

DOCTRINA

¿Exclusión del injusto a través de disposiciones hipotéticas del bien jurídico protegido? Sobre la relación de los requisitos formales y materiales de la justificación

*Can unlawfulness be excluded through hypothetical dispositions of the protected legal right?
On the relation of formal and material requirements of legal justification*

Martin Böse

Universidad de Bonn, Alemania

RESUMEN Con la figura del consentimiento hipotético, la jurisprudencia alemana ha trasladado al nivel de la antijuridicidad la consideración de los cursos causales hipotéticos en la determinación de la relación de imputación y de causalidad. Independiente de su origen en el contexto del tratamiento médico decidido autónomamente, la fundamentación dogmática de esa figura va mucho más allá del consentimiento en las lesiones corporales. El artículo trata de aclarar esas complicaciones teóricas, teniendo a la vista la figura del consentimiento y las decisiones judiciales y administrativas que permitirían una afectación del bien jurídico protegido fundándose en un acto de disposición hipotético. Como se demostrará, este modo de proceder esconde el peligro de que los requisitos formales previstos para la justificación sean burlados a través de una reducción a los requisitos materiales de la correspondiente decisión.

PALABRAS CLAVE Consentimiento hipotético, derecho a la autodeterminación, secreto sobre la información del paciente, aborto, autorización hipotética, reserva judicial.

ABSTRACT With the concept of hypothetical consent, the German jurisprudence has shifted these considerations from an illegality inquiry to an unlawfulness examination. Notwithstanding its origins in the context of unauthorized medical treatments, criminal dogmatic substantiation of hypothetical consent goes far beyond consent in bodily injury. This article attempts to clarify those wider implications by considering not only consent but also sovereign decisions, by which interference of a protected legal right may be licensed, provided the unlawfulness is not expressly or implicitly sustained in the hypothetical disposition act. As will be shown, such an approach entails the hidden risk that formal requirements established for the justification of the decision are cir-

cumvented by reducing focus only on the material requirements of the corresponding decision.

KEYWORDS Hypothetical consent, right to self-determination, patient secret privilege, abortion, hypothetical approval, judicial reservation.

1. Introducción

Los cursos causales hipotéticos tienen su lugar fijo en la determinación de la relación causal y de infracción de deber, ello siguiendo la fórmula dominante de la *conditio sine qua non*.¹ Con la figura jurídica del consentimiento hipotético, la jurisprudencia ha trasladado ese tipo de reflexiones desde el nivel del tipo al nivel de la antijuridicidad.² Cierta parte de la literatura lo ha apoyado,³ pero también ha encontrado en otra parte un decidido rechazo.⁴ Sin atender a su origen en el contexto del tratamiento médico decidido autónomamente, la fundamentación dogmática de esa figura jurídica va mucho más allá del consentimiento y del tipo penal de las lesiones corporales. La siguiente contribución trata de resolver esas complicaciones teóricas. Para ello tiene a la vista tanto la figura del consentimiento como también a las decisiones oficiales, con las cuales estaría permitido una afectación del bien jurídico protegido. Con ello, una exclusión del injusto estaría apoyada explícita o implícitamente (especialmente en referencia al presupuesto jurídico material de la decisión apropiada) por el acto de disposición hipotético.⁵ Como se demostrará, este modo de proceder esconde el peligro de que los requisitos formales previstos para la justificación sean burlados a través de una reducción a los requisitos materiales de la correspondiente decisión.

2. La disposición hipotética de particulares

El punto de inicio de la discusión sobre la exclusión del injusto en virtud de cursos causales hipotéticos lo constituye el consentimiento hipotético del titular del bien

1. Véase solo BGHSt 1, 332, 333 y ss.; 11, 1 (7); 31, 96 (98); 49, 1 (3); Frister (2015: 110, 136); Walter (2007: Vor § 13, núm. 74, 99); véase en contra Puppe (2010: 551).

2. BGHR StGB § 223 párrafo 1 sobre intervención curativa 2; BGH NStZ, 1996: 34, 35; BGH NStZ, 2004: 442; BGH NStZ, 2012: 205, 206; BGH NJW, 2013: 1688, 1689.

3. Beulke (2015: 67, 72 y ss.); Kuhl (2012: § 9, núm. 47); Kuhlen (2004: 207); Kuhlen (2001: 331); Rosenau (2010: 683, 687 y ss.); Roxin (2006: § 14, núm. 114).

4. Gropp (2006: 197, 200 y ss.); Haas (2015: 147, 149 y s.); Jäger (2007: 345, 349 y ss.); Paeffgen (2013: Vor §§ 32 y ss., núm. 168a); Puppe (2003: 764, 768 y ss.); Puppe (ZIS 2016: 366 y ss.); Saliger (2015: 257, 264 y ss.); Sowada (2012: 1, 6 y ss.).

5. Otras causas de justificación, como la legítima defensa y el estado de necesidad (§§ 32, 34 StGB) no son consideradas aquí. Sobre el asunto, véase Hass (2015: 147, 158 y ss.).

jurídico en el tratamiento médico (sección 2.1). Al ser reconocida esa figura jurídica en la parte general, ella debería llevar también a una exclusión del injusto para otros tipos penales que protegen bienes jurídicos individuales (sección 2.2). Finalmente, si esa figura jurídica fuese considerada también para otros tipos penales, los otros particulares, en tanto no titulares del bien jurídico, tendrían asignado un poder de decisión equivalente a la facultad de disposición del bien.

2.1. Consentimiento hipotético en el tratamiento médico

El efecto excluyente de la punibilidad del consentimiento hipotético fue reconocido por primera vez por el Tribunal Federal Alemán (BGH en lo sucesivo, por sus siglas en alemán) en el caso denominado de «las piernas arqueadas» (*O-Beine-Fall*). El BGH negó la relación de causalidad entre la infracción del deber (esto es, la aclaración defectuosa) y la lesión corporal, debido a que el paciente también habría consentido en la intervención si se le hubiese informado oportuna y suficientemente de todos los riesgos vinculados a ella.⁶ Mientras esa fundamentación traslada la teoría de la relación de infracción de deber, proveniente de la teoría de la imputación objetiva, al nivel de la antijuridicidad, el BGH basa su nueva jurisprudencia en que la antijuridicidad se suprime cuando el paciente, mediando una aclaración verídica, *habría* consentido en la operación realmente realizada.⁷ Con ello, sitúa al consentimiento hipotético, junto al consentimiento efectivamente prestado y el presunto, como una (nueva) causa de justificación.⁸

En contra de situar al consentimiento hipotético como una nueva causa de justificación se ha objetado —con razón— que genera la supresión de la pretendida protección de la autodeterminación del titular del bien jurídico (la que también se encuentra subyacente al carácter subsidiario del consentimiento presunto). Lo anterior dado que, en la práctica, el médico puede prescindir de recabar la efectiva aprobación del paciente de forma previa a la intervención cuando ella puede ser reemplazada sin dificultad (Haas, 2015: 147, 151; Sowada, 2012: 1, 7). Resulta indesmentible que, con ello, la autodeterminación del titular del bien jurídico sería desplazada por medio del argumento de que una justificación de este tipo sólo se realizaría *en la medida* de la voluntad hipotética del titular del bien jurídico, y con ello serviría (también) a la autodeterminación del paciente (Beulke, 2015: 67, 74; Rosenau, 2010: 697), porque ese argumento banaliza la distinción entre una autodeterminación real y una hipotética.⁹

6. BGHR StGB § 223 párrafo 1 intervención curativa 2.

7. BGH NStZ-RR, 2004: 16, 17; BGH NStZ, 2004: 442; BGH NStZ, 2012: 205, 206.

8. Desde esa interpretación de la jurisprudencia, véase Haas (2015: 147, 148 y ss.); Tag (2015: 523, 531), con notas adicionales. A favor de una nueva causa de justificación, Beulke (2015: 67, 73 y ss.).

9. El hecho de que la voluntad hipotética del paciente (*ex post*) se deje investigar mejor que la voluntad presunta (*ex ante*) (Rosenau, 2010: 697) no cambia que el consentimiento efectivamente prestado, de

El hecho de que el consentimiento hipotético sea un dudoso instrumento para la autodeterminación se demuestra por la sola circunstancia de que las restantes incertidumbres sobre la voluntad hipotética del paciente son resueltas a favor del acusado conforme al principio *in dubio pro reo* (Sowada, 2012: 1, 7).¹⁰ Con ello, la autonomía del paciente es burlada igualmente a través del consentimiento hipotético, tal como es burlada mediante un recurso irreflexivo a un consentimiento presunto: la primacía del consentimiento real y el carácter subsidiario del consentimiento presunto no permiten un examen ulterior de la voluntad hipotética.

Para conservar la figura del consentimiento hipotético, sólo quedaría la posibilidad de fundarla en una analogía estructural con la relación de infracción de deber en el marco de la imputación objetiva (Kuhlen, 2004: 337 y ss.). Según dicha comprensión, la cual ha sido desarrollada por Kuhlen, la antijuridicidad (objetiva) del hecho requiere no sólo que ninguna causa de justificación se haya verificado completamente, sino principalmente que el resultado también se base —de una forma objetivamente imputable— en el defecto establecido de la causa de justificación (Kuhlen, 2004: 339). Ese último presupuesto no se cumpliría si faltase la relación de infracción de deber, dado que el resultado se habría producido también sin los defectos del consentimiento (esto es, bajo una aclaración debida y el correspondiente consentimiento efectivo).¹¹ Debido a la falta de un injusto de resultado, estaría excluida una punibilidad por el delito de lesiones consumado Kuhlen (2004: 346). Y, correlativamente, dada la subsistencia del injusto de acción, vendría en consideración naturalmente una punibilidad por tentativa (Kuhlen, 2004: 207, 229 y ss.; Beulke, 2015: 67, 74 y ss.).

Desde ya se puede negar que la fundamentación de una relación de infracción de deber requiera una consideración de los cursos causales hipotéticos, especialmente porque, debido a su carácter ficticio, no son susceptibles de ser determinados ni mucho menos probados (Puppe, 2003: 764, 769). Incluso si se quisiese ver a esa objeción como subsanable, entonces resulta también incierto si el consentimiento hipotético es idóneo para excluir la relación de infracción de deber en el nivel de la antijuridicidad.

La relación entre injusto de acción y de resultado debe fundarse en la comparación entre el comportamiento real y el comportamiento alternativo (hipotético) conforme a derecho (cf. Frister, 2015: 136). Sin embargo, para el consentimiento hipotético, la construcción de la hipótesis no se encuentra orientada al comportamiento típico del autor (ejecución de la intervención médica), sino que a la lesión consumada del de-

cara a las inseguridades que se encuentran vinculadas con la fijación de decisiones ficticias, constituye un instrumento más apropiado para una autodeterminación efectiva.

10. Véase en este sentido NStZ-RR, 2004: 16, 17; BGH NStZ, 2012: 205, 206. Véase también, bajo la referencia a una voluntad ficticia no determinante del paciente, Puppe (2003: 764, 769 y ss.).

11. Véase Kuhlen (2004: 340), además de BGH NStZ, 1996: 34, 341 y ss.; asimismo, Rosenau (2010: 690 y ss.).

ber de aclaración realizada en la fase previa a la intervención.¹² Si, por el contrario, la objeción del comportamiento alternativo conforme a derecho se refiere a la acción típica, entonces la relación de infracción de deber sí se verificaría. Ello porque el comportamiento alternativo conforme a derecho consistiría en omitir la intervención o, sobre la base de un consentimiento efectivo previamente concedido, en ejecutarla.¹³ Si, por el contrario, se quisiese concebir a la lesión del deber de aclaración como el injusto de acción decisivo, entonces se establecería con ello la barrera del comienzo de la tentativa en el engaño deliberado al paciente en la entrevista de aclaración,¹⁴ con el cual el médico ya habría comenzado una tentativa de lesión corporal. Se añade a lo anterior que el consentimiento hipotético —al igual que consentimiento efectivamente otorgado— debe referirse en la misma medida tanto al resultado de lesión como a la acción provocada (realización de la intervención):¹⁵ si se hubiese efectuado la aclaración debida, estaría justificada también la acción de la lesión corporal, y por eso faltaría la relación de infracción de deber entre la ausencia de aclaración y la acción (hipotéticamente justificada). Del mismo modo, estaría excluida igualmente la punibilidad de la tentativa previamente planteada, al situarse el principio de ejecución del delito en el comienzo de la operación, y no en la (falta de) aclaración previa.¹⁶

Incluso cuando se recurre a la aclaración debida como comportamiento alternativo conforme a derecho, la relación de infracción de deber se verificaría igualmente. Mientras el injusto de resultado radica —según el curso real de los hechos (ausencia de aclaración y consentimiento)— en una intervención corporal no cubierta por la voluntad del paciente, esa intervención estaría cubierta por la voluntad del paciente —según el transcurso hipotético de los hechos (consentimiento según la aclaración debida)— y no podría ser fundado por ello un injusto de resultado, dado que tal injusto realmente acaecido se basa en la acción infractora del deber y no en otra alternativa conforme a derecho.¹⁷ Si se asume, con la jurisprudencia, que la lesión al

12. Véase Gropp (2006: 202) y Jäger (2015: 351). En detalle, Haas (2015: 147, 154, 157), por lo cual las incorrecciones de aclaración son considerados también infracciones precedentes a deberes de cuidado en el marco de las relaciones de infracción de deber (154), pero que igualmente no funda la infracción de un deber de cuidado (157); de otra opinión es Swoboda (2013: 18, 28), quien vincula la transmisión de la relación de infracción del deber al nivel de la antijuridicidad, esto es, no al injusto de acción, sino a un déficit de la justificación. Esa mirada contradice la punibilidad de la tentativa propuesta, la cual requiere un injusto de acción.

13. Puppe (ZIS 2016: 366, 370); Schlehofer (2011: 953, 969 y ss.); ver también Jäger (2015: 351).

14. Comparar con el supuesto de hecho del caso Taladro, BGH NSTZ, 2004: 442.

15. Mitsch (2011: 299, 309); sobre la acción prohibida como objeto del consentimiento Paeffgen (2013: § 228, núm. 12); Rönnau (2006: Vor § 32, núm. 164); Lenckner/Sternberg-Lieben (2014: Vor § 32, núm. 34), asimismo con otras referencias.

16. Mitsch (2011: 309); véase en contra Beulke (2015: 67, 75); para ver otra objeción relativa a la falta de verificabilidad de la correspondiente resolución al hecho, Puppe (2004: 470, 471).

17. Jansen (2011: 482, 488); Schlehofer (2011: 970); ver también Haas (2015: 147, 155).

derecho a la autodeterminación (co-)constituye el injusto del § 223 StGB,¹⁸ no deja de verificarse con ello la relación de infracción de deber, dado que la lesión corporal es idéntica en todo lo demás. En la práctica, si se coincide con la objeción arriba esgrimida, la figura del consentimiento hipotético lleva a un socavamiento de la autodeterminación del paciente (Haas, 2015: 147, 157).

Con lo anterior se han señalado las objeciones esenciales en contra del consentimiento hipotético. En este lugar no puede revisarse exhaustivamente la discusión relativa al consentimiento hipotético en las intervenciones curativas médicas. Especialmente no debe profundizarse aquí en la cuestión de si la regla del derecho civil (§ 630h Abs. 2 S. 2 BGB) le entrega un reconocimiento a dicha figura jurídica en el derecho penal,¹⁹ y la cuestión respecto a de qué forma una necesidad jurídico-política dirigida hacia una restricción de la punibilidad de los médicos puede ser llevada a cabo de otra manera (por ejemplo, mediante una reducción de los deberes de aclaración médicos).²⁰ Para los fines de esta contribución, es suficiente el esbozo de los reparos dogmáticos generales para, a partir de eso, considerar esta figura en otros ámbitos.

2.2. Consentimiento hipotético en la lesión de otros bienes jurídicos individuales disponibles

Con independencia de que se ubique al consentimiento hipotético como una nueva causa de justificación o como un criterio de la imputación objetiva al nivel de la antijuridicidad, sería una figura jurídica de la parte general, es decir, no sólo aplicable a intervenciones médicas y delitos de lesiones corporales, sino también a otros tipos penales que sirvan a la protección de bienes jurídicos individuales disponibles.²¹ De esto podrían deducirse consecuencias de gran alcance, especialmente para la protección penal de los secretos de los pacientes (§ 203 párrafo 1 núm.. 1 StGB). Con independencia de un consentimiento realmente prestado o presunto, no constituiría un injusto penal la entrega de datos del paciente, cuando él, en la eventualidad de haber sido previamente consultado, habría aprobado la entrega de sus datos (véase antes la sección 2.1 de este artículo). Por otra parte, si el paciente no lo habría aprobado y si el médico actuó bajo la representación de que el paciente sí lo habría hecho, no se daría

18. BGHSt 11: 111, 114; igualmente Kuhlen (2001: 431, 442); rechazando Beulke (2015: 67, 69).

19. Véase en contra Haas (2015: 147, 157 y ss.); Puppe (ZIS 2016: 366, 371).

20. Véase en este sentido Tag (2015: 523, 543 y ss.); véase también para una cláusula de reprochabilidad apoyada en el § 240 Abs. 2 StGB: Swoboda (2013: 18, 30 y ss.).

21. Véase por ejemplo respecto de § 303 StGB: Hengstenberg (2013: 412 y ss.), respecto de § 266 StGB: Hengstenberg (2013: 419 y ss.); Rönnau (2011: 753, 756); de otra opinión (limitado al derecho penal médico) Fischer (2016: § 223, núm. 33); crítico sobre un traspaso de este tipo también, Jansen (2011: 482, 493 y ss.).

un injusto doloso, con lo que estaría excluida la punibilidad del médico de acuerdo con el §203 del StGB, que no prevé un delito imprudente.²²

El consentimiento hipotético es criticado aquí también por las objeciones ya señaladas. El hecho de que la acción típica («revelar») coincida por regla general con el resultado (tanto el tomar conocimiento por un tercero de los secretos, como su acceso),²³ hace que se presente una vez más como dudoso que el consentimiento hipotético sólo deba excluir una imputación del injusto de resultado, pero que la acción de revelar deba continuar en lo sucesivo como objetivamente antijurídica. Esto resulta más preocupante aún a la luz de un eventual reconocimiento de una nueva causa de justificación, la cual se encontraría en un notorio contraste con la protección legal de los datos médicos y del derecho del paciente a su autodeterminación informada. El consentimiento en el uso y tratamiento de los datos personales requiere de una decisión voluntaria (§ 4a párrafo 1 S. 1 BDSG), informada (§ 4a párrafo 1 S. 2 BDSG) y meditada (§ 4a párrafo 1 S. 3 BDSG) del afectado. Dado que se trata de datos médicos y especialmente de datos sensibles (§ 3 párrafo 9 BDSG), el paciente debe autorizar expresamente su tratamiento (§ 4a párrafo 3 BDSG), lo que significa que un consentimiento concluyente está excluido.²⁴ Estas reglas deben ser consideradas también en el marco del § 203 StGB.²⁵ Sin embargo, la literatura penal relativa al § 203 StGB acepta como suficiente un consentimiento informal (oral) o concluyente, dado que ello depende de la satisfacción de los requisitos materiales del consentimiento, y la mera infracción de preceptos formales no sería punible.²⁶ En contra de ello se sostiene, sin embargo, que los requisitos formales no son un fin en sí mismos, sino que se encuentran referidos a una decisión autodeterminada del paciente sobre el tratamiento de sus datos médicos. En los hechos, se encuentra extensamente reconocido en la literatura penal que el consentimiento concluyente o presunto solo se encuentra autorizado excepcionalmente. Asimismo se rechaza el envío de datos de los pacientes a centros de cálculos externos²⁷ o en el contexto de la venta de consultorios médicos.²⁸ El derecho del paciente a decidir la entrega de sus datos se debilitaría notablemente a través de la aplicación del consentimiento hipotético: la transmisión de los datos de los pacientes para el aseguramiento de la calidad o para fines de investigación no debería —en lo sucesivo— exigir que se recoja el consentimiento del paciente afec-

22. Comparar en este sentido al § 223 StGB: Beulke (2015: 67, 75); Kuhlen (2004: 344).

23. Véase en este sentido Kargl (2013: § 203, núm. 20); Lenckner/Eisele (2014: § 203, núm. 19).

24. Kühling/Seidel (2015: 101); Simitis (2014: § 4a, núm. 88).

25. OLG Bremen NJW, 1992: 757 (sobre el requerimiento formal de escrituración); Fischer/Uthoff (1996: 115, 116); Schlund (2010: § 72, núm. 25); Weichert (2004: 1695, 1697).

26. Cierniak/Pohlitz (2012: § 203, núm. 56); Kargl (2013: §203, núm. 56 [para la forma escrita], núm. 58 [para el consentimiento concluyente]), con referencias adicionales respectivamente.

27. BGH NJW, 1992: 2348, 2349 y ss.

28. BGH NJW, 1992: 737, 739. Cercano Kargl (2013: § 203, núm. 58 y ss., 61 con referencias adicionales).

tado, sino que ésta podría estar referida a la expectativa —empíricamente bastante plausible— de que ellos habrían autorizado el envío intencionado.

En vista de los requisitos fuertemente formalizados previstos para un consentimiento jurídico referido a la protección de datos personales, no sorprende que en el marco del § 203 StGB no se haya recurrido al consentimiento hipotético para disipar, por ejemplo, las dudas jurídicas que provoca la presencia en la sala de operaciones, sin el consentimiento del paciente, de los denominados consultores de productos médicos (Webel, 2014: 37, 43). De ahí que se haga referencia para el fundamento al «bien jurídico definido en forma diferente» en comparación al §223 StGB,²⁹ lo que puede ser vinculado externamente a las estrictas normas de la protección de los datos médicos. Esa diferenciación es poco convincente en lo nuclear, dado que en ambos tipos penales se trata del derecho a autodeterminación del paciente, por una parte, en relación con su salud e integridad corporal y, por la otra, en relación con el tratamiento de sus datos de salud.

2.3. El consentimiento hipotético de las embarazadas (§ 218a párrafo 1 núm. 1 del Código Penal Alemán)

Un consentimiento hipotético puede venir en consideración también en el marco del § 218a StGB. A diferencia del tipo penal recientemente tratado, el § 218a le asigna al consentimiento de la embarazada una doble función, según la cual la mujer defiende con el consentimiento no sólo su derecho a la autodeterminación sobre su propio cuerpo, sino que también determina cómo es resuelto el conflicto entre la situación de necesidad experimentada por ella y la protección de la vida del no nacido.³⁰ Mientras, en relación con el primer aspecto, se formula otra vez la pregunta sobre las consecuencias de la falta de aclaración médica (véase antes la sección 2.1),³¹ en el segundo, en cambio, se exceden las constelaciones recientemente tratadas, ya que la embarazada decide sobre la afectación de un bien jurídico ajeno. Sin embargo, esta función adicional del consentimiento no excluye, en principio, la aplicación de los principios del consentimiento hipotético al consentimiento de las mujeres embarazadas.

La exclusión del tipo según el § 218a párrafo 1 StGB no requiere sólo que la embarazada solicite el aborto, sino también que ella se haya dejado asesorar dentro de los 3 días previos a la intervención (§ 218a párrafo 1 núm. 1 StGB). De acuerdo a la representación del legislador, el asesoramiento debe proteger la vida del no nacido por la vía de alentar a la embarazada a la continuación del embarazo por la vía de mostrar

29. Spickhoff (2014: §§ 203-205 StGB, núm. 37); véase también Webel (2014: 37, 43, con la nota 81).

30. Merkel (2013: nm. 24, § 218a, núm. 16). La exigencia del embarazo implica un consentimiento (§ 218a párrafo 1 Nr. 1 StGB).

31. Véase para ello Merkel (2013: núm. 34, § 218a, núm. 38).

las perspectivas que ella tendría para una vida junto al niño, así como de ayudar a la embarazada a adoptar una decisión responsable y a conciencia (§ 219 párrafo 1 S. 1 y 2 StGB). Si dicho asesoramiento no es efectuado, según el § 218a párrafo 1 StGB, no procede la exclusión del tipo y el aborto es —en la medida que los restantes requisitos son satisfechos— punible.³²

Resulta incierto si, en un caso como ese, tanto la embarazada como el médico que realizó el aborto podrían hacer valer que la primera se habría decidido igualmente, habiendo recibido el asesoramiento prescrito de forma legal, a favor de la interrupción del embarazo. En ese caso, a partir de los principios del consentimiento hipotético, el resultado típico (muerte del feto), no podría ser imputado porque también habría sucedido bajo el comportamiento debido de la embarazada. En vista de la difundida opinión relativa a que los esfuerzos del legislador para reducir el número de abortos —a través del plan de asesoramiento— han fracasado,³³ una afirmación como esa —en su caso y en relación con el principio *in dubio pro reo*— no sería necesariamente implausible y por consiguiente inidónea para interrumpir la relación de infracción de deber.

Parece evidente que un resultado como ese contradice diametralmente al plan de protección legal. El consentimiento hipotético removería los fundamentos del modelo de asesoramiento, debido a que la exclusión de la tipicidad ya no dependería de si el asesoramiento tuvo lugar o no, sino de (en todo caso) cuál habría sido su resultado. La ley vincula el efecto excluyente del tipo —relativo a la decisión de la embarazada— a la satisfacción de determinados requisitos, los cuales deben garantizar una decisión «responsable y a conciencia» (§ 219 párrafo 1 S. 2 StGB). Si dichos requisitos no se verifican, entonces no son evitables las consecuencias inherentes del tipo penal mediante el recurso a una decisión hipotética que habría satisfecho dichos requisitos.

3. La disposición hipotética de órganos-que-ejercen-soberanía (Hoheitsträgern)

Una prohibición típica puede ser dejada sin aplicación no sólo a través de actos de disposición privados (consentimiento), sino también en algunos casos a través de actos de autoridad. En este sentido, pueden funcionar como fundamentos para la justificación de una decisión judicial (sección 3.1) como de una administrativa (sección 3.2).

32. Véase Merkel (2013: núm. 34, § 218a, núm. 74).

33. Merkel (2013: núm. 34, § 218a, núm. 51). Según cálculos, los cuales se basan en el número de consejos y los embarazos realizados de forma posterior a estos consejos, las embarazadas se deciden aproximadamente en el 70% de los casos por un aborto, véase Büchner (2006: 113, 120. Véase también 184 y ss.)

3.1. Autorización judicial

i) La justificación *qua* facultades soberanas puede considerarse, en particular, en casos de intromisiones en derechos fundamentales por parte de la policía y en los procedimientos penales, en la medida en que el tipo de una ley penal se lesione durante dicha intervención. Si son satisfechos los requisitos de una facultad legal de intervención, entonces el hecho se encontrará justificado; si ese no es el caso, entonces —en principio— no viene en consideración una justificación.³⁴ Desde un punto de vista formal, deben considerarse especialmente las intervenciones de mayor gravedad en derechos fundamentales, las cuales se encuentran bajo reserva judicial (*Richtervorbehalt*). Si la medida es ejecutada sin la necesaria orden judicial, ella será —consecuentemente— antijurídica. Si se transmite la teoría del consentimiento hipotético a la reserva judicial, podría sostenerse también una exclusión del injusto en este caso, en la medida en que el juez habría autorizado dicha afectación en el evento de haber recibido la correspondiente solicitud.

Justamente con dicha fundamentación rechazó el BGH en el caso Oury Jalloh una privación de libertad en comisión por omisión (BGH NJW, 2015: 96, 100). El oficial de policía acusado, como jefe del grupo en servicio, había omitido llevar sin demora al aprehendido (en cuyo arresto no participó) ante el juez, para suscitar una decisión jurídica sobre la continuación de la privación de libertad. Según la opinión del BGH, el acusado habría estado obligado —como garante— a llevar inmediatamente a la persona encarcelada ante el juez (ver en relación con §§ 128 párrafo 1, 163c párrafo 1 StPO; § 38 párrafo 1 LSASOG) (BGH NJW, 2015: 96, 100 y ss.). Sin embargo, la omisión infractora no sería causal para la perduración del arresto, dado que el juez habría ordenado igualmente la permanencia del arresto con una probabilidad rayana en la seguridad, debido a que los requisitos para una prisión preventiva previstos en el § 37 párrafo 1 núm. 1 LSASOG se habrían verificado, y a que el margen de discreción judicial se habría agotado en favor del acusado en virtud del principio *in dubio pro reo* (BGH NJW, 2015: 96, 101 y ss.). Por ello, la omisión del acusado no sería causal para la privación antijurídica de libertad (BGH NJW, 2015: 96, 102).

Como muestra la última formulación, el BGH no pone en duda que la privación de libertad es antijurídica, debido a la infracción a la reserva judicial, sino que rechaza solamente la relación de imputación entre la omisión y el injusto de resultado. A diferencia del consentimiento hipotético para las intervenciones médicas, el BGH —acertadamente— no vincula, para los efectos de comprobar la relación de infracción de deber, el punto de inicio al incumplimiento en la etapa previa (falta de aclaración, véase antes la sección 2.1), sino que a la omisión típica (el no disponer la comparecencia del imputado ante el juez de instrucción). En contra de la

34. Véase en sentido similar Mittag (2009: 217 y ss.).

argumentación del BGH es posible objetar que la reclusión ordenada judicialmente habría sido lícita y que la comparecencia omitida —en contra de lo sostenido por el BGH— fue perfectamente causal para la privación antijurídica de libertad.³⁵ Así, se reduce el desvalor de resultado sobre la lesión del bien jurídico (privación de libertad) por medio de negar absoluta y contundentemente la relación de infracción de deber.³⁶ Mientras la lesión de la autonomía del paciente pudo ser integrada en el injusto de resultado del § 223 StGB (véase antes la sección 2.1), no se entiende por sí mismo que la antijuridicidad formal de la privación de libertad sea componente del desvalor de injusto contenido en el § 239 StGB. A favor de ello habla, no obstante, que el ciudadano está obligado a tolerar una afectación de sus derechos fundamentales ordenada por el Estado sólo bajo la satisfacción del conjunto de requisitos formales y materiales.³⁷

Esto lleva a la pregunta de si la hipotética orden judicial de reclusión debe ser reconocida como una nueva causa de justificación (con el implícito deber de tolerancia para los ciudadanos), la cual también suprime el injusto de la detención ilegal cuando el autor conscientemente pasa por alto la competencia preventiva del juez para la protección de bienes jurídicos. El hecho de que el juez, a diferencia del titular del bien jurídico, no es libre en su decisión, sino que se encuentra vinculado a la ley y al Derecho, podría hablar a favor de que no se le atribuya a la antijuridicidad formal un significado decisivo para la punibilidad (véase también la sección 2.2.), sino que sólo para efectos de determinar si la privación de libertad se ajustaba materialmente a derecho.³⁸ Formulado resumidamente: si la decisión es determinada por el juez de forma correcta en sentido material y jurídico, ello no dependerá más de su presencia, dado que ella podría ser supuesta hipotéticamente.

Sin embargo, esa comprensión no haría justicia a la importancia que se le otorga a la reserva judicial para la protección del derecho fundamental a la libertad (artículo 2 párrafo 2, artículo 104 GG). Ella debe garantizar que una instancia imparcial e independiente decida sobre la licitud de la privación de libertad.³⁹ Dado que los conceptos utilizados en la autorización legal («sospecha», «peligro») abren notablemente el margen de valoración, ello se corresponde con la protección de bienes jurídicos a través del proceso, el cual tiene una importancia especial para cubrir el margen de

35. Jäger (2015: 72, 74); Rostalke (2015: 306, 311); Schiemann (2015: 20, 23).

36. En relación con las infracciones a la reserva judicial: Brauer (1988: 155).

37. Véase también la crítica formulada por Puppe (2016: § 11, núm. 29).

38. En ese sentido Wieck-Noodt (2012: § 239, núm. 37); véase también Schluckebier (2013: § 239, núm. 23), el cual sin embargo afirma la antijuridicidad de la privación de libertad cuando es evitado el procedimiento reglamentario.

39. BVerfG NJW, 2001: 1121, 1122; BVerfG NJW, 2007: 1345, 1346; véase en general sobre la función de la reserva judicial (protección jurídica preventiva): Gusy (2010: art. 104, núm. 38); Mittag (2009: 72 y ss.) con referencias adicionales.

discrecionalidad: el juez de instrucción no se encuentra vinculado a la valoración de la policía, sino que debe acreditar y juzgar autónomamente si se satisfacen los requisitos legales para una privación de libertad.⁴⁰ En los hechos, los «márgenes de discrecionalidad en el juzgamiento» (*Beurteilungsspielräume*)⁴¹ admitidos para el juez de instrucción son suficientemente reconocidos por el BGH. Para superar las restantes inseguridades en la investigación de la hipotética decisión del juez de instrucción, el BGH recurre al principio *in dubio pro reo*, según el cual en los casos de dudas se presume que el juez de instrucción habría llegado a la ponderación de que la privación de libertad fue conforme a derecho (BGH NJW, 2015: 96, 102 y ss.). De forma clara: en tanto la orden judicial de la mantención de la detención se encuentre (aún) en el marco de lo jurídicamente defendible, se encuentra excluido un injusto objetivamente imputable y punible respecto de la detención formalmente ilícita. Con la mirada puesta en la punibilidad del funcionario policial, la función protectora de la libertad de la reserva judicial es notablemente restringida y reducida a un simple control del carácter defendible de la decisión.⁴² Tal como para el consentimiento hipotético en las intervenciones médicas, no sólo se hace caso omiso de la decisión de la persona llamada a pronunciarse, sino que se aumenta el riesgo para la libertad de la víctima, debido a que en caso de duda de una justificación hipotética de la afectación, ella debe ser tolerada. Desde un *in dubio pro reo* se seguiría para la víctima detenida un *in dubio contra libertatem*. Por ello, una orden judicial hipotética no está en condiciones de excluir el injusto de la privación de libertad.

ii) Un problema similar radica en la decisión de los tutores para interrumpir el tratamiento médico de acuerdo con la voluntad del paciente (cfr. § 1901a BGB). Cuando no se encuentran de acuerdo el tutor y el médico tratante en lo que se refiere a la voluntad del paciente (§ 1904 párrafo 4 BGB; ver en este sentido § 1901b BGB), se requiere de la correspondiente decisión de autorización del tribunal de tutela (*Be-
treeungsgerichts*, § 1904 párrafo 2 BGB). La reserva de autorización judicial asegura —como la reserva judicial (véase la sección 3.1.i)— la consideración de las exigencias procesales en la fijación de la voluntad del paciente (BGH NJW, 2010: 2963, 2967). El BGH ha sostenido que dichas reglas tienen relevancia también para los límites penales de la justificación de una interrupción del tratamiento que lleva a la muerte del paciente.⁴³ Para el caso de infracción a la reserva de autorización (*Genehmigungs-*

40. BVerfGE 83, 24, (33 y ss.); Gusy (1992: 457, 461); Schulze-Fielitz (2008: art. 104, núm. 40).

41. BGH NJW, 2015: 96, 102 y ss. El concepto de «margen de discrecionalidad en el juzgamiento» es malentendido, cuando él es connotado con una densidad de control judicial reducida, dado que ella no se alcanza a fundar como una protección jurídica contra afectaciones de derechos fundamentales de carácter procesal penal, véase para ello Mittag (2009: 63 y ss.)

42. Véase también Puppe (2016: § 11, núm. 28).

43. BGH NSTZ, 2011: 275, 276; véase también previamente BGH NJW, 2010: 2963, 2966.

vorbehalt) en la interrupción del tratamiento, debería fracasar con ello consecuentemente también la justificación del comportamiento.⁴⁴

Dicha consecuencia se encuentra con un decidido rechazo en la literatura: sólo sería decisivo para la justificación si la decisión sobre la interrupción del tratamiento habría sido formulada por orden o habría resultado cubierta por el consentimiento presunto del paciente; no podría producirse un injusto de homicidio a causa de la infracción formal a la reserva de autorización.⁴⁵ Una interrupción en el tratamiento que es producto de la voluntad del paciente, provoca un estado conforme a derecho y, por ello, no podría fundar un injusto de resultado.⁴⁶ En la formulación precedente se hace alusión a un consentimiento hipotético: dado que la interrupción del tratamiento bajo la concurrencia de los requisitos materiales (§ 1901a BGB) habría sido autorizada judicialmente, el injusto del hecho no podría basarse en la falta de conocimiento del asunto por parte del tribunal de tutela. En caso contrario, se convertiría a los delitos de homicidio en prescripciones penales para la protección del proceso (compárese con § 218b párrafo 1 StGB).⁴⁷

Desde luego, la comparación con los §§ 218 y ss. StGB muestra que el injusto típico de la muerte del no nacido también es determinado a través de la infracción de las reglas procesales (véase la sección 2.3 en relación con el § 218a párrafo 1 núm. 1 StGB).⁴⁸ Tanto como la reserva judicial de la prisión preventiva, la reserva de autorización del tribunal de tutela también debe garantizar procesalmente las prescripciones de protección que, junto a la autodeterminación del paciente, defienden su derecho a la vida (BGH NStZ, 2011: 275, 276). A diferencia de la reserva judicial, la autorización judicial para la interrupción del tratamiento médico solo se activa en una situación de conflicto, esto es, cuando el médico tratante y el tutor tienen distintas opiniones sobre cómo la voluntad del paciente habría cambiado. Sostener que una imposición unilateral de una interrupción en el tratamiento médico en una situación como esa «sólo» sería una arrogación de competencia, irrelevante para una valoración jurídico penal (Hirsch, 2011: 37, 39), constituiría una desatención a la relación existente entre las reglas jurídicas de cuidado y la protección de la vida que ellas pretenden (Walter, 2011: 76, 81). El juez debe decidir según la voluntad disponible o presunta del paciente, esto es, el proceso debe garantizar que esa voluntad sea investigada y

44. Sobre esa interpretación de la jurisprudencia (accesoriedad del derecho de asistencia): Dölling (2011: 345, 348); Engländer (2011: 513, 519); Verrel (2011: 276, 277); de otra opinión, Rissing-Van Saan (2011: 544, 548).

45. Hirsch (2011: 37, 39); Neumann (2013: Vor § 211, núm. 133); Rissing-Van Saan (2011: 544, 548); Schneider (2012: Vor §§ 211 ss. Núm. 179); Verrel (2011: 276, 277).

46. Engländer (2011: 513, 519); Schneider (2012: Vor §§ 211 ss. Núm. 179).

47. Engländer (2011: 513, 519); Hirsch (2011: 37, 39); Verrel (2010: 671, 675).

48. En relación con el § 218a párrafos 2 y 3 StGB se desprende de su tenor literal que para una justificación es decisiva la concurrencia de requisitos materiales.

establecida de forma fiable.⁴⁹ La protección de la vida a través del proceso tiene una gran relevancia ante las inseguridades que pueden estar ligadas a la determinación de la voluntad (presunta) del paciente, si la voluntad del paciente no se deja reconstruir libre de dudas y una posterior determinación bajo el preludio del principio *in dubio pro reo* desplaza el peso a favor de la interrupción del tratamiento realizado. Así, tampoco se deja explicar que la interrupción del tratamiento, y la muerte de otra persona vinculada a ello, deba ser antijurídica para el derecho civil (infracción al § 1904 párrafo 2 BGB), pero jurídico-penalmente justificada,⁵⁰ ya que la regulación de la asistencia jurídica para la aplicación de las disposiciones del paciente aspira a regular claramente los requisitos y límites de la falta de punibilidad de la interrupción del tratamiento médico.⁵¹ Como muestra la prohibición respaldada penalmente de matar a petición (§216 StGB), la justificación de la acción homicida no puede producirse sólo a partir de un consentimiento del paciente, sino que ello ocurre mas bien cuando concurren los restantes requisitos para una interrupción del tratamiento (§ 1901a ss. BGB).⁵² Pero entonces es lógico que el incumplimiento de estas condiciones también sea relevante para la evaluación jurídico-penal y excluya una justificación (Walter, 2011: 76, 81). En este sentido, también existe el riesgo —bajo el reconocimiento de la autorización hipotética como nueva causa de justificación— de que la reserva de autorización sea burlada a través de una prueba posterior, y su función protectora de la vida sea en parte abandonada a través de la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

3.2. Permisos y autorizaciones administrativas

Como último campo de aplicación de actos de disposición hipotéticos, deben ser tomados en consideración finalmente los actos de la administración, los cuales autorizan un determinado comportamiento y, a consecuencia de ello, excluyen el injusto tipificado.⁵³ La afirmación de que la administración habría concedido una autoriza-

49. Así, sin embargo, Rosenau (2011: 547, 563); Schneider (2012: Vor §§ 211 ss. núm. 179).

50. Para un rechazo de una accesoria civil, Engländer (2011: 513, 519); Schneider (2012: Vor §§ 211 ss. núm. 179).

51. Walter (2011: 76, 80 y ss.), bajo la referencia al fundamento legal en el cual los límites jurídicos de la interrupción del tratamiento son fundados unitariamente para el derecho civil y penal, revítese sobre BT-Drs. 16/8442 p. 16.

52. Véase también Walter (2011: 76 y 80 y ss., reducción teleológica del § 216 StGB sobre el derecho de asistencia). Se podría llevar también a un paralelo con el suicidio: quien mate a su requerimiento a otro, no por ello elude la punibilidad de acuerdo con el §216 StGB, porque la víctima en otro caso se habría suicidado. Sólo resulta decisivo si la voluntad de ejecutar el suicidio se había de hecho formado y materializado.

53. Sobre la pregunta si tanto la autorización como el permiso oficial tienen un efecto excluyente del tipo o de una justificación, ésta no puede ser más profundamente tratada aquí. Para la diferenciación de la doctrina dominante entre prohibición preventiva con reserva de permisión (excluyente del tipo)

ción o permiso, si la correspondiente solicitud se hubiese presentado, podría por el contrario entregar un motivo para dudar de la existencia de un injusto de resultado, dado que la omitida presentación de la solicitud no ha llevado a una consecuencia que, jurídicamente, no habría podido ocurrir, esto es, una exclusión del injusto.

i) La transmisión de la figura del consentimiento hipotético a las autorizaciones administrativas viene especialmente en consideración para el soborno (§ 331 StGB). Debido a que la posterior autorización (véase § 331 párrafo 3 StGB) no permite excluir el injusto al momento del hecho (y con ello el correspondiente error del autor tampoco puede descargarlo), la opinión dominante estima que el funcionario público, como consecuencia del consentimiento presunto como causa de justificación, ya se encuentra justificado cuando para él es imposible o inexigible, previo a la aceptación del provecho, obtener un permiso y, asimismo, actúe bajo la expectativa fundada de que la administración autorizará posteriormente la aceptación.⁵⁴ De seguirse la teoría del consentimiento hipotético, aparenta ser una consecuencia lógica que el injusto del soborno podría ser descartado también a través de una autorización hipotética.⁵⁵ Por consiguiente, se descartaría también el injusto del soborno consumado cuando le era posible y exigible al funcionario público, previo a la aceptación de la ventaja, obtener una autorización.⁵⁶

Al diferencia de un tratamiento médico decidido autónomamente (véase sección 2.1), el resultado no puede fundarse bajo la ausencia de una relación de infracción de deber entre el injusto de la acción y del resultado, debido a que el § 331 StGB, en tanto delito de peligro abstracto, no requiere un injusto de lesión asociado al injusto de acción (solicitar, aceptar una ventaja) cuya imputación sería requisito para la aceptación del injusto consumado (para otras objeciones, véase más adelante la sección ii).⁵⁷

Dicha objeción deja intacta, no obstante, la aceptación de una nueva y autónoma causa de justificación. En contra de ella son dirigibles las mismas consideraciones que en contra del consentimiento hipotético: la subsidiariedad del consentimiento presunto respectivo, el que en el marco del § 331 StGB consiste también en una pri-

y prohibición represiva con reserva de exención (justificante), véase Paeffgen (2013: Vor §§ 32 ss., núm. 201) con ulteriores referencias. Por una exclusión del tipo Heghmanns (2000: 141y ss., 190).

54. Kuhlen (2013: § 331, núm. 132 y ss.); Sowada (2009: § 331, núm. 121 y ss.); Stein/Deiters (2016: § 331, núm. 73); en detalle Hardtung (1994: §§ 331 StGB, 70 BGG, 10 BAT, 203 y ss.).

55. Kuhlen (2013: § 331, núm. 135, con nota 412).

56. Kuhlen (2013: § 331, núm. 135).

57. Sowada (2009: § 331, núm. 126). Debido a que la acción típica según el § 331 párrafo 1 StGB requiere tanto una toma de conocimiento a través del destinatario como el acceso a la correspondiente aclaración (núm 130 con referencias adicionales), se podría ver en esto un resultado necesario para la consumación (ver sección 2.2), el que también habría ocurrido en un procedimiento conforme a lo establecido (autorización precedente). Con tal consideración es burlado el significado constitutivo del injusto de una infracción (consciente) contra el deber de denunciar o autorizar.

macía del procedimiento de autorización, el cual sólo permite el recurso a una autorización presunta en los casos en que dicha autorización no pudo ser obtenida de forma previa a la aceptación de la ventaja.⁵⁸ Con la autorización hipotética se burlaría la competencia de decisión de la administración (véase antes la sección 2.1). A esto debe agregarse que una autorización posterior sólo desplaza la punibilidad cuando el funcionario público denunció inmediatamente la ventaja (§ 331 párrafo 3 alt. 2 StGB). Con dicha exigencia el legislador quiso asegurar que el autor no intente obtener una autorización sólo cuando ya se ha iniciado un proceso penal en su contra.⁵⁹ No sólo la primacía de la autorización precedente, sino que también el deber de denunciar inmediatamente deben garantizar que en la aceptación de ventajas por el funcionario público se evite la correspondiente pérdida de confianza en la neutralidad y objetividad de la actuación administrativa a través de un proceso de autorización transparente (Sowada, 2009: § 331, núm. 126). Si se le atribuyese también un efecto excluyente del injusto a la autorización hipotética, dejaría de depender de estos requisitos, es decir, se descartaría también una punibilidad por soborno cuando el proceder no transparente del funcionario público sea idóneo para minar la confianza en la neutralidad de la actuación administrativa (Sowada, 2009: § 331, núm. 126). Así, la razón del § 331 párrafo 3 StGB se opone al reconocimiento de una nueva causa de justificación en la forma de una autorización hipotética.⁶⁰

ii) Dado que los argumentos precedentes, dirigidos en contra del reconocimiento de una autorización hipotética, se basan también en las especificidades de los delitos de corrupción, podría considerarse tanto en la autorización como en una permisión hipotética de otras conductas punibles un efecto excluyente del injusto, cuando él supone una accesoriedad administrativa, como es habitual en el derecho penal del medio ambiente (§ 324 ss. StGB).

La autorización (permisión) hipotética podría ser incluida, en primer lugar, como causa de justificación independiente y, en este sentido, vincularse a la extendida opinión en la literatura según la cual el injusto típico está (en todo caso) excluido cuando el autor tiene un derecho a la autorización.⁶¹ Esto se funda en la consideración de que el comportamiento autorizado por las reglas del derecho administrativo, no sería contemplado como un injusto en el sentido de un riesgo no permitido al bien jurídico, y la desatención a la reserva de autorización, como pura desobediencia a la administración, no alcanza para fundar la punibilidad.⁶² No obstante, como autorización hipotética, estas reflexiones se pueden reformular en el sentido de que al autor

58. Hardtung (1994: §§ 331 StGB, 70 BBG, 10 BAT, 1994, 207).

59. Sowada (2009: § 331, núm. 126, § 331 Rn. 126, con referencia a BT-Drs. 7/550, 272).

60. Korte (2014: § 331, núm. 184); Sowada (2009: § 331, núm. 126).

61. Ransiek (2013: § 324, núm. 28); Schmitz (2014: Vor §§ 324 ss., núm. 93).

62. Rudolphi (1984: 193, 198); Schmitz (2014: Vor §§ 324 ss., núm. 93).

se le debió haber concedido una autorización y su falta, por ello, no podría fundar un injusto.

Pese a lo plausible que parece a primera vista la penetración de las valoraciones del derecho administrativo en el análisis, dicha consideración al margen del proceso genera el peligro de que otras garantías y circunstancias sean pasadas por alto. El cumplimiento del procedimiento administrativo no es neutral con vista a la valoración del peligro abstracto para el bien jurídico protegido, sino que, al contrario, por una parte prepara el marco procesal para una mejor comprensión y valoración de los peligros inherentes al proceso y, por la otra, le proporciona a la autoridad la posibilidad de vigilar continuamente esos peligros (revocación o cambio de la autorización) o de considerar otros procedimientos de autorización (efecto acumulativo).⁶³ La autorización concretiza los derechos y deberes del destinatario no agotándose en una mera repetición declaratoria de la situación jurídico material.⁶⁴ De reconocerse a la autorización hipotética como una causa de justificación independiente, las consecuencias serían mucho más extensas debido a que el injusto típico no cesaría sólo por las decisiones vinculadas (derecho a la autorización), sino ya desde cuando la administración habría concedido la autorización en el marco de su correspondiente discrecionalidad (Dreher, 2003: 153). Por lo demás, también deberían agotarse en favor del autor los márgenes de interpretación y decisión para casos de dudas en la evaluación de la autorización hipotética (véase antes la sección 3.1.i). Aunque no resulta todavía suficiente la mera capacidad de autorización para una exclusión del injusto,⁶⁵ la justificación sobre un acto hipotético de la administración le quita a la autoridad su correspondiente margen de decisión y valoración y, con ello, el sentido del procedimiento administrativo no resulta adecuado para legitimar la decisión administrativa (Mitsch, 2011: 313 y ss). De esta forma se acentúa la paralela desvalorización del procedimiento administrativo a la que el mismo ciudadano podría remitirse para la autorización hipotética, cuando él alguna vez no ha formalizado una solicitud de concesión de la autorización y se ha sustraído desde el principio del control administrativo. Exceptuar de la punibilidad a todo evento a un comportamiento de ese tipo contraviene la voluntad del legislador.⁶⁶ Una causa de justificación de autorización

63. Heghmanns (2000: 159 y ss., 171 y s.); véase también Mitsch (2011: 314).

64. Para la función concretizadora e individualizadora de la autorización (en consideración también del derecho del tercero afectado) véase Schall (2016: Vor §§ 324 ss., núm. 90).

65. Así, sin embargo, Brauer (1988: 125). El argumento de que el derecho penal no podría sancionar lo que el derecho administrativo tolera como consecuencia de una decisión de la autoridad conforme a derecho (como señala Brauer), no toma en consideración que la calificación del comportamiento como riesgo no permitido (en otras palabras: incontrolable) se encuentra en una relación inseparable con la infracción en contra de la reserva de autorización. Véase para ello en detalle Heghmanns (2000: 159 y ss).

66. Ver en este sentido BT-Drs. 8/3633: 30.

hipotética sería inconciliable con el sentido y fin de la reserva de autorización, dado que la acreditación y autorización caso a caso a través de la autoridad se mostraría en la práctica como prescindible.⁶⁷ Por lo anterior, la autorización hipotética no puede reemplazar a la autorización realmente prestada y, con ello, no existe espacio para una nueva e independiente causa de justificación (Mitsch, 2013: 314).

La autorización hipotética podría no solo corresponder a una (nueva) causa de justificación, sino que también podría operar como un fundamento para la exclusión de la imputación objetiva relativa al injusto del hecho, si se opone a la posibilidad fundar una relación de infracción de deber entre el injusto de la acción y el del resultado.⁶⁸ Sin embargo, esa forma de fundamentación fracasa desde que se trata de un delito de actividad que no requiere un resultado (v gr. § 327 StGB) (Mitsch, 2011: 315). La consecuencia de que la autorización hipotética para fundar una exclusión del injusto esté disponible sólo para los delitos de resultado, lleva de regreso a una objeción ya esgrimida en contra del consentimiento hipotético (véase antes la sección 2.1): tanto el acto de disposición hipotético como el consentimiento y la autorización de hecho prestada, debiesen excluir no sólo el injusto de resultado, sino que también el de la acción, con lo que, por el contrario, el consentimiento hipotético no se deja situar en la relación de infracción de deber entre injusto de acción y de resultado (Mitsch, 2011: 315). Por cierto, también la autorización hipotética como fundamento para una exclusión de la imputación se encuentra expuesta a los mismos reparos que el consentimiento hipotético (véase antes la sección 2.1): el injusto de acción no radica en que el autor no procura solicitar un permiso, sino en que, sin la necesaria autorización, él contamina el agua, etc. Por el contrario, se constituye la relación entre la infracción a la reserva de permisión o autorización y el injusto de resultado típico, dado que el autor ha debilitado el control de la autoridad y, con ello, ha creado un riesgo *no permitido* (véase antes el análisis sobre la función del proceso de autorización).⁶⁹

4. Conclusión

Con el consentimiento hipotético la jurisprudencia ha abierto una puerta a la consideración de cursos causales hipotéticos en el nivel de la antijuridicidad y, consecuentemente, un camino hacia la exclusión del injusto que —hasta el momento— va mucho más allá de las constelaciones que se encuentran en el trasfondo del tratamiento médico decidido autónomamente. La (supuesta) necesidad político-jurídica tendiente a restringir la punibilidad de médicos por tratamientos médicos no consentidos efectivamente ha dado lugar a una figura jurídica que, debido a su anclaje en

67. Véase para autorización presunta a Heghmanns (2000: 239).

68. Así Dreher (2003: 133 y s., 155); véase también Brauer (1988: 127).

69. Sobre relación de peligro abstracto y control de la autoridad, véase Heghmanns (2000: 159 y ss.).

la parte general (ya sea como criterio de imputación o como causa de justificación), reclama validez no solo para la disposición del titular sobre otros bienes jurídicos, sino que igualmente para actos de disposición de la autoridad. Así, como ha quedado en evidencia que una exclusión del injusto *qua* consentimiento hipotético no se deja restringir a los delitos de lesiones corporales, también ha quedado claro que la transferencia de esa figura a otros ámbitos del derecho penal médico (§§ 203, 218 StGB) lleva a consecuencias absurdas (sección 2.3). Un panorama parecido resulta de la consideración de decisiones hipotéticas por parte de tribunales y autoridades administrativas: tal como ha mostrado la decisión del BGH sobre las consecuencias de la falta de observancia de la reserva judicial (sección 3.1), las consideraciones relativas al consentimiento hipotético se dejan transmitir también a los actos de disposición de la autoridad. Sin embargo, quedan en pie las objeciones formuladas en contra del consentimiento hipotético, las que se aplican en la misma medida a la autorización hipotética, y que demuestran que el reconocimiento de actos de disposición hipotéticos sobre la conservación de competencias de decisión y formas protectoras no seguirán siendo dependientes de la decisión propia del titular del bien jurídico o del funcionario competente, sino que debe ser posteriormente investigada, como si dichas decisiones hubiesen tenido lugar. Con ello, la correspondiente concepción de protección del legislador es reducida a un programa de evaluación jurídico material y se ignora el valor intrínseco de la legitimación a través del proceso, la cual se alimenta del respeto de competencias, formas y del transcurso del proceso. Estas extensas consecuencias debiesen ser motivo para reconsiderar a la figura del consentimiento hipotético. Mientras que la expectativa de que su ámbito de aplicación se deje restringir al derecho penal médico⁷⁰ podría ser señalada en cualquier caso como engañosa.

Referencias

- BEULKE, Werner (2015). «Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz». *Revista Medstra*: 67- 72.
- BRAUER, Jürgen (1988). *Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genehmigten Verhaltens*. Berlin: Duncker & Humblot.
- BÜCHNER, Bernward y Claudia Kaminski (2006). *Lebensschutz oder kollektiver Selbstbetrug: 10 Jahre Neuregelung des § 218 (1995-2005) (Schriftenreihe des Instituts für Lebens- und Familienwissenschaften)* (pp. 113, 120, 184). Bonn: Verlag für Kultur und Wissenschaft.
- CIERNIAK/POHLIT (2012). *MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM STRAFGESETZBUCH*. EN JOECKS/MIEBACH (EDS.), tomo IV, 2ª edición (§ 203, nº 56). München: C.H.Beck
- DÖLLING, Dieter (2011). *Zeitschrift für Internatio-nale Strafrechtsdogmatik*, 2011: 345-348.

70. En este sentido, Fischer (2016: § 223, núm. 33) y Rosenau (2010: 698 y ss.).

- DREHER, Mathis (2003). *Objektive Erfolgszurechnung bei Rechtfertigungsgründen (Berichte aus der Rechtswissenschaft)* (p. 153). Mannheim: Shaker.
- ENGLÄNDER, Armin (2011). *JuristenZeitung* (pp. 513-520). in: Manfred Heinrich u.a. (Hrsg.). *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*. Berlin/New York.
- FISCHER, Thomas (2016). *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Kommentar, 63^o edición, (§ 223, n^o 33). München: C. H. Beck
- FISCHER/UTHOFF (1996). «Das Recht der formularmäßigen Einwilligung des Privatpatienten bei externer Abrechnung». *MedR*: 115 (116).
- FRISTER, Helmut (2015). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 7^o ed. (pp. 110-136). München: C. H. Beck.
- GROPP, Walter (2006). «Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?». En Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (editores), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag* (pp. 197-208). Heidelberg: C. F. Müller.
- GUSY, Christoph (1992). «Freiheitsentziehung und Grundgesetz». *NJW Neue Juristische Wochenschrift*, 1992: 457-461.
- . (2010). *Grundgesetz, Kommentar*. En v. Mangoldt/Klein/Starck (editores), tomo III, 6. ^o ed. (art. 104, n. 38). München: Franz Vahlen.
- HAAS, Volker (2015). «Die Bedeutung gypothetischer Kausalverläufe für die Tat und ihre strafrechtliche Würdigung». *GA Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 162 2: 86-100.
- HARDTUNG, Bernhard (1994). *Erlaubte Vorteilsannahme, Paragraphen 331 StGB, 70 BBG, 10 BAT: zugleich ein Beitrag zur Einheit der Rechtsordnung und zur «Rückwirkung» behördlicher Genehmigungen im Strafrecht*. 1.^o ed. Berlin: Duncker & Humblot.
- HEGHMANN, Michael (2000). *Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln*. 1.^o ed. Berlin: Duncker & Humblot.
- HENGSTENBERG, Nike (2013). *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*. Berlin: Springer.
- HIRSCH, Hans Joachim (2011). «Anmerkung zum BGH, 25.6.2010- 2StR 454/09». *JR Juristische Rundschau*: 37-40.
- JÄGER, Christian. (2007). *Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007*. En Müller-Dietz/Müller/Kunz/Radtke/Britz/Momsen/Koriath (editores) (pp. 345-349 ss.) Baden Baden: Nomos.
- . (2015). «Tod in Zelle Nr. 5». *JA Juristische Arbeitsblätter*: 72-74.
- JANSEN, Scarlett (2011). «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. Notwendiges Korrektiv oder systemwidriges Institut?». *ZJS Zeitschrift für das Juristische Studium*, 6: 482-495.
- KARGL, Walter (2013). *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*. En Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), tomo II. 4^o ed. (§ 203, n. 20). Baden Baden: Nomos.

- KORTE, Matthias (2014). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. En Joecks/Miebach (eds.), tomo V. 2º ed., (§ 331, n. 184). München: C.H.Beck.
- KÜHL, Kristian (2012). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 7º ed., (§ 9, nº 47). München: Franz Vahlen.
- KUHLEN, Lothar (2001). *Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*. En Britz/Jung/ Koriath/Müller (eds.) (pp. 431-442). München: C. H. Beck.
- . (2001). *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. En Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (eds.). Berlin: De Gruyter.
- . (2004). «Ausschluss der objectiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Eniwilligung des Betroffenen». *JR Juristische Rundschau*: 227 y ss.
- . (2013). *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*. En Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), tomo III. 4º ed. (§ 331, n. 132 s). Baden Baden: Nomos.
- KÜHLING, Jürgen y Christian Seidel (2015). *Gesundheitsdatenschutzrecht*. En Kin-green/Kühling (eds.). 1.º ed. Baden Baden: Nomos.
- LENCKNER, Theodor y Jörg Eisele (2014). *Strafgesetzbuch, Kommentar*. En Schönke/Schröder. 29º ed. (§ 203, n. 19). München: C. H. Beck.
- LENCKNER, Theodor y Detlev Sternberg-Lieben (2014). *Strafgesetzbuch, Kommentar*, En Schönke/Schröder. 29º ed. (Vor § 32, n. 34). München: C. H. Beck.
- MERKEL, Reinhard (2013). *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*. En Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), tomo III. 4º ed. (§ 218a, n. 16). Baden Baden: Nomos.
- MITSCH, Wolfgang (2011). *Festschrift für Hans Achenbach*. En Schröder/Hellmann (eds.) (pp. 299-309). Heidelberg: C. F. Müller.
- MITTAG, Matthias (2009). *Außerprozessuale Wirkungen strafprozessualer Grundrechtseingriffe*. Berlin: Duncker & Humblot.
- NEUMANN, Ulfried (2013). *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*. En Kindhäuser/ Neumann/Paeffgen (eds.), tomo I. 4º ed. (Vor § 211, n. 133). Baden Baden: Nomos.
- PAEFFGEN, Hans-Ullrich (2013). *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*. En Kindhäuser/ Neumann/Paeffgen (eds.), tomo I. 4º ed. (Vor §§ 32 ss., n. 168a). Baden Baden: Nomos.
- . (2013). *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*. En Kindhäuser/ Neumann/Paeffgen (eds.), tomo II. 4º ed. (§ 228, nº 12). Baden Baden: Nomos.
- PUPPE, Ingeborg (2003). «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative - Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 3-3-1994 und 29-6-1995». *GA Goldammer's Archiv für Strafrecht*: 764-776.
- . (2004). «Hypothetische Einwilligung bei medizinischen Eingriffen». *JR Juristische Rundschau*: 470-472.
- . (2010). «Lob der Conditio-sine-qua-non-Formel». *GA Goldammer's Archiv für Strafrecht*: 551-570.
- . (2016). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 3º ed. (§ 11, n. 29). Baden Baden: Nomos.

- . (2016). «Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten». *ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 6: 366-370.
- RANSIEK, Andreas (2013). *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*. En Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), tomo III. 4° ed. (§ 324, n. 28). Baden Baden: Nomos.
- RISSING-VAN SAAN, Ruth (2011). «Strafrechtliche Aspekte der aktiven Sterbehilfe. Nach dem Urteil des 2. Strafsenats des BGH v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09». *ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*: 544-548.
- RÖNNAU, Thomas (2006). En Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (eds.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, tomo II. 12° ed. 2006, Vor § 32, n° 164. Berlin: De Gruyter.
- . (2011). *StV Strafverteidiger*: 753-756.
- ROSENAU, Henning (2010). En Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (eds.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, 2010. Berlin: Duncker & Humblot.
- . (2011). *Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011*. En Fischer/Bernsmann (eds.) (547-566). Berlin: De Gruyter.
- ROSTALKI, Frauke (2015). «Zur Irrelevanz hypothetischer Verläufe im (Straf-)Recht». *JR Juristische Rundschau*: 306-311.
- ROXIN, Claus (2006). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Tomo I. 4° edición (§ 14, n° 114). München: C. H. Beck.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim (1984). «Primat des Strafrechts im Umweltschutz?». *NStZ Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*: 193-198.
- SALIGER, Frank (2015). *Ein Menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*. En Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (eds.). Heidelberg: C. F. Müller.
- SCHALL, Hero (2016). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. En Wolter, tomo VI. 9° ed. (Vor §§ 324 ss., n° 90). Köln: Carl Heymanns.
- SCHIEMANN, Anja (2015). «Polizeiliche Handlungspflichten bei Ingewahrsamnahme: Der Fall Oury Jalloh». *NJW Neue Juristische Wochenschrift*: 20-30.
- SCHLEHOFER, Horst (2011). *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*. En Paeffgen (ed.). Berlin: Duncker & Humblot.
- SCHLUCKEBIER, Wilhelm (2013). *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*. En Laufhütte/Rissing van Saan/Tiedemann (eds.), tomo VII. 12° ed. (§ 239, n° 23). Berlin: De Gruyter.
- SCHLUND, Gerhard (2010). *Handbuch des Arztrechts*. En Laufs/Kern (eds.). 4° ed. (§ 72, n° 25). München: C. H. Beck.
- SCHMITZ, Roland (2014). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. En Joecks/Miebach (eds.), tomo V. 2° ed. (Vor §§ 324 ss., n° 93). München: C.H.BECK.

- SCHNEIDER, Hartmut (2012). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. En Joecks/Miebach (eds.), tomo IV. 2º ed. (Vor §§ 211 ss. N° 179). München: C. H. Beck.
- SCHULZE-FIELITZ, Helmuth (2008). *Grundgesetz, Kommentar*. En Dreier (ed.), tomo III. 2º ed. (Art. 104, n° 40). Tübingen: Mohr Siebeck.
- SIMITIS, Spiros (2014). *Bundesdatenschutzgesetz*. En Simitis (ed.). 8º ed. /§ 4a, n° 88). Baden Baden: Nomos.
- SOWADA, Christoph (2009). *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*. En Heinrich Wilhelm Lauffhütte, Ruth Rissing-van Saan (eds.), tomo XIII. 12º ed. (§ 331, n° 121 s.). Berlin: De Gruyter.
- . (2012). «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht». *NStZ Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1: 1-10.
- SPICKHOFF, Andreas (2014). *Medizinrecht*. En Spickhoff (ed.). 2º edición, (§§ 203-205 StGB, n° 37). München: C. H. Beck.
- STEIN, Ulrich y Mark Deiters (2016). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. En Wolter (ed.), tomo VI. 9º ed. (§ 331, n° 73). Köln: Carl Heymanns.
- SWOBODA, Sabine. (2013) «Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?». *ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 1: 18-28.
- TAG, Brigitte (2015). «Richterliche Rechtsfortbildung im Allgemeinen Teil am Beispiel der hypothetischen Einwilligung». *ZStW Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 127: 523 - 548.
- VERREL, Torsten (2010). «Ein Grundsatzurteil? – Jedenfalls bitter nötig!». *NStZ Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*: 671 - 676.
- . (2011). «Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 10. November 2010 - 2 StR 320/10 LG Köln». *NStZ Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 5: 276-278.
- WALTER, Tonio (2007). *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*. En Heinrich Wilhelm Lauffhütte, Ruth Rissing-van Saan, Klaus Tiedemann (coordinadores), tomo I. 12º ed. (Vor § 13, n. 74, 99). Berlin: De Gruyter.
- . (2011). «Sterbehilfe: Teleologische Reduktion des § 216 StGB statt Einwilligung! Oder: Vom Nutzen der Dogmatik Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 25.6.2010 - 2 StR 454/09». *ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2: 76 -81.
- WEBEL, Dirk (2014). «Medizinprodukteberater im OP – Patienteneinwilligung erforderlich?». *MPR Medizin Produkte Recht*: 37-43.
- WEICHERT, Thilo (2004). «Die Krux mit der ärztlichen Schweigepflichtentbindung für Versicherungen». *NJW Neue Juristische Wochenschrift*: 1695-1699.
- WIECK-NOODT, Brunhild (2012). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. En Joecks/Miebach (eds.), Tomo IV. 2º ed. (§ 239, n° 37). München: C.H. Beck.

Reconocimiento

El título original de este artículo es «Unrechtsausschluss durch hypothetische Dispositionen über das geschützte Rechtsgut? Zum Verhältnis von formellen und materiellen Voraussetzungen der Rechtfertigung» y fue publicado en la *Revista ZIS*, y está disponible en <http://bit.ly/2supMRC>. La traducción estuvo a cargo de Miguel Schürmann Opazo, profesor de Derecho Penal de la Universidad de Chile. Su correo electrónico es miguelschurmann@gmail.com.

Sobre el autor

MARTIN BÖSE es Professor de la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn (Alemania). Su correo electrónico es boese@jura.uni-bonn.de.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA

La *Revista de Estudios de la Justicia* es publicada, desde 2002, dos veces al año por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su propósito es contribuir a enriquecer el debate jurídico en el plano teórico y empírico, poniendo a disposición de la comunidad científica el trabajo desarrollado tanto por los académicos de nuestra Facultad como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras.

DIRECTOR

Álvaro Castro
(acastro@derecho.uchile.cl)

SITIO WEB

rej.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

cej@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.cl).