a la del médico, en primer término, y a la del juez, en última instancia.

Este argumento resulta problemático, en primer lugar, porque no es cierto que el juez termina imponiendo su voluntad ante el paciente. De hecho, quien debe decidir el caso en ningún momento toma una verdadera decisión sobre la realización de la intervención médica curativa, sino que se limita a constatar la hipótesis, característica de todo razonamiento basado en la existencia de alternativas (como en el comportamiento alternativo conforme a derecho o en la causalidad de la omisión), de que en un universo alternativo posible¹⁵⁵ en el que el médico hubiese cumplido con sus deberes de información, *el propio paciente* habría consentido. Les asiste razón, en ese sentido, a quienes consideran que mediante un procedimiento de esta clase se estaría en todo caso honrando la autonomía del paciente,¹⁵⁶ ya que se indaga en cuál habría sido su voluntad real en caso de que todos los intervinientes se hubiesen comportado conforme a derecho y no se lo somete a ninguna voluntad heterónoma (ni la del médico, ni la del juez, ni una supuesta voluntad de la comunidad médica representada a partir de las reglas de la *lex artis*). Al respecto, PUPPE responde que desde el punto de vista de la autonomía es importante hacer una distinción entre la toma de decisión efectiva de alguien respecto de un riesgo y la imposición de la decisión sobre ese riesgo que realiza el juez, a partir de una indagación en la voluntad hipotética del propio paciente.¹⁵⁷ Empero, ¿cuál es la razón para hacer esa distinción? Que el juez sea quien se encargue de dirimir el conflicto penal a través de máximas de experiencia o criterios de verosimilitud no es un dato relevante para solucionar la cuestión, dado que su función se limita a constatar los hechos a partir del material probatorio disponible y las reglas de valoración probatoria

¹⁵⁴ Sobre el recurso a máximas de la experiencia provenientes de la psicología en estos casos, RÖNNAU, «Anmerkung zu BGH JZ 2004, 800», *JZ*, 2004, p. 802.

¹⁵⁵ En estos términos, respecto de la causalidad de la omisión, KINDHÄUSER, «La alternativa como estructura de pensamiento en el Derecho penal: sobre la causalidad de la omisión», en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (eds.), *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, 2017, p. 659.

¹⁵⁶ BEULKE, «Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz», *medstra*, 2/2015, pp. 67 ss.; KUHLEN, «Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen», *JR*, 2004, p. 227; KUHLEN, «Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung», en BRITZ (ed.), *Grundfragen staatlichen Strafrechts: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, 2001, p. 442; RÖNNAU, Thomas, «Anmerkung zu BGH JZ 2004, 800», *JZ*, 2004, pp. 803 s.

¹⁵⁷ PUPPE, «Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten», *ZIS*, 6/2016, p. 367.

tanto en supuestos de consentimiento hipotético, como en cualquier otro.¹⁵⁸ Así, tanto en el caso de que tuviese que constatar cual fue la voluntad *real* del paciente, como la hipotética, tiene que realizar una adjudicación de esta clase y en todos los supuestos es necesario recurrir a criterios de verosimilitud y probabilidades, por las limitaciones epistémicas características del proceso penal.¹⁵⁹ Puede ser cierto que en términos de autonomía sea cualitativamente diferente una expresión de voluntad real y una hipotética (como se verá en el apartado siguiente), pero la autora no ofrece razones para justificar esta afirmación. El hecho de que la voluntad hipotética sea una constatación contrafáctica parecería no ser suficiente, dado que al momento de atribuir responsabilidad penal solemos recurrir a hipótesis en un sinnúmero de oportunidades, entre los que se encuentra justamente el del comportamiento alternativo conforme a derecho,¹⁶⁰ de estructura análoga al consentimiento hipotético. Si en estos casos no hay inconvenientes en acudir a hipótesis, no queda claro por qué no debería regir aquí algo diferente.

En segundo lugar, en los casos de violaciones intencionales tampoco se produce una imposición de la voluntad del médico respecto de la del paciente. Es cierto que el médico afecta la autonomía del paciente en la medida en que le impide tomar una decisión libre. Ya se señaló que el principio de autonomía aquí adoptado obliga a las personas a tratar al prójimo como fines en sí mismos, y no solamente como medios, y para eso es necesario no interferir en la esfera de libertad ajena sin consentimiento de la otra persona. Si el médico le realiza una intervención al paciente engañándolo intencionalmente para obtener un determinado fin (como la ocultación de un error anterior), lo trata como un mero objeto y, entonces, vulnera su autonomía. Empero, la interferencia en la autonomía no queda impune, dado que subsiste la punibilidad del médico por tentativa de lesiones. Señala con acierto KUHLEN¹⁶¹, probablemente el más efusivo defensor del consentimiento hipotético en derecho penal, que la estructura del consentimiento hipotético del paciente es similar a la del comportamiento alternativo conforme a derecho, por lo que únicamente queda excluida en estos casos la faceta

¹⁵⁸ Por tanto, la crítica de que el consentimiento hipotético da lugar a una “supresión indeseable desde un punto de vista político-criminal de la autonomía del paciente, la cual es reemplazada por criterios de verosimilitud” (SCHLACK, «El consentimiento hipotético de la víctima en el Derecho penal alemán», *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, 19(2), 2012, p. 287, con múltiples referencias adicionales) no es correcta: incluso en supuestos de consentimiento efectivo el juez tiene que realizar una adjudicación y para eso utiliza exactamente los mismos criterios de verosimilitud.

¹⁵⁹ Al respecto, véase solamente LAUDAN, *Verdad, error y proceso penal*, 2013, *passim*; FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, 2007, *passim*, entre otros

¹⁶⁰ Sobre el tema, SANCINETTI, «La influencia de los cursos causales hipotéticos en la responsabilidad civil y penal», en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2014/4, pp. 583 ss., quien aboga incluso por un recurso a las hipótesis a ámbitos considerados tradicionalmente vedados por la dogmática jurídico-penal, como la causalidad, y ofrece como uno de los ejemplos paradigmáticos de la relevancia de los cursos causales hipotéticos justamente al comportamiento alternativo conforme a derecho.

¹⁶¹ KUHLEN, «Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen», *JR*, 2004, p. 229. De acuerdo, BEULKE, «Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz», *medstra*, 2/2015, pp. 74 s.; BÖCKER, «Die ‘hypothetische Einwilligung’ im Zivil- und Strafrecht», *JZ*, 2005, pp. 927 ss. Señala esta cuestión también FREUND (*Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 2009, § 3, n.º m. 44c), aunque sin reconocer la aplicabilidad del consentimiento hipotético al derecho penal.

objetiva del ilícito: objetivamente se dan los presupuestos del consentimiento, dado que si el paciente hubiese sido informado correctamente, habría consentido. Sin embargo, subsiste el ilícito a nivel subjetivo, porque el médico intencionalmente dirige su voluntad a torcer la del paciente y a realizar la intervención sin su consentimiento, a pesar de que este último habría consentido de todos modos (lo que excluye el ilícito objetivo). En otras palabras, el médico intentó cometer una lesión no justificada, pero no logró consumarla porque el paciente hipotéticamente la habría consentido. Por tanto, sigue siendo punible el médico en estos casos y, entonces, sigue estando protegida la autonomía del paciente en estos casos, incluso si se aceptase la figura del consentimiento hipotético en general.

A esto último también objeta PUPPE¹⁶² que la punibilidad por tentativa no es una opción, dado que si el lado subjetivo del ilícito es un reflejo exacto del lado objetivo del ilícito en la mente del autor, entonces bastaría para que esté realizado el dolo del autor con que el médico confie seriamente (esto es, con dolo eventual) en que el paciente habría consentido hipotéticamente en la realización de la intervención. Y si se tiene en cuenta que la voluntad del paciente es una mera especulación improbable, el médico podría alegar siempre esta confianza y realizar intervenciones sin informar debidamente. Sobre el tema, debe decirse que puede ser verdad que los médicos, en la práctica judicial, siempre pueden alegar (faltando a la verdad) que confiaban en que el paciente hipotéticamente habría consentido, a los fines de evitar la punición por tentativa. Pero esto es un argumento empírico, que en todo caso debería ser acreditado con datos de la realidad, y no un argumento normativo. Por supuesto que los médicos podrían esgrimir que confiaron seriamente en que el paciente consentiría y los principios probatorios que rigen el proceso penal, como el *in dubio pro reo*, jugarían a su favor. Pero eso no permite descartar que a nivel teórico engañar al paciente para obtener un consentimiento que de otro modo no daría, aunque luego se compruebe que hipotéticamente sí lo habría dado, es una tentativa de lesiones. Los únicos casos en los que ya a nivel conceptual no tendríamos una tentativa son aquellos en los cuales el médico en los hechos confió seria y honestamente que el paciente de todos modos habría consentido, es decir, en casos reales de error.¹⁶³ Si esto realmente fue así, la impunidad por tentativa parecería estar justificada, como en cualquier otro caso en el que el actuante realiza su conducta con un

¹⁶² PUPPE, «Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten», *ZIS*, 6/2016, p. 369; «La justificación de la intervención médica curativa» [trad. FELIP I SABORIT], *InDret: Derecho Penal*, 1/2007, p. 10. También SOWADA, «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht», *NStZ*, 2012, p.8.

¹⁶³ Es decir, se trataría de un error sobre el tipo permisivo, si se considera al consentimiento hipotético como una causa de justificación, o bien de un error de tipo puro y simple si se analiza la cuestión en el marco de la tipicidad. Sobre el tema, cf. SOWADA, «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht», *NStZ*, 2012, p. 8. La solución de ambos casos de error es la misma (exclusión del dolo), en tanto la teoría de la culpabilidad limitada se ha impuesto como doctrina dominante. Para una relativización de esta discusión, con buenos argumentos, véase HRUSCHKA, «¿Realmente es “limitada” la teoría “limitada” de la culpabilidad?. Adiós a un debate» [trad. FELIP I SABORIT / SÁNCHEZ-OSTIZ], ÍDEM, *Imputación y Derecho penal*, 2009 [orig. de 2001], pp. 155 ss.

error de hecho.¹⁶⁴ E incluso, retomando el aspecto fáctico, los casos de impunidad de la tentativa parecerían ser supuestos marginales, en la medida que el médico que engaña al paciente difícilmente podría alegar de modo racional que confiaba en que el paciente de todos modos consentiría en la realización de la intervención: ¿Por qué entonces se tomó la molestia de mentirle al paciente, e incluso de planear y poner en práctica una puesta en escena, como en el caso de broca?¹⁶⁵ Por tanto, la réplica de PUPPE no estaría justificada y el argumento estándar de autonomía no sería suficiente para deslegitimar el consentimiento hipotético, ni siquiera en casos de violaciones dolosas a los deberes de información.

V.2. *El argumento epistémico de autonomía*

Como se puede observar con facilidad en los párrafos anteriores, PUPPE ha sido la autora que con mayor profundidad y claridad expositiva ha desarrollado el argumento de autonomía. No es casualidad, entonces, que ella haya ofrecido la formulación más sofisticada de lo que aquí llamaré el “argumento epistémico”, que nos acerca un poco más a las razones por las cuales se podría plantear una verdadera incompatibilidad entre el consentimiento hipotético y el principio de autonomía. Este argumento resulta particularmente complejo, pero una de sus frases resume adecuadamente su propuesta principal: “es incompatible con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2, GG) y con la dignidad humana (art. 1, GG) sustituir legalmente la correspondiente decisión voluntaria de una persona por medio de especulaciones acerca de cómo habría decidido la persona si se le hubiese dado la ocasión debidamente”.¹⁶⁶

La fundamentación de esta afirmación se vincula con que, según la autora, nadie puede realizar una declaración con pretensión de veracidad respecto de cómo uno mismo o un tercero habría decidido alguna cuestión en una situación de conflicto que no se ha afrontado realmente.¹⁶⁷ En particular, una afirmación sobre qué se habría hecho en una situación que no se afrontó tiene la forma lógica de un condicional irreal, en tanto enunciado que afirma una relación entre dos oraciones subordinadas y simultáneamente

¹⁶⁴ Similares KRAATZ, *Arztstrafrecht*, Kohlhammer, Stuttgart, 2013, n.º m. 75; SCHLACK, «El consentimiento hipotético de la víctima en el Derecho penal alemán», *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, 19(2), 2012, p. 288, aunque consideran que, en términos prácticos, solamente subsistiría una punibilidad por tentativa en aquellos casos en los que se pueda determinar (por ejemplo, por una confesión) que el médico no partió de la base de que el paciente habría consentido en la realización de la intervención. Pero esto, nuevamente, es una cuestión probatoria, no sustantiva.

¹⁶⁵ Sobre la utilidad de los criterios de racionalidad para la determinación, ya a nivel conceptual, del dolo del autor, PÉREZ BARBERÁ, «Pena e imputación Ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada: hacia una reconstrucción inferencial del concepto de dolo», en AMBOS / MALARINO / PASTOR (eds.), *Prevención e imputación. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho Penal y Procesal Penal*, 2017, pp. 219 ss.

¹⁶⁶ PUPPE, «Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten», *ZIS*, 6/2016, p. 367.

¹⁶⁷ PUPPE, «Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten», *ZIS*, 6/2016, p. 367; «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative», *GA*, 2003, p. 769.

afirma que la primera es falsa. Desde un punto de vista lógico, esta frase es *siempre* verdadera, con independencia de cómo sea el antecedente. Según PUPPE, una afirmación así solamente tiene un sentido de paráfrasis de leyes generales que no solo tendrían que determinar los acontecimientos reales, sino también los ficticios.¹⁶⁸ Esto por supuesto no es algo nuevo en derecho penal. El pensamiento en la alternativa,¹⁶⁹ característico de un derecho penal que, como se señaló, reconoce la relevancia, en ciertos casos, de los cursos causales hipotéticos en diversas figuras jurídicas, trabaja con esta estructura.¹⁷⁰ Sin embargo, el problema decisivo de estos casos se vincula a que no se conocen leyes generales sobre el comportamiento humano y tampoco sabemos, a pesar de los esfuerzos de las neurociencias, si tales leyes estrictas son válidas, o no, para el comportamiento humano. Por tanto, no es cierto que se esté reemplazando la decisión real del paciente con su decisión, también real, pero realizada en un mundo hipotético posible, sino que se la reemplaza por una afirmación basada en meras suposiciones, en tanto no conocemos leyes generales que determinen el comportamiento humano, ni sabemos si tales leyes siquiera serían válidas.

A esta postura se le ha reprochado que ofrece aseveraciones de lógica jurídica y teoría del conocimiento que no se corresponden con la vida cotidiana, en la que constantemente realizamos aseveraciones de esta clase.¹⁷¹ Con frecuencia decimos que, por ejemplo, si un jugador de fútbol *X* hubiese recibido un aumento salarial por parte de su club, habría renovado el contrato en lugar de fichar con otro equipo. Si bien PUPPE desacredita *in limine* este argumento al señalar que en el derecho penal deberían regir estándares de verdad distintos a los de las charlas futbolísticas, afirma que incluso si se aceptase esta forma de proceder (y con independencia de las objeciones que podrían formularse desde la teoría del conocimiento), estas aseveraciones no son aplicables a los casos de consentimiento hipotético del paciente.¹⁷² En particular, señala que nuestra propia experiencia muestra que en ocasiones nos comportamos de modo distinto a como pensábamos que nos íbamos a comportar, a lo que se suma el hecho de que para responder la pregunta sobre qué habría hecho el paciente si se lo hubiese informado correctamente hay que inventar una enorme cantidad de circunstancias ficticias. En el “caso de la broca”, por ejemplo, habría que inventar, en el mundo hipotético, la forma en que el médico le dice la verdad sobre la primera operación al paciente. Y uno puede pensar en múltiples formas de hacerlo: pidiéndole disculpas por la negligencia en la

¹⁶⁸ Similar RENZIOWSKI, «Die hypothetische Einwilligung», en KERN / LILIE, *Jurisprudenz zwischen Medizin und Kultur: Festschrift zum 70. Geburtstag von Gerfried Fischer*, 2010, p. 376.

¹⁶⁹ Tomo esta terminología de la clásica obra de RÖDIG, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, 1969, *passim*. Véase también, recientemente y con cita a la obra de RÖDIG, KINDHÄUSER, «La alternativa como estructura de pensamiento en el Derecho penal: sobre la causalidad de la omisión», en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (eds.), *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, 2017, p. 653.

¹⁷⁰ A la misma conclusión llega HILGENDORF, en BAUMANN / WEBER / HEINRICH / HILGENDORF (eds.), *Strafrecht. Besonderer Teil*, 3.^a ed., 2015, § 6, n.º m. 106f s.

¹⁷¹ KUHLEN, «Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen», *JR*, 2004, p. 228; SOWADA, «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht», *NStZ*, 2012, p. 6.

¹⁷² PUPPE, «Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten», *ZIS*, 6/2016, p. 367.

primera operación, diciéndole directamente lo que pasó pero sin pedirle disculpas, etcétera. De acuerdo a cómo se inventen estas circunstancias acompañantes en el mundo hipotético será más o menos plausible decir que el paciente habría consentido de todos modos en la realización de la intervención. Si a esto se agrega que en el proceso penal rige el principio *in dubio pro reo*, se debería partir de la base de que el paciente siempre habría consentido si hubiese sido informado correcta y acabadamente, en tanto siempre se podría pensar en una situación hipotética en la que podría haber consentido. Esto implicaría, en los hechos, una habilitación para que los médicos puedan imponerles a los pacientes, de modo impune, cualquier intervención aceptada en la ciencia médica.¹⁷³

Está claro que este argumento epistémico es mucho más complejo que el argumento estándar de autonomía. Si se lo tuviese que reconstruir en pocas palabras, podría decirse que se viola la autonomía del paciente porque en estos casos se le impone una voluntad hipotética inventada, es decir, basada en puras especulaciones sobre un mundo posible que no podemos reconstruir de modo confiable por falta de información (sobre las leyes causales que determinan el comportamiento humano, en la primera formulación de la autora, o sobre el comportamiento humano cotidiano, en la segunda). En otras palabras, al tratarse de una voluntad hipotética respecto de la cual no podemos afirmar con seguridad que se corresponde con la voluntad del paciente, sino que solo podemos especular al respecto, se termina imponiendo una voluntad heterónoma. Ya no se trata de decir que el juez impone *su* voluntad sobre la del paciente, sino que el juez al resultarle imposible determinar la voluntad del paciente, porque solo puede recurrir a meras suposiciones, termina creando una voluntad *ad hoc*: la del paciente en una situación de conflicto que no tuvo que vivir y rodeado de circunstancias acompañantes inventadas.

El núcleo de esta argumentación, a mi entender, es la afirmación de que como no podemos saber con exactitud cuál habría sido la voluntad real del paciente en una situación en la cual tiene que ejercer de modo pleno su autonomía, porque no conocemos leyes generales aplicables para predecir el comportamiento humano, o bien porque ya en la vida cotidiana reconocemos que muchas veces solemos decidir de modo distinto a cómo pensamos que vamos a decidir, la voluntad hipotética del paciente determinada por el juez es siempre una mera especulación. Es decir, se hace una comparación entre una decisión que el paciente tomó de modo efectivo, que podemos *conocer* con relativa facilidad en un proceso penal, y una reconstrucción especulativa de la decisión que el paciente habría tomado, en tanto *no podemos conocer* qué habría decidido el paciente, por las limitaciones propias del conocimiento que tenemos sobre

¹⁷³ PUPPE, «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative», *GA*, 2003, p. 769; «La justificación de la intervención médica curativa» [trad. FELIP I SABORIT], *InDret: Derecho Penal*, 1/2007, p. 7. Cf. también SWOBODA, «Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?», *ZIS*, 1/2013, p. 29; SOWADA, «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht», *NStZ*, 2012, p. 7; STERNBERG-LIEBEN, «Anmerkung zu BGH, Urt. v. 5.7.2007 – 4 StR 549/06 (LG Halle)», *StV*, 4/2008, p. 192; DUTTGE, «Die hypothetische Einwilligung als Strafausschlußgrund: wegweisende Innovation oder Irrweg?», en HOYER *et al.* (eds.), *Festschrift für Friedrich Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, 2006, p. 189; OTTO, «Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung», *Jura*, 2004, p. 683.

las tomas de decisiones humanas en estos contextos. Esta última determinación hipotética no sería la propia voluntad del paciente, sino algo diferente, inventado. Con el agregado del *in dubio pro reo*, el resultado es que siempre (o casi siempre) se va a poder suponer un mundo en el que el paciente podría haber consentido y, de ese modo, se generaría una duda razonable sobre qué habría pasado, que el médico podría usar como carta blanca realizar intervenciones médicas curativas no consentidas de modo impune.

El argumento epistémico tiene la ventaja de contrarrestar las falencias del argumento estándar. En particular, la autora construye adecuadamente por qué en estos casos se impondría una voluntad heterónoma a la del paciente, sin recurrir a la simplificación de que se está imponiendo la voluntad del juez o del médico por sobre la del paciente. Sin embargo, su posición es insatisfactoria. En particular, su argumento se apoya en el hecho de que *todavía* no conocemos leyes generales para determinar el comportamiento humano, ni si tales leyes serían válidas. Pero eso es algo empírico, dado que según esta posición sería *posible* determinar la voluntad hipotética del paciente, solo que no sabemos cómo hacerlo.¹⁷⁴ De hecho, los defensores de esta figura jurídica reconocen que no podría determinarse de modo estricto cuál habría sido la voluntad del paciente, pero sí se podría obtener un grado suficiente de determinación, a partir de probabilidades o criterios de verosimilitud (que, como ya se señaló, son los mismos criterios que se aplican en todos los casos penales, no solo ante razonamientos hipotéticos).¹⁷⁵ El argumento epistémico termina siendo, entonces, uno prudencial y, en esa medida, contingente: todavía no podemos probar de modo fiable la voluntad hipotética del paciente a partir de leyes generales o valoraciones de la vida cotidiana y eso es una razón para abstenernos de aplicación de la figura jurídica.¹⁷⁶ No obstante, a nivel conceptual no tendríamos ningún problema en aceptar el consentimiento hipotético. Si en el futuro los jueces pudiesen realizar determinaciones lo suficientemente fiables (si es que todavía no lo pueden realizar, a pesar de lo que creen los defensores de la figura jurídica analizada), este argumento de autonomía carecería de toda relevancia en la discusión sobre la legitimidad del consentimiento hipotético del paciente. Las consideraciones sobre *in dubio pro reo* son igual de contingentes, porque este principio solo es aplicable en situaciones de hecho en las que se produce una duda. Por tanto, si no se produjese tal situación, dado que realmente estamos *seguros* de cuál habría sido la voluntad hipotética del paciente (o al menos llegamos a un grado de

¹⁷⁴ Para un argumento análogo, en el marco de la discusión sobre la incidencia de la suerte circunstancial y la suerte en los resultados al momento de atribuir responsabilidad moral (y penal), RIVERA LÓPEZ, «Responsabilidad y suerte moral. Circunstancias y consecuencias de la acción», *Análisis Filosófico*, 20(1-2), 2000, p. 49.

¹⁷⁵ Cf., por ejemplo, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 4.ª ed., 2006, § 13, n.º m. 133; KUHLEN, «Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen», *JR*, 2004, p. 228; RÖNNAU, «Anmerkung zu BGH JZ 2004, 800», *JZ*, 2004, p. 802.

¹⁷⁶ Es ilustrativo que HILGENDORF (*Einführung in das Medizinstrafrecht*, 2016, § 2, n.º m. 72; BAUMANN / WEBER / HEINRICH / HILGENDORF (eds.), *Strafrecht. Besonderer Teil*, 3.ª ed., 2015, § 6, n.º m. 106f), señale justamente que las voces críticas en la doctrina hacen referencia a las dificultades probatorias respecto de la voluntad hipotética del paciente y que eso es lo que en última instancia pondría en riesgo la autodeterminación del paciente. En un mismo sentido FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 62.ª ed., 2015, § 263, n.º m. 34.

probabilidad aceptable según los estándares procesales), no sería aplicable dicho principio y no se generarían problemas.

El problema de todo esto es que cuando se afirma que la figura jurídica del consentimiento hipotético viola el *derecho de autonomía* del paciente se está queriendo decir algo más fuerte que la afirmación meramente contingente de que “hoy en día (con el estado actual de la ciencia o según las valoraciones de la vida cotidiana), no podemos determinar cuál sería la voluntad hipotética del paciente y, por tanto, no resulta conveniente avalar la figura jurídica del consentimiento hipotético”. Por el contrario, parecería que queremos apartarnos de las consideraciones prudenciales o de conveniencia y acercarnos a consideraciones de respeto, esto es, a un argumento deontológico: con independencia de lo que digan las neurociencias u otras disciplinas, así como de otras afirmaciones contingentes, el consentimiento hipotético es incorrecto porque viola, sin más, el derecho de autonomía del paciente.¹⁷⁷ A continuación intentaré brindar un argumento de esta clase.

V.3. Un argumento kantiano contra el consentimiento hipotético

En la segunda sección de esta investigación llegué a la conclusión de que las intervenciones médicas curativas no consentidas (ya sea porque el paciente nunca expresó su voluntad o porque esta última se encontraba viciada) configuran lesiones corporales, ya que a través de su acción el médico daña al paciente y lo trata como un mero medio para la lograr el fin último de mejorar su salud de conformidad con la *lex artis* y, por tanto, lo instrumentaliza. Este último es un argumento asentado en la ética normativa y que se basa en la segunda formulación del imperativo categórico de KANT. A su vez, señalé que si el paciente brinda su consentimiento antes de la intervención curativa no se produce tal instrumentalización, dado que al consentir de modo autónomo une su voluntad libre con la del médico para crear nuevos medios y lograr el fin común de mejorar la salud. En este contexto lo esencial pasa a ser el concepto de autonomía que desde la década del setenta se ha convertido en la fundamentación dominante del consentimiento informado del paciente. Este concepto tiene raíces kantianas, lo que es reconocido en bioética, más allá de que el alcance que se le suele dar se aleja bastante de los postulados de KANT y que, por tanto, debió ser precisado de la siguiente forma: es el derecho a tomar decisiones independientes, en el sentido de que sea uno mismo quien decida libremente qué propósitos perseguir, de conformidad con la ley moral universal, sin interferencias externas.

Entiendo que también en el caso del consentimiento hipotético del paciente los argumentos imperantes en la doctrina apelan a este concepto de autonomía y a consideraciones kantianas: la decisión del paciente no sería autónoma, porque: i) la

¹⁷⁷ Sobre la diferencia entre las consideraciones de prudencia (consecuencialistas) y de respeto (deontológicas) y aplicación al derecho penal, fundamental GRECO, «Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal», *InDret: Derecho Penal*, 4/2010, *passim*.

voluntad libre del paciente es reemplazada por la voluntad del juez y, en casos de violaciones intencionales a los deberes de informar, por la del médico, que luego es avalada por el juez (argumento general de autonomía); ii) o porque en virtud de las limitaciones epistémicas actuales la voluntad hipotética del paciente siempre sería una voluntad inventada que, en virtud de las reglas del proceso penal (en particular, del *in dubio pro reo*), daría lugar a una carta blanca para que el médico pueda imponer su voluntad por sobre la del paciente (argumento epistémico de autonomía). En ambos casos, la toma de decisión se vería afectada externamente. El consentimiento hipotético, a diferencia del consentimiento expreso, no podría neutralizar la instrumentalización que se produce, en principio, en toda intervención médica que implica un cambio en la sustancia corporal y el derecho penal, entonces, no debería avalar esta violación a la autonomía del paciente a través de la concesión de una causa de justificación al médico. Sin embargo, ya hemos señalado que estos argumentos no son lo suficientemente fuertes, por diversas razones. Ante esta situación, estoy convencido, en primer lugar, de que la ética kantiana evidentemente desempeña un papel importante en esta discusión (así como en un sinnúmero de problemas morales clásicos y modernos), por lo que ya por razones pragmáticas vale la pena buscar un argumento kantiano para resolver la cuestión. En segundo lugar, también estoy convencido de que existe un argumento kantiano fuerte en contra de la admisibilidad del consentimiento hipotético. En particular, considero que la mera admisión de la posibilidad de constatar en un proceso penal cuál habría sido la voluntad hipotética del paciente implica asumir una postura determinista causal en materia de libre albedrío, lo que resulta contradictorio con la fundamentación kantiana de autonomía que tanto la bioética como el derecho toman de base para el análisis de la relación médico-paciente.

Para explicar esta idea, quisiera retomar unas consideraciones que aparecen en la doctrina a partir del argumento general de autonomía. Como ya se señaló, suele mencionarse que existe una diferencia cualitativa, en términos de autonomía, entre la voluntad expresada efectivamente y la voluntad hipotética reconstruida en un proceso judicial. En palabras de PUPPE: “desde el punto de vista de la autodeterminación hay una diferencia entre que alguien se someta a un riesgo o a un mal por decisión propia, por las razones que fuesen, y que a esa persona se le imponga o endose ese riesgo o ese mal”.¹⁷⁸ En el apartado anterior argumenté, sin embargo, que esta afirmación es problemática porque, por un lado, este recurso a lo que habría sucedido en un mundo hipotético posible es exactamente el mismo que se utiliza, por ejemplo, en casos de comportamiento alternativo conforme a derecho (aceptados de modo generalizado en la doctrina y la jurisprudencia penal), y, por otro, porque la supuesta imposición es ni más ni menos que una adjudicación judicial que también tiene lugar, y a través de las mismas reglas, cuando el juez tiene que determinar cómo fue la decisión del paciente en el mundo real. Por consiguiente, a este argumento le hace falta un complemento normativo para terminar de convencer: fundamentar por qué, desde la perspectiva de la autonomía, existe una diferencia cualitativa entre el consentimiento real del paciente y

¹⁷⁸ PUPPE, «Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten», *ZIS*, 6/2016, p. 367.

el consentimiento hipotético. Y ese argumento tiene que, a su vez, explicar por qué en estos casos debería regir algo distinto a lo que resulta aplicable en otros casos de razonamientos hipotéticos en derecho penal.

Algunos autores han intentado ofrecer una respuesta a esta pregunta, aunque de modo insatisfactorio. Así, por ejemplo, se señala que el argumento de autonomía se basa en que “[l]a mera formulación de hipótesis sobre cómo el paciente habría decidido no permite un ejercicio real de libertad”.¹⁷⁹ Pero esta afirmación sigue sin responder lo que aquí es esencial, esto es, la razón por la cual se debe privilegiar el ejercicio real de libertad del paciente por sobre el ejercicio hipotético de su libertad, cuando en situaciones análogas le damos importancia a lo que habría sucedido en un mundo hipotético posible. Y es que se podría argumentar, no sin razón, que si podemos constatar, con un grado razonable de verosimilitud, que el paciente habría consentido en la realización de la intervención si hubiese sido informado debidamente, entonces parecería fútil afirmar que se produjo una vulneración a la autonomía del paciente a nivel objetivo. También se menciona que el elemento fundamental de la autonomía individual es la protección de la decisión del paciente en la situación concreta en la que se encuentra, para que pueda tomar una decisión incluso irracional, y el consentimiento hipotético veda esa posibilidad.¹⁸⁰ Sobre este tema debe decirse que se asume una noción de autonomía personal más fuerte que la que aquí se está en condiciones de defender, en tanto ya he señalado que desde una perspectiva kantiana no se encuentra protegida la decisión irracional de un paciente que no se condice con la ley moral universal (que incluye deberes hacia uno mismo). Más allá de eso, este argumento tampoco es convincente, dado que, como ya señaló el BGH en el “caso del disco intervertebral”, la constatación hipotética se hace sobre la base de lo que habría decidido el *propio paciente* (¡incluso irracionalmente!) si hubiese sido debidamente informado y no de lo que habría decidido un paciente racional o paciente medio.¹⁸¹ Es decir, no se debe colocar el énfasis en el sujeto que tomaría la decisión en el mundo hipotético posible, ya que existe identidad entre este último y el que la tomó en el mundo real, sino en la apelación al mundo hipotético en sí. Puntualmente, ¿cuáles son las razones para que en estos casos no se pueda recurrir a hipótesis?

El problema central del consentimiento hipotético es que parte de la base de que la decisión libre del paciente sobre la intervención médica curativa *puede* ser predicha. Es decir, que es al menos posible determinar (en un proceso penal o en otro contexto) cuál habría sido el contenido de un acto de voluntad libre que el paciente habría tomado en

¹⁷⁹ STURM, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2016, p. 53, con referencias adicionales.

¹⁸⁰ Cf. STERNBERG-LIEBEN, «Anmerkung zu BGH, Urt. v. 5.7.2007 – 4 StR 549/06 (LG Halle)», *StV*, 4/2008, p. 192; PAEFFGEN, «Gefahr-Definition, Gefahr-Verringerung und Einwilligung im medizinischen Bereich - Problem-Beschreibung und Methodologisches, veranschaulicht am Beispiel des virusinfektiösen Chirurgen», ROGALL *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, 2004, p. 209.

¹⁸¹ Sobre las diferencias entre el consentimiento hipotético con otras manifestaciones, como el consentimiento presunto y el consentimiento presupuesto, justamente a partir de la cuestión de si se trata de indagar lo que el paciente habría consentido o lo que un paciente medio habría hecho, OTTO, *Manual de Derecho Penal* [trad. BÉGUELIN], 7.ª ed., 2017 [orig. de 2004], § 8, n.º m. 130 ss.

un mundo hipotético en el que hubiese sido informado correctamente. Esto puede verse con claridad en el argumento epistémico de autonomía: la crítica se centra en que los defensores de esta figura jurídica presuponen que conocemos leyes generales sobre el comportamiento humano que nos permitan establecer cómo habría sido efectivamente la decisión del paciente en el mundo hipotético posible, cuando todavía no fueron descubiertas tales leyes (ni sabemos si tales leyes serían válidas). Puede que el argumento epistémico sea correcto, pero no deja de ser contingente, al admitir que existe la posibilidad de que en algún momento podamos llegar a conocer tales leyes. Se observa, entonces, que quienes formulan el argumento epistémico de autonomía comparten una idea con los defensores del consentimiento hipotético del paciente: ambas posiciones aceptan una postura determinista en materia de libre albedrío. Más precisamente, propondría que nuestras acciones “voluntarias” no son libres, sino que están fuera de nuestro control al encontrarse determinadas causalmente como cualquier otro acontecimiento natural del universo. Justamente por esa razón podríamos predecirlas a través del conocimiento de leyes generales. Si esto es así, empero, nadie podría ser responsable por sus actos y la responsabilidad, tanto penal como moral, no sería más que una ilusión.¹⁸²

Aparece entonces el clásico debate filosófico sobre el libre albedrío. En este trabajo no intentaré emprender una tarea tan ambiciosa como la de aportar una idea apta para ponerle fin a ese debate milenario. Lo que quiero dejar en claro es que para sostener una posición kantiana de autonomía, como la que fundamenta el consentimiento informado, en tanto capacidad de actuar en base a la ley moral, necesariamente se debe partir de que la voluntad es libre y rechazar el determinismo.¹⁸³ En particular, los actos de voluntad, que para KANT eran el objeto último de un posible reproche moral, son un motor inmóvil o *causa sui*, es decir, un evento causado por el hombre y no por otro evento.¹⁸⁴ Nunca se podría, entonces, recurrir a la noción kantiana de autonomía, que subyace al consentimiento informado, y al mismo tiempo afirmar que las decisiones humanas se encuentran determinadas y que, entonces, podemos establecerlas a partir de leyes generales.

Las razones por las cuales, según KANT, se debe rechazar el determinismo y asumir una postura en favor de la existencia del libre albedrío son complejas y, de hecho, no existe acuerdo al respecto entre los filósofos kantianos contemporáneos.¹⁸⁵ Sin embargo,

¹⁸² Cf., solamente, DWORKIN, *Justicia para Erizos* [trad. PONS], 2015 [orig. de 2011], p. 134; RIVERA LÓPEZ, «Responsabilidad y suerte moral. Circunstancias y consecuencias de la acción», *Análisis Filosófico*, 20(1-2), 2000, pp. 33 ss.

¹⁸³ RIVERA LÓPEZ, «Responsabilidad y suerte moral. Circunstancias y consecuencias de la acción», *Análisis Filosófico*, 20(1-2), 2000, pp. 47 ss.

¹⁸⁴ Cf. CHISHOLM, «Human Freedom and the Self», en WATSON (ed.), *Free Will*, 1982, pp. 28 s.; HRUSCHKA, «Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias» [trad. SÁNCHEZ-OSTIZ], ÍDEM, *Imputación y Derecho penal*, 2009 [orig. de 2004], p. 222.

¹⁸⁵ De hecho, se ha llegado a considerar que la afirmación de KANT de que el determinismo causal es incompatible con la libertad se basa en un argumento dogmático (así, AMERIKS, *Kant's Theory of Mind*, 2000, p. 227) e incluso algunos de los filósofos kantianos contemporáneos más influyentes plantean que es posible, a partir de KANT, defender una postura compatibilista (así, HILL, *Dignity and Practical Reason in Kant's Moral Theory*, 1992, pp. 135 ss.; KORSGAARD, *Creating the Kingdom of Ends*, Cambridge

considero que puede ofrecerse una fundamentación sencilla, plausible y respetuosa de las fuentes originales del indeterminismo kantiano.¹⁸⁶ En lo que aquí interesa, KANT consideraba que el deber no tiene ningún sentido si se atiende meramente al curso de la naturaleza, es decir, a cursos causales con efectos que se producen necesariamente, de conformidad con leyes naturales:

si toda causalidad en el mundo sensible fuese mera naturaleza, todo acontecimiento estaría determinado por otro, en el tiempo, según leyes necesarias, y por tanto, puesto que los fenómenos, en la medida en que determinan al albedrío, deben hacer necesaria toda acción, como resultado natural de ellos, entonces la supresión de la libertad transcendental aniquilaría a la vez toda libertad práctica¹⁸⁷

En ese sentido, si toda causalidad fuese mera naturaleza “[e]s imposible que [...] algo deba ser diferente de lo que efectivamente es”.¹⁸⁸ Por consiguiente, en un mundo determinado los deberes no tendrían sentido y nuestro comportamiento carecería de dimensión normativa: “la conexión con fundamentos, que no se presenta en toda la naturaleza”.¹⁸⁹ Sería imposible hacer otra cosa que la que estamos determinados a hacer y, entonces, nuestra deliberación práctica nunca nos brindaría la opción de actuar de otro modo en lo que se refiere a leyes normativas, es decir, a principios que brindan razones para actuar y que se aplican a todo agente racional (en particular, nunca tendríamos la posibilidad de aceptar o ir en contra de tales leyes).¹⁹⁰ Lo esencial aquí es que KANT considera que tales leyes prácticas son únicamente las normas morales¹⁹¹ y que tales leyes solo gobiernan nuestro comportamiento si tenemos la opción real de aceptarlas o rechazarlas.¹⁹² Esto es así, en primer lugar, porque las leyes normativas, a diferencia de las leyes de la naturaleza, se aplican solamente a agentes que tienen la capacidad de responder ante las razones que ofrecen tales leyes (lo que KANT denomina *voluntad*), en tanto las normas no pueden guiar el comportamiento de alguien que no puede responder a razones normativas:

University Press, Cambridge, 1996, pp. 197 ss.). En detalle, WOOD, «Kant's Compatibilism», en WOOD (ed.), *Self and Nature in Kant's Philosophy*, 1984, pp. 73-101.

¹⁸⁶ Sigo, en lo esencial, a KOHL, «Kant on Determinism and the Categorical Imperative», *Ethics*, (125), 2015, pp. 331 ss.

¹⁸⁷ KANT, *Crítica de la razón pura* (trad. CAIMI), 2007 [orig. 1781-1787], A534/B562, p. 595.

¹⁸⁸ KANT, *Crítica de la razón pura* (trad. CAIMI), 2007 [orig. 1781-1787], A547/B575, p. 606.

¹⁸⁹ KANT, *Crítica de la razón pura* (trad. CAIMI), 2007 [orig. 1781-1787], A547/B575, p. 606.

¹⁹⁰ KOHL, «Kant on Determinism and the Categorical Imperative», *Ethics*, (125), 2015, p. 337.

¹⁹¹ KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (trad. RODRÍGUEZ ARAMAYO), 2012 [orig. 1785], Ak. IV. 416, p. 117.

¹⁹² KOHL, «Kant on Determinism and the Categorical Imperative», *Ethics*, (125), 2015, p. 337.

sólo un ser racional posee la capacidad de obrar según la representación de las leyes o con arreglo a principios del obrar, esto es, posee una *voluntad*. Como para derivar las acciones a partir de leyes se requiere una razón, la voluntad no es otra cosa que razón práctica. (énfasis en el original¹⁹³)

Y, en segundo lugar, porque las voluntades imperfectas de los seres humanos no necesariamente obedecen las leyes de la razón,¹⁹⁴ dado que la habilidad de actuar de conformidad a leyes normativas presupone cierta tendencia a violar tales leyes.¹⁹⁵ A modo de ejemplo, un médico que ha cometido un error en una cirugía tiene el deber de decirle la verdad al paciente. Sin embargo, no necesariamente cumplirá con su deber y de hecho tiene a su disposición opciones alternativas, como la de mentirle al paciente, en contra del deber moral. Esa posibilidad de guiar el comportamiento a partir de leyes normativas, en contra de las “inclinaciones naturales, que pueden entrar en conflicto con el propósito moral”¹⁹⁶ es la que nos caracteriza como agentes racionales imperfectos y el determinismo es incompatible con esta libertad que nos permite aceptar o rechazar normas.¹⁹⁷

Estos argumentos a favor del libre albedrío tienen la ventaja de coincidir con nuestras apreciaciones de la vida cotidiana, en la que nos afirmamos libres¹⁹⁸ y concebimos la negación de nuestra pretensión de libertad como un menosprecio hacia nuestra persona.¹⁹⁹ Por supuesto que los defensores del determinismo podrían argumentar que esta percepción es equivocada, justamente porque el determinismo causal sería verdadero incluso respecto del comportamiento humano y que ni el derecho ni la moral pueden cegarse ante esto. Más allá de que al día de hoy, y a pesar del embuste de las neurociencias, esto no ha sido acreditado (ni se haya concebido una forma de probar que es verdadero el determinismo²⁰⁰), lo cierto es que esta visión proveniente de las ciencias naturales no sería un impedimento para adoptar una perspectiva de la libertad como la

¹⁹³ KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (trad. RODRÍGUEZ ARAMAYO), Alianza, Madrid, 2012 [orig. 1785], Ak. IV. 412, pp. 111-112.

¹⁹⁴ KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (trad. RODRÍGUEZ ARAMAYO), Alianza, Madrid, 2012 [orig. 1785], Ak. IV. 413, p. 112: “si la voluntad no es de suyo plenamente conforme con la razón (como es el caso entre los hombres), entonces las acciones que sean reconocidas como objetivamente necesarias serán subjetivamente contingentes y la determinación de una voluntad semejante con arreglo a leyes objetivas supone un apremio, es decir, la relación de las leyes objetivas para con una voluntad que no es del todo buena será ciertamente representada como la determinación de la voluntad de un ser racional por fundamentos de la razón, si bien esa voluntad no obedece necesariamente a estos fundamentos según su naturaleza”.

¹⁹⁵ Cf. KANT, *La metafísica de las costumbres. Primera Parte. Principios metafísicos de la doctrina del derecho* (trad. CORTINA ORTS / CONILL SANCHO), 2008 [orig. 1797], 237/238, pp. 33 s.

¹⁹⁶ KANT, *La metafísica de las costumbres. Segunda Parte. Principios metafísicos de la doctrina de la virtud* (trad. CORTINA ORTS / CONILL SANCHO), 2008 [orig. 1797], 394, p. 248.

¹⁹⁷ Cf. KOHL, «Kant on Determinism and the Categorical Imperative», *Ethics*, (125), 2015, pp. 339 ss.

¹⁹⁸ HRUSCHKA, «Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias» [trad. SÁNCHEZ-OSTIZ], ÍDEM, *Imputación y Derecho penal*, 2009 [orig. de 2004], p. 222.

¹⁹⁹ Cf. OTTO, *Manual de Derecho Penal* [trad. BÉGUELIN], 7.ª ed., 2017 [orig. de 2004], § 1, n.º m. 61.

²⁰⁰ FRISTER, «El concepto de culpabilidad de la dogmática jurídico-penal» [trad. SANCINETTI], en *Concepto de culpabilidad y fundamento punitivo de la participación*, 2017, pp. 24 s.

aquí propuesta al momento de contemplar el comportamiento humano, justamente porque se trata de dos perspectivas distintas que pueden ser adoptadas respecto del mismo evento.²⁰¹ Es decir, podríamos observar lo que hace una persona tanto desde el punto de vista de las ciencias de la naturaleza como desde la perspectiva de la libertad y en principio no se le puede dar preeminencia sin más a la primera perspectiva sin incurrir en una falacia naturalista. De hecho, parecería que en realidad la perspectiva de la libertad tiene preeminencia lógica:²⁰² la aceptación de la libertad de acción humana es una condición de posibilidad de racionalidad que aceptamos para nosotros mismos y la perspectiva de las ciencias de la naturaleza no es más que una actividad y una interacción humana. Decir que el determinismo ha sido acreditado según las ciencias de la naturaleza y que, por tanto, se *debe* asumir esa perspectiva al momento de atribuir responsabilidad solamente es inteligible si aceptamos como verdadero el conocimiento de las ciencias de la naturaleza, que en última instancia es una actividad humana, y entendemos que esto nos obliga a modificar nuestras nociones sobre responsabilidad. Pero si estamos determinados causalmente, esa obligación de aceptar la perspectiva determinista carece de sentido ya a nivel semántico.

Puede observarse entonces que si se quiere seguir manteniendo el fundamento del consentimiento hipotético en premisas kantianas, consideraciones básicas de sistematicidad obligan al menos a tener en cuenta las ideas de KANT en su totalidad y no tomar elementos parciales y descartar, sin más, otros que no se consideran convincentes. Puede ser que su metafísica sea poco atractiva en la actualidad,²⁰³ pero entonces quizá sea más sincero abandonar directamente a KANT²⁰⁴ y no proponer fundamentaciones “kantianas” que en los detalles se alejan por completo de las premisas asumidas. Y con independencia de estas cuestiones que podríamos denominar “metodológicas”, lo cierto es que el núcleo del argumento kantiano resulta plausible. Si consideramos que el determinismo es verdadero, que no existen las decisiones libres y que nuestro comportamiento se encuentra determinado por leyes naturales, como cualquier otro acontecimiento del mundo, las normas (morales o jurídicas) carecen de sentido. Y más

²⁰¹ Cf. HRUSCHKA, «Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias» [trad. SÁNCHEZ-OSTIZ], ÍDEM, *Imputación y Derecho penal*, 2009 [orig. de 2004], p. 222. Véase también el desarrollo de su discípulo JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriff*, 1988, p. 24.

²⁰² En detalle, con gran claridad expositiva, HRUSCHKA, «Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias» [trad. SÁNCHEZ-OSTIZ], ÍDEM, *Imputación y Derecho penal*, 2009 [orig. de 2004], pp. 222 s.

²⁰³ Cf. RIVERA LÓPEZ, «Responsabilidad y suerte moral. Circunstancias y consecuencias de la acción», *Análisis Filosófico*, 20(1-2), 2000, p. 48, nota al pie 14, quien señala que la metafísica kantiana del libre albedrío (“puede parecer extraña, anticuada o poco creíble”).

²⁰⁴ Idea que no es nueva. Recuérdese, sin ir más lejos, la propuesta de KLUG, «Abschied von Kant und Hegel», en BAUMANN (ed.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, 1968, pp. 36 ss. Para una crítica convincente a esta postura y una demostración de lo próspero que puede ser el pensamiento kantiano para la fundamentación de figuras jurídicas y la solución de casos difíciles, fundamental PAWLIK, «Die Notwehr nach Kant und Hegel», *ZStW*, (114), 2002, pp. 259 ss. Cf. también HRUSCHKA, «Die „Verabschiedung“ Kants durch Ulrich Klug im Jahre 1968: Einige Korrekturen», *ZStW*, (122), 2010, pp. 493 ss.

allá de que estos argumentos difícilmente puedan convencer a un determinista,²⁰⁵ me interesa mostrar que el atractivo intuitivo del argumento kantiano reside en que negar la posibilidad de guiarnos a través de normas es algo que se contradice con nuestra práctica cotidiana, en la que nos reconocemos libres y guiamos nuestro comportamiento a partir de normas. Por esa razón considero que el consentimiento hipotético resulta problemático para los defensores de la idea de autonomía. A diferencia de otros casos de apelaciones de razonamientos hipotéticos en el que solamente deben ser predichos ciertos cursos causales pero la acción humana está definida de modo claro, como el comportamiento alternativo conforme a derecho (en el que se presupone la acción mandada por el derecho), en el consentimiento hipotético del paciente directamente se asume la posibilidad de predecir un ejercicio pleno de la voluntad humana libre, que necesariamente es indeterminada desde la perspectiva de la autonomía kantiana.

En síntesis, el argumento de que el consentimiento hipotético es incompatible con la noción kantiana de autonomía permite rechazar al consentimiento hipotético por dos razones. Primero, porque para aceptar el consentimiento hipotético sería necesario modificar la concepción imperante en bioética y derecho sobre el principio de autonomía. Es decir, se debería modificar la concepción kantiana de autonomía, utilizada tanto en bioética como en derecho como fundamento del consentimiento informado, en favor de otra concepción. La noción kantiana de autonomía implica negar el determinismo y el consentimiento hipotético, en tanto asume que es posible predecir el comportamiento humano voluntario, necesariamente debe afirmarlo. Quizá sea posible partir de otras premisas en materia de consentimiento informado y ya he señalado que existen distintas propuestas de fundamentación alternativas, cuyo análisis excede los límites de este trabajo. Sin embargo, ya a nivel prudencial uno debería ser escéptico ante una alternativa que implica realizar una revisión radical de un instituto generalmente aceptado en la relación médico-paciente solo para permitir el ingreso de una figura jurídica nueva. En el mejor de los casos, si se modificase el concepto de autonomía todavía habría que determinar si el consentimiento hipotético resulta moral y jurídicamente aceptable no solo a la luz del principio de autonomía, sino de otras reglas y principios. Segundo, porque tenemos buenas razones para aceptar el indeterminismo del que parte la visión kantiana de autonomía, en tanto aceptar lo contrario implicaría la negación de la posibilidad de regirnos por normas. Por tanto, la figura jurídica del consentimiento hipotético debe ser rechazada no solo porque es incompatible con la concepción kantiana de autonomía en sí, sino porque además la ética kantiana ofrece

²⁰⁵ Sobre el estado actual de la discusión en derecho penal, renovado por el interés en las investigaciones empíricas de las neurociencias (a pesar de la falacia naturalista que implica derivar del ser un deber ser), véase solamente HIRSCH, «Zur gegenwärtigen deutschen Diskussion über Willensfreiheit und Strafrecht», *ZIS*, 2/2010, pp. 62 ss.; DEMETRIO CRESPO, «“Compatibilismo humanista”: Una propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho Penal», en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Neurociencias y derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, 2013, pp. 36 ss. Para una visión crítica de las concepciones clásicas del derecho penal de culpabilidad, desde una perspectiva funcionalista (influida en gran medida por JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, *passim*), recientemente, FRISTER, «El concepto de culpabilidad de la dogmática jurídico-penal» [trad. SANCINETTI], en *Concepto de culpabilidad y fundamento punitivo de la participación*, 2017, pp. 13 ss.

buenas razones, compatibles con nuestra práctica cotidiana en la que nos reconocemos libres, para ese rechazo.

VI. Conclusiones

Con independencia del desarrollo relativamente extenso de la investigación, considero que las conclusiones pueden ser sintetizadas del siguiente modo:

1) Las intervenciones médicas curativas que implican una modificación importante en la sustancia corporal del paciente y que no son consentidas de modo eficaz dan lugar a una lesión corporal incluso si se realizan de modo exitoso. Esto es así porque se produce un daño (una amputación, una incisión, etc.) y dicho daño no puede ser compensado con el beneficio objetivo que obtiene el paciente, es decir, la mejora en su salud. Esto último se debe a que la integridad corporal no es un bien pasible de compensaciones: de lo contrario se sometería la voluntad del paciente a un estándar objetivo y se lo instrumentalizaría con el fin de cumplir ese estándar. Puntualmente, los médicos lo tratarían como un mero objeto para obtener el fin objetivo de mejorar su salud de conformidad con la *lex artis*.

2) La forma de evitar esta instrumentalización es acudir al consentimiento informado del paciente, dado que al consentir de modo autónomo las voluntades del paciente y del médico se unen para la creación de nuevos medios para obtener un fin común. Detrás de esta fundamentación se encuentra la noción kantiana de autonomía, que debe ser entendida de un modo más estricto que como se la entiende tradicionalmente en la bioética: no se trata de un derecho a tomar decisiones de vida críticas según parámetros subjetivos, sino un derecho a tomar decisiones de vida críticas sin interferencias externas. Esta noción de autonomía obliga al médico a informar adecuadamente al paciente, en lo esencial, de los riesgos característicos de la intervención, a los fines de que pueda contar con información suficiente para tomar una decisión sin interferencias.

3) Estos conceptos son receptados en la dogmática penal tradicional a partir de la idea de que toda intervención médica curativa debe ser consentida expresamente por el paciente, tras haber sido informado debidamente por el médico. Sin embargo, en los últimos años ha aparecido una excepción, denominada “consentimiento hipotético”: incluso si la operación se llevó a cabo tras una violación a los deberes de información del médico, este último puede quedar impune si se comprueba que el paciente habría consentido en la realización de la intervención si hubiese sido informado correctamente (o si al menos existe una duda razonable al respecto, de conformidad con el principio *in dubio pro reo*).

4) En contra del consentimiento hipotético en la dogmática jurídico-penal ha emergido, entre otros, un argumento de autonomía. En su variante general, el argumento consiste en señalar que mediante la figura jurídica del consentimiento hipotético se reemplaza la decisión autónoma del paciente sobre la intervención por una decisión heterónoma del

juez, quien decide si el paciente habría consentido o no en la realización de la intervención en un mundo hipotético posible. A su vez, en casos de violaciones dolosas a los deberes de informar (por ejemplo, mediante un engaño), también el médico impone su voluntad tendente a la realización de la intervención por sobre la voluntad del paciente. Este argumento, de todos modos, no es convincente, tanto porque el juez no impone su voluntad por sobre la del paciente, sino que se limita a determinar cuál habría sido la voluntad *del propio paciente*, como porque el médico que intencionalmente violó sus deberes todavía es punible por tentativa de lesiones.

5) El argumento de autonomía también se presenta como una crítica desde un punto de vista epistémico: se debe descartar la figura del consentimiento hipotético del paciente porque todavía no conocemos leyes generales para predecir el comportamiento humano voluntario, por lo que toda determinación judicial es una mera suposición. El problema de este argumento es su contingencia, dado que condiciona la aceptabilidad de la figura jurídica a la posibilidad de predecir, con cierto grado de probabilidad, el comportamiento humano. Hoy en día no es posible realizar esa tarea (o al menos eso señalan los críticos del consentimiento hipotético), pero puede que en el futuro sí lo sea. Sin embargo, parecería que detrás del argumento de autonomía se esconde un fundamento deontológico más fuerte que la mera consideración prudencial de no recurrir al consentimiento hipotético hasta que podamos predecir con mayores probabilidades el comportamiento humano.

6) En este contexto, un argumento kantiano, en línea con las fundamentaciones dominantes en bioética y derecho del consentimiento informado, aparece como adecuado para criticar de un modo más certero al consentimiento hipotético. En particular, plantear una figura jurídica como el consentimiento hipotético implica afirmar que es posible predecir cómo habría sido la voluntad humana en un mundo hipotético. Es decir, implica asumir un determinismo causal en materia de libre albedrío, incompatible con una fundamentación kantiana del principio de autonomía. Señalé también que este indeterminismo tiene su base en la idea de que si estuviésemos causalmente determinados a actuar como lo hacemos, no podríamos comportarnos de conformidad a normas, en tanto la toma de decisiones en favor de razones normativas presupone la posibilidad de ir en contra de tales razones. Si no tenemos esa posibilidad, porque estamos determinados, no tienen sentido las discusiones basadas en normas y quienes defienden el consentimiento hipotético deben estar dispuestos a asumir esta consecuencia. Por consiguiente, lo que supuestamente se gana con la aceptación del consentimiento hipotético (si es que se gana algo) tiene un alto costo, que los defensores de esta figura jurídica deben estar dispuestos a pagar.

VII. Bibliografía utilizada

ALBRECHT, Andreas, *Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, 2010.

AMBOS, Kai, «Bien jurídico y harm principle: bases teóricas para determinar la “función global” del derecho penal internacional», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a época, (10), 2013, pp. 343-378.

AMERIKS, Karl, *Kant's Theory of Mind*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

ARZT, Gunther, *Willensmängel bei der Einwilligung*, Athenäum, Fráncfort del Meno, 1970.

ASHWORTH, Andrew / HORDER, Jeremy, *Principles of Criminal Law*, 7.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2013.

BAUMANN, Jürgen, «Körperverletzung oder Freiheitsdelikt?, zugleich Anm. zum Urteil des BGH vom 28.11.1957 - 4 StR 525/57», *NJW*, 1958, pp. 2092-2094.

BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, Mohr, Tubinga, 1906.

BERLIN, Isaiah, «Two Concepts of Liberty», en *Liberty*, Oxford University Press, Oxford, 2002 [1958], pp. 283-286.

BEULKE, Werner, «Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz», *medstra*, 2/2015.

BINDING, Karl, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, t. I, 2.^a ed., Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1902.

BIRNBACHER, Dieter, «Vulnerabilität und Patientenautonomie – Anmerkungen aus medizinethischer Sicht», *Medizinrecht*, (30), 2012, pp. 560-565.

BOCKELMANN, Paul, «Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht», *NJW*, 1961, pp. 945-951.

—, «Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten», *JZ*, 1962, pp. 525-529.

—, *Strafrecht des Arztes*, Thieme, Stuttgart, 1968.

BÖCKER, Philipp, «Die ‘hypothetische Einwilligung’ im Zivil- und Strafrecht», *JZ*, 2005, pp. 925-932.

BOTTKE, *Suizid und Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, 1982.

BUNG, Jochen, “Rezension zu Michael Pawlik: Das Unrecht des Bürgers”, *RW*, 4/2014, pp. 546–554.

BYRD, Sharon / HRUSCHKA, Joachim, *Kant's Doctrine of Right: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge (entre otras), 2010.

CAMPBELL, Kenneth, «Offence and Defence», en DENNIS, Ian (ed.), *Criminal Law and Criminal Justice*, 1986, Sweet & Maxwell, Londres, pp. 73-86.

CANCIO MELIÁ, Manuel, «Consentimiento en el tratamiento médico y autonomía: algunas reflexiones desde la perspectiva española», *Revista de Derecho Penal*, 1/2015, pp. 465-483.

CHILDRESS, Tom / BEAUCHAMP, James, *Principles of Biomedical Ethics*, 7.^a ed., Oxford University Press, Oxford/New York, 2013.

—, *Principles of Biomedical Ethics*, 6.^a ed., Oxford University Press, Oxford/New York, 2009.

CHISHOLM, Roderick, «Human Freedom and the Self», WATSON, Gary (ed.), *Free Will*, Oxford University Press, New York, 1982, pp. 26-37.

CHRISTMAN, John, «Autonomy in Moral and Political Philosophy», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015, disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/autonomy-moral/> [enlace verificado el 3/12/2017]

CRAMER, Peter / PERRON, Walter, en *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, C.H. Beck, Múnich, 29.^a ed., 2014, § 263.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «“Compatibilismo humanista”: Una propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho Penal», en DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.), *Neurociencias y derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer / B de F, Madrid (entre otras), 2013, pp. 17-42.

DENIS, Lara, *Moral Self-Regard: Duties to Oneself in Kant's Moral Theory*, Routledge, Londres / New York, 2012.

DIGENER, Wilhelm, *Die Lehre vom Schutzzweck der Norm und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte*, Nomos, Baden-Baden, 2001.

DONAGAN, Alan, «Informed consent in therapy and experimentation», en *Journal of Medicine and Philosophy*, 2(4), 1977, pp. 307-329.

DUARTE D'ALMEIDA, Luís, *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

DUBBER, Markus / HÖRNLE, Tatjana, *Criminal Law: A Comparative Approach*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

DUFF, Antony / MARSHALL, Sarah, «“Daños Remotos”, “Peligro Abstracto”, y los “Dos Principios del Daño”» [trad, Diego HAMMERSCHLAG], *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, (15), 2014.

DUFF, Antony, *Answering for Crime*, Hart Publishing, Portland, 2007.

DÜRIG, Günter, «Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes», *Archiv des öffentlichen Rechts*, (81), 1956, pp. 117-157.

DUTTGE, Gunnar, «Die hypothetische Einwilligung als Strafausschlußgrund: wegweisende Innovation oder Irrweg?», en HOYER, Andreas *et al.* (eds.), *Festschrift für FriedrichChristian Schroeder zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg (entre otras), 2006, pp. 179-195.

DWORKIN, Gerald, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia* [trad. Claudia FERRARI], Gedisa, Barcelona, 2012 [orig. de 1986].

—, *Justicia para Erizos* [trad. Horacio PONS], Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2015 [orig. de 2011].

EDLBAUER, Benedikt, *Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv*, Verlag Dr. Kovač, Hamurgo, 2009.

EISELE, Jörg, en BAUMANN, Jürgen / WEBER, Ulrich / MITSCH, Wolfgang / EISELE, Jörg (eds.), *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 12.^a ed., Giesecking, Bielefeld, 2016.

ENGISCH, Karl, «Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung», *ZStW*, (58), 1939, pp. 1-52.

ERB, Volker, *Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgsszurechnung im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, 1991.

ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, Beatriz, *El consentimiento en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

ESER, Albin / STERNBERG-LIEBEN, Detlev, en *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, C.H. Beck, Múnich, 29.^a ed., 2014, § 223.

ESER, Albin, «La nueva evolución del derecho penal económico», *Revista de derecho penal*, (2), 2000, pp. 41-56.

—, «Medizin und Strafrecht: Eine schutzgutorientierte Problemübersicht», *ZStW*, (97), 1985, pp. 1-46.

EVANS, John, *The History and Future of Bioethics*, 2.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2012.

EYAL, Nir, «Informed Consent», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2012, disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/informed-consent/> [enlace verificado el 3/12/2017].

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «Caso de los pelos de cabra», en SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2.ª ed., La Ley, Madrid, 2011, pp. 143-160.

FEINBERG, Joel, «Autonomy», en Christman, John (ed.), *The Inner Citadel: Essays on Individual Autonomy*, Oxford University Press, Oxford, 1989, pp. 27-53.

—, *Harm to Others*, Oxford University Press, New York, 1984.

—, *Harmless Wrongdoing*, Oxford University Press, New York, 1988.

FERRANTE, Marcelo, «Filosofía del derecho penal», en FABRA, Jorge Luis / SPECTOR, Ezequiel (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. III, 2015, pp. 2087-2108.

FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch*, 62.ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2015.

FLETCHEr, George, «Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases», *The Yale Law Journal*, (70), 1968,

—, *Rethinking Criminal Law*, Oxford, University Press, 1978 (reimp. 2000).

FREUND, Georg, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Springer, Berlín / Heidelberg, 2009.

FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado* [trad. Joaquín Cuello Contreras / José Luis Serrano González de Murillo], Madrid, Marcial Pons, 2004 [orig. de 1988].

—, *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, Atelier, Barcelona, 2015.

FRISTER, Helmut / LINDEMANN, Michael / PETERS, Alexander, *Arztstrafrecht*, C.H. Beck, Múnich, 2011.

FRISTER, Helmut, «El concepto de culpabilidad de la dogmática jurídico-penal» [trad. Marcelo A. SANCINETTI], en *Concepto de culpabilidad y fundamento punitivo de la participación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pp. 13-48.

GAEDE, Karsten, *Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung*, C.F. Müller, Heidelberg (entre otras), 2014.

GARDNER, John, «En defensa de las defensas» [trad. José Milton PERALTA], ÍDEM, *Ofensas y defensas*, Marcial Pons, Madrid (entre otras), 2012, pp. 99-112.

—, «Sobre las ofensas y las defensas en Fletcher» [trad. José Milton PERALTA], ÍDEM, *Ofensas y defensas*, Marcial Pons, Madrid (entre otras), 2012, pp. 161-174.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, «¿Qué puede ofrecer la ética a la medicina?», *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (8), 1998, pp. 7-28.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Teoría de la evitabilidad “versus” teoría del aumento de riesgo», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, (68), 2015, pp. 21-62.

GRECO, Luís, «Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal», *InDret: Derecho Penal*, 4/2010.

—, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach* (trad. José R. BÉGUELIN y Paola A. DROPULICH), Marcial Pons, Buenos Aires (entre otras), 2015.

GREEN, Stuart, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno*, Marcial Pons, Madrid (entre otras), 2013 [orig. de 2006].

HARDTUNG, Bernhard, en JOECKS, Wolfgang / MIEBACH, Klaus (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 4, 2.^a ed., 2012, § 224.

HENGSTENBERG, Nike, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht: Zu den „Risiken und Nebenwirkungen“ eines Transfers der Rechtsfigur aus dem Zivil- in das Strafrecht*, Springer, Heidelberg (entre otras), 2012.

HEVIA, Martín / SCHNIDRIG, Daniela, «Autonomía, consentimiento y confidencialidad médica: los derechos de los pacientes en el derecho constitucional argentino», en RIVERA, Julio César (h) *et al.* (eds.), *Tratado de los derechos fundamentales*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, pp. 477-501.

—, «Comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “D., M. A.”», en PITLEVNIK, Leonardo (eds.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, pp. 33-49.

HILGENDORF, Eric / VALERIUS, Brian, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., C.H. Beck, Múnich, 2015.

HILGENDORF, Eric, «Die mißbrauchte Menschenwürde: Probleme des Menschenwürdetopos am Beispiel der bioethischen Diskussion», en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (7), 1999, pp. 137-158.

—, «Instrumentalisierungsverbot und Ensemble-Theorie der Menschenwürde», en PAEFFGEN, Hans-Ulrich *et al.* (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 2011, pp. 1653-1671.

—, *Einführung in das Medizinstrafrecht*, C.H. Beck, Múnich, 2016.

—, en BAUMANN, Jürgen / WEBER, Ulrich / HEINRICH, Bernd / HILGENDORF, Eric (eds.), *Strafrecht. Besonderer Teil*, 3.^a ed., Giesecking, Bielefeld, 2015.

HILL, Thomas, «The Kantian Conception of Autonomy», en CHRISTMAN, John (ed.), *The Inner Citadel: Essays on Individual Autonomy*, Oxford University Press, Oxford, 1989, pp. 91-105.

HILL, Thomas, *Dignity and Practical Reason in Kant's Moral Theory*, Cornell University Press, Ithaca, 1992.

HIRSCH, Hans Joachim, «Zur Frage eines Straftatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung», en GÖSSEL, Karl Heinz / TRIFFTERER, Otto, *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, C.F. Müller, Heidelberg, 1999, pp. 353-373.

—, «Zur gegenwärtigen deutschen Diskussion über Willensfreiheit und Strafrecht», *ZIS*, 2/2010, pp. 62-67.

HOERSTER, Norbert, «En defensa del positivismo jurídico» (trad. Ernesto GARZÓN VALDÉS), en ÍDEM, Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 9-27.

HOYER, Andreas, «Gesundheitsstrafrecht», en IGL, Gerhard / WELTI, Felix, *Gesundheitsrecht*, Franz Vahlen, München, 2012, pp. 361-316.

HRUSCHKA, Joachim, «¿Realmente es “limitada” la teoría “limitada” de la culpabilidad?. Adiós a un debate» [trad. David FELIP I SABORIT / Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ], ÍDEM, *Imputación y Derecho penal*, B de F, Buenos Aires / Montevideo, 2009 [orig. de 2001], pp. 155-179.

—, «Die „Verabschiedung“ Kants durch Ulrich Klug im Jahre 1968: Einige Korrekturen», *ZStW*, (122), 2010, pp. 493-503.

—, «Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias» [trad. Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ], ÍDEM, *Imputación y Derecho penal*, B de F, Buenos Aires / Montevideo, 2009 [orig. de 2004], pp. 217-256.

—, «Sobre la utilidad del hexágono deontológico para el Derecho» [trad. Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ], ÍDEM, *Imputación y Derecho penal*, B de F, Buenos Aires / Montevideo, 2009 [orig. de 2004], pp. 31-50.

IOSA, Juan, «Concepciones de la autonomía», *Revista Brasileira de Filosofia*, 2010, (243), pp. 55-72.

—, «Introducción: autonomía moral y autonomía política en Jan Sieckmann», *Discusiones*, vol. XVII, 2016, pp. 7-20.

—, «Libertad negativa, autonomía personal y constitución», *Revista Chilena de Derecho*, 2017, (44), pp. 495-518.

JÄGER, Christian, «Die hypothetische Einwilligung – ein Fall der rückwirkenden juristischen Heilung in der Medizin», en MÜLLER-DIETZ, Heinz *et al.*, *Festschrift für Heike Jung*, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 345-360.

—, *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg (entre otras), 2015.

JAKOBS, Günther, *Schuld und Prävention*, Mohr, Tübinga, 1976.

—, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Walter de Gruyter, Berlín / New York, 1991.

JANSEN, Scarlett, «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. Notwendiges Korrektiv oder systemwidriges Institut?», *ZJS*, 6/2011, pp. 482-495.

JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Duncker und Humblot, Berlín, 1996.

JOECKS, Wolfgang, en JOECKS, Wolfgang / MIEBACH, Klaus (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 4, 2.^a ed., 2012, § 223.

JOERDEN, Jan, «Medizin und Recht», en HILGENDORF, Eric / JOERDEN, Jan (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, J.B. Metzler, Stuttgart, 2017, pp. 327-324.

—, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlín, 1988.

KAHL, Wilhelm, «Der Arzt im Strafrecht», *ZStW*, (29), 1909, pp. 351-371.

KAHLO, Michael, «El concepto de bien jurídico y el “principio de daño”» [trad. Rafael ALCÁCER GUIRAO], en HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico*, Marcial Pons, Madrid / Barcelona, 2007 [orig. de 2003], pp. 49-64.

KANT, Immanuel, *Crítica de la razón práctica* (trad. Roberto RODRÍGUEZ ARAMAYO), Alianza, Madrid, 2013 [orig. 1788].

—, *Crítica de la razón pura* (trad. Mario CAIMI), Colihue, Buenos Aires, 2007 [orig. 1781-1787].

—, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (trad. Roberto Rodríguez Aramayo), Alianza, Madrid, 2012 [orig. 1785].

—, *La metafísica de las costumbres. Primera Parte. Principios metafísicos de la doctrina del derecho* (trad. Adela CORTINA ORTS / Jesús CONILL SANCHO), Tecnos, Madrid, 2008.

—, *La metafísica de las costumbres. Segunda Parte. Principios metafísicos de la doctrina de la virtud* (trad. Adela CORTINA ORTS / Jesús CONILL SANCHO), Tecnos, Madrid, 2008 [orig. 1797].

KAUFMANN, Arthur, «Die eigenmächtige Heilbehandlung», *ZStW*, (73), 1961, pp. 341-384.

KENNY, Patricio, «Los límites a la legítima defensa. ¿Podemos matar aun cuando existe la posibilidad segura de huir?», *Lecciones y Ensayos*, (95), 2015, pp. 305-326.

KINDHÄUSER, Urs, «La alternativa como estructura de pensamiento en el Derecho penal: sobre la causalidad de la omisión», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María *et al.* (eds.), *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, B de F, Buenos Aires / Montevideo, 2017, pp. 651-659.

—, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2015.

—, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, 6.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2014.

KLESCZEWSKI, Diethelm, *Strafrecht. Besonderer Teil*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2016.

KLUG, Ulrich, «Abschied von Kant und Hegel», en BAUMANN, Jürgen (ed.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, Fischen, Fráncfort del Meno / Hamburgo, 1968, pp. 36-41.

KOHL, Markus, «Kant on Determinism and the Categorical Imperative», *Ethics*, (125), 2015, pp. 331-356.

KORSGAARD, Christine, *Creating the Kingdom of Ends*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.

KRAATZ, Erik, *Arztstrafrecht*, Kohlhammer, Stuttgart, 2013.

KRAUSS, Detlev, «Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung», en KAUFMANN, Arthur *et al.* (eds.), *Festschrift für Paul Bockelmann*, C.H. Beck, Múnich, 1979, pp. 557-576.

KUBICIEL, Michael, «Erik Kraatz, Arztstrafrecht», *MedR*, (32), 2014, p. 138.

KÜHL, Kristian, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., Vahlen, Múnich, 2012.

KUHLEN, Lothar, «Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen», *JR*, 2004, pp. 227-230.

—, «Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung», en BRITZ, Guido (ed.), *Grundfragen staatlichen Strafens: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, Múnich, 2001, pp. 431-451.

—, «Hypothetische Einwilligung und „Erfolgsrechtfertigung“», *JZ*, 2005, pp. 713-718.

—, «Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen», en SCHÜNEMANN, Bernd *et al.* (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Walter de Gruyter, Berlín / New York, 2001, pp. 331-347.

—, *La interpretación conforme a la constitución de las leyes penales* (trad. Nuria PASTOR MUÑOZ), Marcial Pons, Madrid (entre otras), 2012.

- LAUDAN, Larry, *Verdad, error y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- LILIE, Hans, «Vor § 223», en LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm / RISSING-VAN SAAN, Ruth / TIEDEMANN, Klaus (eds.), *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, t. 11, 11.^a ed., 2008.
- MAGNUS, Dorothea, *Patientenautonomie im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2015.
- MAIWALD, Manfred, «Die Einwilligung im deutschen Strafrecht», en ESER, Albin / PERRON, Walter (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. III, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Friburgo, 1991, pp. 165-183.
- MAYER-LUX, Laura, «Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (XXXVII), 2011, pp. 371-413.
- MILLER, Franklin / WERTHEIMER, Alan, «The fair transaction model of informed consent: an alternative to autonomous authorization», *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 21(3), 2011, pp. 201-218.
- MITSCHE, Wolfgang, «Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht», *JuristenZeitung*, 2005, pp. 279-285.
- , en BAUMANN, Jürgen / WEBER, Ulrich / MITSCHE, Wolfgang / EISELE, Jörg (eds.), *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 12.^a ed., Gieseking, Bielefeld, 2016.
- MONTIEL, Juan Pablo, «“Violencia obstétrica” como disposición ilegítima del cuerpo de la parturienta», en KUDLICH, Hans / MONTIEL, Juan Pablo / ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (eds.), *Cuestiones actuales de Derecho penal médico*, Marcial Pons, Madrid (entre otras), 2017, pp. 57-80.
- MÜLLER-DIETZ, Heinz, «Mutmaßliche Einwilligung und Operationserweiterung - BGH, NJW 1988, 2310», *JuS*, 1989, pp. 280-286.
- MURMANN, Uwe, «Die „üble, unangemessene Behandlung“ – ein von der Entwicklung der Dogmatik überholter Definitionsbestandteil der „körperlichen Misshandlung“», *Jura*, 2004, pp. 102-105.
- NEUMANN, Ulfrid, «Die Tyrannei der Würde», *Archiv für Recht und Sozialphilosophie*, 1998, pp. 153-166.
- , «Filosofía moral y dogmática jurídico-penal», *En Letra: Derecho Penal*, (3), 2016 [orig. de 1991], pp. 205-220.
- , «Moralische Grenzen des Strafrechts. Zu Joel Feinberg, The Moral Limits of the Criminal Law», *ARSP*, (72), 1986, pp. 118-125.
- , «Recht und Moral», en HILGENDORF, Eric / JOERDEN, Jan (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, J.B. Metzler, Stuttgart, 2017, pp. 7-15.

- NINO, Carlos, *La legítima defensa*, Astrea, Buenos Aires, 1982.
- , *Notas de introducción al derecho 4, la ciencia del derecho y la interpretación jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 1975.
- NOLL, Peter, *Diktate über Sterben und Tod*, Pendo Verlag, Zürich, 1984.
- O'NEILL, Onora, «Autonomy: The Emperor's New Clothes», *Proceedings of the Aristotelian Society*, (77), 2003, pp. 1-21.
- , «Postscript: heteronomy as the clue to Kantian autonomy», en SENSEN, Oliver (ed.), *Kant on Moral Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge (entre otras), 2013, pp. 282-288.
- , *Autonomy and Trust in Bioethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, «De moscas y agresores muertos», *InDret*, 3/2008.
- , *La excusa del positivismo*, Civitas, Madrid, 2007.
- OTTO, Harro / ALBRECHT, Andreas, «Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff», *Jura*, 2010, pp. 264-271.
- OTTO, Harro, «Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung», *Jura*, 2004, pp. 679-683.
- , *Manual de Derecho Penal* [trad. José R. BÉGUELIN], 7.^a ed., Atelier, Barcelona, 2017 [orig. de 2004].
- PAEFFGEN, Hans-Ullrich / BÖSE, Martin, en KINDHÄUSER, Urs / NEUMANN, Ulfrid / PAEFFGEN, Hans-Ullrich (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 5.^a ed., 2017, § 223.
- PAEFFGEN, Hans-Ullrich / ZABEL, Benno, «Vor § 32 ff», en KINDHÄUSER, Urs / NEUMANN, Ulfrid / PAEFFGEN, Hans-Ullrich (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 5.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2017.
- PAEFFGEN, Hans-Ullrich, «Gefahr-Definition, Gefahr-Verringerung und Einwilligung im medizinischen Bereich - Problem-Beschreibung und Methodologisches, veranschaulicht am Beispiel des virusinfektiösen Chirurgen», en ROGALL, Klaus *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Hermann Luchterhand Verlag, München, 2004, pp. 187-211.
- PAWLIK, Michael, «Das Recht der Älteren im Strafrecht – Bedeutung und Reichweite des Grundsatzes der Patienten- autonomie», en BECKER, Ulrich / ROTH, Markus (eds.), *Recht der Älteren*, Walter de Gruyter, Berlin, 2013, pp. 127-163.
- , «Die Notwehr nach Kant und Hegel», *ZStW*, vol. 114, 2002, pp. 259-299.

—, «Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes: Rechtsphilosophische Grundlagen und dogmatische Ausgestaltung», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (11), 2003, pp. 287-315.

—, «Vom Nutzen der Philosophie für die Allgemeine Verbrechenlehre», *GA*, 2014, pp. 369-389.

—, *Ciudadanía y Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016.

—, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2012.

PELLEGRINO, Edmund, «The Origins and Evolution of Bioethics: Some Personal Reflections», *Kennedy Institute of Ethics journal*, (9), 1999, pp. 73-88.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, «El ilícito material del delito tributario», en ROBIGLIO, Carolina (dir.), *Institutos de derecho penal tributario*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017, pp. 69-104.

—, «Pena e imputación Ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada: hacia una reconstrucción inferencial del concepto de dolo», en AMBOS, Kai / MALARINO, Ezequiel / PASTOR, Daniel (eds.), *Prevención e imputación. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho Penal y Procesal Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pp. 219-246.

PRITTWITZ, Cornelius, «Sociedad de riesgos y derecho penal», en ARROYO ZAPATERO, Luís / NEUMANN, Ulfrid / NIETO MARTÍN, Adán (coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 259-288.

PUPPE, Ingeborg, «Definiciones y subsunciones» [trad. Juan Pablo MONTIEL], *Enfoques Penales*, (1), 2017.

—, «Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten», *ZIS*, 6/2016,

—, «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative», *GA*, 2003, pp. 764-776.

—, «La justificación de la intervención médica curativa» [trad. David FELIP I SABORIT], *InDret: Derecho Penal*, 1/2007.

—, «Vor § 13», en KINDHÄUSER, Urs / NEUMANN, Ulfrid / PAEFFGEN, Hans-Ullrich (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 5.^a ed., 2017.

RENGIER, Rudolph, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., Vahlen, Múnich, 2015.

RENZIKOWSKI, Joachim, «Die hypothetische Einwilligung», en KERN, Bernd-Rüdiger / LILIE, Hans, *Jurisprudenz zwischen Medizin und Kultur: Festschrift zum 70. Geburtstag von Gerfried Fischer*, Peter Lang, Berna, 2010, pp. 365-378.

RIPSTEIN, Arthur, *Force and Freedom Kant's Legal and Political Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge/Londres, 2009.

RIVERA LÓPEZ, «Derecho y bioética» en ÍDEM, *Diez ensayos de bioética*, 2011, Madrid, Marcial Pons, pp. 37-44.

—, Eduardo, «Eutanasia y autonomía» en ÍDEM, *Diez ensayos de bioética*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 67-77.

—, «Los desafíos de la medicina y la genética contemporáneas» en ÍDEM, *Diez ensayos de bioética*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 17-36.

—, «Responsabilidad y suerte moral. Circunstancias y consecuencias de la acción», *Análisis Filosófico*, 20(1-2), 2000, pp. 1-16.

ROBINSON, Paul, «Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis», *Columbia Law Review*, 1982, pp. 199-291.

RÖDIG, Jürgen, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, Springer, Berlín, 1969.

RÖNNAU, Thomas, «Anmerkung zu BGH JZ 2004, 800», *JZ*, 2004, pp. 801-804.

—, «Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 15.10.2003 – 1 StR 300/03», *JZ*, 2004, pp. 799-804.

—, «Grundwissen Strafrecht: Hypothetische Einwilligung», *JuS*, 2014, pp. 882-885

—, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000.

ROSENAU, Henning, «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht», en BLOY, René *et al.* (eds.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 2010, pp. 683-700.

ROXIN, Claus, «60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Strafrechts», en HÄBERLE, Peter (ed.), *60 Jahre deutsches Grundgesetz*, Mohr Siebeck, Heidelberg, 2011, pp. 65-92.

—, «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania», *InDret: Derecho Penal*, (4), 2012.

—, «Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten», *ZStW*, (74), 1962, pp. 411-444.

—, «Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal» [trad. Diego LUZÓN PEÑA], *Problemas básicos del Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1976, [orig. 1970], pp. 128-148.

—, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., C.H. Beck, Múnich, 2006.

SALIGER, Frank, «Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht», en FAHL, Christian *et al.* (eds.), *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg (entre otras), 2015, pp. 493-506.

SANCHEZ-OSTIZ, Pablo, “Sobre los fundamentos de una teoría general del delito. Comentario a propósito de la obra de M. Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012”, *ZIS*, (3), 2017, pp. 182-191.

SANCINETTI, Marcelo, «La influencia de los cursos causales hipotéticos en la responsabilidad civil y penal», *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2014/4, pp. 583-605.

SCHLACK, Andrés, «El consentimiento hipotético de la víctima en el Derecho penal alemán», *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, 19(2), 2012, pp. 275-298.

SCHMIDT, Eberhard, *Der Arzt im Strafrecht*, Theodor Weicher, Leipzig, 1939.

SCHÖCH, Heinz, «Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen», en ROXIN, Claus / SCHROTH, Ulrich (eds.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, Boorberg, Stuttgart (entre otras), 2010, pp. 33-49.

SCHROTH, Ulrich, «Medizin-, Bioethik und Recht», en KAUFMANN, Arthur / HASSEMER, Winfried / NEUMANN, Ulfrid, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg (entre otras), 2011, pp. 458-484.

SCHWARTZ, Tobias, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, Peter Lang, Fráncfort del Meno, 2009.

SEELMANN, Kurt / DEMKO, Daniela, *Rechtsphilosophie*, 6.^a ed., C.H. Beck, Múnich, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Imputación objetiva y causas de justificación. Un (mero) intento de distinguir», *Derecho Penal Contemporáneo*, 2015, (52), pp. 173-195.

SOWADA, Christoph, «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht», *NStZ*, 2012, pp. 1-10.

STAVROPOULOS, Nicos, «Legal Interpretivism», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014, disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/law-interpretivist/> [enlace verificado el 3/12/2017]

STENBERG-LIEBEN, Detlev / SCHUSTER, Frank Peter, «§ 17», *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, C.H. Beck, Múnich, 29.^a ed., 2014.

—, «Anmerkung zu BGH, Urt. v. 5.7.2007 – 4 StR 549/06 (LG Halle)», *StV*, 4/2008, pp. 190-193.

STURM, Jan Felix, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Heidelberg, 2016.

SWOBODA, Sabine, «Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?», *ZIS*, 1/2013, pp. 18-32.

TAG, Brigitte, «Richterliche Rechtsfortbildung im Allgemeinen Teil am Beispiel der hypothetischen Einwilligung», *ZStW*, 2015, (127), pp. 523-548.

—, *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis*, Springer, Berlin, 2000.

TIMMONS, Mark, *Moral Theory. An Introduction*, 2.^a ed., Rowman & Littlefield, Lanham (entre otras), 2013.

TOULMIN, Stephen, «How Medicine Saved the Life of Ethics», *Perspectives in Biology and Medicine*, 25(4), 1982, pp. 736-750.

TRÖNDLE, Herbert, «Selbstbestimmungsrecht des Patienten – Wohltat und Plage?», *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1983, pp. 881-887.

ULSENHEIMER, Klaus, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg (entre otras), 2015.

VON BAR, Ludwig, «Zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes», *GS*, (60), 1902, pp. 81-112.

VON BELING, Ernst, *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo* (trad. Sebastián SOLER), Depalma, Buenos Aires, 1944 [orig. de 1930].

VON DER PFORDTEN, Dietmar, «Rechtsethik», en HILGENDORF, Eric / JOERDEN, Jan (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, J.B. Metzler, Stuttgart, 2017, pp. 95-103.

VON HIRSCH, Andrew / JAREBORG, Nils, «Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis», *Oxford Journal of Legal Studies*, 1991, pp. 1-38.

VON HIRSCH, Andrew, «El concepto de bien jurídico y el “principio de daño”» [trad. Rafael ALCÁCER GUIRAO], en HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico*, Marcial Pons, Madrid / Barcelona, 2007 [orig. de 2003], pp. 33-48.

VOSENKUHL, Wilhelm, «Ethische Grundlagen ärztlichen Handelns. Prinzipienkonflikte und deren Lösungen», en ROXIN, Claus / SCHROTH, Ulrich (eds.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, Boorberg, Stuttgart (entre otras), 2010, pp. 3-20.

WALDRON, Jeremy, «Moral Autonomy and Personal Autonomy», en CHRISTMAN, John / ANDERSON, Joel (eds.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism*, Cambridge University Press, Cambridge (entre otras), 2005, pp. 307-329.

WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., 1969.

WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista* (trad. José CEREZO MIR), 4.^a ed., B de F, Buenos Aires, 2002 [orig. de 196].

WERTHEIMER, Alan, «(Why) should we require consent to participation in research?», *Journal of Law and the Biosciences*, 1(2), 2014, pp. 137-182.

WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner / SATZGER, Helmut, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 46.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg (entre otras), 2016.

WESSELS, Johannes / HETTINGER, Michael, *Strafrecht. Besonderer Teil 1*, 40.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg (entre otras), 2016.

WESSELS, Johannes / HILLENKAMP, Thomas, *Strafrecht. Besonderer Teil 2*, 34.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg (entre otras), 2016.

WIESNER, Sandra, *Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2010.

WILLIAMS, Glanville, «Offences and Defences», *Legal Studies*, (3), 1982, pp. 233-256.

WILSON, William, «How Criminal Defences Work» en REED, Allan / BOHLANDER, Michael, *General Defences in Criminal Law*, Routledge, New York, 2016, pp. 7-24.

WOLTERS, Gereon, en RUDOLPHI, Hans-Joachim *et al.* (eds.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8.^a ed. (separata 141), 2014, § 223.

WOOD, Allen «Kant's Compatibilism», en WOOD, Allen (ed.), *Self and Nature in Kant's Philosophy*, Cornell University Press, Ithaca, 1984, pp. 73-101.

WOSTRY, Thomas, «El daño patrimonial de la estafa (§ 263, CP alemán) en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo alemán», *En Letra: Derecho Penal*, n.^a 5, 2017, pp. 32-61.

YOUNG, Robert, «Informed Consent», en KUHSE, Helga / SINGER, Peter, *A Companion to Bioethics*, 2.^a ed., Wiley-Blackwell, Chichester, 2009, pp. 530-540.

ZABEL, Benno, «Die Einwilligung als Bezugspunkt wechselseitiger Risikoverantwortung», *GA*, 2015, pp. 219-235.