

—“Imputación e incumbencias en Derecho penal”, en *Polit. Crim.*, vol. 12, n.º 24, 2017, p. 1219.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Delito de Infracción de Deber”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (ed.) *Estudios y Debates en Derecho Penal*, t. VIII, Buenos Aires, B de F, 2014, pp. 288-317.

SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia* (trad. CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 412.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Estudios sobre los Delitos de Omisión*, Lima, Grijley, 2004.

— *El Delito de Omisión. Concepto y Sistema*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2015.

URRACO-SOLANILLA, Mariano/NOGALES-BERMEJO, Gema, “Michael Foucault: El funcionamiento de la institución escolar propio de la Modernidad”, en *Revista Andaluza de Ciencias Sociales (ANDUCI)*, n.º 12, 2013.

VACHELLI, Ezequiel, “Una aplicación para la figura de la *omissio libera in causa* en la teoría de la participación delictiva”, en *Revista República y Derecho*, vol. I, Mendoza, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, 2016.

Jurisprudencia nacional:

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE NEUQUÉN, “M.L.J. c. Provincia de Neuquén”, sentencia del 27 de agosto de 2012 (LLPatagonia 2012 -diciembre-, 638).

EL CONSENTIMIENTO HIPOTÉTICO Y EL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN DEL PACIENTE

Prof. Dra. Ingeborg PUPPE, Bonn

Fecha de recepción: 26 de octubre de 2017
Fecha de aprobación: 20 de noviembre de 2017

I. Delimitación del problema

Cuando en el año 2003 defendí públicamente por primera vez, en un simposio en Barcelona, el punto de vista de que el reconocimiento de un consentimiento hipotético como sustituto del consentimiento real del paciente insuficientemente informado ignora el derecho a la autodeterminación del paciente y paraliza, *de facto*, su protección jurídico-penal, se me presentó de inmediato la siguiente pregunta: ¿Cómo pretende solucionar sin el instituto del consentimiento hipotético el caso en el cual el paciente manifiesta posteriormente que está conforme con la operación? En definitiva también en este caso el médico ignoró el derecho de autodeterminación del paciente y el derecho penal no reconoce, por razones bien ponderadas, una autorización ulterior de una injerencia punible. ¿Y es que no necesitamos el instituto del consentimiento hipotético para evitar que también en este caso sea penado el médico por una lesión corporal, a pesar de que el paciente no se siente lesionado, de ninguna manera, en sus derechos? Aquí hay que distinguir dos casos. El primero es el del paciente que está conforme con el resultado del tratamiento porque no se ha realizado el riesgo respecto del cual no ha sido informado por el

· Publicado originalmente bajo el título “Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten”, en *ZIS*, 6/2016, pp. 366-372. Traducción del alemán de Leandro A. DIAS (Universidad de Buenos Aires/Universidad Torcuato Di Tella), revisada por el Prof. Dr. Marcelo A. SANCINETTI (Universidad de Buenos Aires) y la LL. M. Noelia T. NÚÑEZ (Universidad de Buenos Aires/Centro de Estudios de Derecho Penal y Proceso Penal Latinoamericano – Göttingen Universität). Se ha decidido mantener, en la medida de lo posible, el estilo de citas original.

médico. Esto ya se encuentra abarcado por el consentimiento brindado efectivamente por el paciente. Este último no resulta completamente ineficaz a causa del déficit de información, sino solo deficiente. El paciente sí se ha manifestado de acuerdo con la intervención como tal y no se ha realizado el riesgo que no pudo aceptar por el déficit de información.¹

Más difícil de resolver es el caso de que si bien se realizó en los hechos el riesgo respecto del cual el paciente no fue informado, de todos modos el paciente posteriormente acepta la ponderación de riesgos del médico y asume el riesgo. Como ya se señaló, una justificación por medio de una autorización ulterior no es reconocida por el derecho penal.² Una razón para esto es que existe un interés público en la persecución de un hecho punible, respecto del cual el lesionado no puede disponer. Una segunda razón reside en que el autor del hecho punible tampoco puede ser entregado a lo que surja y a ciertos efectos secundarios que amenazan producirse, como por ejemplo que el autor del hecho punible tenga que pagar un rescate o que se coaccione al lesionado para que se mantenga en silencio.³ Y de hecho el derecho penal reconoce una institución como la instancia privada para algunos delitos, que en sus efectos procesales se parece mucho a una autorización ulterior. Esto ya rige, según el § 230, StGB, para aquellos delitos que entran en consideración cuando un médico realiza un tratamiento tras informar deficientemente, a saber, la lesión corporal imprudente en casos de un déficit de información imprudente y, en el peor de los casos, una lesión corporal dolosa si el déficit de información fue doloso. Pues bien, aquí en los hechos la persecución penal, en lo que concierne al destino del autor, es dejada en manos del lesionado, quien por lo demás es libre de hacer valer sus derechos a través del derecho civil. Si el paciente, en los resultados, está de acuerdo con el tratamiento curativo y los riesgos que se han producido, entonces él no instará la acción penal y la fiscalía en tales casos tampoco podrá afirmar

¹ KUHLEN, en: BRITZ/JUNG/KORIATH/MÜLLER (eds.), Grundfragen staatlichen Strafans, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, p. 431 (436 ff.); ÍDEM, en: SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOTTKE/HAFFKE/RUDOLPHI (eds.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, p. 331 (342); WIDMAIER, en: HEINRICH/JÄGER/ACHENBACH/AMELUNG/BOTTKE/HAFFKE/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, t. 1, 2011, p. 439 (445 ss.); DUITGE, en: HOYER/MÜLLER/PAWLIK (eds.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, p. 179 (190 s.)

² Nada más y nada menos que una autorización posterior termina siendo la propuesta de ZABEL (GA 2015, p. 219 [233]) de que el paciente, con posterioridad a la intervención curativa, podría manifestar si su consentimiento es eficaz, a pesar de su error.

³ RÖNNAU, JuS 2014, p. 882 (884); SOWADA, NSTZ 2012, p. 1 (6).

un interés público, a menos que sospeche un manejo deshonesto entre paciente y médico, como por ejemplo, el del pago de un rescate.

El problema fáctico que con la ayuda del instituto del consentimiento hipotético podría ser resuelto se limita así a la siguiente constelación de casos: el paciente no fue informado de un riesgo relevante, o no fue informado correcta e íntegramente, según las reglas generales sobre el deber de informar. Este riesgo se ha realizado con la acción curativa y el paciente no está de acuerdo con esto ulteriormente, pues se siente lesionado en su derecho de autodeterminación.

II. El derecho de autodeterminación y la voluntad hipotética

Según ROSENAU, el reproche de que el reconocimiento de un consentimiento hipotético socava el derecho de autodeterminación del paciente y que le proporciona al médico la posibilidad de imponerle a su paciente cualquier tratamiento (en ese momento) compatible con la *lex artis* revela un “error fundamental”. “El tipo del § 223, StGB, tiene en miras el bien jurídico de la integridad corporal y no puede ser reinterpretado en un tipo de la protección de la autodeterminación”.⁴ Empero, la protección de un interés individual no se debe separar de la protección del derecho de disponer de ese interés, pues de lo contrario se lo somete a una razón soberana heterónoma. Esto también rige para el interés en la integridad corporal.⁵

Algunos autores niegan que el reconocimiento de un consentimiento hipotético ignore el derecho de autodeterminación del paciente, dado que más bien lo realizaría, porque obligaría a esforzarse por investigar la voluntad hipotética de ese paciente y no se sometería el interés a ninguna clase de razón soberana, como sería la *lex artis* médica u otras reglas de decisión heterónomas.⁶ Pero incluso si fuese posible encontrar una declaración inequívoca y, como hoy se expresa, robusta, sobre cómo el paciente habría decidido en una situación de conflicto si se le hubiese preguntado como es debido, no se tiene en consideración que el derecho de autodeterminación del paciente queda subordinado a la decisión averiguada de esa forma, como si fuese la decisión tomada por el propio paciente. Esto es así porque desde el punto de vista de la

⁴ ROSENAU, en: BLOY/BÖSE/HILLENKAMP/MOMSEN/RACKOW (eds.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht*, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, p. 683 (696); BEULKE, *medstra* 2015, p. 67 (69).

⁵ PUPPE, *GA* 2003, p. 764 (765); TAG, *ZStW*, t. 126 (2015), p. 523 (525); SWOBODA, *ZIS* 2013, p. 18 (30), con referencias adicionales.

⁶ KUHLEN, *JR* 2004, p. 227; ÍDEM, *supra* nota 1 – FS Müller Dietz, p. 442; RÖNNAU, *JZ* 2004, p. 801 (803 s.); BEULKE, *medstra* 2015, p. 67 (64).

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. El paciente que inicia un proceso de querrela privada contra el médico que lo engañó no se sentiría respetado en su derecho de autodeterminación si el juez le explicase que dicho derecho no estaría lesionado porque él, es decir, el juez, conoce con exactitud que el paciente también habría consentido la intervención médica curativa si hubiese sido informado correctamente.⁷

La pregunta aquí, empero, es la de qué sabe realmente el juez. Él sabe que el paciente en los hechos no ha consentido en asumir el riesgo del tratamiento, porque el médico no le ha informado al respecto. La afirmación de que con una información correcta habría consentido en asumir ese riesgo es pura especulación. El juez elige, según criterios reconocibles objetivamente, una decisión voluntaria ficticia del paciente que entonces toma como base de su evaluación acerca de la conformidad a derecho del comportamiento del médico. ROSENAU considera que esto es inobjetable, porque también siempre se deben, y se pueden, deducir los hechos subjetivos solo con la ayuda de indicios objetivos.⁸ Pero es completamente diferente deducir una circunstancia subjetiva a partir indicios objetivos y luego suponer que tal circunstancia es verdadera, que tomar por base, mediante indicios objetivos, una circunstancia subjetiva de la que se sabe con certeza que no es verdadera.

Pero con ello recién comienzan los problemas del consentimiento hipotético. Nadie puede realizar una declaración con pretensión de veracidad respecto de cómo él mismo u otra persona habría decidido en una situación de conflicto que en la realidad no ha afrontado. La forma lógica de una declaración de esta índole es la de una oración condicional irreal, es decir, una frase que afirma una relación condicional entre dos oraciones subordinadas y que simultáneamente afirma que la primera es falsa. Una oración tal es, desde una observación puramente lógica, siempre verdadera, con independencia de cómo sea el antecedente. Bajo el supuesto de que el paciente en los hechos no fue informado correctamente, por consiguiente también es verdadera, desde un punto de vista puramente lógico, no solo la oración de que dice que él también habría estado de acuerdo con la intervención curativa si hubiese sido informado correctamente, sino también la

⁷ Cfr., por ej., BGHR, § 223, párr. 1, intervención médica 2, con anotación de PUPPE, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, t. I, 3.^a ed., 2016, § 11, n.º m. 18 ss. En este caso, sin embargo, el derecho de autodeterminación del paciente no fue lesionado en los hechos, porque él ya había sido informado por otros médicos sobre los riesgos de la intervención curativa.

⁸ ROSENAU, *supra* nota 4, p. 692.

oración que dice que no habría estado de acuerdo si hubiese sido informado correctamente. Una oración de este tipo tiene solo un sentido de paráfrasis de leyes generales que no solo tendrían que determinar los acontecimientos reales, sino también los ficticios.⁹ No conocemos tales leyes generales para el comportamiento humano, ni sabemos, hoy como ayer, a pesar de todos los experimentos de las neurociencias, si tales leyes estrictas son válidas para el comportamiento humano.¹⁰ Los defensores del consentimiento hipotético rechazan esto por considerarlo una sabiduría teórica y señalan que en la vida cotidiana muy frecuentemente se alcanzan aseveraciones de esta clase, por ejemplo la frase: Aílton, en el año 2003, habría extendido su contrato con el Werder Bremen, si el club le hubiese ofrecido más dinero que el Schalke 04.¹¹ Es cierto que en la discusión futbolística o en el debate político se hacen afirmaciones de este tipo y también son tomadas al pie de la letra. Empero, en una sala de audiencia deberían regir estándares de verdad distintos a los que rigen en las discusiones futbolísticas. Sin embargo, en la ciencia jurídica actual se consigue poco con argumentos de lógica. Estos simplemente pueden ser refutados.¹² Mucho más convincente es el argumento de que 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.

No obstante, también la jurisprudencia en ocasiones toma al pie de la letra tales oraciones condicionales irreales y decide la pregunta sobre “¿qué habría pasado?” como una cuestión de simplemente preguntarle al paciente cómo habría decidido si el médico le hubiese informado de la situación correctamente y de modo acabado.¹³ En la primera sentencia en la cual un médico fue absuelto a causa del consentimiento hipotético del paciente, el BGH, no obstante, no le preguntó al paciente, sino que mencionó, por sí mismo, indicios respecto de que el paciente también se habría manifestado de acuerdo si hubiese sido informado de modo acabado.¹⁴ Incluso con prescindencia de todas las objeciones que se formulan desde la teoría del conocimiento contra

⁹ PUPPE, en: KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, t. 1, 4.^a ed., 2013, comentario previo al § 13, n.º m. 91 y la nota al pie 93, n.º m. 126 ss.; ÍDEM, *supra* nota 7, § 2, n.º m. 49, § 11, n.º m. 12 s., § 19; ÍDEM, JR 2004, p. 470 (471).

¹⁰ De acuerdo SWOBODA, ZIS 2013, p. 18 (28 s.); DUITTGE, *supra* nota 1, p. 189; HEFENDEHL, en: FREUND/MURMANN/BLOY/PERRON (eds.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, p. 465 (471).

¹¹ KUHLEN, JR 2004, p. 227 (228); SOWADA, NStZ 2012, p. 1 (6).

¹² BEULKE, medstra 2015, p. 67 (74).

¹³ BGH, JR 2004, p. 469; cfr. también BGH, JR 2004, p. 251 (252).

¹⁴ BGHR, § 223, párr. I, intervención curativa 2, con comentario de PUPPE, *supra* nota 7, § 11, n.º m. 18 ss.

tales declaraciones y métodos de prueba, toda nuestra propia experiencia nos enseña que cuando nos encontramos efectivamente en determinadas situaciones en las cuales se debe tomar una decisión, con frecuencia nos comportamos de modo distinto al modo en que con anterioridad hubiésemos creído que nos comportaríamos. A esto hay que añadir que la respuesta de nuestro paciente a la pregunta sobre “¿qué habría pasado?” puede estar influenciada a menudo por factores que tuvieron lugar con posterioridad a la situación de la decisión, por ejemplo la cuestión de si la intervención salió bien o mal,¹⁵ o también la de cómo se comportó el médico con el paciente en general.

Tomemos como ejemplo el caso de la broca, en el cual el BGH había tomado al pie de la letra la declaración del paciente, quien de ninguna manera habría consentido en la intervención, y confirmó la condena del médico.¹⁶ Al médico acusado se le había quebrado la broca del taladro en el omóplato del paciente durante una perforación. Después de un breve intento infructuoso de quitarlo, simplemente dejó la broca del taladro incrustada en el omóplato y suturó la herida de la operación. Cuando se dio cuenta posteriormente de que esa broca de taladro podría ser vista con facilidad en cualquier radiografía del hombro del paciente, tomó la decisión de quitarla a través de una intervención adicional. Para no tener que hacerse cargo del fracaso de la primera operación ante su paciente, le informó que debía llevar a cabo un pliegue capsular en el otro lado del hombro, lo cual fue consentido por el paciente. De modo entendible, cuando el paciente supo la verdad dejó de estar satisfecho con ese médico. En definitiva, él lo había engañado descaradamente e incluso intentó estafarlo, pues quería facturarle el supuesto pliegue capsular. Además, para poder responder verdaderamente la pregunta sobre “¿qué habría pasado?”, habría que inventar una enorme cantidad de circunstancias ficticias agregadas. ¿De qué modo el médico le habría hecho la pregunta al paciente? ¿Tendría que haberse arrepentido y hecho responsable de su error ante él para pedirle que entendiera la situación y tendría que haber podido explicarle que aun cuando la remoción de la broca del taladro no estaba indicada médicamente, de todos modos se hacía teniendo en cuenta el interés del paciente? Según cómo sean fingidas estas circunstancias acompañantes se podrán considerar más o menos plausibles los fundamentos tanto para responder afirmativamente como también negativamente la pregunta sobre “¿qué habría pasado?”.

¹⁵ STERNBERG-LIEBEN, en: FAHL/MÜLLER/SATZGER/SWOBODA (eds.), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe*, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, p. 299 (302); SOWADA, *NStZ*, 2012, p. 1 (6), CONRAD/KORANYI, *JuS* 2013, p. 979 (983); cfr. al respecto BGH, *JR* 1996, p. 69 (71 s.).

¹⁶ BGH, *JR* 2004, p. 469, con anotación de PUPPE.

La Sala VI en lo Civil del BGH, competente en materia de derecho de la medicina y que en cierto sentido inventó la figura del consentimiento hipotético, nunca se preocupó por responder esta pregunta, sino que desarrolló al respecto un sistema de reglas de prueba finamente ponderado. Según estos criterios, el paciente, en el proceso de responsabilidad médica, necesita simplemente hacer plausible que en el caso de haber sido informado correctamente se habría encontrado en un serio conflicto a la hora de decidir. Y según estos criterios, el médico tiene la carga de probar que el paciente de todos modos habría consentido en la intervención.¹⁷ A causa de estos requisitos probatorios, el médico fracasa prácticamente siempre.¹⁸ En el proceso penal el camino no se encuentra allanado a la posibilidad de decidir conflictos de intereses por medio de reglas probatorias. Aquí rige, para todas las cuestiones que puedan ser consideradas relevantes para la decisión, el principio de que en caso de duda la respuesta debe ser la más favorable para el acusado. Así, el juez en el proceso penal tampoco puede orientarse según consideraciones de plausibilidad. A partir del reconocimiento de que la pregunta sobre “¿qué habría pasado?” no puede ser respondida, ya como una cuestión de principios, cuando existe un vicio en la información relevante para la decisión, el juez tiene que llegar a la consecuencia de que dicha pregunta siempre tiene que ser resuelta a favor del médico. Es decir, una aplicación honesta y consecuente del principio de la duda en el proceso penal siempre debe partir de que el paciente también habría consentido en la realización de la intervención curativa si hubiese sido informado correcta y acabadamente. Por consiguiente, y por medio de una información dolosamente incompleta, el médico puede imponerle al paciente impunemente cualquier intervención curativa que se encuentra en el marco de la *lex artis*.¹⁹ Si no es realizada esta restricción, hecha de cierto modo al pasar, de la aplicación de la figura jurídica del consentimiento hipotético a las intervenciones que se realizan de conformidad con la *lex artis*, entonces regiría también para métodos alternativos.²⁰ Hasta dónde se puede llegar cuando la pregunta por el “¿qué habría pasado?” se extiende a otras causas de justificación, por ejemplo procesales, lo demuestra el alarmante caso Jalloh.²¹

¹⁷ WAGNER, en: SÄCKER/RIXECKER/OETKER/LIMPERG (eds.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 5, 6.ª ed., 2013, § 823, n.º m. 874.

¹⁸ WAGNER, *supra* nota 17, § 823, n.º m. 874; SOWADA, *NStZ* 2012, p. 1 (7).

¹⁹ PUPPE, *GA* 2003, p. 764 (769); OTTO, *Jura* 2004, p. 679 (685); DUTTGE, *supra* nota 1, p. 188; SWOBODA, *ZIS* 2013, p. 18 (22 s.); TAG, *ZStW*, t. 126, 2015, p. 523 (538 s.).

²⁰ Así BGH, *NJW* 2013, p. 1688.

²¹ BGHSt, t. 59, p. 292 (303), con comentario de PUPPE, *supra* nota 7, § 11, n.º m. 25 ss.

También la causa de justificación del consentimiento presunto resulta superflua con el reconocimiento del consentimiento hipotético. El instituto jurídico del consentimiento presunto permite que un médico pueda orientarse según el consentimiento hipotético del paciente y basarse en dicho consentimiento, cuando no puede recabar el consentimiento real del paciente por razones fácticas, por ejemplo porque el paciente está inconsciente o por alguna otra razón es incapaz de decidir y no se puede esperar un restablecimiento de su capacidad para decidir, en caso de que no se lleve a cabo ningún tipo de intervención médica. Estas restricciones, desde luego, son suprimidas en su totalidad si el médico también puede ser exonerado con un consentimiento hipotético del paciente si no se han cumplido tales restricciones.²² KUHLEN, que ha reconocido esto, quiere neutralizar la objeción al señalar que un médico que apela a un consentimiento hipotético del paciente sin una situación de necesidad sería punible por tentativa, porque de lo contrario el médico sí ignoraría el derecho de autodeterminación del paciente, en tanto estaría presente el disvalor de acción aun cuando decayera el disvalor de resultado.²³ Empero, esto no funciona. La tentativa no es cualquier disvalor de acción, sino la ejecución del dolo de realizar el tipo, sin que estén dados los requisitos objetivos de una causa de justificación, es decir, el exacto reflejo del ilícito objetivo en la conciencia del autor. Por consiguiente, una punibilidad del médico por tentativa solo entra en consideración si, primero, dolosamente engañó al paciente o le informó de la situación de modo incompleto y, segundo, no confió seriamente (sino a lo sumo vagamente) en que el paciente también habría consentido en la intervención si hubiese sido debidamente informado.²⁴ De todos modos, ante el conocimiento de que las afirmaciones sobre la voluntad hipotética del paciente no son un hecho, sino solo especulaciones, el médico acusado puede siempre afirmar, de modo irrefutable, una confianza tal, a menos que el paciente hubiese obtenido la información por otra vía y le hubiese manifestado al médico, sin ser preguntado, que no consentiría en asumir ese riesgo o esa ampliación de la operación.

²² HAAS, GA 2015, p. 147 (151, 157); RÖNNAU, JuS 2014, p. 882 (884); SWOBODA, ZIS 2013, p. 18 (26); SOWADA, NStZ 2012, p. 1 (7). BEULKE, medstra 2015, p. 67 (74), no obstante, no ve ninguna diferencia entre ambas situaciones, porque en todo caso se investigaría la voluntad hipotética del paciente.

²³ KUHLEN, JR 2004, p. 227 (229).

²⁴ PUPPE, JR 2004, p. 470 (471); SWOBODA, ZIS 2013, p. 18 (28); SOWADA, NStZ 2012, p. 1 (8); véase al respecto BGH, NStZ-RR 2007, p. 340 (341); BGH, NStZ 2012, p. 205 (206). Por tanto, en contra de BEULKE, medstra 2015, p. 67 (75), esto rige precisamente cuando el médico obtuvo capciosamente un consentimiento deficiente por medio de un engaño al paciente.

III. Sobre la clasificación sistemática del consentimiento hipotético en derecho penal

Sin embargo, ¿no son todas estas objeciones al reconocimiento de una voluntad hipotética del paciente como causa de justificación o de exclusión de responsabilidad penal, literalmente, arqueología jurídica, desde que la Sala VI en lo Civil del BGH reconoció el consentimiento hipotético como causa de exclusión de la responsabilidad y el legislador lo estableció en el § 630h, párr. 2, BGB, como una excepción que puede invocar el médico acusado frente a la ley de derechos del paciente? ¿Puede ser el derecho penal más exigente que el derecho civil?²⁵ Para aclarar la cuestión relativa a si en este ámbito el derecho civil es vinculante para el derecho penal, en primer lugar debe quedar en claro cuál es la posición sistemática del instituto jurídico del consentimiento hipotético en el derecho penal y en el civil. Algunos defensores del consentimiento hipotético lo consideran un nuevo instituto que sobrevuela libremente en el ámbito sistemático del delito y que, en cierto sentido, serviría para reajustar de un modo equitativo los riesgos entre el médico y el paciente. Con ello, se compensarían las exigencias, que según el punto de vista de muchos penalistas son desmesuradas, que rigen respecto del deber de informar del médico, en la medida en que el médico no sería responsabilizado penalmente por la existencia de un defecto en la información brindada, según esta determinación del deber.²⁶ Ahora, en los casos que se conocen por el momento, y en los cuales los médicos fueron absueltos a causa de un consentimiento hipotético del paciente, no se estaba en presencia de defectos leves al informar, sino de defectos realmente importantes, e incluso de engaños realizados conscientemente.²⁷ Si los deberes de información de los médicos son desmesurados, entonces justamente tienen que ser reducidos de un modo adecuado, incluso si esto es incómodo y difícil de realizar en la praxis.²⁸ No se deben corregir las consecuencias de deberes de información

· La expresión original es “Schnee vom vorigen Jahrtausend”, cuya traducción literal sería “nieve del milenio pasado”. Dado que una traducción literal luce cuando menos extraña, se ha decidido traducir la frase como “arqueología jurídica” [Nota del traductor].

²⁵ Se contesta negativamente esta pregunta en las contribuciones de KUHLEN, ZStW, t. 126, 2015, p. 693 (694); ROSENAU, en: SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER (eds.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2.^a ed., 2014, comentario previo al § 32, n.º m. 53, con referencias adicionales; BEULKE, medstra 2015, p. 67 (73).

²⁶ ZABEL, GA 2015, p. 219 (220); ROSENAU, *supra* nota 4, p. 698.

²⁷ BGH, JR 2004, p. 251 s.; BGH, NSTZ 1996, p. 34. Lo mismo rige en aquellos casos en los cuales el BGH revocó la absolución del tribunal de primera instancia, BGH, NSTZ, 2012, p. 205; BGH, NSTZ-RR 2007, p. 340.

²⁸ SALIGER, en: FAHL/MÜLLER/SATZGER/SWOBODA, *supra* nota 14, p. 257 (269 ss.); STERNBERG-LIEBEN, *supra* nota 14, pp. 306 ss.; TAG, ZStW, t. 126, 2015, p. 523 (543 ss.).

desmesurados de un modo tal que se suprime de manera general la protección jurídico-penal del deber de informar de los médicos por medio del reconocimiento de un consentimiento hipotético.

Por consiguiente, ¿en qué contexto sistemático dentro del derecho penal surge la pregunta de si un paciente informado de modo insuficiente habría consentido en la realización de la intervención curativa si hubiese sido informado correctamente? Para KUHLEN, el protagonista más importante de la teoría del consentimiento hipotético, no se produce ninguna diferencia si se lo clasifica sistemáticamente en la imputación objetiva o en la justificación.²⁹ “De hecho, lo cierto es que en realidad el resultado es exactamente el mismo si la cuestión se centra en la contrariedad al deber definitiva, porque se está en presencia de una acción que objetivamente no está justificada, o bien en la contrariedad a deber *prima facie*, porque la acción no está vinculada a un riesgo típicamente desaprobado”.³⁰ En ambos contextos surge la pregunta de si el autor habría evitado el resultado con un comportamiento alternativo conforme a derecho y justamente esa pregunta debería responderse negativamente si el paciente también habría consentido en la realización de la intervención curativa si hubiese sido informada correcta e íntegramente. KUHLEN, por consiguiente, establece una relación de imputación entre el defecto en la información y la realización de la intervención curativa.³¹ Empero, antes de plantear la pregunta por la evitabilidad por medio del comportamiento alternativo conforme a derecho uno tiene que cerciorarse de qué es lo que se debe evitar. No debe ser evitada la realización de la intervención médica curativa que el médico llevó a cabo sin el consentimiento eficaz del paciente, sino la realización de una intervención médica curativa sin su consentimiento. Este resultado se puede impedir de dos formas: o bien se adapta la intervención curativa a la voluntad del paciente o la voluntad del paciente se adapta a la intervención curativa propuesta por el médico. Desde el punto de vista de la autodeterminación del paciente, ambas alternativas son equivalentes. Pero si el médico hubiese informado correcta e íntegramente al paciente, entonces habría tenido lugar una de estas dos alternativas y, por consiguiente, se habría evitado el ilícito de resultado.³² Esto no sería ningún

²⁹ KUHLEN, JR 2004, p. 227 (229); en contra DUTTGE, *supra* nota 1, p. 190.

³⁰ KUHLEN, *supra* nota 29, p. 227 (228); cfr. también ROSENAU, *supra* nota 4, p. 694 s.; en contra DUTTGE, *supra* nota 1, p. 190.

³¹ KUHLEN, *supra* nota 1, FS Müller-Dietz, p. 436; ÍDEM, JR 2004, p. 227 (228); ÍDEM, *supra* nota 1, FS Roxin, pp. 337, 339 ss.

³² SWOBODA, ZIS 2013, p. 18 (25); cfr. también SCHLEHOFER, en: PAEFFGEN/BÖSE/KINDHÄUSER/STÜBINGER/VERREL/ZACZYK (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, 2011, p. 953 (970), quien también

reconocimiento de la teoría de la evitabilidad por medio de un comportamiento alternativo conforme a derecho, pero no puedo ocuparme aquí de los defectos y déficits básicos que sufre esta teoría.³³

En la primera sentencia en la cual el BGH introdujo en asuntos penales el instituto del consentimiento hipotético para fundamentar con ello la absolución del médico acusado, el tribunal formuló con las siguientes palabras la pregunta de cómo habría decidido el paciente en caso de haber sido informado correcta e íntegramente: “No obstante, se debe confirmar la absolución porque la Sala en lo Penal defendió, sin errores de fundamentación, la opinión de que la contrariedad al deber no sería causal de las lesiones corporales. Derivó esto de la consideración de que el querellante finalmente encontró en el acusado un médico que habría acatado su deseo apremiante de corregir mediante una operación la molesta mala posición de su rodilla, de que tuvo, en gran medida, una confianza incondicional en la capacidad médica y en la práctica quirúrgica del acusado y de que, por tanto, también habría consentido en la operación si hubiese sido informado de todos los riesgos asociados”.³⁴ Por consiguiente, el defecto en la información es tratado sistemáticamente como un defecto en el tratamiento médico y, en correspondencia con ello, se analiza el requisito de la causalidad de la lesión al deber de cuidado para la realización de la intervención médica curativa, que es tratada como el resultado a evitar de la lesión corporal.

En ese sentido, el déficit de información puede devenir causal respecto de la intervención curativa como resultado de la lesión corporal, en tanto es causal respecto del consentimiento del paciente y este último es, en ese sentido, causal respecto de la intervención curativa llevada a cabo por el médico, en tanto esta última no habría sido llevada a cabo de ningún modo sin consentimiento. Empero, la importancia del consentimiento en el derecho no está dada por el hecho de que causa la intervención médica, sino porque la justifica. Por tanto, desde un principio es un error sistemático aplicar a los defectos de información la teoría de la causalidad de la lesión al deber de cuidado respecto de la lesión al bien jurídico.³⁵ Entonces, al ser aplicada la teoría de la

advierte que la acción típica del médico no consiste en brindar información incompleta, sino en realizar la intervención curativa con posterioridad a brindar la información incompleta (p. 969). Por consiguiente, la omisión habría sido el comportamiento alternativo conforme a derecho.

³³ Véase al respecto PUPPE, JZ 2008, p. 488 (492 ss.); IDEM, GA 2015, p. 203 (209 ss.), en especial en casos de cursos causales psíquicos, BGSt, t. 13, p. 13.

³⁴ BGHR, § 223, párr. 1, consentimiento 2, con comentario de PUPPE, *supra* nota 7, § 11, n.º m. 18 ss.

³⁵ PUPPE, GA 2003, p. 764 (770); IDEM, *supra* nota 7, § 11, n.º m. 23 s.; DUTTGE, *supra* nota 1, p. 185 s.; GROPP, en: HOYER/MÜLLER/PAWLIK, *supra* nota 1, p. 197 (206 s.); SCHLEHOFER, *supra* nota 32, p. 953 (969 s.); HAAS, GA 2015, p. 147 (155); STERNBERG-LIEBEN, *supra* nota 14, p. 301 s.; SWOBODA, ZIS 2013, p. 18

conditio sine qua non a este supuesto problema de causalidad,³⁶ surge la pregunta irreal acerca de si la intervención curativa también habría ocurrido si el médico no hubiese incurrido en un defecto de información. Por consiguiente, mentalmente se añade un cumplimiento “hipotético” del deber de información por parte del médico y se puede especular entonces sobre la cuestión de si —con seguridad, posiblemente o al menos no puede descartarse la posibilidad de que— el paciente habría estado de acuerdo con la intervención, de modo que se habría llegado a la misma intervención curativa, si bien a causa de un consentimiento distinto en cuanto al contenido. Por tanto, justamente el déficit de información no sería en sí mismo causal respecto de la injerencia. No obstante, en este análisis de la causalidad se pasaría por alto la diferencia entre una intervención curativa abarcada por un consentimiento real que se produjo con anterioridad a la intervención, aunque no en cuanto al contenido, y una intervención curativa abarcada por el consentimiento que el paciente habría otorgado (con seguridad, tal vez o cuya posibilidad de otorgamiento al menos no pueda descartarse) si hubiese sido informado correctamente, es decir, justamente el consentimiento hipotético.

No obstante, todavía se puede aplicar el análisis de la causalidad del déficit en el consentimiento o, como lo expresaría KUHLEN, de la causación del acontecimiento ulterior por el déficit en el consentimiento, de otro modo, es decir, de tal forma que uno debería preguntarse si el déficit de información causó el consentimiento real del paciente. Si se realiza el análisis según el método, ampliamente conocido, que consiste en suprimir y añadir mentalmente y se pregunta si el paciente habría consentido si el médico lo hubiese informado íntegramente, entonces uno se enfrenta nuevamente a la cuestión de si la responsabilidad del médico depende de la teoría del consentimiento hipotético, es decir, a la pregunta sobre “¿qué habría pasado?”. Empero, y como el BGH muy tempranamente explicó en una sentencia acertada, el curso causal real no pierde su existencia a causa de que en otras circunstancias se presentase otro curso causal en su lugar, pero

(21, 24, 27); PAEFFGEN, en: KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, *supra* nota 9, comentario previo al § 32, n.º m. 168a, con nota al pie 864; JÄGER, *Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht*, 2006, p. 25 s.; GAEDE, *Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung*, 2015, p. 25 s. Contra HEFENDEHL, *supra* nota 10, pp. 474 ss., la cuestión de que la relación entre el déficit en el nivel del contenido del consentimiento causado por medio de un defecto en la información y la intervención curativa no es una relación causal tampoco se modifica si se toma por base una estructura del delito bipartita, en lugar de una tripartita, es decir, si se integran las condiciones de justificación en la descripción del tipo.

³⁶ Para una crítica fundamental de este método para determinar la causalidad y verificarla en el caso individual, PUPPE, GA 2010, p. 551; ÍDEM, *supra* nota 9, comentario previo al § 13, n.º m. 90 ss.

que no se presentó.³⁷ Ninguna de todas las posibles especulaciones respecto de la pregunta sobre “¿qué habría pasado?” modifica en absoluto el simple hecho de que el paciente que no fue informado sobre un riesgo o sobre una posible ampliación de la operación no tomó una decisión sobre ese riesgo o sobre esa posible ampliación de la operación, ni mucho menos se manifestó de modo positivo a su respecto. En todo caso, podría regir otra cosa si el paciente se hubiese procurado la información necesaria para tal decisión por otras vías.³⁸ Por lo demás, el diagnóstico meramente fáctico es que la decisión adoptada en los hechos por el paciente y el consentimiento por él expresado no abarcan ese riesgo, ni esa ampliación de la operación.

IV. Sobre la clasificación sistemática del consentimiento hipotético en el derecho civil

De hecho debería generar sorpresa, al menos hasta cierto punto, que precisamente un tribunal civil haya inventado el instituto jurídico del consentimiento hipotético para rechazar la responsabilidad de médicos por un tratamiento curativo que no se encuentra abarcado por el consentimiento real del paciente porque este último está basado en un déficit de información. ¿Qué civilista consideraría válido un acto jurídico sujeto a aprobación o a autorización si no cuenta con la aprobación necesaria, con el fundamento de que la persona habilitada para dar su aprobación probablemente la habría brindado si tal aprobación hubiese sido requerida debidamente? Empero, en las correspondientes sentencias se busca en vano una fundamentación sistemática de la relevancia de la pregunta de si el paciente también habría estado de acuerdo con la intervención si hubiese sido informado conforme al ordenamiento jurídico. Esta pregunta sobre “¿qué habría pasado?” es planteada más bien de un modo absolutamente súbito y es considerada relevante desde el vamos.³⁹ No obstante, en una sentencia hay una formulación que indica que no se trata de una justificación o de una restricción de la responsabilidad a causa del consentimiento hipotético, sino más bien de una relación causal entre el déficit de información, es decir, el error del paciente, y el consentimiento real.⁴⁰ Como se acaba de explicar, por tanto, no es necesaria la

³⁷ BGHSt, t. 13, p. 13; hoy en día lamentablemente de otra opinión BGH, NStZ, 2010, p. 88; ambos con comentario de PUPPE (*supra* nota 7), n.º m. 43 ss.

³⁸ En el caso BGHR, § 223, párr. 1, consentimiento 2, esto fue probablemente lo que ocurrió en los hechos. El paciente ya había consultado a otros dos médicos, que se habían rehusado a realizar la operación exigida por él, precisamente a causa de los riesgos que posteriormente se realizaron.

³⁹ Cfr., por ej., BGHZ, t. 90, p. 103 (111); BGH, NJW 1980, p. 133 (134).

⁴⁰ En BGH, NJW 1980, p. 133 (134) se habla de la “causalidad del déficit de información para la decisión de consentir”.

averiguación de tal relación causal, porque el error del paciente no causa el consentimiento, sino que determina su contenido. Además, la causalidad del error respecto del consentimiento real tampoco depende de la pregunta sobre “¿qué habría pasado?”, pues el proceso causal real que condujo a la resolución del paciente de manifestar su acuerdo con la intervención no pierde su existencia a causa de que bajo otros presupuestos se presentaría con seguridad o probablemente (o no podría descartarse su presencia) otro proceso causal en su lugar, que habría llevado al mismo resultado, pero que en los hechos no tuvo lugar.⁴¹ Por consiguiente, no nos queda más remedio que emprender la tarea de buscar una fundamentación para que la responsabilidad del médico por un riesgo que se ha realizado por medio de su intervención, pero que a causa de un déficit de información no estaba abarcado por el consentimiento del paciente, debe depender de si el paciente habría expresado su acuerdo con la asunción de ese riesgo si hubiese sido informado íntegramente, tal como era requerido.

El único punto de conexión se brinda para resolver la pregunta sobre “¿qué habría pasado” es el § 249, BGB, esto es, la llamada causalidad que satisface la responsabilidad. Empero, en verdad esto no es ninguna cuestión de causalidad, sino la idea general de que a quien es afectado por un ilícito se le concede el derecho a que se lo coloque en la situación en la que se encontraría si el ilícito no hubiese tenido lugar. Esto no tiene nada que ver con la causalidad en sentido estricto, pero plantea la pregunta decisiva respecto de cuál sería la situación si en lugar de un comportamiento deficiente se hubiese producido uno correcto, es decir, nuestra pregunta sobre “¿qué habría pasado?”. Ahora, cualquier experto en responsabilidad extracontractual sabe que esta estrategia no sirve y que se está pensando en casos en los que existe una causa de reemplazo, donde según esta regla el afectado sería cargado con un doble riesgo de insolvencia. Piénsese en los casos en los cuales el perjudicado está asegurado contra estos daños. Piénsese en la llamada liquidación de daños en interés de un tercero. Entonces, en el derecho de daños la respuesta a la pregunta sobre “¿qué habría pasado?” tampoco es tan inevitable como pareciera según la letra del § 249 BGB. Por tanto, la Sala VI en lo Civil del BGH también tuvo la posibilidad de trabajar con las reglas sobre la carga de la prueba.

La conclusión más importante para el penalista que se deriva de esta explicación del instituto jurídico del consentimiento hipotético es la de que esto no le concierne. La teoría de la normatividad del consentimiento hipotético para la responsabilidad del médico, desarrollada por

⁴¹ BGHSt, t. 13, p. 13 (14).

· Nota del traductor: *haftungsausfüllende Kausalität*.

la Sala VI en lo Civil no es, de ninguna manera, obligatoria, ni tiene una relación prejudicial respecto del derecho penal. Lo mismo rige también respecto del § 630h, párr. 2, BGB.

No obstante, la jurisprudencia de la Sala VI en lo Civil podría inspirar una solución al problema de cómo podría restringirse de un modo razonable el deber de información del médico, cuya extensión supuestamente se ha desbordado. Lo que la Sala VI en lo Civil formuló como reglas de la carga de la prueba podría ser considerado también como el fin de protección de la norma. La Sala VI previó una inversión de la carga probatoria en contra del médico si se cumple el requisito de que el paciente pueda explicar que si hubiese sido informado correcta e íntegramente sobre los riesgos de la intervención o, dado el caso, de la necesaria ampliación de la intervención, se habría encontrado frente a una grave situación de conflicto a la hora de decidir si debía consentir en la realización de la intervención o no. Este criterio también es razonable como determinación del fin de protección de la norma que fundamenta el deber de informar del médico. Distintas clases de deberes de informar alcanzan al médico, como por ejemplo, aquellos sobre cómo el paciente debe comportarse después de la intervención o cómo el proceso curativo probablemente tendrá lugar en los detalles. Por consiguiente, no todos los deberes de informar del médico sirven al fin de proteger el derecho de autodeterminación del paciente contra errores al momento de otorgar su consentimiento. Solo tienen este fin los deberes de informar de aquellos hechos, en especial riesgos o posibles ampliaciones de la intervención, cuyo conocimiento colocaría al paciente frente a una grave situación de conflicto a la hora de decidir. De este modo, se puede llegar en derecho penal al mismo resultado al que aspira la Sala VI en el derecho civil, mientras que una adopción sin más del consentimiento hipotético como causa de exclusión de la responsabilidad conduciría, en derecho penal, a una paralización del derecho de autodeterminación del paciente, en virtud del principio de la duda.

Consiguientemente, se encuentran por fuera del fin de protección de un deber de informar, violado, dado el caso, por un médico, aquellas informaciones falsas que no se refieren directamente al interés corporal del paciente, como por ejemplo la información sobre los costos del tratamiento o sobre la cuestión de si el seguro del paciente se hace cargo de aquel. Las informaciones falsas que se refieren al interés corporal del paciente solamente no están abarcadas por el fin de protección de la norma de información si son irrelevantes para la decisión que tomará el paciente. Esta restricción del fin de protección de las normas de información sirve evitar que los pacientes, ante la sospecha de un error de tratamiento, quieran hacer valer sus daños como un déficit de información, notablemente más fácil de probar, como deseaba la Sala VI en lo Civil

cuando introdujo el consentimiento hipotético.⁴² Por lo demás, el fin de protección del deber de información concierne a toda información que desempeñe un papel en la decisión del paciente de someterse a la intervención, a la luz de su interés corporal. La razón detrás de esta necesidad al consentir en la realización de una intervención médica curativa reside en que el paciente debe pagar, en un primer momento, el esperable restablecimiento de su salud con un sacrificio de su salud.⁴³ Si es inducido a error en esa decisión, entonces se ve afectado su derecho de autodeterminación sobre su cuerpo, es decir, el bien jurídico del § 223, StGB. Por tanto, se debe contradecir a GAEDE, quien quiere restringir el fin de protección del deber de información a la calidad de la intervención curativa como tal y, en especial, exceptuar la información sobre el diagnóstico, la prognosis y las alternativas de tratamiento.⁴⁴ El diagnóstico es la razón por la cual el paciente decide, en un primer momento, llevar a cabo un sacrificio de su integridad corporal y solo cuando conoce, por ejemplo, las alternativas de tratamiento disponibles puede decidir qué sacrificios llevar a cabo.⁴⁵

La marcha triunfal de la teoría del consentimiento hipotético, especialmente en derecho penal, es un ejemplo dramático, en cuanto a las consecuencias jurídicas prácticas, de lo profundamente desorientada que puede volverse la aplicación del derecho si se descuida la investigación acerca la ubicación sistemática de un problema jurídico y se traslada a este problema, sin más, un razonamiento que fue desarrollado en un contexto sistemático completamente distinto.

⁴² LAUFS/KATZENMEIER/LIPP, *Arztrecht*, 7.ª ed., 2015, n.º m. 154 s.; cfr. WAGNER, *supra* nota 16, § 823, n.º m. 810; BGHZ, t. 90, p. 103 (111 ss.); ZABEL, GA 2015, p. 219 (223).

⁴³ PUPPE, GA 2003, p. 764.

⁴⁴ GAEDE, *supra* nota 34, p. 65 s. En el llamado caso Surgibone (BGH, NStZ 1996, p. 34), también el BGH consideró que el médico no estaba obligado a informar al paciente sobre las alternativas disponibles frente a un tratamiento considerado preferible por el médico.

⁴⁵ KUHLEN, GA 2015, p. 709 (710), recensión a GAEDE, *supra* nota 34.