

La justificación de la intervención médica curativa

Ingeborg Puppe

Universidad de Bonn

404

Abstract**

El Tribunal Supremo federal alemán y parte de la doctrina ha admitido en materia penal una nueva causa de justificación para las intervenciones médicas curativas conforme a la “lex artis” cuando el paciente ha sido informado de manera errónea o incompleta, el llamado “consentimiento hipotético”. Según éste, la punición del médico depende de que el paciente no hubiese consentido el tratamiento curativo efectuado si hubiera sido informado correcta y completamente. Esta causa de justificación ha sido tomada de la jurisprudencia civil, que lo había limitado satisfactoriamente mediante diversas reglas de naturaleza procesal. Sin embargo, en el ámbito penal, ello no es posible, de manera que se produce una restricción innecesaria y criticable de la responsabilidad penal médica mediante la introducción exigencias probatorias irrealizables.

Sumario

- 1. La necesidad de justificar la intervención médica curativa**
- 2. El consentimiento hipotético, una nueva causa de justificación para las intervenciones médicas curativas**
- 3. El consentimiento hipotético en Derecho civil**
- 4. El consentimiento hipotético como exclusión de la imputación del resultado**
- 5. El significado de la información para el consentimiento justificante**
- 6. Falta de información y errores de tratamiento**
- 7. Bibliografía**

* Título original “Die Rechtfertigung des ärztlichen Heileingriffs”. Traducción de David Felip i Saborit, profesor titular de Derecho penal, Universitat Pompeu Fabra (Barcelona).

*Abreviaturas empleadas: BGH: Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán); GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht; JR: Juristische Rundschau; NJW: Neu Juristische Wochenschrift; NSZ: Neue Zeitschrift für Strafrecht; OLG: Oberlandesgericht; StV: Strafverteidiger.

1. La necesidad de justificar la intervención médica curativa

Todo paciente que se somete a un tratamiento curativo que incide en su integridad corporal paga, en un primer momento, el restablecimiento de su salud mediante un sacrificio de la misma. Adquiere la posibilidad de eliminar o, al menos, mejorar de su dolencia mediante un cierto riesgo de que ésta empeore definitivamente e, incluso, algunas veces, tiene que arriesgar su vida para aprovechar la oportunidad de prolongarla. Éste es el motivo (y no, por ejemplo, que en las leyes penales no se prevea un delito específico de intervención médica curativa no autorizada) por el cual una intervención médica curativa, aunque esté amparada por la *lex artis*, es una lesión corporal. Aún cuando algún día tuviéramos en nuestro Código penal un delito de intervención médica curativa no autorizada, éste constituiría una modalidad especial del delito de lesiones y no un delito *sui generis* contra la libertad. El objetivo, por otro lado legítimo, de semejante tipo especial sería excluir de los tipos cualificados de lesiones la actuación no autorizada del médico.

En contra de la subsunción de la intervención médica curativa en el delito de lesiones se ha objetado repetidamente que ello representa un fraccionamiento naturalístico de la actuación médica en sus distintas fases que yerra sobre el verdadero sentido de ésta última, a saber, el restablecimiento o, al menos, la mejora del estado de salud del paciente. Este sentido auténtico sólo se descubre si se tiene en cuenta el resultado definitivo alcanzado o, al menos, pretendido, de manera que se salden unos con otros los beneficios y perjuicios de la actuación médica para la salud del paciente¹. Pero toda liquidación de beneficios y perjuicios para un bien jurídico implica la imposición de baremos valorativos ajenos al titular del bien jurídico². Ello sucede, por ejemplo, cuando en la determinación del perjuicio patrimonial en la estafa se compensa la prestación con la contraprestación. El baremo conforme al que ello tiene lugar es, por regla general, el precio de mercado. Así pues, este baremo se le impone como válido al titular.

En el caso de los bienes patrimoniales que son objeto de intercambio económico, es aceptable una liquidación según baremos establecidos por terceros. Pero ¿lo es también en el caso de la salud y la configuración individual de la vida de las personas? A ello debe añadirse que, a menudo, los baremos para efectuar la liquidación no son unívocos. ¿Qué es preferible *per saldo* para un enfermo de cáncer? ¿Llevar una vida relativamente normal en su círculo familiar durante un año más y morir entonces de cáncer o someterse a una operación tras la cual podría sobrevivir de dos a cuatro años como enfermo crónico o sometido a cuidados en una cama de hospital³? ¿Qué método curativo es preferible para sustituir mediante un implante un disco intervertebral deteriorado? ¿La utilización de un hueso propio, que sana fácilmente y sin complicaciones pero que debe obtenerse mediante otra operación y una afectación de la cresta ilíaca, o el empleo de un denominado implante Surgibone, un compuesto de hueso bovino, que produce complicaciones con mayor facilidad durante la cicatrización? El BGH ha considerado en un caso semejante que el médico no estaba obligado a informar a los pacientes acerca de la posibilidad de un autoinjerto óseo si el propio médico prefería el implante Surgibone y ambos tratamientos son prácticamente

¹ BOCKELMANN (1968, p. 67 y ss.); HARDWIG (1965, p. 163); HIRSCH (2001, núm. marg. 3 y ss.); WELZEL (1969, p. 269).

² PUPPE (2005, núm. marg. 80); así, también, ESER (2001, núm. marg. 31); TRÖNDLE/FISCHER (2003, núm. marg. 9b y ss.); HORN (1998, núm. marg. 33); KRAUSS, (1979, p. 566).

³ Cfr. PETER NOLL (1984).

equivalentes⁴. ¿Quién decide si son equivalentes? ¿El médico o el juez? Sólo el propio afectado, esto es, el paciente, está facultado para decidirlo. En tal decisión hay que respetar motivos que no sean completamente racionalizables, como por ejemplo el que al paciente le resulte inquietante saber que tiene un hueso de animal en su cuerpo.

Al limitar el deber de información del médico sobre el método de curación, el BGH ha convertido al médico en tutor del paciente. El médico (y no el paciente) decide mediante qué sacrificio de la salud y qué cargas y riesgos el paciente debe adquirir la posibilidad de restablecer su salud. Incluso cuando el peligro que se realiza es el propio de una intervención curativa llevada a cabo según la *lex artis*, para el paciente existe una diferencia esencial entre haber elegido ese peligro con conocimiento de otras alternativas de curación y de los peligros que éstas comportan o haber sido obligado por el médico a aceptarlo mediante la ocultación de tales posibilidades.

El consentimiento válido de un paciente, otorgado tras una información completa, a una intervención médica curativa no sólo excluye el injusto de unas lesiones, sino que ni siquiera permite que éste aparezca, pues es el propio titular del bien jurídico quien ha decidido válidamente sobre su bien jurídico integridad corporal. En este sentido, los médicos no tienen, por tanto, ninguna razón para quejarse de haber sido equiparados a los navajeros.

Una causa de justificación distinta frecuentemente relevante en las intervenciones curativas es el denominado consentimiento presunto. Éste, a diferencia del consentimiento, es una auténtica causa de justificación, a saber, un caso especial de estado de necesidad. Se distingue de los casos comunes de estado de necesidad en que el titular del bien jurídico sacrificado y salvado son la misma persona, o sea, el paciente y que, por ello, no es necesario que prepondere substancialmente el interés salvado sobre el sacrificado. Con todo, el presupuesto de la justificación sigue siendo una situación de estado de necesidad. Esta situación consiste en que o no es posible o no es factible obtener el consentimiento válido del paciente. Lo primero sucede cuando, por ejemplo, el paciente está inconsciente o es incapaz de consentir y la intervención es urgente. Lo segundo acontece, por ejemplo, en el caso de la denominada ampliación de la operación *in tabula*, supuesto en el que el médico, en el transcurso de la operación, descubre que es necesaria una intervención más importante que la acordada con el paciente. En una situación de estas características, el médico debe ponderar las desventajas que supone para el paciente poner fin al tratamiento o interrumpir la operación y las que implican la vulneración del derecho de autodeterminación del paciente, necesariamente vinculada al comienzo o la prosecución de la intervención, y el riesgo de errar en su presunción sobre la voluntad del paciente. Sin embargo, tal como se ha indicado, el médico sólo puede tomar esa decisión entre dos males si la obtención del consentimiento real del paciente no entra en consideración por los motivos ya expuestos. El consentimiento presunto es un derecho derivado de un estado de necesidad [*Notrecht*].

⁴ BGH, JR, 1996, p. 69 (p. 70 y s.), con comentario de RIGIZAHN; v., al respecto, KUHLEN (2001 b, p. 334 y ss., 341 y ss.).

2. El consentimiento hipotético, una nueva causa de justificación para las intervenciones médicas curativas

Últimamente el BGH ha admitido una nueva causa de justificación para las intervenciones médicas curativas en caso de información errónea o incompleta, el llamado consentimiento hipotético. Según éste, la punición del médico depende de que el paciente no hubiese consentido el tratamiento curativo efectuado si hubiera sido informado correcta y completamente. Si no puede probarse que no lo habría hecho, debe partirse de la base, según el principio *in dubio pro reo*, de que el paciente habría consentido de haber recibido una información correcta⁵. Esta causa de justificación ha sido tomada de la jurisprudencia del Sala 6ª de lo civil del BGH, competente en los procesos por responsabilidad médica⁶, y ha conseguido cierta aceptación en la bibliografía jurídico-penal⁷.

Uno de los primeros casos en los que el BGH aplicó esta nueva doctrina fue nuestro caso Surgibone. En efecto, como ya se ha indicado, el BGH partía de la base de que, si el médico prefería la inserción de un implante Surgibone, no estaba obligado a informar sobre la alternativa consistente en el uso de un autoinjerto óseo. Ahora bien, mientras que en los Estados Unidos el implante Surgibone ya era un reconocido método de tratamiento, en Alemania no había sido todavía autorizado como medio curativo. Dado que el médico desconocía estas circunstancias, sólo se entró a considerar la posibilidad de castigar por lesiones imprudentes. El BGH exigió que el nuevo juez sentenciador indagara si el paciente habría consentido el tratamiento con el implante Surgibone de haber sabido que en Alemania no estaba autorizado todavía por el Derecho sanitario. En caso de que ello no se pudiera constatar, debería aplicarse, en beneficio del acusado, el principio *in dubio pro reo*⁸. ¿Pero cómo debería constatarlo el nuevo juez sentenciador? La única posibilidad es preguntárselo a los seis pacientes afectados, pero éstos no pueden responder con exactitud a semejante pregunta. Lo que habría decidido una persona determinada si se le hubiese planteado una elección que, en realidad, no le fue planteada, es algo que ni ella misma puede responder con certeza posteriormente. Y si, con todo, el paciente intentara contestar a la pregunta, ¿no estaría esta respuesta influenciada por el hecho de que, en su caso concreto, se ha producido realmente la clase de complicaciones en la cicatrización cuyo peligro habría sido menor de haberse aplicado un autoinjerto óseo?

En otro caso se planteó la condena por lesiones de una médico que, en una operación de disco intervertebral, en lugar de operar, tal como estaba previsto y acordado con el paciente, el prolapso discal* mayor, eliminó un pequeño prolapso contiguo al confundir el canal medular. Para no tener que admitir el error, informó a la paciente que se había producido una recidiva precoz, es decir, un nuevo prolapso en el disco intervertebral operado correctamente que debía

⁵ BGH, *NStZ*, 1996, p. 34 y ss.; BGH, *JR*, 2004, p. 251 (p. 252) con comentarios de KUHLEN (2004, p. 227); BGH, *JR*, 2003, p. 469, con comentarios de PUPPE.

⁶ BHGZ, 29, 176 (p. 185); *NJW*, 1992, p. 2351 (p. 2353); *NJW*, 1994, p. 2414 (p. 2415); *NJW*, 1998, p. 2734.

⁷ KUHLEN (2004, p. 227 y ss.); el mismo (2001a, p. 442); el mismo (2001b, p. 331 y ss.); ESER (2001, núm. marg. 40).

⁸ BGH, *NStZ*, 1996, p. 34

* Fase en la evolución de una hernia discal, consistente en el abombamiento de la parte posterior de un disco intervertebral por el desplazamiento del núcleo pulposo como consecuencia de una fisura en el anillo fibroso de dicho disco [N. del trad.].

ser intervenido otra vez con urgencia. La paciente, que ya presentaba un inicio de paresia*, otorgó su consentimiento a una segunda operación. En esta segunda intervención, la médico eliminó el prolapso discal correcto y, más tarde, explicó a la paciente que había aprovechado la oportunidad para eliminar también el prolapso menor. La eliminación del prolapso discal mayor mediante la segunda operación estaba aprobada como tal por el consentimiento de la paciente a la primera operación. Lo único que no estaba autorizado era la primera operación, puesto que la médico había hecho algo esencialmente distinto a lo acordado. El BGH encomendó a un nuevo juez sentenciador establecer si la paciente habría consentido también la operación realizada por la misma médico de haber sabido que en la primera operación se había cometido un error. ¿Pero cómo debe averiguarlo el nuevo juez? Sería imaginable que la paciente, a causa del error, hubiese perdido la confianza en la médico. Pero sería también imaginable que, en el convencimiento de que semejantes errores en el funcionamiento en masa de una clínica se producen sólo excepcionalmente, hubiese estado de acuerdo con una segunda operación realizada por la misma médico, tal vez en la esperanza de que, en esta ocasión, se esforzaría especialmente. E incluso la paciente podría no dar, en conciencia, ninguna respuesta terminante a esta pregunta. Si, no obstante, lo hiciera y manifestara que en ningún caso habría dado su consentimiento a una segunda operación realizada por la misma médico, esta declaración debería valorarse teniendo en cuenta que, probablemente, estaría influida por el hecho de que la médico no le había informado de manera concienzuda sino que, por el contrario, le había ocultado su error médico (y, por consiguiente, le habría facturado también ambas operaciones) y, en definitiva, le había mentado de forma consciente.

Asimismo, en un tercer asunto el BGH ha hecho depender la condena de un médico de la constatación judicial de que el paciente no habría consentido la intervención curativa de haber recibido información correcta. Se trataba del caso de un cirujano al que, en la estabilización de una articulación de húmero, se le rompió una broca, de manera que su punta quedó inserta en el omoplato del paciente. Tras un intento fracasado de extracción, la dejó simplemente en el omoplato y terminó la operación. Posteriormente se percató de que el trozo de broca sería claramente visible en cualquier radiografía del hombro, por lo que decidió extraerlo mediante una segunda operación. Para obtener el consentimiento del paciente a la segunda operación, fingió que era necesaria una intervención ulterior para estabilizar completamente la articulación, cosa que no era así en realidad. El médico efectuó también la segunda intervención de forma sumamente negligente. El objetivo de la segunda operación era extraer del omoplato la punta de la broca. También en este caso el BGH hizo depender la condena del médico básicamente de la constatación de que el paciente no habría consentido la segunda intervención de haber sido correctamente informado. Entiende que ello está probado, ya que considera prueba bastante la posterior declaración del paciente afirmando que en ningún caso hubiese consentido. ¿Pero cómo puede el paciente saber qué habría decidido si el médico, en lugar de engañarle de manera descarada y, además, estafarle posiblemente al pasar la cuenta, hubiese admitido apesadumbrado su error, le hubiese ofrecido una indemnización e, incluso, le hubiese expuesto las razones por las que la extracción del cuerpo extraño de su omoplato sería también en interés de su salud?

* Parálisis leve que consiste en debilidad de las contracciones musculares [N. del trad.].

Si nos tomamos en serio la tesis según la cual el hombre es libre en sus decisiones y no un autómatas predecible, la pregunta sobre cómo se habría comportado o qué habría decidido si se hubiese encontrado ante una situación o una elección que realmente no se ha producido no puede responderse, pero no a causa de especiales dificultades de prueba, sino por razones de principio. Sólo sobre acontecimientos que están determinados por leyes generales estrictas, las llamadas leyes naturales, pueden hacerse afirmaciones con sentido acerca de cómo se habrían desarrollado los hechos si las condiciones de partida hubiesen sido distintas. Esto no es una mera sutileza epistemológica, sino un problema absolutamente práctico, como deben haber dejado claro nuestros tres ejemplos.

En un proceso penal, este problema debe solventarse aplicando el principio *in dubio pro reo* a la pregunta sobre qué hubiese decidido el paciente de haber sido informado exacta y completamente y sometido al tratamiento correcto. En teoría, el principio se debería aplicar siempre pues, como ya se ha indicado, por principio, esta pregunta no puede responderse unívocamente. En la práctica, en muchos casos tampoco puede responderse de manera plausible, como lo demuestran nuestros ejemplos. Por tanto, el médico podría, invocando un no descartable consentimiento hipotético del paciente, someterle impunemente a cualquier tratamiento curativo que se mantuviera en el seno de la *lex artis* y sobre el que le hubiese informado de manera incompleta o le hubiese engañado. Ahora bien, el principio *in dubio pro reo* presupone la existencia de una duda, y una indeterminación no es, por principio, una duda⁹. Ésta última existe cuando es objetivamente cierto que una de entre varias posibilidades es verdadera, pero el juez no está en condiciones de establecer cuál de ellas es. En el caso de una indeterminación por principio, la pregunta sobre cuál de las diversas posibilidades es verdadera es una cuestión objetivamente irresoluble y, por tanto, ninguna de ellas es verdad. Así pues, el principio *in dubio pro reo* sólo es aplicable a la pregunta de qué habría decidido un paciente si hubiese sido informado correctamente si la respuesta correcta está determinada objetivamente. Ello presupone asimismo que el paciente no es una persona que decide libremente, sino un autómatas por principio plenamente predecible sólo que, por desgracia, es tan complejo que todavía no podemos calcular todas sus reacciones.

3. El consentimiento hipotético en Derecho civil

La idea de que una falta de información no convierte en antijurídica la intervención médica curativa, siempre y cuando el paciente habría consentido al tratamiento también en caso de haber sido informado plenamente, procede del Derecho civil. Ha sido desarrollada en procesos civiles de responsabilidad médica por la Sala 6ª de lo civil del BGH¹⁰. Desde un principio, la Sala era consciente de que una facultad ilimitada del médico para hacer valer un, así llamado, consentimiento hipotético dejaría prácticamente indefensos a los pacientes frente a la falta de

⁹ PUPPE (2005), núm. marg. 46 y s.

¹⁰ BGHZ 90, 103 (111); BGH, NJW, 1980, p. 1333 (p. 1334); 1990, p. 2928 (p. 2929); 1991, p. 2342 (p. 2343); 1992, p. 2351 (p. 2353); 1994, p. 799 (p. 801).

información por parte del médico¹¹. Sin embargo, ello podía prevenirse mediante la aplicación del Derecho procesal civil. De forma absolutamente consciente, la Sala se ha encargado, mediante un alambicado sistema de reglas de carga de la alegación y de la prueba, de que la exoneración por consentimiento hipotético del médico se limite a casos excepcionales.

En primer lugar, el médico tiene la carga de la alegación en lo concerniente al consentimiento hipotético. Así, debe argüir que el paciente habría escogido, en caso de información completa, el mismo tratamiento. Hecho esto, el paciente puede oponerle que, de haber sido completamente informado sobre los riesgos del tratamiento así como de sus alternativas, se habría visto abocado a un serio dilema. Si lo hace de forma plausible, le corresponde al médico la plena carga de la prueba del consentimiento hipotético¹².

Para probar dicho consentimiento no basta con que la intervención curativa esté médicamente indicada ni tampoco con que esta indicación sea tan clara que cualquier paciente razonable en el lugar del auténtico paciente se habría decidido por la intervención de haber sido informado plenamente. Antes bien, el BGH subraya con insistencia que ello depende de la voluntad hipotética de ese paciente en concreto. Como ya se ha expuesto, esta comprobación es teóricamente imposible, puesto que no puede realizarse ninguna expresión con sentido sobre qué decisión habría adoptado una persona determinada en un conflicto determinado en el cual, en realidad, nunca se ha hallado. Por tanto, en la práctica la alegación de un consentimiento hipotético por parte del médico fracasa a partir del momento en que el paciente hace plausible el mencionado dilema¹³. Sólo cuando el paciente no logra ni siquiera eso, ya que el contexto de la decisión es claramente favorable a la intervención, un médico puede hacer valer con éxito un consentimiento hipotético del paciente.

Sin embargo, ello presupone, según la jurisprudencia de la Sala 6ª de lo civil del BGH, que el paciente haya dispuesto de una denominada “información básica”¹⁴. Por consiguiente, si el médico omite toda información, no puede justificar el tratamiento impuesto al paciente por el hecho de que el paciente habría consentido con seguridad si hubiese sido informado. En cambio, cuando el caso es tan claro que está prácticamente excluida una decisión del paciente contraria a la intervención curativa, entonces es casi inimaginable, siempre que el paciente hubiese dispuesto de esa “información básica”, que se dé un supuesto de información insuficiente. Así pues, el análisis de los requisitos en materia civil para la justificación del médico por consentimiento hipotético lleva a la conclusión de que una causa de justificación de esta clase apenas es posible en la práctica.

Mediante reglas procesales civiles sobre la práctica de la prueba y la distribución de la carga de la misma, la Sala 6ª de lo civil ha logrado convertir la pregunta, en sí misma absurda, de si un paciente concreto bajo presupuestos ficticios habría adoptado o no una determinada decisión, en

¹¹ BGH, NJW, 1980, p. 1333 (p. 1334); 1991, p. 2342 (p. 2343); 1992, p. 2351 (p. 2353); 1994, p. 2414 (p. 2415); 1998, p. 2734; cfr. J. HAGER (1999), § 823, núm. marg. I 121.

¹² BGHZ 29, 176 (187); BGH, NJW, 1992, p. 2351 (p. 2353).

¹³ BGH NJW 1990, 2928 (2929); 1991, 2342 (2343); 1994, 799 (801); cfr. J. HAGER, (1999), § 823, núm. marg. I 121.

¹⁴ BGH, NJW, 1991, p. 2342 (p. 2343).

una pregunta con sentido. Esta pregunta con sentido reza: ¿se habría encontrado el paciente, en caso de información completa, ante un serio dilema? Ahora bien, en el proceso penal no se dispone de reglas sobre la carga de la prueba para corregir exigencias desmesuradas o absurdas de imputación. Si un requisito de imputación es considerado admisible y la pregunta acerca del mismo tiene, por principio, sentido y es susceptible de respuesta, entonces es de aplicación el principio *in dubio pro reo*. Por tanto, la imposibilidad de dar respuesta a la pregunta se convierte en un obstáculo insalvable a la imputación. Si se quiere hacer valer también en Derecho penal las distinciones que ha desarrollado la jurisprudencia civil en caso de falta de información, ello se debe anclar en el Derecho sustantivo.

La diferenciación decisiva de la Sala 6ª de lo civil del BGH consiste en la distinción entre los casos en los que el paciente se habría visto en un dilema de haber sido informado plenamente y aquéllos en los que eso no es así. Si el paciente ha dispuesto de una información básica y no se habría enfrentado a un dilema ni siquiera de haber dispuesto de información completa, queda por saber en primer lugar si esta falta de información afecta después de todo al bien jurídico protegido, a saber, el interés corporal. Si no es así, entonces sigue siendo válido, según la doctrina penal del consentimiento, el consentimiento real. No es preciso, por tanto, recurrir a un consentimiento hipotético para justificar al médico en casos tan inequívocos.

4. El consentimiento hipotético como exclusión de la imputación del resultado

Si se reconociera el consentimiento hipotético como causa de justificación en Derecho penal, el denominado consentimiento presunto quedaría en la práctica completamente arrinconado. A lo sumo, sólo en el caso de que se comprobara con posterioridad que el paciente no habría consentido una medida adoptada en una situación de emergencia, sin que el médico hubiese podido saberlo el momento en que adoptaba tal medida sin poder consultarla al paciente, tal vez sería mejor ampararse en la causa de justificación del consentimiento presunto, que concurriría tanto objetiva como subjetivamente, en lugar de en un error inevitable sobre el tipo permisivo del consentimiento hipotético. Pero si este consentimiento hipotético no se puede refutar, (cosa que, como ya se ha expuesto, siempre es así desde la perspectiva teórica), el médico ya no necesita en absoluto la causa de justificación del consentimiento presunto. En efecto, el médico puede hacer valer siempre su presunción como consentimiento hipotético del paciente, aun cuando los requisitos del consentimiento presunto, esto es, la situación de necesidad, no existan. Puesto que esta hipótesis, como ya se ha puesto de manifiesto, sólo es refutable si no es mínimamente plausible, con ella el comportamiento del médico se consideraría justificado según el principio *in dubio pro reo*. El requisito de la justificación por consentimiento presunto, consistente en que el médico no puede averiguar el auténtico consentimiento del paciente, deviene con ello obsoleto. Esta consecuencia es admitida incluso por los partidarios de la teoría del consentimiento hipotético¹⁵ ya que éstos pretenden asegurar al consentimiento presunto un ámbito de aplicación propio. Entienden que el consentimiento hipotético excluye únicamente la imputación del resultado, de manera que, en caso que la falta de información haya sido dolosa, castigan por

¹⁵ KUHLEN (2004, p. 229).

tentativa al sujeto que invoca exclusivamente un consentimiento hipotético¹⁶. Sin embargo, este camino no es practicable.

Si partimos de la interpretación que aquí se defiende, según la cual la pregunta sobre si el paciente habría consentido de haber sido informado correctamente no se puede responder por principio, entonces el médico no puede ser castigado por tentativa cuando lo sepa. La resolución de cometer el hecho, fundamento de la tentativa, consiste en la voluntad de realizar el tipo penal. Ésta presupone la representación de que el autor en todo caso puede realizar el tipo. Por tanto, el médico tiene que representarse que la justificación de su tratamiento curativo en relación a un delito de lesiones puede fracasar a causa de haber informado deficientemente. Pero si el fracaso de esta justificación depende de la constatación en concreto de que el paciente no habría consentido de haber sido informado correctamente y semejante comprobación no es, tal y como sabe el médico, posible por principio, entonces el médico no puede representarse que el resultado de lesiones es antijurídico a consecuencia de no haber informado.

Sin embargo, los partidarios de la justificación por consentimiento presunto no comparten la opinión de que no puede responderse, por principio, a la pregunta de qué habría decidido el paciente de haber sido informado plenamente. Por ese motivo la someten también al *in dubio pro reo*. Pero incluso bajo estas premisas, el castigo del médico por tentativa quedaría prácticamente descartado si existen dudas sobre qué habría decidido el paciente, pues, en ese caso, no se le podría rebatir al médico la afirmación de que había confiado en que el paciente se habría decidido igualmente por la intervención curativa de haber sido correcta y completamente informado y que no había tomado en consideración la posibilidad de que, en tal caso, el paciente se hubiera decidido en contra.

Por consiguiente, si se reconoce genéricamente esa causa de justificación, no es posible limitar el efecto justificante del consentimiento hipotético al tipo objetivo. Ello queda excluido porque la resolución de cometer el hecho en el sentido de la tentativa no es sino la reproducción del tipo objetivo en la conciencia del autor.

5. El significado de la información para el consentimiento justificante

Ahora bien, ¿está vinculado el Derecho penal a las reglas del Derecho civil o puede, por ejemplo en la justificación de la intervención médica curativa, establecer requisitos más estrictos, como sería el de no aceptar el consentimiento hipotético, criterio que el Derecho civil ha considerado decisivo? En Derecho penal se ha tomado esta idea de la jurisprudencia civil, sin comprobar dónde se ubica sistemáticamente en ese ámbito. La falta de información es considerada como un factor causal que debe haber co-provocado la intervención médica curativa. De acuerdo con la fórmula de la *conditio sine qua non*, esta causalidad se comprueba por el método siguiente: se suprime la falta de información o bien se la substituye por una información correcta y completa, para comprobar entonces si, consiguientemente, el resultado, esto es, la intervención curativa,

¹⁶ KUHLEN,(2004, p. 230).

desaparece. No sería el caso cuando el paciente habría consentido igualmente esa intervención sin la falta de información. Mediante este método de comprobación de la causalidad, ésta queda descartada también cuando se dispone de una causa substitutiva para una causa real. Una causa substitutiva de esta clase es el consentimiento hipotético. Así lo ha reconocido el BGH, en un contexto completamente distinto, y, consecuentemente, ha desoído los argumentos de un acusado que alegaba que la persona engañada por él habría realizado igualmente un determinado acto de disposición patrimonial si no lo hubiese engañado. Se trataba del caso de un licenciado en Derecho en prácticas que había solicitado a un comerciante un pequeño crédito, pues precisaba adquirir con urgencia un automóvil, y que le engañó al afirmar que esperaba en breve ingresos de unas acciones de una mina y que tenía un padre acaudalado que se haría cargo del préstamo. El comerciante declaró ante el juez que habría concedido igualmente el préstamo si hubiese sabido que ni esperaba ingresos de unas acciones de una mina ni tenía un padre pudiente y dispuesto a rembolsar al crédito, porque lo habría hecho exclusivamente para mostrarse complaciente con alguien perteneciente a la Administración de Justicia. A pesar de ello, el BGH condenó al licenciado en prácticas por estafa consumada, porque el comerciante en realidad no se enfrentaba a la decisión de si quería conceder un pequeño crédito a un licenciado en prácticas sin recursos, sino a la de si quería conceder ese crédito a un licenciado en prácticas que poseía acciones de una mina y cuyo acaudalado padre estaba dispuesto a hacerse responsable del reembolso. Ese curso causal real no dejaría de existir por el hecho de que posiblemente otro curso causal distinto, pero que no ha tenido lugar en realidad, habría conducido a la concesión del préstamo¹⁷. En el caso de un consentimiento obtenido mediante información errónea ocurre exactamente lo mismo. El consentimiento real del paciente, otorgado bajo premisas erróneas y, por tanto, no justificante de la intervención curativa, no deja de existir y, por tanto, de ser ineficaz, por el hecho de que el paciente, posiblemente o con seguridad, habría decidido de igual manera si hubiese sido informado correctamente.

La pregunta sobre un consentimiento hipotético en Derecho civil no se ubica sistemáticamente en la relación de causalidad entre el comportamiento y el resultado lesivo [*haftungsbegründende Kausalität*], pues esta relación existe sin lugar a dudas en caso de consentimiento obtenido engañosamente, sino en la relación de causalidad entre el resultado lesivo y los daños indemnizables [*haftungsausfüllende Kausalität*], más concretamente, el interés negativo. En Derecho de daños, hay que dejar al perjudicado tal y como se encontraría si el suceso dañoso no se hubiese producido. Por consiguiente, el juez está obligado expresamente a construir un curso causal hipotético o, más exactamente, ficticio. Sin embargo, dado que ello, como hemos visto en nuestros ejemplos, no es posible sin más, el Derecho civil ha desarrollado reglas sobre cómo debe construirse semejante curso ficticio de los acontecimientos. A ellas pertenecen las presunciones, la prueba *prima facie*, el reparto de la carga de la alegación y el de la carga de la prueba.

La indagación del significado de una falta de información para la justificación de la intervención médica curativa por consentimiento no se refiere a la relación de causalidad entre resultado lesivo y daño, siquiera se refiere a la causalidad. La falta de información no causa la intervención curativa en tanto que delito de lesiones, sino que determina el contenido del consentimiento. Si la

¹⁷ BGHSt, 13, 13 (14).

falta de información es relevante para la decisión del paciente sobre su interés corporal, entonces su consentimiento no contiene la verdadera intervención curativa y, por tanto, tampoco la puede justificar. No queda espacio adicional para especulaciones sobre la cuestión de si el paciente habría consentido de haber sido informado correcta y plenamente.

6. Falta de información y errores de tratamiento

Mediante la introducción de la exclusión de responsabilidad por consentimiento hipotético, *Kuhlen* pretendía equiparar el riesgo del médico de incurrir en responsabilidad en caso de falta de información con el riesgo de incurrir en responsabilidad por error en el tratamiento. En efecto, en caso de error en el tratamiento, la jurisprudencia también hace depender la imputación del resultado de un curso causal ficticio y exige la prueba de que el daño no se habría producido si el tratamiento médico hubiese sido intachable. Si esta pregunta no puede contestarse con seguridad de manera negativa, se aplica el principio *in dubio pro reo* y la pregunta se responde afirmativamente en beneficio del médico¹⁸. Sin embargo, dado que, según los conocimientos médicos actuales, el curso de una enfermedad o el de su curación, como por ejemplo el desarrollo de un enfermedad cancerosa, tampoco son cursos plenamente determinados, los procesos acaban a menudo con el rechazo de la imputación del resultado a un comportamiento médico incorrecto¹⁹. Según informaciones de fiscales dedicados al Derecho penal médico, incluso en caso de graves errores médicos, los procedimientos penales contra médicos casi siempre fracasan, ya en la fase de instrucción, por la imposibilidad de probar esta, así llamada, causalidad evitable.

En el caso de falta de información, la situación probatoria es completamente distinta, siempre que no se acepte una exoneración por el denominado consentimiento hipotético. Si existe una falta de información demostrable sobre hechos relevantes para adoptar la decisión, ello comporta casi forzosamente el déficit de contenido del consentimiento que se ha otorgado realmente. Sólo podrían presentarse dudas sobre esta consecuencia de la falta de información si existen indicios de que el paciente ha conseguido la información necesaria de otro modo. Pero este defecto de contenido del consentimiento impide la justificación la actuación médica en su conjunto por medio del consentimiento y, por tanto, conduce a la imputación como delito de lesiones. La consecuencia es que, para el médico, el riesgo de incurrir en responsabilidad penal en caso de falta de información es mucho más elevado que en caso de error en el tratamiento. Por tanto, el médico se ve incitado más enérgicamente a informar de manera cuidadosa y plena que a curar cuidadosamente. Esta situación no puede redundar en interés del paciente.

Sin embargo, se plantea la pregunta de si la equiparación de los riesgos de incurrir en responsabilidad penal del médico tiene lugar de modo correcto cuando el fundamento de la responsabilidad por falta de información se hace depender también de preguntas sobre procesos de decisión ficticios, por principio imposibles de responder. El reconocimiento de que los

¹⁸ BGH, GA, 1988, p. 184.

¹⁹ BGH, NJW, 1987, p. 2940 (= GA, 1988, 184); OLG Düsseldorf, StV, 1949, p. 477; crítico al respecto, PUPPE (2005, núm. marg. 123 y ss.); la misma [(2001, p. 287) (p. 304 y ss.)]; la misma (2002, 2/22 y ss.).

procesos patológicos y los curativos tampoco están completamente determinados por principio (de modo que la pregunta sobre si el proceso curativo habría transcurrido con seguridad favorablemente si el médico hubiese actuado correctamente tampoco puede responderse por principio), legitima la aplicación de la teoría del incremento del riesgo al requisito de la causalidad de la vulneración del deber de cuidado del médico en relación a las lesiones corporales del paciente. Según esta doctrina, basta para fundamentar la responsabilidad del médico constatar que, de haberse descubierto todos los factores relevantes para el riesgo, la probabilidad de la producción de daños se habría visto incrementada significativamente por el error médico²⁰.

La limitación de la responsabilidad penal de los médicos mediante exigencias probatorias irrealizables por principio ha sido incluso saludada en la literatura como una exoneración muy oportuna²¹. Pero semejante exoneración depende del azar y, por ello, no favorece siempre a quienes actúan correctamente. En cambio, según jurisprudencia consolidada y la opinión doctrinal generalizada, basta para una condena por homicidio imprudente la prueba cierta de que un paciente desahuciado habría, en caso de tratamiento correcto, vivido unas hora o, incluso, algunos minutos más. En este punto, no debe hablarse de un rigor excesivo contra los médicos que, por su profesión de gran responsabilidad están también expuestos a un alto riesgo de incurrir en responsabilidad, sino sólo de un proceso justo y equitativo en su contra. Éste no consiste únicamente en la imposición de una pena sino, principalmente, en un debate a través de un proceso público en el que el paciente afectado no se enfrenta en solitario al médico experto y a los aún más versados representantes de su seguro de responsabilidad civil. Las disposiciones sobre sobreseimiento previstas en la Ordenanza Procesal Penal (por ejemplo, en caso de culpabilidad disminuida) permiten un tratamiento más escrupulosamente equitativo del médico que unas exigencias desmesuradas en la relación entre el error en el tratamiento y la falta de información, por una parte, y los perjuicios a la salud o el consentimiento del paciente, por otra.

7. Bibliografía

Paul BOCKELMANN (1968), *Strafrecht des Arztes*, Stuttgart.

Albin ESER (2001), "§ 223 StGB" en SCHÖNKE/ SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26ª ed., München.

Johannes HAGER (1999), "§ 823 BGB", en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlín.

Werner HARDWIG (1965), "Betrachtungen zur Frage des Heileingriffs", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 161 y ss.

²⁰ STRATENWERTH, (1973, p. 233); PUPPE (2005, núm. marg. 123 y ss.); la misma (2002, 2/25 y ss).

²¹ KRÜMPPELMANN (1984, p. 519).

Hans Hoachim HIRSCH (2001), "Vor § 223 StGB", en *Leipziger Kommentar . Kommentar zum StGB*, 11^a ed., Berlín.

Eckhard HORN (1998), "§ 223 StGB", en *Systematischer Kommentar, Kommentar zum StGB*, 7^a ed., München.

Detleff KRAUSS (1979), "Zur strafrechtliche Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung", en *Festschrift für Bockelmann*, pp. 557 y ss.

Justus KRÜPELMANN (1984), "Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 491 y ss.

Lothar KUHLEN, (2001 a), "Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung" en *Festschrift für Müller-Dietz*, pp. 431 y ss.

_____ (2001 b), "Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen", en *Festschrift für Roxin*, pp. 331 y ss.

_____ (2004), "Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen", en *Juristische Rundschau*, 2004, pp. 227 y ss.

Peter NOLL (1984), *Diktate über Sterben und Tod*, Zurich.

Ingeborg PUPPE (2001), "Brauchen wir eine Risikoerhöhungstheorie?», en *Festschrift für Roxin*, pp. 287 y ss.

_____ (2002), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, T. 1, Baden – Baden.

_____ (2005), "Vor § 13 StGB", en *Nomos-Kommentar, Kommentar zum StGB*, T. 1: §§ 1 – 145 d, 2^a ed., Baden-Baden.

Günter STRATENWERTH (1973), "Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung", en *Festschrift für Gallas*, pp. 227 y ss.

Herbert TRÖNDLE / Thomas FISCHER (2003), *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 51^a ed., München.

Hans WELZEL (1969), *Das Deutsche Strafrecht*, 11^a ed., Berlín.