

Consentimiento hipotético y autonomía del paciente. Una reconstrucción analítica del debate

LEANDRO DÍAS LESTON

RESUMEN

Desde hace unos años se está discutiendo en la dogmática jurídico-penal continental una nueva figura jurídica aplicable a contextos médicos y potencialmente exculpatoria: el llamado consentimiento hipotético. Según esta construcción, los médicos no serían punibles a pesar de haber llevado a cabo una intervención médica curativa sin un consentimiento válido de un paciente al que no se le brindó suficiente información y, por tanto, típica del delito de lesiones corporales, si ex post se comprueba que el paciente habría consentido en la intervención si hubiese sido informado conforme al deber. A pesar de que el consentimiento hipotético fue adoptado por la jurisprudencia alemana y por parte de la doctrina, un importante grupo de autores esgrime que su reconocimiento en derecho penal viola la autonomía del paciente. En este trabajo se reconstruye el argumento basado en la idea de autonomía y se lo divide en dos sub-argumentos: uno general y otro específico. Se señala, además, que solo uno de estos, el específico, resulta convincente, pero no decisivo. Y, por último, se brindan los lineamientos para crear un argumento distinto, deontológico, también basado en la idea de autonomía, que pueda ser apto para desacreditar completamente al consentimiento hipotético. Pero un argumento de esa clase también tiene sus costos, por lo que se señalan cuáles son y por qué no todos estarían dispuestos a pagarlos.

Palabras clave: consentimiento hipotético, autonomía del paciente, libre albedrío, causas de justificación, derecho penal de la medicina.

ABSTRACT

For some years now, a new and potentially exculpatory legal figure applicable to medical and potentially exculpatory has been discussed in continental legal-criminal

dogma: the so-called hypothetical consent. According to this new concept, doctors would not be punished despite having carried out a medical intervention without the valid consent of a patient who was not provided with sufficient information, if ex post it was proven that the patient would have consented to the intervention if he or she had been properly informed. Despite the fact that hypothetical consent was received by German courts and literature, an important group of authors argue that its recognition in criminal law violates the patient's autonomy. In this paper the argument based on the idea of autonomy will be reconstructed and divided into two parts: one general and one specific. It will also be pointed out that only one of these, the specific one, is convincing, but not decisive. Some guidelines will be provided for creating a different (deontological) argument, also based on the idea of autonomy, that could be apt to completely discredit hypothetical consent. But such an argument also has its costs, so we will point out what those costs are and why not everyone would be willing to pay them.

Title: *Hypothetical consent and patient autonomy. An analytical reconstruction of the debate*

Keywords: *Hypothetical consent, Patient Autonomy, Free Will, Justifications, Medical Criminal Law.*

SUMARIO:—1. Introducción.—2. La crítica general basada en la autonomía del paciente.—3. La crítica específica (epistémica) de Puppe.—4. Libre albedrío, determinismo causal y consentimiento hipotético.—5. Conclusión.—6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Sancinetti le dedicó grandes esfuerzos en las últimas dos décadas a discutir el problema de los cursos causales hipotéticos en derecho penal y, en particular, en el análisis de la causalidad y la imputación(1). Entre otras cosas, supo señalar que en la vida en sociedad se razona diariamente a partir de hipótesis y eso se ve reflejado en distintos segmentos de la teoría del delito, como en las causas de justificación con elementos prospectivos o los casos de interrupción de cursos causales salvadores(2). Por esa razón, cuando se quiere rechazar el

(1) SANCINETTI, M., «Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva», en Cancio Meliá/Ferrante/Sancinetti, (eds.), *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, 1998, p. 37 ss.; EL MISMO, *FS-Jakobs*, 2007, p. 583.

(2) SANCINETTI, M., «Hypothetische Kausalverläufe und die Differenztheorie», *ZStW* (120), 2008, p. 665, 693 ss.; EL MISMO, «La influencia de los cursos causales hipotéticos en la responsabilidad civil y penal», *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2010, p. 591 ss.

recurso a hipótesis, como señala la opinión dominante respecto de la posible influencia de los cursos causales hipotéticos en la relación de causalidad(3), sería necesario ofrecer razones fundadas para sostener esa pretensión. Y Sancinetti demostró que esas razones no están presentes, al menos en la toma de postura actual de la opinión dominante.

En esta contribución se asumirá este punto de partida para analizar una figura jurídica que justamente toma por base un análisis hipotético: el llamado consentimiento hipotético del paciente. Con este título se discute la posibilidad de justificar el tipo realizado por un médico (en general, lesiones corporales, § 223 CP alemán, artículo 147 CP español; artículo 89 CP argentino)(4) 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 al paciente sobre los riesgos de la operación). Esta justificación procede a través de la constatación hipotética de que, en realidad, si el paciente hubiese sido informado debidamente, este último de todos modos habría consentido en la realización de la intervención(5).

Si bien se encuentra sumamente discutida la cuestión relativa a si se está en presencia de una verdadera causa de justificación, o si por el contrario se trata de un criterio de imputación objetiva que permitiría excluir la tipicidad de la conducta del médico (y no solamente justificar una acción *prima facie* antijurídica)(6), lo cierto es que un argumento usual a favor del reconocimiento del consentimiento hipotético

(3) Cf. BGHSt 2, 20; 10, 369; 13, 13; KINDHÄUSER/HILGENDORF, «Vor § 13», *Strafgesetzbuch*, 2020, nm. 81 ss.; KÜHL, *Strafrecht AT*, 8.^a ed., 2017, § 4/12; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 49.^a ed., 2019, nm. 239.

(4) Según el punto de vista de la jurisprudencia dominante en Alemania, incluso si el tratamiento fue exitoso. Solamente a modo de ejemplo, RGSt, 25, 375, 378; BGHSt 11, 111, 112; 16, 309; 43, 306. Sobre la discusión actual en Alemania, GRÜNEWALD, «§ 223», *Leipziger Kommentar*, 12.^a ed., 2018, nm. 63 ss.; KINDHÄUSER/HILGENDORF, «§ 223», *Strafgesetzbuch*, 2020, nm. 7 ss. Por supuesto que, como muchas de las discusiones de parte especial, el estado actual del tratamiento de estos problemas suele variar dependiendo del sistema jurídico del que se trate. En este caso, se toma como punto de referencia el ordenamiento alemán, en el que se llevó a cabo la discusión originalmente, luego exportada a otros estados con sistemas de derecho continental-europeo a través del proceso de recepción. Para un panorama en idioma español, recientemente, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «El delito de tratamiento médico arbitrario: una propuesta de lege ferenda», *RECPC*, 2017, pp. 1 ss.

(5) HILGENDORF/VALERIUS, *Strafrecht AT*, § 5/138; KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *Strafrecht AT*, 9.^a ed., 2020, § 19/16; KÜHL, *AT*, 8.^a ed., 2017, § 9/47a; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 49.^a ed., 2019, nm. 594.

(6) Véase solamente BÖCKER, «Die “hypothetische Einwilligung” im Zivil- und Strafrecht», *JZ*, 2005, pp. 927 ss.; HENGSTENBERG, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2013, pp. 159 ss.; MITSCH, «Die «hypothetische Einwilligung» im Arztstrafrecht», *JZ*, 2005, pp. 280 ss.; PUPPE, «Die hypothetische Einwilligung und

del paciente como eximente de responsabilidad es equivalente al que justifica la impunidad de los casos de comportamiento alternativo conforme a derecho(7). Puntualmente, la acción contraria a deber del médico carecería de significado, a nivel normativo, para explicar lo sucedido en la realidad, en virtud de que el resultado real (en este caso, el consentimiento del paciente) se habría producido incluso con un comportamiento debido en un mundo posible distinto al real. Y dado que se reconoce de modo generalizado que en casos de comportamiento alternativo conforme a derecho se debe excluir la ilicitud objetiva de la conducta(8), en principio habría una razón para asignarle las mismas consecuencias a la figura jurídica análoga del consentimiento hipotético. En este sentido, es aplicable la regla general sobre construcciones hipotéticas que postula Sancinetti, ya asumida como punto de partida de esta investigación.

Mucho se ha escrito sobre esta cuestión, tanto en apoyo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) que desarrolló esta figura jurídica en el ámbito del derecho penal(9), como en rechazo(10), y en este trabajo se abordará una crítica puntual, a saber,

das Selbstbestimmungsrecht des Patienten», *ZIS* (6), 2016, p. 369 ss.; STURM, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2016, p. 59 ss.

(7) Cf. BEULKE, «Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz», *medstra* (2), 2015, p. 73; KUHLEN, *FS-Roxin*, 2001, p. 331 ss.; EL MISMO, «Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen», *JR*, 2004, p. 227; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 5.ª ed., 2019, § 25/132; ROSENAU, *FS-Maiwald*, 2010, p. 691; ROXIN, *Strafrecht AT*, t. I, 4.ª ed., 2010, § 13/120; SILVA SÁNCHEZ, «Objektive Zurechnung und Rechtfertigungsgründe. Versuch einer Differenzierung», *ZIS* (11), 2014, pp. 549 s. Este tema, no obstante, se encuentra discutido (por todos, ALBRECHT, *Die «hypothetische Einwilligung» im Strafrecht*, pp. 259 ss.; GAEDE, *Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung*, 2014, p. 16 ss.; HENGSTENBERG, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2013, pp. 259 ss.; SCHWARTZ, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2009, pp. 171 ss.). Si no se está de acuerdo con esta analogía, pártase de la base de que a los fines de esta discusión dicha analogía sí resulta apropiada. Esto es lo que hace, por ejemplo, STERNBERG-LIEBEN, *FS-Beulke*, 2015, p. 30.

(8) Véase, *pars pro toto*, KÜHL, *AT*, 8.ª ed., 2017, § 17/49 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 49.ª ed., 2019, nm. 304 ss. También SANCINETTI, *ZStW* (120), p. 662, con referencias adicionales.

(9) BGH *NStZ* 1996, 34; 2004, 442; 2012, 205; *NStZ-RR* 2004, 16; 2007, 340; *MedR* 2008, 435; *NJW* 2013, 1688. Sobre la evolución de la jurisprudencia GRÜNEWALD, «§ 223», *Leipziger Kommentar*, 12.ª ed., 2018, nm. 102; HENGSTENBERG, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2013, pp. 267 ss.; ZABEL, «Die Einwilligung als Bezugspunkt wechselseitiger Risikoverantwortung», *GA*, 2015, p. 227 ss.

(10) La afirmación de SALIGER («Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht», *FS-Beulke*, p. 258) es, en este sentido, especialmente informativa: «La agudeza del debate parece aumentar a medida que el instituto se consolida en la práctica... [y] las posiciones difícilmente podrían estar más polarizadas». Simi-

la supuesta vulneración a la autonomía del paciente que se produciría si la conducta del médico quedase impune en casos de consentimiento hipotético. Esto se debe principalmente a que las críticas basadas en la idea de autonomía, acompañadas en general por una referencia a una violación a la constitución nacional respectiva (en Alemania, por ejemplo, al artículo 1, párr. 1, GG, eventualmente en relación con el artículo 2 GG) cuentan con una carga emotiva muy fuerte y que, consciente o inconscientemente, aumenta el poder persuasivo de tales críticas. No obstante, detrás de esta clase de afirmaciones no siempre se esconden argumentos fuertes. De hecho, en este trabajo se sostendrá la hipótesis de que, a grandes rasgos, se han esgrimido dos argumentos principales contra el consentimiento hipotético basados en la idea de autonomía personal, pero solo uno de ellos es convincente, aunque no decisivo (apartados II y III). Esto obligaría a matizar la idea de que esta construcción debe ser rechazada sin más, por generar una violación al derecho de autonomía del paciente. No obstante, también se intentará mostrar que hay un tercer argumento vinculado a la noción de autonomía que sí sería apto para «derrotar» de modo concluyente al consentimiento hipotético (apartado IV).

2. LA CRÍTICA GENERAL BASADA EN LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE

Antes de analizar la primera crítica, es necesario señalar que el término «autonomía» se caracteriza por su polisemia y las divergencias entre los distintos filósofos y juristas al respecto son notables, incluso en lo referente a cuestiones definicionales básicas⁽¹¹⁾. En el marco estricto de las intervenciones médicas curativas, los expertos en bioética suelen hacer referencia al concepto de *autonomía personal*,

lar KRÜGER, *FS-Beulke*, p. 139 s. Sobre el estado de la discusión, véase BEULKE, *medstra* 2, 2015, p. 68 ss.; ROXIN, «Hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht?», *medstra*, 2017, p. 130 ss.; STURM, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2016, p. 46 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 49.^a ed., 2019, nm. 596 ss. En idioma español, indispensables, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en derecho penal*, 2014, p. 286 ss.; SCHLACK, «El consentimiento hipotético de la víctima en el Derecho penal alemán», *Revista de Derecho*, 2012, p. 275 ss.

(11) Véase, al respecto, DWORKIN, *The Theory and Practice of Autonomy*, 1988, pp. 101 ss.; FEINBERG, «Autonomy», en Christman, (ed.), *The Inner Citadel: Essays on Individual Autonomy*, 1989, pp. 27 ss.; MAGNUS, *Patientenautonomie im Strafrecht*, 2015, pp. 14 ss.; PAWLIK, «Das Recht der Älteren im Strafrecht – Bedeutung und Reichweite des Grundsatzes der Patienten-autonomie», en Becker/Roth, (eds.), *Recht der Älteren*, 2013, § 7/ 3; EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 222 ss.

como el derecho a decidir cómo se ha de vivir la propia vida (en particular, cómo comportarse ante decisiones de vida críticas) y el deber de terceros de respetar ese derecho(12). Los tribunales superiores también suelen considerar que este es el entendimiento constitucional de autonomía, al menos en lo que concierne a cuestiones vinculadas a la bioética. Solamente a modo de ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal alemán señala que «[e]l artículo 1, párr. 1, GG, protege la dignidad humana, cómo él se entienda en su individualidad... De esto forma parte que el ser humano pueda disponer de sí mismo y pueda dar forma a su destino por cuenta propia»(13). Esta concepción de autonomía personal como derecho a tomar decisiones de vida críticas sin injerencias de terceros (en este caso, injerencias de los médicos) es también la que se toma como punto de partida en la discusión sobre el consentimiento hipotético(14) y da lugar, a grandes rasgos y según la reconstrucción aquí propuesta, a dos críticas a esta última figura jurídica: una general y otra específica.

El argumento general relativo a por qué se violaría el principio de autonomía si se reconociese el consentimiento hipotético afirma que con la impunidad del médico se le termina imponiendo al paciente una voluntad heterónoma, en reemplazo de su decisión libre sobre el tratamiento. Imagínese un supuesto en el que el médico no informó (imprudentemente) al paciente sobre los riesgos de una intervención, estos riesgos se terminan realizando y, en última instancia, el médico no recibe una pena por la lesión corporal cometidas, sino que se lo absuelve porque el juez considera que el paciente habría consentido en caso de haber sido informado correctamente por el médico(15). En estos supuestos, el juez impondría su voluntad frente a la de un paciente que se siente vulnerado en su autonomía por no haber podido tomar una decisión completamente libre por falta de información. En los hechos, entonces, no sería el

(12) Cf. CHRISTMAN, «Autonomy in Moral and Political Philosophy», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015; RIVERA LÓPEZ, *Problemas de vida o muerte*, 2011, p. 71.

(13) BVerfGE 49, 286 (298). Sobre la jurisprudencia del BVerfG, MAGNUS, *Patientenautonomie im Strafrecht*, 2015, pp. 111 s.; WIESNER, *Die Hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht*, 2010, pp. 124 s. Siehe auch, DUTTGE, *FS-Schroeder*, 2006, pp. 179 ss.; ZABEL, *GA*, 2015, pp. 226 s.

(14) Cf. PUPPE, *ZIS* (6), 2016, p. 366; STERNBERG-LIEBEN, «Beschränkung der strafrechtlichen Haftung auf eine schwerwiegende Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht», *MedR* 2019, p. 187; STURM, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2016, p. 53; WIESNER, *Die Hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht*, 2010, pp. 123 ss., con referencias adicionales.

(15) PUPPE, *ZIS* (6), 2016, p. 366.

paciente quien decide sobre su vida, sino que es el juez quien, a través de máximas de experiencia u otros criterios de verosimilitud, decidiría cuál habría sido el comportamiento hipotético del paciente. Así, se subordinaría la voluntad del paciente a la voluntad del juez.

A su vez, en los casos en los que la violación a los deberes de información por parte del médico es dolosa, como en los supuestos en los que media un engaño, también el médico impondría su voluntad por sobre la del paciente al momento de determinar si debe hacerse o no la intervención, lo que luego es confirmado por la decisión judicial. Aquí el paciente no podría tomar una decisión autónoma ya directamente porque es engañado por el médico (en términos kantianos, el médico lo utiliza como un mero medio para obtener sus fines en lugar de tratarlo como un ser autónomo). Por ende, en estos últimos supuestos se produciría una doble subordinación de la voluntad del paciente: a la del médico que lleva a cabo el engaño, e intencionalmente le impide tomar una decisión autónoma, y a la del juez, que en última instancia decide cuál habría sido la voluntad hipotética.

Este argumento resulta problemático, en primer lugar, porque no es cierto que el juez termine imponiendo su voluntad ante el paciente. De hecho, quien debe decidir el caso en ningún momento toma una verdadera decisión de voluntad 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(16), de que en un universo posible en el que el médico cumplió 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 realizaría la voluntad del propio paciente, que en los hechos no tuvo lugar por falta de información o información deficiente(17). Por tanto, no se somete al paciente a ninguna voluntad heterónoma, sino que se toma en consideración la voluntad del propio paciente, pero en un mundo hipotético.

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 indaga-

(16) Similar GROPP, *FS-Schroeder*, 2006, pp. 201 s. Sobre este problema, fundamental, RÖDIG, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, 1969, pp. 77 ss.

(17) BEULKE, *medstra* 2, 2015, p. 74; KUHLEN, *JR*, 2004, p. 227; EL MISMO, *FS-Müller-Dietz*, 2001, p. 442; RÖNNAU, «Anm. zu BGH v. 15.10.2003», *JZ*, 2004, pp. 802 ss.

ción en la voluntad hipotética del propio paciente(18). Empero, ¿cuál es la razón para hacer esa distinción? Que el juez sea quien se encargue de dirimir el conflicto penal a través de indicios o criterios de plausibilidad 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 son las mismas tanto en supuestos de consentimiento hipotético, como en cualquier otro en el que se recurra a hipótesis alternativas(19). En otras palabras, el hecho de que la voluntad hipotética sea una constatación contrafáctica, si bien puede llegar a generar dificultades probatorias, parecería no ser un argumento suficiente, dado que el recurso a alternativas, como ya se mencionó, no es algo extraño en el derecho penal y de hecho es la base del comportamiento alternativo conforme a derecho, figura análoga al consentimiento hipotético(20). Incluso en el caso de que tuviese que constatar cuál fue la voluntad *real* del paciente, el juez tendría que realizar una adjudicación similar a la que aquí se discute, dado que siempre es necesario recurrir a criterios de verosimilitud y probabilidades, por las limitaciones epistémicas características del proceso penal(21). De ahí que todo quede reducido, en definitiva, a un problema probatorio(22).

En segundo lugar, en los casos de violaciones dolosas al deber de informar por parte del médico tampoco se produce una imposición de la voluntad del médico sobre la del paciente. Es cierto que el médico, en principio, afecta la autonomía del paciente en la medida en que le impide tomar una decisión libre sobre su destino, al no brindarle intencionalmente la información necesaria para tomar una decisión autodeterminada o directamente manipularlo a través de mentiras. Nadie dudaría que esto es una falta de respeto a la autonomía del paciente. Empero, la interferencia no queda impune en casos de con-

(18) Véase PUPPE, *ZIS* (6), 2016, p. 367; SALIGER, *FS-Beulke*, 2015, p. 265; SOWADA, «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht», *NStZ*, 2012, pp. 7 s.

(19) Similar HENGSTENBERG, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2013, pp. 268 ss., con referencias adicionales.

(20) Cf. HENGSTENBERG, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2013, pp. 295 ss.

(21) Similar KÜHL, *AT*, 8.ª ed., 2017, § 9, Rn. 47a; MERKEL, «Prinzipielles und Prozessuales zur hypothetischen Einwilligung in ärztliche Heileingriffe», *JZ*, 2013, pp. 976 s.; RÖNNAU, *JZ*, 2004, pp. 802; ROXIN, *AT*, t. I, 4.ª ed., 2010, § 13/133. Sobre las limitaciones epistémicas del derecho penal LAUDAN, *Truth, Error, and Criminal Law*, 2006, pp. 29 ss.

(22) Las dificultades probatorias también son señaladas en la doctrina. Así, por ej., FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 67.ª ed., 2020, § 223/34; HILGENDORF, *Einführung in das Medizinstrafrecht*, 2.ª ed., 2019, § 2/72; BAUMANN/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, *Strafrecht BT*, § 6/106 s.

sentimiento hipotético (y esto es lo que interesa desde la perspectiva del derecho penal), dado que subsiste la punibilidad del médico por tentativa y eso da lugar a una compensación. Señala con acierto Kuhlen(23) que con esta causa de justificación solo se excluiría la faceta objetiva del ilícito. 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 «objetivamente» la habría consentido en un mundo hipotético(24). Por tanto, sigue siendo punible el médico en estos casos y, entonces, se encuentra protegida la autonomía del paciente.

A esto último también objeta Puppe(25) que la punibilidad por tentativa no es una opción, dado que si el lado subjetivo del ilícito es un reflejo exacto del lado objetivo en la mente del autor, entonces bastaría para que esté realizada la faceta subjetiva con que el médico confíe seriamente 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, de difícil comprobación, 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 siempre *podrían alegar* (faltando a la verdad) que confiaban en que el paciente hipotéticamente habría consentido, para tratar de evitar la punición por tentativa. Ese estado de cosas, absolutamente problemático a nivel político-criminal, por supuesto debería ser evitado. Pero esta es una suposición que podría dar lugar a una consideración prudencial solo en caso de estar

(23) KUHLEN, *FS-Roxin*, p. 340; EL MISMO, *JR*, 2004, p. 229 s. Además BEULKE, *medstra* (2), 2015, p. 74 s.; BÖCKER, *JZ*, 2005, p. 927 s.; HENGSTENBERG, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2013, p. 359; TAG, «Richterliche Rechtsfortbildung im Allgemeinen Teil am Beispiel der hypothetischen Einwilligung», *ZStW* (127), 2015, p. 535. Sobre esta «corrección a través de la punibilidad de la tentativa» GAEDE, *Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht*, 2014, pp. 42 ss.

(24) Véase RÖNNAU, «Grundwissen Strafrecht: Hypothetische Einwilligung», *JuS*, 2014, p. 883; SWOBODA, «Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?», *ZIS*, 2013, p. 27.

(25) PUPPE, *ZIS* (6), 2016, p. 369; LA MISMA, «Anm. zu BGH v. 20.1.2004», *JR*, 2004, p. 471; LA MISMA, «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative», *GA*, 2003, p. 770. Zustimmung ALBRECHT, *Die «hypothetische Einwilligung» im Strafrecht*, p. 476 s.; EDLBAUER, *Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv*, 2009, p. 438; MITSCH, *JZ*, 2005, pp. 284 s.; ROXIN, *medstra*, 2017, p. 134; SOWADA, *NSiZ*, 2012, p. 8; STERNBERG-LIEBEN, *FS-Beulke*, 2015, p. 304; EL MISMO, «Anmerkung zu BGH vom 5. 7. 2007», *StV*, 2008, p. 193; SWOBODA, *ZIS*, 2013, p. 28; WIESNER, *Die Hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht*, 2010, p. 123. También JÄGER, *Zurechnung und Rechtfertigung*, 2006, p. 26.

sustentada en datos de la realidad, pero no a un argumento normativo fuerte que obligue a rechazar esta figura jurídica sin más(26). Por el contrario, esta objeción no permite descartar que a nivel teórico engañar al paciente para obtener un consentimiento que de otro modo no daría, aunque se compruebe que hipotéticamente sí lo habría dado, y luego llevar a cabo la intervención, es una tentativa del delito correspondiente.

Los únicos casos en los que ya desde el comienzo no se presentaría una tentativa son aquellos en los cuales el médico en los hechos confió sería y honestamente en que el paciente de todos modos habría consentido(27). Si esto realmente fue así, la impunidad de la tentativa parecería estar justificada y lo mismo resulta aplicable en casos de comportamiento alternativo conforme a derecho. 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. Piénsese, por ejemplo, en el llamado «caso de la broca»(28), en el que 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 y esta quedó inserta en el omóplato del paciente. Además, se encargó de evitar que quede constancia de lo sucedido en el informe y le mintió al paciente respecto de la necesidad de llevar a cabo una segunda operación, para ocultar el error. Parecería claro que en estos casos es relativamente fácil acreditar que el médico no confió en que el paciente consentiría en la intervención(29), sino más bien todo lo contrario, por lo que la punibilidad por tentativa quedaría inalterada. Por todo esto, el argumento general de autonomía parecería ser, cuando menos, discutible y no se podría afirmar una violación manifiesta del mencionado principio.

(26) Correctamente ROSENAU, *FS-Maiwald*, 2010, p. 692 («No obstante, este no es un problema específico de esta figura»).

(27) Es decir, casos en los que, en Alemania, sería aplicable *realmente* el § 16, Abs. 1 StGB. Al respecto, BÖCKER, *JZ*, 2005, 926. Acertadamente, aunque solamente en este sentido restringido, STERNBERG-LIEBEN, *MedR* 2019, p. 188, con referencias adicionales.

(28) BGH, *NStZ* 2004, 442.

(29) Se trata de una cuestión empírica, que debe ser acreditada fácticamente. De ahí que la afirmación de que estos problemas de la punibilidad de la tentativa serían problemáticos desde una perspectiva político-criminal (así, por ejemplo, SOWADA, *NStZ*, 2012, p. 8) no sea suficiente para desacreditar esta figura jurídica. También en contra de este argumento de política-criminal HENGSTENBERG, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2013, p. 359.

3. LA CRÍTICA (EPISTÉMICA) DE PUPPE

Además de esta argumentación general basada en la idea de autonomía, Puppe(30) brinda una crítica más específica, de carácter epistémico. 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. En particular, una afirmación sobre qué se habría hecho en una situación que no se afrontó tiene la forma lógica de un condicional irreal, que solamente tiene un sentido de paráfrasis de leyes generales que no solo tendrían que determinar los acontecimientos reales, sino también los ficticios(31). Esto por supuesto no es algo nuevo, sino que es característico de un derecho penal que, como se señaló, reconoce la relevancia, en ciertos casos, de los cursos hipotéticos en diversas figuras jurídicas. Sin embargo, el problema decisivo de estos casos se vincula a que no se conocen leyes generales sobre el comportamiento humano y tampoco se sabe si tales leyes serían válidas, o no(32). Por tanto, no es cierto que se esté reemplazando la decisión propia del paciente por su decisión, también propia, pero realizada en un mundo hipotético posible. Por el contrario, se la reemplaza por una decisión basada en meras suposiciones sobre cómo podría llegar a ser un mundo hipotético posible según leyes que no conocemos y de dudosa validez.

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. 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(33). Incluso solemos asignarles a esos pronósticos un determinado grado de probabilidad en derecho penal (como en la instigación o la compli-

(30) PUPPE, *ZIS* 6, 2016, p. 367; LA MISMA, *JR*, 2004, p. 470; LA MISMA, *GA*, 2003, p. 769. Recientemente, también, KINDHÄUSER/HILGENDORF, «Vor § 32-35», *Strafgesetzbuch*, 2020, nm. 65.

(31) PUPPE, *ZIS* (6), 2016, p. 367; LA MISMA, *JR*, 2004, p. 470.

(32) PUPPE, *ZIS* (6), 2016, p. 367; LA MISMA, *JR*, 2004, p. 470. De acuerdo EISELE, «Hypothetische Einwilligung bei ärztlichen Aufklärungsfehlern», *JA*, 2005, p. 254; KINDHÄUSER/HILGENDORF, «Vor § 32-35», *Strafgesetzbuch*, 2020, nm. 65; OTTO, «Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung», *Jura*, 2004, p. 683 («No habría ningún método para descartar que el paciente, incluso si hubiese sido informado adecuadamente, habría elegido el método de tratamiento llevado a cabo realmente»). Al respecto, también SCHLEHOFER, *FS-Puppe*, 2011, p. 969.

(33) KUHLEN, *JR*, 2004, p. 228.

cidad psíquica)(34), a partir del conocimiento de ciertas circunstancias relevantes que incidirían en la decisión hipotética. Si bien Puppe descarta 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 este argumento, no sería aplicable a los casos de consentimiento hipotético del paciente(35). En particular, señala, con razón, que nuestra propia experiencia muestra que en ocasiones nos comportamos de modo distinto a como pensábamos que nos íbamos a comportar (en especial, en situaciones de vida críticas)(36), 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 acompañantes ficticias. Según cómo se inventen estas circunstancias (por ejemplo, de qué forma el médico habría llevado a cabo la explicación, con qué tono, en qué contexto, etc.), en el mundo hipotético será más o menos plausible decir que el paciente habría consentido de todos modos en la realización de la intervención. Y dado que prácticamente siempre se podría pensar en una situación hipotética en la que el paciente podría haber consentido, se daría lugar, en los hechos, a una habilitación para que los médicos puedan imponerle a los pacientes, de modo impune, cualquier intervención (o, al menos, las aceptadas en la ciencia médica)(37).

Está claro que este argumento epistémico es más complejo que el argumento general 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 alternativo posible que no podemos reconstruir de modo confiable por falta de información sobre las leyes causales que determinan el comportamiento humano, o sobre el comportamiento humano cotidiano, según el estándar que se utilice. 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

(34) KUHLEN, *JR*, 2004, p. 228.

(35) PUPPE, *ZIS* (6), 2016, p. 367; LA MISMA, *JR*, 2004, p. 472

(36) PUPPE, *ZIS* (6), 2016, p. 368; LA MISMA, *JR*, 2004, p. 470; LA MISMA, *GA*, 2003, p. 769. También DUTTGE, *FS-Schroeder*, 2006, p. 188; OTTO, *Jura*, 2004, p. 683; SOWADA, *NSiZ*, 2012, p. 6; STERNBERG-LIEBEN, *FS-Beulke*, 2015, p. 302; EL MISMO, *StV*, 2008, 192; SWOBODA, *ZIS*, 2013, p. 29.

(37) PUPPE, *ZIS* (6), 2016, p. 368; LA MISMA, *GA*, 2003, p. 769. Similar STERNBERG-LIEBEN, *FS-Beulke*, 2015, p. 302; EL MISMO, *StV*, 2008, p. 192; DUTTGE, *FS Schroeder*, 2006, p. 188; OTTO, *Jura*, 2004, p. 683.

paciente en una situación de conflicto que no tuvo que vivir y rodeado de circunstancias acompañantes inventadas(38).

El argumento epistémico tiene la ventaja de contrarrestar las falencias del argumento estándar, dado que construye adecuadamente por qué en estos casos se le impondría una voluntad heterónoma al paciente y resulta en gran medida convincente. Sin embargo, no es decisivo para deslegitimar sin más al consentimiento hipotético. En particular, el argumento se apoya en el hecho de que todavía no conocemos leyes generales para determinar el comportamiento, o que aún no es posible hacer pronósticos fiables de *common sense* sobre el actuar humano en contextos críticos. Pero eso es algo empírico(39), dado que esta posición implícitamente reconoce que sería *posible* determinar la voluntad hipotética del paciente, solo que no sabemos cómo hacerlo. Esta concesión se ve claramente en el hecho de que para estas posturas resulta especialmente problemático el caso en el que el paciente no fue informado debidamente *ex ante* de un riesgo que *ex post* se realiza en la operación, pero tras la operación afirma (¡en el mundo real!) que de todos modos lo habría consentido. Ante esta constelación de casos, en la que la voluntad hipotética del paciente puede ser constatada de un modo relativamente fiable por la declaración del mismo paciente (supóngase que sin sufrir presiones de ninguna clase y con exclusión de los sesgos que podrían intervenir en estas situaciones), se ofrecen soluciones de compromiso justamente

(38) KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *AT*, 9.ª, 2020, § 19/ 17; OTTO/ALBRECHT, «Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff», *Jura*, 2010, p. 269 («mera ficción»); PUPPE, *Strafrecht AT*, 4.ª ed., 2019, § 11/11; PUPPE, *ZIS* (6), 2016, p. 367 («pura especulación»). Probablemente también PAEFFGEN, *FS- Rudolphi*, 2004, p. 208 s.; PAEFFGEN/ZABEL, «Vor §§ 32 ss. », en Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I: §§ 1–79b, 5.ª ed., 2017, nm. 168a; 168c. Según Haas (*GA*, 2015, p. 151) desde un punto de vista normativo sería decisivo «que una reconstrucción de esta clase sigue siendo una mera especulación, debido a la libertad de decisión humana, que, a pesar de la consideración primaria de las preferencias individuales del paciente, siempre impone un grado de heteronomía al paciente «. Sin embargo, es dudoso que esto sea normativamente decisivo desde el punto de vista de la libertad de decisión y no ya la invención de una figura jurídica que asuma la posibilidad de determinar el comportamiento humano (una consecuencia que Haas [150] pretende evitar expresamente). Más sobre este tema en el siguiente apartado.

(39) No se trata de un problema probatorio (KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *AT*, 9.ª, 2020, § 19/17; PUPPE, *JR*, 2004, p. 470; LA MISMA, *GA*, 2003, p. 770; probablemente también PAEFFGEN, *FS-Rudolphi*, 2004, p. 208 s.; al respecto YAMANAKA, *FS-Maiwald*, 2010, p. 871 s.), pero solo a causa de la ausencia de conocimientos para predecir el comportamiento humano. Pero si, por ejemplo, un descubrimiento científico nos obligase a cambiar la perspectiva de análisis en este aspecto, sí se trataría de un problema de probatorio.

para evitar la punibilidad del médico, como la posibilidad de una autorización ulterior del paciente(40) (en principio irrelevante para el análisis de la antijuridicidad de la conducta(41)) o la remisión a reglas procesales que limitarían la importancia práctica de estos casos(42).

Así, queda demostrado que la crítica epistémica a la figura del consentimiento hipotético a partir del principio de autonomía del paciente es convincente, pero no categórica. El argumento epistémico termina siendo, en definitiva, uno prudencial(43) y, en esa medida, contingente: todavía no podemos probar de modo fiable la voluntad hipotética del paciente (a excepción, quizá, de los casos problemáticos de declaración de voluntad *ex post* del paciente). Esto es una razón fuerte para rechazar, en el presente, la aplicación de esta figura jurídica. No obstante, al parecer no habría ninguna objeción para rechazar al consentimiento hipotético sin más, ya como una cuestión de principios, al menos hasta que se pruebe empíricamente que el comportamiento humano *no* puede ser predicho con fiabilidad, ni siquiera según estándares de la vida cotidiana. Pero si en el futuro los jueces pudiesen realizar determinaciones lo suficientemente fiables en general sobre la voluntad (hipotética) del paciente, este argumento de autonomía carecería de relevancia en la discusión sobre la legitimidad del consentimiento hipotético.

4. LIBRE ALBEDRÍO, DETERMINISMO CAUSAL Y CONSENTIMIENTO HIPOTÉTICO

Si bien el argumento epistémico convence en gran medida, lo cierto es que cuando se señala que la figura jurídica del consentimiento hipotético viola el derecho de autonomía del paciente parecería que se quiere decir algo más fuerte que la afirmación meramente contingente de que hoy en día, con el estado actual de la ciencia y la

(40) ZABEL, GA, 2015, p. 233. Además PAEFFGEN/ZABEL, «Vor §§ 32 ss.», en Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I: §§ 1–79b, 5.ª ed., 2017, nm. 168e.

(41) EISELE, JA, 2005, p. 254; PUPPE, ZIS (6), 2016, p. 366; TAG, ZStW (127), 2015, p. 537.

(42) PUPPE, ZIS (6), 2016, p. 366. También PAEFFGEN, *FS-Rudolphi*, 2004, p. 208.

(43) Sobre esta cuestión, véase MOSAYEBI, «Die Behauptung des Kantischen Konstruktivismus», en MOSAYEBI, (ed.), *Kant und Menschenrechte*, 2018, p. 273; PAWLIK, «Rezension zu McMahan, Kann Töten gerecht sein?», ZIS (2), 2013, p. 79. Para una aplicación del concepto en el marco de las teorías de la pena, véase GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, p. 356 ss.

técnica, no podemos determinar fielmente, al menos por regla general, cuál sería la voluntad hipotética del paciente y, por tanto, no resulta conveniente avalar la figura jurídica del consentimiento hipotético. Por el contrario, detrás de la intuición de que se produce una violación a la autonomía del paciente parecería esconderse una necesidad de apartarse de las consideraciones prudenciales o de conveniencia y acercarse a consideraciones de respeto, esto es, a un argumento deontológico. Esto es, a que con independencia del estado actual o futuro de la ciencia y la técnica, el consentimiento hipotético es ilegítimo porque viola, sin más, el derecho de autonomía del paciente.

A continuación se intentará esbozar un argumento de esta clase, que podría sintetizarse del siguiente modo. 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 el marco de la discusión sobre libre albedrío. Si uno no está dispuesto a asumir esta última postura, entonces una alternativa viable sería partir de que todo ejercicio de autonomía es un evento incausado, único, y que por tanto no es posible predecirlo, ya como una cuestión de principios. Es decir, se podría partir de un concepto de autonomía basado en un indeterminismo en materia de libre albedrío, como el que podría proponerse, solo a modo de ejemplo, a partir de ciertas corrientes kantianas. De ese modo, sería posible rechazar sin más la figura jurídica del consentimiento hipotético.

Para explicar esta idea, es necesario retomar ciertas 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. También se vio que esta afirmación es problemática porque, por un lado, el recurso a lo que habría sucedido en un mundo hipotético posible es exactamente el mismo que se utiliza en otras construcciones jurídicas que recurren a hipótesis, como el comportamiento alternativo conforme a derecho, cuya estructura es análoga a la del consentimiento hipotético. Por otro, porque la supuesta imposición de la voluntad del juez por sobre la del paciente no es tal, sino que el juez tiene que realizar una adjudicación como en cualquier otro caso en el que entran en juego hipótesis. 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 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»(44). Pero esta afirmación sigue sin responder lo que aquí es esencial, esto es, la razón por la cual se debe privilegiar el ejercicio efectivo de libertad del paciente por sobre el ejercicio hipotético de su libertad, cuando en situaciones análogas se le da importancia a lo que habría sucedido en un mundo hipotético posible. Y es que se podría argumentar que si es posible constatar, con un grado razonable de verosimilitud, que el paciente habría consentido en la realización de la intervención si hubiese sido informado debidamente, entonces no tendría sentido afirmar que se produjo una vulneración a la autonomía del paciente a nivel objetivo.

También se menciona que el elemento fundamental de la autonomía 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(45). No obstante, 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. 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.

Para poder delinear una respuesta puede ser provechoso concentrarse en una característica central del consentimiento hipotético: se asume que la decisión libre del paciente sobre la intervención médica curativa *puede* ser predicha y que esa predicción debe tener efectos en el análisis normativo del consentimiento. Es decir, que es 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 un mundo hipotético en el que hubiese sido informado correctamente y esa determinación es decisiva para la punibilidad de los actuantes. Esto puede verse con claridad en el argumento epistémico

(44) STURM, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2016, p. 53, con referencias adicionales.

(45) Cf. STERNBERG-LIEBEN, *FS-Beulke*, 2015, p. 302 ss.; EL MISMO, *StV*, 2008, p. 192; PAEFFGEN, *FS- Rudolphi*, 2004, p. 209.

de autonomía: la crítica se centra en que los defensores de esta figura jurídica presuponen que existen leyes generales o criterios prácticos sobre el comportamiento humano que nos permitirían establecer cómo habría sido efectivamente la decisión del paciente en el mundo hipotético posible, cuando todavía no fueron descubiertas esas leyes o criterios, o bien no resultan fiables. 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, presupondrían 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, o por medio de reglas prácticas sobre el comportamiento humano cotidiano.

Puppe esboza, en una pequeña contribución, el fundamento no solo para la crítica epistémica, sino también para la elaboración de un argumento deontológico:

Si la decisión humana es libre, es decir, si no está completamente determinada en un sentido incluso muy modesto, no hay respuesta a la pregunta de cómo habría decidido una persona concreta si se hubiera enfrentado a una elección que en realidad no tuvo lugar. Si se asume que la respuesta a tal pregunta ha de ser determinada objetivamente, la persona en cuestión es tratada como si no fuese libre(46).

Surge la pregunta, entonces, de por qué la afirmación de que la decisión de una persona puede ser predicha es equivalente a considerarla como no libre, lo que además daría lugar a una lesión de su autonomía. Aparece así en escena el clásico debate filosófico sobre determinismo, indeterminismo y compatibilismo en materia de libre albedrío(47), cuyo punto de partida es que la asunción de un determinismo causal da lugar, en principio, a que nadie podría ser responsable por sus actos y la responsabilidad, tanto penal como moral, no sería más que una ilusión(48). En este trabajo no se intentará llevar a cabo una tarea tan ambiciosa como la de aportar una idea apta para ponerle

(46) PUPPE, JR, 2004, p. 470. Véase también PUPPE, GA, 2003, p. 769.

(47) HENGSTENBERG, (*Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, p. 168), MERKEL (*JZ*, 2013, p. 976 s.) y SWOBODA (*ZIS*, 2013, p. 29) reconocen también esta conexión filosófica.

(48) Cf. solamente DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, 2011, p. 219 ss.; RIVERA LÓPEZ, «Responsabilidad y suerte moral. Circunstancias y consecuencias de la acción», *Análisis Filosófico* 20 (1-2), 2000, p. 33 ss. Véase también, recientemente MOORE, *Mechanical Choices*, 2020, pássim; SPECTOR, *FS-Sancinetti*, 2020.

fin a ese debate filosófico fundamental. En lo que sí se quiere hacer énfasis es en que si se parte de una noción de autonomía que tenga por base un indeterminismo, como la que podría ser reconstruida a partir de ciertas corrientes kantianas actuales(49), el recurso a una figura como el consentimiento hipotético se torna ilegítimo desde el comienzo. Si se considera que los actos de voluntad son un motor inmóvil o *causa sui*(50), es decir, un evento causado por el hombre y no por otro evento, resulta contradictorio otorgarle efectos normativos a una construcción que se basa en la suposición de que tales actos pueden ser predichos. Y esto último, como se vio en esta contribución, es una de las características centrales del consentimiento hipotético. A diferencia de otros casos de apelaciones de razonamientos hipotéticos en los que solamente deben ser predichos ciertos cursos causales pero la acción humana está definida de modo relativamente 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(51), y esta asunción solo es inteligible para quienes afirmen un determinismo causal en materia de libre albedrío.

La propuesta podría sintetizarse del siguiente modo: si el derecho de autonomía del paciente es un derecho a llevar a cabo un acto de

(49) Sobre la relación entre la teoría moral kantiana y el problema del determinismo causal, RIVERA LÓPEZ, *Análisis Filosófico* 20 (1-2), 2000, p. 29 ss. Una defensa del indeterminismo desde una perspectiva kantiana se puede encontrar, recientemente, en KOHL, «Kant on Determinism and the Categorical Imperative», *Ethics* 125(2), 2015, p. 331 ss. Por supuesto que la cuestión de una teoría moral kantiana necesariamente debe llevar a una aceptación del indeterminismo se encuentra discutida. De hecho, una interpretación de los textos de Kant en un sentido compatibilista se encuentra muy difundida. Así BENNETT, *Kant's Dialectic*, 1974, p. 211 ss.; HILL JR., *Dignity and Practical Reason in Kant's Moral Theory*, 1992, p. 135 ss.; KORSGAARD, *Creating a Kingdom of Ends*, 1996, p. 231 ss.; WOOD, «Kant's Compatibilism», *Self and Nature in Kant's Philosophy*, 1984, p. 73 ss.

(50) CHISHOLM, «Human Freedom and the Self», en Watson (ed.), *Free Will*, 1982, p. 28 s.; RIVERA LÓPEZ, *Análisis Filosófico* 20 (1-2), 2000, p. 47 ss. Véase también, en el marco de la dogmática jurídico-penal, HRUSCHKA, «Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen», *ZStW* 110, p. 585 s. Un brevísimo panorama de lo que está en juego en el debate sobre libre albedrío, recientemente, WILLIAMSON, *Philosophical Method*, 2020, p. 32 ss.

(51) Véase, al respecto, PUPPE, *GA*, 2003, p. 768 ss.; PUPPE, *JR*, 2004, p. 470; SALIGER, *FS-Beulke*, 2015, p. 266; SOWADA, *NStZ*, 2012, p. 10; STERNBERG-LIEBEN, *MedR*, 2019, p. 186; EL MISMO, *FS-Beulke*, 2015, p. 302; WIESNER, *Die Hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht*, 2010, p. 115 s. También DEHNE-NIEMANN, «Trunkenheitsangepasste Fahrtgeschwindigkeit als sorgfaltsgemäßes Alternativverhalten und Kausalität der Sorgfaltswidrigkeit», *ZStW* 130, p. 1072, con referencias adicionales.

voluntad que, por tratarse de un evento incausado, no puede ser predicho (indeterminismo), entonces el consentimiento hipotético necesariamente contradice este derecho, al presuponer la posibilidad de predecir tal acto de voluntad (determinismo causal). Por supuesto que la toma de posición a favor de una noción de autonomía robusta como la aquí propuesta no es un detalle menor(52). De hecho, recurrir a nociones kantianas en materia de autonomía tiene mala prensa en el derecho penal de la medicina. Esto se debe a que la noción de autonomía personal prevaleciente difiere de la noción kantiana de autonomía moral, en tanto capacidad de reconocernos libres(53) e imponernos la ley moral universal, como ejercicio de legislación de la razón práctica pura(54). Según esta concepción, 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(55), lo que ha sido criticado, por ser «demasiado estrecho» y «moralizante»(56). Esto puede verse con claridad a partir de la contradicción que se produce, al menos en principio, entre una posible noción kantiana de autonomía y las intuiciones generalizadas (y plasmadas en el derecho positivo) sobre eutanasia(57). Como ya se señaló, en este trabajo no se intentará definir esta disputa, pero sí al menos poner de relieve lo importante que resulta esta discusión fundamental para la solución de problemas dogmáticos concretos como el consentimiento hipotético del paciente. En otras palabras, la solución de este problema dogmático, al menos si se lo aborda desde la perspectiva de la autonomía, requiere un análisis minucioso de los fundamentos filosóficos sobre los que yace la discusión.

(52) Sobre esta cuestión, es digna de ser leída la contribución, en contra del indeterminismo, de MERKEL, *JZ*, 2013, p. 976 s.

(53) CHRISTMAN, «Autonomy in Moral and Political Philosophy», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015. Sobre el concepto de autonomía kantiano, también KORSGAARD, *Creating a Kingdom of Ends*, 1996, p. 124; TIMMONS, *Moral Theory. An Introduction*, 2013, p. 210.

(54) PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 223.

(55) Cf. 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.

(56) BIRNBACHER, «Vulnerabilität und Patientenautonomie – Anmerkungen aus medizinethischer Sicht», *MedR* 30, 2012, p. 562; MAGNUS, *Patientenautonomie im Strafrecht*, 2015, p. 41.

(57) Véase PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 223; EL MISMO, en Becker/Roth, (eds.), *Recht der Älteren*, 2013, § 7/4, con múltiples referencias a distintos autores que intentan conciliar un concepto de autonomía kantiano y las representaciones morales actuales sobre eutanasia.

5. CONCLUSIÓN

Se ha intentado demostrar en este trabajo que las críticas a la figura jurídica del consentimiento hipotético, basadas en la noción prevalente de autonomía personal, no resultan tan decisivas como parecen en un principio. Los argumentos usuales que se pueden encontrar en la literatura científica básica no resultan convincentes dado que, entre otras cosas, señalan problemas probatorios característicos del derecho penal en general, y no solo de esta figura, o bien omiten que en estos casos puede (y debe) subsistir responsabilidad por tentativa, lo que protegería subsidiariamente la autonomía de la víctima. Solo el argumento epistémico, desarrollado principalmente por Puppe, ofrece razones prudenciales de peso para no aplicar esta figura jurídica o, en los países que todavía no la han aplicado, directamente rechazar su recepción. No obstante, esta crítica tiene un carácter contingente que parecería no captar con precisión qué se expresa cuando se invoca una violación a la autonomía de la víctima.

En cambio, una noción más exigente de autonomía, que obligue a censurar las construcciones jurídicas que estén asentadas en un determinismo causal, permitiría rechazar categóricamente al consentimiento hipotético. Pero eso obligaría a apartarse de las ideas usuales de autonomía personal, para indagar en un concepto de autonomía teóricamente más cargado, como uno basado en la idea de indeterminismo en materia de libre albedrío. La cuestión de si vale la pena modificar, o directamente abandonar, el entendimiento tradicional de autonomía personal en bioética y derecho penal de la medicina deberá ser abordada en otra investigación, centrada en los fundamentos filosóficos del derecho penal de la medicina. Pero la diferenciación entre los argumentos de autonomía que se presenta en este texto puede contribuir a entender de mejor modo esta discusión y dar lugar a un debate transparente y sin malentendidos.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALBRECHT, *Die «hypothetische Einwilligung» im Strafrecht*, Berlin, 2010.
BAUMANN /WEBER /HEINRICH /HILGENDORF, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 3.^a ed., Bielefeld, 2015.
BENNETT, *Kant's Dialectic*, London, 1974.
BEULKE, «Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz», *medstra* (2), 2015, pp. 67-76.

- BIRNBACHER, «Vulnerabilität und Patientenautonomie – Anmerkungen aus medizinethischer Sicht», *MedR* (30), 2012, pp. 560-565.
- BÖCKER, «Die “hypothetische Einwilligung” im Zivil- und Strafrecht», *JZ*, 2005, pp. 925-932.
- CHILDRESS/BEAUCHAMP *Principles of Biomedical Ethics*, 7.^a ed., Oxford, 2013.
- CHISHOLM, «Human Freedom and the Self», en Watson (ed.), *Free Will*, Oxford, 1982, pp. 24-35.
- CHRISTMAN, «Autonomy in Moral and Political Philosophy», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015. (<https://plato.stanford.edu/entries/autonomy-moral/>; última visita: 18 de enero de 2020).
- DEHNE-NIEMANN, «Trunkenheitsangepasste Fahrtgeschwindigkeit als sorgfaltsgemäßes Alternativverhalten und Kausalität der Sorgfaltswidrigkeit», *ZStW* (130), 2018, pp. 1035-1086.
- DUTTGE, «Die «hypothetische Einwilligung» als Strafausschlussgrund: wegweisende Innovation oder Irrweg?», en Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter, (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2006, pp. 179-196.
- DWORKIN, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge, 1988.
- *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, 2011.
- EDLBAUER, *Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv*, Hamburg, 2009.
- EISELE, «Hypothetische Einwilligung bei ärztlichen Aufklärungsfehlern», *JA*, 2005, pp. 252-254.
- ESCUDEO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en derecho penal*, Valencia, 2014.
- FEINBERG, «Autonomy», en Christman, (ed.), *The Inner Citadel: Essays on Individual Autonomy*, 1989, pp. 27-53.
- FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 67.^a ed., München, 2020.
- GAEDE, *Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung*, München, 2014.
- GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, Berlin, 2009.
- GROPP, «Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?», en Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter, (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2006, pp. 197-208.
- HAAS, «Zur Bedeutung hypothetischer Geschehensverläufe für den Ausschluss des Tatenrechts», *GA*, 2015, pp. 147-159.
- HENGSTENBERG, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, Heidelberg, 2013.
- HILGENDORF, *Einführung in das Medizinstrafrecht*, 2.^a ed., München, 2019.
- HILGENDORF/VALERIUS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., München, 2015.
- HILL JR., *Dignity and Practical Reason in Kant's Moral Theory*, New York, 1992.
- HRUSCHKA, «Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen», *ZStW* (110), 1998, pp. 581-639.
- JÄGER, *Zurechnung und Rechtfertigung*, Heidelberg, 2006.

- KINDHÄUSER/HILGENDORF, *Strafgesetzbuch*, 8.^a ed., Baden-Baden, 2020.
- KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9.^a ed., Baden-Baden, 2020.
- KRÜGER, «Zur hypothetischen Einwilligung – Grund, Grenzen und Perspektiven einer verkannten Zurechnungsfigur», en Fahl/Müller/Satzger/Swoboda, (eds.), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2015, pp. 137-152.
- KOHL, «Kant on Determinism and the Categorical Imperative», *Ethics* 125 (2), 2015, pp. 331-356.
- KORSGAARD, *Creating a Kingdom of Ends*, Cambridge, 1996.
- KUHLLEN, «Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen», en Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi, (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2001, pp. 331-348.
- «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/Jung/ Koriath/ Müller, (eds.), *Grundfragen staatlichen Strafens: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München, 2001, pp. 431-451.
- KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8.^a ed., München, 2017.
- LAUDAN, *Truth, Error, and Criminal Law*, Cambridge, 2006.
- LAUFHÜTTE/TIEDEMANN/RISSING-VAN SAAN (eds.), *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB*, tomo VIII/I: §§ 211-231, 12.^a ed., Berlin, 2018.
- MAGNUS, *Patientenautonomie im Strafrecht*, Tübingen, 2015.
- MERKEL, «Prinzipielles und Prozessuales zur hypothetischen Einwilligung in ärztliche Heileingriffe», *JZ*, 2013, pp. 975-979.
- MITSCH, «Die «hypothetische Einwilligung» im Arztstrafrecht», *JZ*, 2005, pp. 279-285.
- MOORE, *Mechanical Choices: The Responsibility of the Human Machine*, Oxford University Press 2020.
- MOSAYEBI, «Die Behauptung des Kantischen Konstruktivismus», en Mosayebi, (ed.), *Kant und Menschenrechte*, Berlin, 2018, pp. 267-304.
- MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 5.^a ed., München, 2019.
- KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I: §§ 1–79b, 5.^a ed., Baden-Baden, 2017.
- OTTO, «Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung», *Jura*, 2004, pp. 679-683.
- OTTO/ALBRECHT, «Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff», *Jura*, 2010, pp. 264-271.
- PAEFFGEN, «Gefahr-Definition, Gefahr-Verringerung und Einwilligung im medizinischen Bereich - Problem-Beschreibung und Methodologisches, veranschaulicht am Beispiel des virusinfektiösen Chirurgen», en Rogall/Puppe/Stein/Wolter (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, München, 2004, pp. 187-212.

- PAWLIK, «Das Recht der Älteren im Strafrecht – Bedeutung und Reichweite des Grundsatzes der Patienten-autonomie», en Becker/Roth, (eds.), *Recht der Älteren*, Berlin, 2013, pp. 127-164.
- «Rezension zu McMahan, Kann Töten gerecht sein? », *ZIS* (2), 2013, pp. 78-79.
- *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, 2012.
- PUPPE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 4.^a ed., Baden-Baden, 2019.
- «Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten», *ZIS* (6), 2016, pp. 366-372.
- Anm. zu BGH v. 20.1.2004 – 1 StR 319/03, *JR*, 2004, pp. 470-472.
- «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative», *GA*, 2003, pp. 764-776.
- RIVERA LÓPEZ, *Problemas de vida o muerte*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011.
- (2000) «Responsabilidad y suerte moral. Circunstancias y consecuencias de la acción», *Análisis Filosófico* 20 (1-2), pp. 33-54.
- RÖDIG, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, Berlin, 1969.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ «El delito de tratamiento médico arbitrario: una propuesta de lege ferenda», *RECPC*, 19-03, 2017, pp. 1-59.
- RÖNNAU, «Anm. zu BGH v. 15.10.2003 1 StR 300/03», *JZ*, 2004, pp. 801-804.
- «Grundwissen Strafrecht: Hypothetische Einwilligung», *JuS*, 2014, pp. 882-885.
- ROSENAU, «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht», en Bloy/Böse/Hillenkamp/Momsen/Rackow, (eds.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlin, 2010, pp. 683-700.
- ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., München, 2006.
- «Hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht? », *medstra*, 2017, pp. 129-136.
- SALIGER, «Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht», en Fahl/Müller/Satzger/Swoboda, (eds.), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2015, pp. 257-270.
- SANCINETTI, «Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva», en Cancio Meliá/Ferrante/Sancinetti, (eds.), *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, 1998, pp. 37-74.
- «Risikoverringerungsprinzip versus Relevanz des Erfolgsunwertes in der Unrechtslehre», en Pawlik/Zaczyk, (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli*, Colonia, 2007, pp. 583-600.
- «Hypothetische Kausalverläufe und die Differenztheorie», *ZStW* 120, 2008, pp. 661-703.
- «La influencia de los cursos causales hipotéticos en la responsabilidad civil y penal», *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2010, 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.
- SCHLEHOFER, «“Pflichtwidrigkeit” und “Pflichtwidrigkeitszusammenhang” als Rechtswidrigkeitsvoraussetzungen?», en Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk, (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2011, pp. 953-989.
- SCHWARTZ, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, Bern, 2009.
- SILVA SÁNCHEZ, «Objektive Zurechnung und Rechtfertigungsgründe. Versuch einer Differenzierung», *ZIS* (11), 2014, pp. 546-551.
- SOWADA, «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht», *NStZ*, 2012, pp. 1-10.
- SPECTOR, «Verantwortung, Kausalität und freier Wille», en HILGENDORF/LERMAN/CORDOBA, (eds.), *Festschrift für Marcelo Sancinetti*, Berlin, 2020, pp. 219-236.
- STERNBERG-LIEBEN, «Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler: Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung», en Fahl/Müller/Satzger/Swoboda, (eds.), *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2015, pp. 299-311
- «Anmerkung zu BGH vom 5. 7. 2007», *StV*, 2008, pp. 190-193.
- «Beschränkung der strafrechtlichen Haftung auf eine schwerwiegende Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht», *MedR*, 2019, pp. 185-191.
- STURM, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, Tübingen, 2016.
- SWOBODA, «Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?», *ZIS*, 2013, pp. 18-32.
- TAG, «Richterliche Rechtsfortbildung im Allgemeinen Teil am Beispiel der hypothetischen Einwilligung», *ZStW* (127), 2015, pp. 523-548.
- TIMMONS, *Moral Theory. An Introduction*, 2.^a ed., Lanham, 2013.
- WALDRON, «Moral Autonomy and Personal Autonomy», en Christman/Anderson (eds.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism*, Cambridge, 2005, pp. 307-329.
- WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 49.^a ed., Heidelberg, 2019.
- WIESNER, *Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht*, Baden-Baden, 2010.
- WILLIAMSON, *Philosophical Method. A Very Short Introduction*, Oxford, 2020.
- WOOD, «Kant’s Compatibilism», *Self and Nature in Kant’s Philosophy*, Ithaca, 1984, pp. 73-101.
- YAMANAKA, «Kritisch-dogmatische Überlegungen zur hypothetischen Einwilligung», en Bloy/Böse/Hillenkamp/Momsen/Rackow (eds.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlin, 2010, pp. 865-884.
- ZABEL, «Die Einwilligung als Bezugspunkt wechselseitiger Risikoverantwortung», *GA*, 2015, pp. 219-235.