

Diego-M. Luzón Peña

El consentimiento hipotético, una figura rechazable

Foro FICP

2023-2

(Tribuna y Boletín de la FICP)

ForFICP
(abreviatura)

ISSN: 2340-2210

www.ficp.es

I. TRIBUNA

(para los miembros de la FICP)

1. Estudios

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña

Catedrático em. de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, Madrid, España.
Presidente de honor de la FICP.

~El consentimiento hipotético, una figura rechazable*~

Sumario. I. Concepto y características del consentimiento hipotético. II. Tratamiento del consentimiento hipotético: 1. Apreciación como eximente, negando la imputación objetiva en el campo de la justificación. 2. Rechazo del consentimiento hipotético como eximente. a) Las razones de la doctrina mayoritaria para el rechazo. b) Posición propia sobre las razones fundamentales para el rechazo. 1) Improcedencia de un paralelismo con la falta de imputación objetiva en cursos causales hipotéticos por un riesgo elevado de lesión aun con la conducta alternativa lícita. 2) Producción automática de un resultado desvalorado si se realiza la intervención sin pedir un consentimiento informado al afectado que podía pronunciarse. 3) No exclusión del desvalor de la acción aun con una creencia fundada en que el afectado consentiría si se le pidiera debidamente. 4) Restantes objeciones. La diferente situación en Derecho civil. c) La restricción de las infracciones del deber de información solamente a las bastante relevantes para excluir la exención penal por no ser un consentimiento suficientemente informado, en lugar de la construcción del consentimiento hipotético.

I. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL CONSENTIMIENTO HIPOTÉTICO

1. En los últimos años del siglo XX la doctrina ha elaborado el concepto de “consentimiento hipotético”¹, tomándolo y trasponiéndolo del campo de la doc. y jurisprud. civilista alemana², para denominar en el campo del consentimiento, sobre todo en el ámbito del consentimiento informado en el tratamiento médico-quirúrgico (pero también

* El presente trabajo es un anticipo del apartado correspondiente, tras el consentimiento presunto, del Cap. 22 de mi Tratado de DP, PG, en preparación

¹ Comienzan a ocuparse de este fenómeno y utilizar la terminología consent. hipotético (*hypothetische Einwilligung*) ULSENHEIMER, NSTZ 1996, 132 ss.; RIGIZAHN, JR 1996, 72 ss.; KUHLEN, FS-Roxin, 2001, 331 ss.; FS-Müller-Dietz, 2001, 431 ss.; JR 2004, 227 ss. (y en Stratenwerth/Kuhlen, AT, 5.^a 2004/6.^a 2011, § 9/28), y monográficamente su discípulo DREHER, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, 2003; PUPPE, GA 2003, 763 ss.; a partir de ellos paulatinamente la doctrina: cfr. bibl. cit. al final de este trabajo. ROXIN, no se ocupaba de esta constelación de casos en las tres primeras eds. de su AT I y sólo la trata en AT I, 4.^a, 2006, § 13/119 ss.; lo vuelve a tratar en su art. en medstra 2017, 119 ss.; y nuevamente ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/119 ss.

² Cfr. ampliamente sobre ese origen y trasposición del concepto desde la jurisprud. civil del BGH, por muchos, PUPPE, GA 2003, 763 ss.; InDret 2007-1, 2 ss.; ZIS 2016, 366 ss.; ELDP 5 2017, 172 ss.; BÖCKER, JZ 2005, 925 ss.; ROSENAU, FS-Maiwald, 2010, 683 ss.

se plantea en algún otro campo, como en la administración desleal³), a supuestos paralelos a los denominados cursos causales hipotéticos: se trata de casos en que el afectado, que podría hacerlo, no ha prestado un consentimiento válido a una actuación que le afecta (generalmente intervención quirúrgica o médica o alguna disposición de su administrador), o porque no ha prestado su consentimiento en absoluto para una intervención que se le practica al mismo tiempo que se le somete a otra que sí había consentido debidamente (o para una disposición del administrador sobre su patrimonio), o porque ha consentido pero de modo inválido, pues *no ha prestado el debido consentimiento suficientemente informado, pero* dadas las circunstancias de su enfermedad o situación etc. el médico (o el administrador), que sabe que no tiene el consentimiento informado y válido, parte de la base de que, *si se hubieran molestado en informarle de todas las circunstancias* de su caso y la necesidad o alta conveniencia de la intervención, habría posibilidades de que el afectado hubiera consentido

2. El grado de posibilidad ciertamente depende de la exigencia que se considere correcta para poder aplicar el *in dubio pro reo*⁴: para un posible planteamiento ciertamente restrictivo (del concepto y alcance del “consentimiento hipotético”), habría que requerir que el sujeto pasivo *con seguridad o con alta probabilidad habría consentido*; pero hay opiniones que van más allá y, haciendo el planteamiento inverso sostienen que la falta de consentimiento suficientemente informado “sólo fundamentará responsabilidad del médico por lesiones si el paciente no habría consentido en la intervención aun con una información suficiente”⁵, y por tanto consideran que la aceptación de un consentimiento hipotético que sería un *consentimiento eximente* de las lesiones, es aplicable *siempre que haya algunas posibilidades*, no ya seguridad ni siquiera probabilidad, *de que el sujeto*

³ Cfr. p. ej. RÖNNAU, LK, II, 11.ª 2006, antes § 32/232; JAHN/ZIEMANN, ZIS 2016, 552 ss.; SCHMIDT, M., Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung und ihre Übertragbarkeit auf die Untreue, 2018, 201 ss. Ya lo aceptó la sent. OLG Hamm NSStZ-RR 2012, 374.

⁴ Igual que sucede en la discusión sobre la imputación objetiva o no en cursos causales hipotéticos con conducta alternativa hipotética lícita o conforme a Derecho: v. LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 15/98 ss. Sin embargo, como considero totalmente incorrecta como veremos la concepción del consentimiento hipotético como eximente en el campo jurídicopenal, no merece la pena exponer en detalle ni lógicamente tomar partido sobre las diversas posiciones de quienes consideran preciso un determinado grado de posibilidades (seguridad, probabilidad o simple posibilidad) de hipotético consentimiento del afectado para que opere según ellos el *in dubio pro reo* excluyendo la responsabilidad penal por negar la imputación objetiva del resultado ilícito.

⁵ Así la sent. BGH 29. 6.1995, NSStZ 1996, 34 ss. (35), y antes ya BGHR StGB, § 223 1 Heilangriff 2. Similar la fórmula de BGH StV 2004, 373: no exención “si no se hubiera producido el consentimiento en caso de una información conforme a lo ordenado”, sentencia apoyada por RÖNNAU, NSStZ 2004, 801. Son las fórmulas con las que se inicia el planteamiento de la cuestión del consentimiento hipotético en el tratado de Roxin, AT I, 4.ª, 2006, § 13/119 y n. 193 s., y ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 13/119 y n. 306 s.

pasivo hubiera consentido la actuación si se le hubiera pedido dándole la información suficiente.

3. Lo que hace que estos supuestos difieran de los de consentimiento presunto es que en éstos el sujeto pasivo no podía prestar su efectivo consentimiento válido por no estar presente o por estar inconsciente o impedido, mientras que en los del consentimiento hipotético se puede perfectamente consultar al sujeto pasivo si presta o no su debido consentimiento informado y válido, y sin embargo el agente no lo ha hecho, infringiendo su deber de dar suficiente información y recabar el consentimiento informado⁶, con lo que actúa antijurídicamente⁷. Se parece en parte al consentimiento presunto en que en muchas ocasiones el autor –el médico, el administrador, en los casos de actuaciones en esos campos–, aunque infrinja consciente o inconscientemente su deber de previa información, no sólo actúa de buena fe en cuanto a la convicción de que el afectado realmente sí consentiría válidamente si con plena información se le pidiera, sino que esa presunción de hipotético consentimiento final del afectado puede ser objetivamente fundada y plenamente razonable, con lo cual, aunque sí tenga el dolo de conocer que el paciente realmente no ha consentido, cabría hablar –aun no siendo exacto– de que no habría “dolo” ni “imprudencia” respecto de la posibilidad de que *ex post* el afectado realmente no consintiera⁸. Pero en el consentimiento hipotético pueden darse casos de “dolo eventual” sobre esa posibilidad posterior cuando el médico se ha representado y acepta sin poderla excluir una posibilidad no desdeñable de que el afectado, si se le diera plena información (de riesgos o consecuencias secundarias), rechazara la intervención. Y también a diferencia del consentimiento presunto, en el hipotético pueden darse supuestos en que, aparte de ser ilícita la actuación inicial ya por no cumplir el deber de solicitarle al afectado su debido consentimiento informado que era posible, la creencia del agente objetivamente no sea plenamente fundada y racional y por tanto sea ya “imprudente” en

⁶ Así reiteradamente ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 13/122 ss., 132; en contra, considerando que el consent. hipotético excluye la antijuridicidad, la sent. BGH StrV 2004, 377.

⁷ La doc. destaca que el que el paciente podía haber consentido o rechazado y no lo hizo marca una diferencia sustancial con el consentimiento presunto, donde el afectado no puede ser preguntado; cfr. p.ej. KUHLEN, JR 2004, 229 s.; ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 13/132; DE VICENTE REMESAL, en Borja Pozo/García Amado (coords.), Responsabilidad jurídica médica, 2022, 379.

⁸ Utilizo aquí los términos dolo e imprudencia de modo provisional (y realmente inexacto), referidos solamente a la posibilidad de que el afectado al final no consintiera, prescindiendo de que la parte subjetiva del tipo, el auténtico dolo y la auténtica imprudencia tienen que referirse al tipo objetivo completo de ilícito o de injusto; es decir, sin entrar en la cuestión, que se aborda después, de si el hecho de que se compruebe que el afectado finalmente consentiría si se le hubiera pedido debidamente excluiría o no un hecho típico competo, consumado, que ya veremos que no es así.

cuanto a la posibilidad de que el afectado finalmente pudiera no dar su consentimiento si se le solicitara debidamente.

4. La aplicabilidad del pretendido consentimiento hipotético se ha planteado desde múltiples supuestos médicos reales debatidos ante los tribunales hasta casos imaginados por la doctrina: Baste citar como ejemplos de supuestos reales de graves infracciones tres de los primeros y más conocidos casos tratados en los tribunales penales alemanes. En la jurisprudencia penal alemana surgió la discusión en primer lugar en el llamado “caso Surgibone”, BGH 29. 6.1995, NStZ 1996, 34 ss.: un cirujano prefirió insertarle a seis pacientes un implante de material sintético llamado *surgibone* (*bone* en inglés = hueso, de la empresa Surgival) y al pedirles el consentimiento no les informó de la posible alternativa de un autoimplante óseo, pensando que, si les hubiera informado de esa alternativa pero diciéndoles que consideraba preferible el implante artificial, posiblemente habrían consentido, pero en este caso hubo problemas de cicatrización con el implante artificial, cuyo peligro habría sido menor con un implante óseo⁹. En el “caso del disco intervertebral” (2004)¹⁰ una cirujana, que había obtenido el consentimiento del paciente para operar un prolapso (abombamiento) discal mayor, en la intervención confunde el canal medular y elimina un prolapso discal menor, y, al darse cuenta posteriormente de su error, para no reconocerlo engaña al paciente diciendo que el prolapso mayor había experimentado una recidiva precoz y había que volver a operarlo, consintiendo el paciente en la segunda intervención, en la que la médico elimina el prolapso no operado, actuando además de modo bastante descuidado, y a continuación le dice al paciente que aprovechó para eliminar un prolapso menor; lo notable es que el BGH encargó a un nuevo juez que constatará si el paciente habría dado también su consentimiento hipotético a esa operación del prolapso mayor aun sabiendo que la cirujana se había equivocado en la primera operación. Y en el “caso de la punta de broca quebrada” (2004)¹¹, al operar un cirujano para estabilizar una articulación de húmero, se le rompe la broca quedando su punta insertada en el omoplato y no es capaz de extraerla, por lo que acaba la operación dejándola dentro, pero, al darse cuenta después de que ello

⁹ El supuesto se complicaba porque además en aquellas fechas el *surgibone*, que se implantaba normalmente en EEUU, aún no estaba autorizado en Alemania; y el BGH exigió que el nuevo tribunal sentenciador indagara si el paciente habría consentido el tratamiento con el implante *Surgibone* si hubiera sabido que en Alemania no estaba autorizado, y consideraba que, de no constatarse tal conformidad, debería aplicarse el *in dubio pro reo*.

¹⁰ *Bandscheibenfall*: BGH 4.3.2004, StV 2004, 376 ss.

¹¹ El *abgebrochene Bohrspitzen-Fall*: BGH 20.1.2004 – 1 StR 319/03, JR 2004, 469 ss.

se vería en cualquier radiografía, para extraer la punta de la broca engaña al paciente diciéndole que es necesaria una segunda operación para estabilizar la articulación y obtiene así su consentimiento viciado; en este caso el BGH sostiene que no habrá absolución por consentimiento hipotético si se constata que el paciente no consentiría la segunda intervención si se le hubiera informado correctamente, y lo consideró probado por la posterior declaración del paciente afirmando que en ningún caso hubiese consentido¹². En cuanto a casos de infracciones no graves citaré dos: Primero el caso real “del trasplante de células hepáticas” (2011)¹³, en el que un paciente con cirrosis hepática rechazó por diversos motivos el tratamiento normal de un trasplante de hígado y eligió en cambio como su última tabla de salvación un trasplante de células hepáticas pese a haber poca experiencia en él, habiendo sido informado suficientemente de los riesgos, pero no a fondo de las ventajas de ese método, y acabó muriendo por complicaciones derivadas de la intervención; y aquí el tribunal no pudo llegar a la convicción de que el paciente habría negado su consentimiento en el caso de una completa información. Y de supuestos imaginados se puede citar uno planteado por ROXIN: un paciente con cataratas se somete a una operación del cristalino, a la que no hay alternativa, y la operación tiene éxito, pero el médico no le ha informado de los riesgos no graves de esa intervención, con lo que no hay un consentimiento plenamente válido, pero el paciente previsiblemente consentiría también aunque le hubieran informado de todos los riesgos¹⁴.

5. Pues bien, lo que se discute vivamente es si ese hipotético consentimiento (no prestado) puede o no excluir la responsabilidad penal, como sucede con el consentimiento o el consentimiento presunto cuando son eficaces, y por qué.

II. TRATAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO HIPOTÉTICO

1. **Apreciación como eximente, negando la imputación objetiva en el campo de la justificación**

Una posición, inspirada como hemos visto en la sostenida en el campo jurídico-civil, defiende el paralelismo con los cursos causales hipotéticos con la hipotética misma

¹² Frente a esta posición del BGH PUPPE, InDret 2007-1, 6, insistiendo en su tesis de que es imposible saber *ex post*, aunque se le pregunte, qué habría decidido el paciente si se le hubiera informado correctamente, objeta: “¿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?”.

¹³ BGH 20.2.2013, NJW 2013, 1688 ss. Citándolo ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 13/131a.

¹⁴ Cfr. ROXIN, AT I, 4.ª, 2006, § 13/120; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 13/120/121.

conducta alternativa lícita y su repercusión en la posible exclusión de la imputación objetiva del resultado: se sostiene que también en el consentimiento, ya sea causa de exclusión de la tipicidad o de justificación –según los casos o según las concepciones, aunque la intervención (quirúrgica o médica)¹⁵ la haya efectuado el agente sin tener previamente el consentimiento del afectado o sin haber dado la debida información suficiente y sin contar por ello en principio con un consentimiento eficaz, ha de existir, igual que para la imputación objetiva del resultado causado en caso de hipotética conducta alternativa conforme a Derecho, lícita, una conexión entre la infracción de la norma y deber de contar con un consentimiento informado y el resultado típico-ilícito que debe encajar en el fin de protección o evitación de dicha norma para que se le pueda imputar a tal infracción. Por ello se niega tal imputación del resultado de las lesiones en principio penalmente ilícitas a la infracción o vulneración de contar con un consentimiento suficientemente informado para efectuar la intervención en el hipotético supuesto de que el afectado (el paciente), pese a que no ha consentido o no eficazmente, si se le hubiera pedido su consentimiento previo o se le hubiera dado la debida información, con un grado equis de posibilidades –según la posición que se defienda– sí habría consentido en tal intervención, cosa que declara posteriormente el afectado al ser preguntado o con la que dadas las circunstancias del caso y del afectado podía contar el autor en el momento de la intervención; porque, se argumenta, en tal hipótesis la infracción de la norma y del deber de contar con consentimiento informado no se ha realizado en el resultado, éste no encaja en el fin o ámbito de evitación de la norma infringida, no se da la relación de imputación objetiva entre, por una parte, la no solicitud de consentimiento informado o la falta de información relevante cuando se pidió el consentimiento y, por otra, la realización de la intervención sin un consentimiento válido (o en todo caso penalmente eximente) del afectado, o, si se quiere formularlo de otro modo, en esa hipótesis el afectado sí habría dado un consentimiento informado, con lo que finalmente no habría un resultado ilícito. Y por tanto, con una u otra formulación, tal consentimiento hipotético opera como eximente de la responsabilidad penal (para unos como justificante, para otros como

¹⁵ O a una disposición de su patrimonio por el administrador, en los casos paralelos de administración desleal o apropiación indebida: v. *supra* I y n. 3. En toda la exposición que sigue hay que dar por sobreentendida junto a los supuestos más discutidos del campo médico también esta segunda posibilidad, pero parece preferible, para que no resulte fatigoso, no repetirla expresamente en cada ocasión.

excluyente de la tipicidad penal). Esta posición ¹⁶ ha ido aumentando en seguidores pero sigue siendo minoritaria.

2. Rechazo del consentimiento hipotético como eximente

a) Las razones de la doctrina mayoritaria para el rechazo

La doc. mayoritaria, no obstante, rechaza con razón que se aplique al campo del consentimiento y en el terreno médico quirúrgico al del consentimiento informado, sea causa de justificación o de atipicidad, paralelamente la construcción de la imputación objetiva ¹⁷, con diversos argumentos que a continuación se exponen:

1) No se puede afirmar, como hacen algunos, que si hubiera hipotético consentimiento del paciente ante una información correcta, desaparece la antijuridicidad

¹⁶ Posición iniciada en el ámbito penal por la jurisprudencia del BGH alemán: BGHR StGB, § 223 1 Heilangriff 2; BGH 29. 6.1995, NStZ 1996, 34 ss.; BGH, NStZ-RR 2004, 16 ss.; NStZ, 2004: 442; BGH 4.3.2004, StV 2004, 376 ss.; BGH, NStZ-RR 2007, 340 ss.; BGH NStZ 2012, 205 ss.; BGH NJW 2013, 1688 ss. Y en la doc. KUHLEN, FS-Roxin, 2001, 331 ss.; JR, 2004, 227; DREHER, M., Objektive Erfolgszurechnung, 2003, passim; ROXIN, AT I, 4.^a 2006, § 13/120 ss., aunque en 124 ss. defendiendo aquí su teoría del incremento del riesgo (pero posteriormente cambia de posición y rechaza el consentimiento hipotético en medstra 2017, 129 ss.); FREUND, AT, 2.^a 2008, § 3/44b-f; ROSENAU, FS-Maiwald, 2010, 691; WIESNER, Die hypothetische Einwilligung, 2010, 107 ss.; GARBE, Wille und Hypothese, 2011, 243 ss.; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, Imputación objetiva..., 2013, 291 ss.; El consentimiento en DP, 2014, 229 ss.; LH-Schünemann I, 2014, 231 ss., 243; HENGSTENBERG, Die hypothetische Einwilligung, 2013, 333 ss.; HILGENDORF/VALERIUS, AT, 1.^a, 2013 a 3.^a 2022, § 5/138 ss.; SILVA SÁNCHEZ, ZIS 2014, 549 s.; BEULKE, medstra 2015, 72 ss.; MAGNUS, Patientenautonomie, 2015, 157 ss.; SCHMIDT, Die Rechtsfigur, 2018, 173 ss. y sobre admin. desleal 201 ss.; MURMANN, GK, 5.^a 2019, § 25/132. Con la fundamentación minoritaria de considerar que al final hay justificación del resultado, un resultado lícito, MITSCH, JZ 2005, 279 ss. (aunque mucho más restrictivo en trabajos posteriores: v. n. sig.).

¹⁷ Rechazando la figura como eximente de responsabilidad penal PUPPE, GA 2003, 769; InDret 2007-1, 4; AT, 3.^a 2016, § 11/20; ZIS 2016, 366 ss.; ELDP 5 2017, 172 ss.; OTTO, AT, 7.^a 2004, § 8/134; Jura 2005, 682 ss.; DUTTGE, FS-Schroeder, 2006, 182 ss.; GROPP, FS-Schroeder, 2006, 197 ss., 207; RÖNNAU, LK, II, 12.^a 2006, 13.^a 2019, antes de § 32/231 s.; JuS 2014, 885; JÄGER, Zurechnung und Rechtfertigung, 2006, 26; FS-Jung, 2007, 350 ss.; BOSCH, JA 2008, 71 ss.; SICKOR, JA 2008, 14 ss.; STERNBERG-LIEBEN, StV 2008, 191 ss.; FS-Beulke, 2015, 301 ss.; MedR 2019, 185 ss.; EDLBAUER, Hypothetische Einwilligung, 2009, 420 ss., 469 ss.; EISELE, FS-Strätz, 2009, 163 ss., 180 ss.; SCHWARTZ, Die hypothetische Einwilligung, 2009, 175 ss.; ALBRECHT, Die "hypothetische Einwilligung", 2010, 499 ss.; OTTO/ALBRECHT, Jura 2010, 267 ss.; JANSEN, ZJS 2011, 489 ss.; MITSCH, FS-Achenbach, 2011, 302 ss., 306 s.; JRE 24 2016, 263 ss.; SCHLEHOFER, FS-Puppe, 2011, 953 ss., 969 ss.; WEBER, FS-Puppe, 2011, 1059 ss., 1064; ; SCHLACK, RDUCN 19-2 2012, 284 ss.; InDret 2015-4, ExLibris 8 s.; SOWADA, NStZ 2012, 1 ss., 6 ss.; YAMANAKA, Kritisch-dogmatische Überlegungen, 2012, 236 ss., passim; CONRAD/KORANYI, JuS 2013, 975 ss., 983 ss.; ENGLÄNDER, en Matt/Renzikowski, StGB, 2013, 2.^a 2020, antes de § 32/27; FRISTER, AT, 6.^a 2013, 9.^a 2020, 15/34; PAEFFGEN, NK, 4.^a 2013, 5.^a 2017, antes de § 32/168a; GAEDE, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, 2014, 38 ss.; BERSTER, JA 2015, 914 ss.; HAAS, GA 2015, 147 ss., 159; PIZARRO WILSON, RDPUVCV 2015-1, 97 ss.; SALIGER, FS-Beulke, 2015, 264 ss.; ZABEL, GA 2015, 229 ss.; BÖSE, ZIS 2016, 497 ss.; REJ 29 2018, 1 ss.; STURM, Die hypothetische Einwilligung, 2016, 136 ss.; ROXIN, medstra 2017, 130 ss.; OLIVEIRA MOURA, LH-Costa Andrade I, 2018, 875 ss., 885 ss.; BECK, GdS-Tröndle, 2019, 395 ss.; GRECO, GA 2019, 684 ss.; HEINRICH, AT, 6.^a 2019, 7.^a 2022, nm. 478c; DÍAS LESTON, FS-Sancinetti, 2020, 254 ss.; ADPCP 2022, 729 ss., 743 ss.; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/125 ss.; DE VICENTE REMESAL, en Borja Pozo/García Amado (coords.), Responsabilidad jurídica médica, 2022, 379 ss.

de la conducta o lo ilícito o injusto del resultado¹⁸, porque el hecho es antijurídico al vulnerar la norma que prohíbe realizar una intervención médica sin consentimiento o sin adecuada información¹⁹, de modo que a lo sumo podría negarse la imputación objetiva del resultado ilícito²⁰. 2) Pero también es inaceptable la aplicación a estos supuestos de la teoría de la imputación objetiva, especialmente por la incorrección dogmática del paralelismo, ya que a diferencia de los supuestos de hipotética conducta alternativa lícita en vez de la real infractora de la norma, donde basta con suprimir mentalmente la infracción de la norma para que la misma conducta sea en principio lícita, en los de consentimiento hipotético no basta con suprimir mentalmente la falta de debida información, dado que una operación con debida información pero no consentida es ilícita, de modo que aquí habrá que añadir además un consentimiento a tal información para que la conducta inicial fuera una hipotética alternativa lícita²¹, o bien habría que admitir que la hipotética conducta alternativa lícita sería abstenerse de la operación, no operar, ya que no ha habido consentimiento eficaz, y entonces sí se habría impedido el resultado lesivo, lo que significará que sí ha habido nexo o conexión entre la infracción de deber y el resultado lesivo y por tanto no se puede negar tal conexión como afirma la teoría criticada²²; y además es peligroso extender y expandir el pensamiento de la imputación objetiva a otros terrenos²³. 3) Realmente el consentimiento hipotético actuará *a posteriori* cuando el afectado, que no emitió un consentimiento suficientemente informado en el momento de la operación, al ser preguntado después cuál habría sido su decisión si se le hubiera dado la información relevante y se hubiera pedido su autorización, responda que seguro o seguramente habría consentido, lo que simplemente es una encubierta ratificación posterior, un perdón, que a diferencia de en Derecho civil

¹⁸ Considerando no antijurídica la conducta las sents. BGH StV 2004, 376 ss. = JZ 2004, 799 (Bandscheibenfall: caso del disco intervertebral); BGH NSTZ-RR 2007, 340 ss.; BGH NSTZ 2012, 205 ss. (206); en la doc. MITSCH, JZ 2005, 279 ss.: justificación del resultado, resultado lícito; o BEULKE, medstra 2015, 67 ss., 73; consent. hipot. como causa de justificación independiente.

¹⁹ Así entre otros ¿???; ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 13/122; medstra 2017, 130 ss.; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/122, 125.

²⁰ Planteamiento de ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 13/122; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/122, donde añaden que ello deja abierto en caso de dolo un posible castigo por tentativa.

²¹ Así la doc. mayor. cit. en n. 17; cfr. sobre los argumentos expuestos en el texto para el rechazo JÄGER, FS-Jung, 2007, 350 ss.; SCHWARTZ, Die hypothetische Einwilligung, 2009, 175 ss.; SOWADA, NSTZ 2012, 1 ss., 10; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/126.

²² Así JÄGER, FS-Jung, 2007, 351, 345 ss.; SCHWARTZ, Die hypothetische Einwilligung, 2009, 222; SWOBODA, ZIS 2013, 22.

²³ Así enérgicamente BÖSE, ZIS 2016, 497 ss.; REJ 29, 2018, 1 ss.

no puede ser eficaz como eximente por buenas razones en Derecho penal²⁴. 4) Por ello esta figura, al prescindir de que no ha habido un consentimiento real suficientemente informado, en verdad es contraria, hostil del derecho de autodeterminación y libre decisión, de autonomía del paciente afectado, lo desprecia²⁵, “socava la autonomía del paciente”²⁶ y prescinde y desprecia, es decir, es tendencialmente contraria al deber de información médico²⁷ y por tanto al derecho de información del paciente para poder tomar una decisión de autorización sólo con un consentimiento bien informado. 5) Conceder eficacia eximente a ese consentimiento hipotético dejaría también en gran medida sin aplicación al consentimiento presunto y sus requisitos, especialmente el de la subsidiariedad, porque ya no importaría el presupuesto de que no se pueda preguntar al afectado y éste no pueda manifestarse, sino que bastaría con la probabilidad de que el afectado, que sí podía pero no consintió o no válidamente por no solicitárselo debidamente, hubiera consentido si se le hubiera informado y pedido²⁸. 6) Para aceptar el consentimiento hipotético como eximente se pide una prueba apenas practicable, porque es prácticamente imposible saber, incluso para el propio afectado, y pronosticar qué decidiría en la hipótesis no sucedida de que se le hubiera pedido su consentimiento y dado la suficiente información²⁹, lo que, como apunta alguna voz, esa imposibilidad se debe a que no estamos ante cursos causales naturales de estados de cosas, regidos por las leyes

²⁴ GROPP, FS-Schroeder, 2006, 207; FS-Jung, 2007, 354 ss.; WEBER, FS-Puppe, 2011, 1064; SOWADA, NSStZ 2012, 7 s.; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/125; similar DE VICENTE REMESAL, en Borja Pozo/García Amado (coords.), Responsabilidad jurídica médica, 2022, 380. Solamente argumentando que lo que vale para excluir la responsabilidad civil no es válido para el enjuiciamiento jurídico-penal FRISTER, AT, 6.^a 2013, 9.^a 2020, 15/34 y n. 74. Indicando que son distintas las reglas de prueba en el Der. civil y en el penal, JANSEN, ZJS 2011, 483, 491; JÄGER, JA 2016, 474; ROXIN, medstra 2017, 133; HEINRICH, AT, 7.^a 2022, nm. 478c.

²⁵ Así PUPPE, GA 2003, 769; InDret 2007-1, 4; AT, 3.^a 2016, § 11/20; ZIS 2016, 366 ss.; ELDP 5 2017, 172 ss.; OTTO, AT, 7.^a 2004, § 8/134; DUTTGE, FS-Schroeder, 2006, 182 ss.; GROPP, FS-Schroeder, 2006, 197 ss.; SICKOR, JA 2008, 14 ss.; MITSCH, FS-Achenbach, 2011, 302 ss.; SCHLACK, RDUCN 19-2 2012, 286 ss.; SOWADA, NSStZ 2012, 6 ss.; PAEFFGEN, NK, 4.^a 2013, 5.^a 2017, antes de § 32/168a; GAEDE, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, 2014, 38 ss.; SALIGER, FS-Beulke, 2015, 264 ss.; FRISTER, AT, 9.^a 2020, 15/34; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/125. Comparte esta crítica sólo parcialmente, dependiendo del concepto de autonomía del paciente vulnerada que se defiende dentro del determinismo o del libre albedrío) DÍAS LESTON, FS-Sancinetti, 2020, 254 ss.; ADPCP 2022, 729 ss., 743 ss.

²⁶ En palabras de SALIGER, FS-Beulke, 2015, 265.

²⁷ En este sentido ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/125.

²⁸ Objeción en MITSCH, JZ 2005, 282; DUTTGE, FS-Schroeder, 2006, 184, n. 49; WIESNER, Die hypothetische Einwilligung, 2010, 100; ALBRECHT, Die hypothetische Einwilligung, 2010, 346 ss.; JANSEN, ZJS 2011, 486; RENZIKOWSKI, FS-Fischer, 2010, 370; SWOBODA, ZIS 2013, 26; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/132. Lo reconoce el defensor del consent. hipotético KUHLEN, FS-Roxin, 2001 347; JR 2004, 227, 229 s.

²⁹ Así PUPPE, InDret 2007-1, 6 s.; ZIS 2016, 367; ELDP 5 2017, 175 s.; SCHLACK, RDUCN 19-2 2012, 285 ss.; InDret 2015-4, ExLibris 8; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/125.

de la causalidad natural, sino ante el pronóstico de qué decidiría un ser humano libre si se le hubiera pedido su consentimiento y dado la suficiente información³⁰.

b) Posición propia sobre las razones fundamentales para el rechazo

1) Improcedencia de un paralelismo con la falta de imputación objetiva en cursos causales hipotéticos por un riesgo elevado de lesión aun con la conducta alternativa lícita

A mi juicio, además de por tales razones, el **motivo fundamental (y realmente el primero) del rechazo**³¹ debe ser éste: la aceptación como nueva eximente de un hipotético consentimiento que posiblemente o seguro habría prestado el afectado, que sin embargo no lo ha prestado o no lo ha prestado con la debida información, parte de una base totalmente errónea: la de que se puede aplicar en este campo la construcción de la no imputación objetiva del resultado a la conducta peligrosa incorrecta en los cursos causales hipotéticos con hipotética conducta alternativa lícita, *por ver un paralelismo total con ella*. En efecto, el BGH³² afirma, con el seguimiento de parte de la doc. como hemos visto, respecto de intervenciones quirúrgicas ciertamente consentidas pero con un consentimiento no suficientemente informado que “desde el punto de vista de la idea del fin de protección queda excluida la punibilidad de un médico por insuficiente información al paciente si como consecuencia de una intervención efectuada con consentimiento del paciente *se realiza un riesgo que no cae en el ámbito de protección* del deber de información vulnerado”(cursiva añadida). Sin embargo, **tal paralelismo con la posible falta de imputación objetiva del resultado en los cursos causales hipotéticos** ante una eventual conducta alternativa lícita **es totalmente improcedente por inexistente**. En efecto, en los cursos causales hipotéticos con hipotética conducta alternativa lícita hay una conducta peligrosa que, al infringir de modo imprudente o doloso (eventual normalmente) una norma sobre la forma de realizarla, por definición implica un riesgo o peligro –no seguridad– de lesión mayor que si la conducta observara la norma y para ver

³⁰ Todo esto lo subraya PUPPE, InDret 2007-1, 7, añadiendo que a esa imposibilidad no se le puede aplicar el *in dubio pro reo*; similar en ZIS 2016, 367; ELDP 5 2017, 175 s. Siguiéndola SCHLACK, RDUCN 19-2 2012, 284 ss.; InDret 2015-4, ExLibris 8.

³¹ Y sin embargo, en la doc. mayor. contraria a la figura del consentimiento hipotético no se maneja, por lo que alcanzo a ver, esta argumentación en los puntos clave que expongo a continuación: sí que hay autores (cits. *supra* en las n. 21-23) que niegan la aplicabilidad del argumento de la falta de imputación objetiva por hipotética conducta alternativa lícita al consentimiento hipotético, pero por las razones expuestas *supra* II.2 a2), y no por las razones que seguidamente desarrollo en el texto.

³² Así sent. BGH 29.6.1995, NStZ 1996, 35.

si hay o no imputación objetiva del resultado a la conducta peligrosa se examina si en el resultado se ha realizado o no ese concreto riesgo superior cuando se detecta la posibilidad, probabilidad o casi seguridad que el mismo resultado se hubiera producido aun sin infringir esa norma, por tanto con una hipotética conducta lícita. Pero en estos casos de consentimiento hipotético es **erróneo y absurdo plantear que la infracción del deber** (médico) **de información** suficiente para el consentimiento **o incluso** la infracción ya de plano del deber **de pedir el consentimiento** al paciente **suponga un riesgo o peligro**, pero sin seguridad, **de** que se produzca **un eventual desvalor del resultado** (en una intervención quirúrgica, de un resultado no atípico o no justificado de lesión de su integridad física unida al peligro de cualquier operación). Porque aquí el núcleo de la cuestión no es un curso causal por definición inseguro con distancia temporal entre la acción peligrosa infringiendo una norma y un posterior eventual resultado lesivo, sino que **la infracción de la norma que exige contar con el consentimiento y suficientemente informado** del afectado en una intervención médica supone **simultáneamente y con seguridad eo ipso en el mismo momento de la intervención** no consentida o con un consentimiento viciado e inválido **la producción de un resultado desvalorado**: la exclusión de la eximente (sea por exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad) que requiere la prestación de un consentimiento eficaz por el paciente afectado que estaba presente y en condiciones de otorgarlo o denegarlo.

2) Producción automática de un resultado desvalorado si se realiza la intervención sin pedir un consentimiento informado al afectado que podía pronunciarse

El **desvalor del resultado** de una intervención quirúrgica que pese a su potencialidad curativa futura actualmente supone una merma mediana o importante de la integridad física unida a los riesgos mayores o menores incluso para la vida de toda intervención quirúrgica, cuando no consiente o no con suficiente información el afectado por ella con capacidad para decidir asumirla o rechazarla, **ya se ha producido en el momento mismo de tal intervención no consentida debidamente**³³, y además el autor en estos casos normalmente sabe que falta tal consentimiento, o incluso engaña al paciente

³³ Salvo en los casos de estado de necesidad o consentimiento presunto por incapacidad del afectado para pronunciarse.

sobre lo que va a hacer, con lo que actúa dolosamente³⁴. Y ese *resultado lesivo desvalorado, antijurídico ya producido* seguro con la propia intervención no eficazmente consentida *no se va a excluir ni desaparecer porque con posterioridad, ex post se pregunte al afectado* dándole toda la información que no tuvo si, en caso de habersele dado la información y pedido su consentimiento antes de la intervención habría consentido *y el afectado responda tras pensarlo que es posible, probable o seguro que hubiera consentido*; ni siquiera la respuesta posterior de seguridad podría eliminar el resultado desvalorado e ilícito de la intervención que realmente no fue consentida o no debidamente, porque, como hemos visto, *ello equivaldría a una ratificación o consentimiento posterior, es decir a un perdón del afectado, que a diferencia del terreno de la responsabilidad civil en el campo penal es irrelevante* en la inmensa mayoría de los delitos³⁵ (v. *supra* II.2 a3); y con mayor razón no eliminaría ese resultado desvalorado la respuesta de simple posibilidad o probabilidad de haber consentido en tal hipótesis.

Por consiguiente, no se puede argumentar, como hace la extrapolación del criterio de la imputación objetiva a este ámbito, que hay que examinar si el riesgo de la infracción de la norma, y de su deber de contar con el consentimiento debidamente informado en la intervención, se ha realizado o no en un resultado lesivo desvalorado por la falta de consentimiento –lo que significa que un riesgo incierto y futuro más adelante, es decir con el curso de los acontecimientos se puede realizar o no– y que encajaría con el fin de evitación de la norma y su consiguiente deber. Cuando se afirma como el BGH que puede haber casos en que en una intervención efectuada con consentimiento pero no suficientemente informado del paciente “se realiza un riesgo que no cae en el ámbito de protección del deber de información vulnerado”, se está *entendiendo incorrectamente la finalidad (y ámbito) del deber* que impone *la norma de contar con consentimiento y suficientemente informado* para la intervención *como si significara* que esa norma y su deber tienen *la finalidad de evitar el riesgo de que*, al no obtener el consentimiento suficientemente informado de un sujeto, *sea un paciente que* por sus características y las del caso *sea previsible o probable que* (preguntado después, declare que) *no habría consentido* si se le hubiera pedido a tiempo el consentimiento o se le hubiera dado la suficiente información sobre el alcance y riesgos. Y por tanto, se está *concibiendo*

³⁴ A no ser que por error creyera contar con consentimiento suficientemente informado, lo que supondrá actuación imprudente, salvo en algún raro supuesto de error objetivamente invencible en la presencia del consentimiento, que supondría un caso fortuito.

³⁵ Cfr. LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 22/115.

equivocada e inadmisiblemente el fin de protección y evitación como si el deber impuesto por la norma de pedir un consentimiento suficientemente informado no pretendiera evitar el riesgo cuando se trate de pacientes e intervenciones en que por sus características sea probable o posible que el afectado habría dado el consentimiento que no dio si se le hubiera solicitado con toda la información necesaria; y se está entendiendo aquí que el riesgo preocupante para la norma sería el de que el paciente, preguntado después, declare que seguro o probablemente no habría consentido. Ya hemos visto que eso no es así en absoluto, sino que el fin de evitación del deber de solicitar un previo consentimiento suficientemente informado es el de impedir en todo caso, sin distinción de características del sujeto etc., que se produzca seguro con la propia operación no consentida o con un consentimiento viciado por falta de suficiente información el resultado ilícito, jurídicamente desvalorado, de que algo tan relevante o incluso grave como una merma o incluso pérdida parcial de la integridad corporal unida a un riesgo ulterior para la integridad o vida, por mucho que tenga potencialidad curativa final, se le haya practicado sin que haya sido asumido por la libertad de decisión del paciente al respecto.

3) No exclusión del desvalor de la acción aun con una creencia fundada en que el afectado consentiría si se le pidiera debidamente

Por ello, *menos aún* puede eliminar ese desvalor del resultado y su correlativo desvalor de acción doloso o imprudente *la creencia ex ante más o menos fundada del médico al actuar sin el debido consentimiento de que lo hace con un paciente que posible o probablemente o incluso seguro también consentiría* en la intervención si se le hubiera solicitado debidamente informándole de todo lo negativo, declare lo que declare posteriormente el paciente consultado; esta creencia fundada a lo sumo excluiría el desvalor de la acción (lo que ciertamente sería suficiente para excluir la antijuridicidad o según los casos la antijuridicidad penal típica). Ahora bien, sucede que esa **exclusión del desvalor de la acción** suficiente para la exención **sólo se puede admitir en el consentimiento presunto**, y ello únicamente porque –ciñéndonos ahora a los casos más normales de causa justificante–, estando **ausente o en situación de inconsciencia o incapacidad el afectado y no pudiendo por tanto éste consentir o rechazar** (el requisito esencial de la subsidiariedad en el consentimiento presunto), el ordenamiento considera adecuado, o en una situación de necesidad o aun sin ella en una situación es que es plenamente normal colegir por su comportamiento anterior etc. que el afectado

permitiría la intromisión en su bien jurídico, autorizar el riesgo permitido de actuar con una presunción jurídica de consentimiento por la creencia objetiva y racionalmente fundada *ex ante* de que el sujeto pasivo incapacitado para manifestarse consentiría si pudiera hacerlo³⁶; y ese riesgo permitido excluyente de todo desvalor jurídico de la acción se concede precisamente porque se quiere dar el mayor valor a la eventual voluntad de disposición del afectado si hubiera sido posible cuando no pudo manifestarla, pero nunca cuando el afectado sí podía manifestarse válidamente, es decir, *nunca prescindiendo del real rechazo o consentimiento suficientemente informado del* (paciente) afectado cuando sí podía expresarlo y no se contó con ello, es decir, realmente *de modo opuesto a –no permitiendo– la posibilidad de decidir del afectado*, que es lo que ocurre en el “consentimiento hipotético”, donde en la mayoría de los casos el médico obra sabiendo que no cuenta con el debido consentimiento, ocultando datos relevantes, incluso engañando al paciente (como en los citados casos del prolapso del disco intervertebral y el de la punta de broca quebrada: v. *supra* I.4), y en todo caso despreciando la ausencia de consentimiento suficientemente informado de éste.

4) Restantes objeciones. La diferente situación en Derecho civil

Una vez fundamentados detenidamente estos motivos esenciales para rechazar la figura del consentimiento hipotético y su pretendida eficacia eximente, ello repercute también en una mejor base o fundamentación para la mayoría de las razones del rechazo aducidas por la doc. mayor, cobrando por tanto a mi juicio mayor fuerza por su fundamentación más completa las objeciones de que ese consentimiento no puede eliminar la antijuridicidad o ilicitud de la conducta, ni del resultado, de que no puede haber paralelismo con la no imputación objetiva en los casos de hipotética conducta alternativa conforme a Derecho, de que el consentimiento hipotético operará como una declaración de conformidad o ratificación del afectado tras el hecho no consentido y sería por ello solamente un perdón ineficaz en Derecho penal, distinto del Derecho civil, y de que es una figura en gran medida hostil y que desprecia la autonomía y autodeterminación del afectado y su derecho a una suficiente información para decidir y correlativo deber de información (médica). La objeción de que tal figura deja en gran medida sin aplicación al consentimiento presunto, por su parte, complementa la crítica aquí efectuada a que se

³⁶ Sobre la ponderación de los intereses en tal caso v. LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 22/122. Sobre los casos de consentimiento presunto cuya justificación descansa sobre la idea de riesgo permitido cfr. DE VICENTE REMESAL, en Borja Pozo/García Amado (coords.), Responsabilidad jurídica médica, 2022, 377, 398 s.

prescinda de la imposibilidad de manifestarse del afectado, o sea de la subsidiariedad. En cambio, el argumento de que, dado que no estamos ante cursos causales naturales de estados de cosas, regidos por las leyes de la causalidad natural, sino ante el pronóstico de qué decidiría un ser humano libre si se le hubiera pedido su consentimiento y dado la suficiente información, es prácticamente imposible saber, incluso para el propio afectado, y pronosticar qué decidiría, aunque ciertamente sirve para destacar la diferencia y no paralelismo con los cursos causales hipotéticos, no es decisivo para rechazar la eficacia exigente del consentimiento hipotético: pues aunque haya casos en que sí se pueda efectuar un juicio de probabilidad razonable de lo que habría hipotéticamente decidido el afectado³⁷ (igual que en otros supuestos de comportamiento humano objetivamente previsible dadas las circunstancias, lo que por cierto indica que será muy difícil, pero no imposible), ello es irrelevante, como hemos visto, ya que lo que cuenta es que incluso un probable consentimiento hipotético no puede eliminar el resultado desvalorado e ilícito que supuso la intervención sin obtener un consentimiento suficientemente informado del afectado que estaba en perfectas condiciones de prestarlo o denegarlo.

c) La restricción de las infracciones del deber de información solamente a las bastante relevantes para excluir la exención penal por no ser un consentimiento suficientemente informado, en lugar de la construcción del consentimiento hipotético

Hay que advertir de que la vía correcta de tratamiento de los supuestos de obtención de un consentimiento del paciente no plenamente válido jurídicamente por una infracción ciertamente, pero no grave, del deber médico de información no puede ser acudir entonces para eximir de responsabilidad penal al recurso del consentimiento hipotético. En efecto, se puede sentir la propensión a considerar lógico recurrir al consentimiento hipotético para excluir la responsabilidad penal del médico en casos de infracciones u omisiones leves, no muy relevantes, de toda la debida información médica al afectado o su representante, como ocurre en los ejemplos cit. *supra* I.4 del trasplante de células hepáticas, donde se informó debidamente al paciente de los riesgos, pero no suficientemente de las ventajas de ese método frente al trasplante hepático, o el del caso de operación de cataratas, donde el único fallo consiste en no informar al paciente de los riesgos no graves de esa intervención. Y se puede sentir esa inclinación porque, como el

³⁷ Tb. DE VICENTE REMESAL, en Borja Pozo/García Amado (coords.), Responsabilidad jurídica médica, 2022, 387, destaca que la conclusión que extraiga el médico sobre el consentimiento presunto del paciente no ha de regirse por las reglas o criterios generalizables sobre lo médicamente correcto o razonable en esa situación, sino por la voluntad presunta del paciente, que también puede ser no razonable objetivamente.

fallo de información ha sido tan poco trascendente, nada grave, y en la operación de cataratas además no había otra alternativa para recuperar la visión, es prácticamente seguro que el paciente también habría consentido si se le hubiera dado toda la información omitida³⁸. Lo que ha ocurrido, sobre todo en la discusión alemana, es que la jurisprudencia y la doctrina civil había ido aumentando paulatina y a veces exageradamente, sobre todo si ello se pasa al campo penal, las exigencias para considerar plenamente cumplido el deber de una información médica completa y por ello para un consentimiento plenamente informado y válido del paciente, y por eso se recurrió por muchos al consentimiento hipotético como vía de compensación, pero, como se ha dicho certeramente, no es adecuado querer corregir un primer fallo con un segundo fallo o equivocación³⁹. Pues ya hemos visto detenidamente que y por qué el consentimiento hipotético no puede operar como exclusión de la imputación objetiva del resultado o como eximente de responsabilidad penal, de modo que ese no puede ser el camino correcto. Frente a esa vía errónea son muchas las voces que defienden con razón que la solución correcta es en el ámbito jurídico-penal la restricción, de modo autónomo y no estrictamente accesorio del jurídico-civil⁴⁰, de qué es una infracción del deber de información tan grave que jurídicamente impida que el consentimiento prestado sea eficaz como eximente (excluyente de la tipicidad penal) en vez que querer solucionarlo con el consentimiento hipotético⁴¹.

Lo correcto en el campo de la responsabilidad penal es efectivamente **interpretar con carácter general en el consentimiento real restrictivamente las infracciones del**

³⁸ Así formula inicialmente ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 13/120; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/120/121 en el caso de las cataratas planteado por él que puede parecer lógico acudir en ese caso al consentimiento hipotético y negar la imputación al fallo en la información, pese a que en la 4.^a ed. él defendía otra solución (la de su criterio del incremento del riesgo) y a que ya en medstra 2017, 129 ss. y en la 5.^a ed., § 13/125 ss. rechaza frontalmente el consentimiento hipotético.

³⁹ Así ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/128, tras destacar el origen del problema en las excesivas crecientes exigencias de la jurisprudencia civilista sobre el deber de información, generando como vía de compensación el recurso al consentimiento hipotético.

⁴⁰ Destacándolo, SICKOR, JA 2008, 11 ss.; JR 2008, 179 ss., 182; EDLBAUER, Hypothetische Einwilligung, 2009, 471 ss.; ALBRECHT, Die "hypothetische Einwilligung", 2010, 507 ss.; SOWADA, NStZ 2012, 10; GAEDE, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, 2014, 51 ss., passim; SALIGER, FS-Beulke, 2015, 257 ss., 269 ss.; STERNBERG-LIEBEN, FS-Beulke, 2015, 299 ss., 306 ss.; MedR 2019, 185 ss., 190 ss.; GRECO, GA 2019, 684 ss., 699; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/128.

⁴¹ En este sentido STERNBERG-LIEBEN, StV 2008, 193; FS-Beulke, 2015, 299 ss.; MedR 2019, 190 s.; EISELE, FS-Strätz, 2009, 181 s.; RENZIKOWSKI, FS-Fischer, 2010, 365 ss., 377 s.; WIESNER, Die hypothetische Einwilligung, 2010, 142 ss.; SWOBODA, ZIS 2013, 31 s.; KRÜGER, FS-Beulke, 2015, 137 ss., 146; medstra 2017, 18; ROXIN, medstra 2017, 119 ss.; GRECO, GA 2019, 699; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/128-128 b; y los demás cits. en n. anterior: SICKOR, EDLBAUER, ALBRECHT, SOWADA, GAEDE, SALIGER. Algunos reflejan esta posición ya en el título de su trabajo, como GAEDE, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung (Derecho penal médico limitadamente accesorio en vez

deber de información capaces de excluir la eficacia como eximente penal del consentimiento no plenamente informado, considerando que *ello no sucede si solamente ha habido una omisión o infracción leve del deber de información*⁴². Como ya he expuesto en general para el consentimiento informado⁴³, igual que parece lo correcto para otros posibles vicios de consentimiento, a mi juicio **no todo vicio o defecto, por pequeño que sea, de la debida información médica va a excluir la exención penal**, sino que hay que distinguir: a) *Para* un consentimiento plenamente válido también jurídico-civilmente que sea *causa de justificación* (o incluso haya adecuación social y jurídica como causa *de atipicidad de entrada* por exclusión evidente de todo indicio de ilicitud) el consentimiento sí *ha de ser plenamente informado* según la capacidad del paciente. b) Ahora bien, un *consentimiento no plenamente informado por alguna deficiencia o carencia no grave de toda la debida información*, p. ej. por no explicarle que una concreta operación muy conveniente y poco peligrosa pese a todo tiene un porcentaje de riesgo bajo por la anestesia o posibles complicaciones, pero que, pese a esa infracción del deber de información –que ya supone antijuridicidad y excluye por tanto la justificación y la atipicidad de entrada cuando no hay indicio de ilicitud–, sí es un consentimiento lo *suficientemente informado* para que el paciente *comprenda lo esencial* del alcance y repercusiones de esa indicada intervención médica o quirúrgica con merma inicial o perdurable de su integridad y por ello *el hecho no puede tener gravedad suficiente para constituir un ilícito penal* típico (un delito de lesiones): estará amparado por un consentimiento como *causa de exclusión (sólo) de la tipicidad penal (o del ilícito penal)*, aunque por esa infracción no grave del deber de información la intervención médica ciertamente será extrapenalmente ilícita, generando como *posible ilícito civil* deber de indemnización de perjuicios y sobre todo, lo que es más importante, un *ilícito*

de consentimiento hipotético), SALIGER, Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht (Alternativas al consentimiento hipotético en el DP), o en dos de los trabajos de STERNBERG-LIEBEN, ...Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung (Reducción de la carga de la información en lugar de consentimiento hipotético), y Beschränkung der strafrechtlichen Haftung auf eine schwerwiegende Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht (Restricción de la responsabilidad penal a una vulneración grave y de peso del deber médico de información). Sobre los criterios concretos de varios de ellos cfr. la exposición de ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/128a, donde en nm. 128 b sostiene el criterio, propuesto ya por ROXIN, medstra 2017, 135 ss., y GRECO, GA 2019, 697, del “conflicto de decisión” del paciente con razones a favor y en contra para rechazar una operación como situación en que no habrá eximente.

⁴² Efectivamente, a diferencia de las operaciones efectuadas totalmente sin consentimiento del afectado, donde no cabe distinción posible, en los casos de consentimiento pero con defectos de la debida información sí cabe distinguir según que los fallos o vicios de información sean graves o claramente leves. Sobre la diferenciación entre intervención sin consentimiento e intervención con vicios de información, DE VICENTE REMESAL, en Borja/García Amado (coords.), Responsabilidad jurídica médica, 2022, 381-384.

⁴³ Cfr. LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 4.^a 2023, 22/100.

disciplinario médico que puede sancionarse en ese ámbito por incumplimiento aunque no grave de la normativa legal y de la *lex artis* médica sobre el deber de contar con un consentimiento plenamente informado. Así pues, serán solamente las faltas o carencias o deficiencias de información médica completas, esenciales o al menos graves sobre el alcance, repercusiones y riesgos de la intervención las que excluirán la eficacia penalmente eximente del consentimiento. Por consiguiente, con esta interpretación restrictiva de los fallos de información que impiden un consentimiento suficientemente informado como eximente excluyente de la tipicidad penal, en los supuestos de infracciones leves del deber de información como en los citados casos del trasplante de células hepáticas sin información suficiente de las ventajas del método o de la operación de cataratas sin informar de sus riesgos no graves no hace ninguna falta acudir a la errónea figura del consentimiento hipotético para llegar al resultado satisfactorio de admitir pese a esos fallos no graves un consentimiento suficientemente informado eficaz como tal eximente penal.

Bibliografía: ALBRECHT, Die “hypothetische Einwilligung” im Strafrecht, Berlin, Duncker & Humblot, 2010; BECK, Was ist das Hypothetische an der hypothetischen Einwilligung, GdS-Tröndle, 2019, 389 ss.; BERSTER, Leber oder Leben, JA 2015, 911 ss.; BEULKE, Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz, medstra 2015, 67 ss.; BIRNBACHER, Vulnerabilität und Patientenautonomie – Anmerkungen aus medizinethischer Sicht, MedR 30 2012, 560 ss.; BÖCKER, Die hypothetische Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, JZ 2005, 925 ss.; BOSCH, Grenzen einer hypothetischen Einwilligung bei ärztlichem Eingriff, Anm. zu BGH, Urteil vom 5.7.2007 – 4 StR 549/06, JA 2008, 70 ss.; BÖSE, Unrechtsausschluss durch hypothetische Dispositionen über das geschützte Rechtsgut? Zum Verhältnis von formellen und materiellen Voraussetzungen der Rechtfertigung, ZIS 2016, 495 ss. = ¿Exclusión del injusto a través de disposiciones hipotéticas del bien jurídico protegido? Sobre la relación de los requisitos formales y materiales de la justificación, trad. Schurmann Opazo, REJ 29, 2018, 1 ss.; BRAUER, Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genehmigten Verhaltens, Berlin, Duncker & Humblot, 1988; CHUAN-CHING, Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht, München, Utz, 20119; CONRAD/KORANYI, Die hypothetische Einwilligung im Zivil- und Strafrecht ..., JuS 2013, 975 ss.; CZEMPIEL/MUGLER, Speiseröhren-Fall. Die hypothetische Einwilligung, FAMOS 2012/9, 1 ss.; DIAMANTI, Scriminanti incomplete e giudici controfattuali, Torino, Giappichelli, 2019; DIAS LESTON, L., Hypothetische Einwilligung und Patientenautonomie. Eine analytische Rekonstruktion der Debatte, FS-Sancinetti, 2020, 253 ss. = Consentimiento hipotético y autonomía del paciente. Una reconstrucción analítica del debate, ADPCP 2022, 729 ss.; DÖLLING, Gerechtfertigter Behandlungsabbruch und Abgrenzung von Tun und Unterlassen, ZIS 2011, 345 ss.; DREHER, M., Objektive Erfolgszurechnung bei Rechtfertigungsgründen, Aachen, Shaker, 2003; DUTTGE, Die “hypothetische Einwilligung” als Strafausschlussgrund: wegweisende Innovation oder Irrweg?, FS-Schroeder, 2006, 179 ss.; EDLBAUER, Hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv, Hamburg, Dr. Kovac, 2009; EISELE, Hypothetische Einwilligung bei ärztlichen Aufklärungsfehlern: § 223, § 26 StGB: Mangelnde ärztliche Aufklärung; Unwirksamkeit der Einwilligung; Rechtfertigung kraft hypothetischer Einwilligung; BGH, Beschluss vom 15. 10. 2003 ..., JA 2005, 252 ss.; Rechtfertigung kraft hypothetische Einwilligung, FS-Strätz, Regenstauf, Rechtskultur, 2009, 163 ss.; EL-GHAZI, Die Redundanz der hypothetischen Einwilligung – Plädoyer für eine Subjektivierung der strafrechtlichen Willensmängellehre, GA 2022, 449 ss.; ENGLÄNDER, en

Matt/Renzikowski, StGB, 2013, 2.^a 2020, antes de § 32/27; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, Imputación objetiva. Realización del riesgo en las causas de justificación. El consentimiento hipotético, Milano, Giuffrè, 2013; El consentimiento en DP, Valencia, Tirant, 2014, parte 2.^a: Consentimiento hipotético e imputación objetiva, 229 ss.; La relación de violación de deber en la antijuridicidad, LH-Schünemann I, 2014, 231 ss., 243; FREUND, AT, 2.^a 2008, § 3/44b-f; FRISTER, AT, 9.^a 2020, 15/34; GAEDE, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung, Heidelberg Müller, 2014; GARBE, Wille und Hypothese – zur Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, Berlin, BWV, 2011; GEPPERT, Hypothetische Einwilligung als Rechtfertigungsgrund?, JK 2004, StGB § 223/3; GRECO, Die Befreiung des Strafrecht vom Pflichtverletzungsdenken. Zur Kritik an der (nicht nur asymmetrischen) Akzessorietät, GA 2019, 684 ss.; GROPP, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, FS-Schroeder, 2006, 197 ss.; HAAS, Die Bedeutung hypothetischer Kausalverläufe für die Tat und ihre strafrechtliche Würdigung, GA 2015, 86 ss.; Zur Bedeutung hypothetischer Geschehensverläufe für den Ausschluss des Tatumrechts, GA 2015, 147 ss.; HEFENDEHL, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen? Begründbarkeit und Grenzen, FS-Frisch, 2013, 465 ss.; HEHR/PORTEN, StGB §§ 223 Abs. 1, 230 (Ablehnung der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht). Anmerkunz zu AG Moers, Urt. vom 22.10.2015 – 601 Ds-103 Js 80/14-44/15, medstra 2016, 123 ss.; HEINRICH, AT, 7.^a 2022, nm. 478b-c; HENGSTENBERG, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, Berlin, Springer, 2013; HILGENDORF, Einführung in das Medizinstrafrecht, 2.^a ed., München, Beck, 2019; HILGENDORF/VALERIUS, AT, 2.^a, 2015, § 5/138 ss.; HÜTTENRAUCH, Die hypothetische Einwilligung beim ärztlichen Eingriff, NJ 2013, 38 ss.; JÄGER, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, Heidelberg, Müller, 2006; Die hypothetische Einwilligung – ein Fall der rückwirkenden juristischen Heilung in der Medizin, FS-Jung, 2007, 345 ss.; Die hypothetische Einwilligung auf dem Prüfstand. Anmerkung zu AG Moers, Urt. v. 22.10.2015 – 601 Ds-103 Js 80/14-44/15, JA 2016, 472 ss.; JAHN, Heileingriff als Körperverletzung und hypothetische Einwilligung, Anm. zu BGH, Urteil vom 5.7.2007 – 4 StR 549/06, JuS 2007, 1145 s.; JAHN/ZIEMANN, Untreuestrafrecht 2.0. Theoretische und systematische Grundlagen der Dogmatik des § 266 StGB im Rechtsstaat, ZIS 2016, 552 ss.; JANSEN, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. Notwendiges Korrektiv oder systemwidriges Institut?, ZJS 6 2011, 482 ss.; KINDHÄUSER, StGB, 4.^a 2009 a 8.^a 2017, antes de § 32/57 ss.; KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, AT, 9.^a, 2020, § 19/17; KNAUER, Ärztlicher Heileingriff, Einwilligung und Aufklärung – überzogene Anforderungen an den Arzt?, en Roxin/Schroth (eds.), Medizinstrafrecht, 2.^a, Stuttgart, Boorberg, 2001, 9 ss.; KRÜGER, Zur hypothetischen Einwilligung, FS-Beulke, 2015, 137 ss.; Hypothesen zur hypothetischen Einwilligung im Medizinstrafrecht, medstra 2017, 12 ss.; KÜHL, AT, 8.^a 2017, § 9/47a; KUHLEN, Ausschluß der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung, FS-Müller-Dietz, 2001, 431 ss.; Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, FS-Roxin, 2001, 331 ss.; Ausschluß der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen, JR 2004, 227 ss.; Hypothetische Einwilligung und “Erfolgsrechtfertigung”, JZ 2005, 713 ss.; LANCIONI, Negato il risarcimento al paziente che avrebbe scelto di sottoporsi all’intervento anche se adeguadamente informato, RItMLDS, 2012, 357 ss.; LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 4.^a 2023, § 22/132a; 3.^a/4.^a 2016/2023, § 22/117 ss.; MAGNUS, Patientenautonomie im Strafrecht, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, 153 ss.; MERKEL, G., Prinzipielles und prozessuales zur hypothetisches Einwilligung in ärztliche Heileingriffe, JZ 2013, 975 ss.; MITSCH, Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht, JZ 2005, 279 ss.; Die hypothetische behördliche Genehmigung im Strafrecht, FS-Achenbach, 2011, 299 ss.; Einwilligung und Einwilligungssurrogate – insbesondere bei ärztlichen Heileingriffen, JRE 24 2016, 255 ss.; MOURA: v. Oliveira Moura; MURMANN, GK, 5.^a 2019, § 25/132; OLIVEIRA MOURA, Consentimento “hipotético” em direito penal?, LH-Costa Andrade I, 2018, 875 ss.; OTTO, Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, Jura 2004, 679 ss.; AT, 7.^a 2004, § 8/134; OTTO/ALBRECHT, Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff, Jura 2010, 264 ss.; PAEFFGEN, NK, 4.^a 2013, 5.^a 2017, antes de § 32/168a; PANTALEÓN DÍAZ, Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica: perspectiva penal y civil (1), LL 11-10-2018, 1 ss.; Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado, LH-Jorge Barreiro, 2019, 683 ss.;

PIZARRO WILSON, En oposición al consentimiento hipotético informado, RDPUCV 2015-1, 97 ss.; PUPPE, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative, GA 2003, 763 ss.; Hypothetische Einwilligung bei medizinischen Eingriffen. Anmerkung zum Urteil des BGH v. 20.1.2004 – 1 StR 319/03, JR 2004, 470 ss.; La justificación de la intervención médica curativa, trad. Felip i Saborit, InDret 2007-1; NK, 4.^a 2013, 5.^a 2017, antes de § 13/91 ss., 126 ss.; AT, 3.^a 2016, § 11/29 ss.; Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, ZIS 2016, 366 ss.; tb. en en: Rotsch (ed.), Zehn Jahre ZIS, Baden-Baden, Nomos, 2018, 409 ss. = El consentimiento hipotético y el derecho de autodeterminación del paciente, trad. Dias, ELDP 5 2017, 172 ss.; RENZIKOWSKI, Die hypothetische Einwilligung, en, Jurisprudenz zwischen Medizin und Kultur, Festschrift zum 70. Geburtstag von Gerfried Fischer, 2010, 365 ss.; RIEDELMAIER, Ärztliche Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik, Baden-Baden, Nomos, 2004; RIGIZAHN, JR 1996, 72 ss.; RÖNNAU, Anmerkung zu BGH 15.10.2003, JZ 2004, 801 ss.; LK, II, 12.^a 2006, 13.^a 2019, antes de § 32/164 ss.; Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, FS-Maiwald, 2010, 683 ss.; Hypothetische Einwilligung, JuS 2014, 882 ss.; Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht – eine sinnvolle Rechtsfigur?, <https://lawjournal.nuk.edu.tw> 2020-3, 273 ss.; ROSENAU, Begrenzung der Strafbarkeit bei medizinischen Behandlungsfehlern?, en Rosenau/Hakeri eds., Der medizinische Behandlungsfehler, Baden-Baden, Nomos, 2008, 215; Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, FS-Maiwald, 2010, 683 ss.; ROSTALKI, Zur Irrelevanz hypothetischer Verläufe im (Straf-)Recht, JR 2015, 306 ss.; ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 13/119 ss.; Hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht?, medstra 2017, 129 ss.; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/119 ss.; SALIGER, Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht, FS-Beulke, 2015, 257 ss.; SCHLACK, El consentimiento hipotético de la víctima en el DP alemán, RDUCN 19-2 2012, 275 ss.; Recensión a Beatriz Escudero García-Calderón, El consentimiento en Derecho Penal, ..., 2014, InDret 2015-4, ExLibris: 5 ss.; SCHLEHOFER, Die hypothetische Einwilligung – Rechtfertigungs-oder Strafunrechtsausschließungsgrund für einen ärztlichen Eingriff?, en Piper ed., Neues aus Wissenschaft und Lehre, Berlin/Boston, düsseldorf university press, 2010, 485 ss.; “Pflichtwidrigkeit” und “Pflichtwidrigkeitszusammenhang” als Rechtswidrigkeitsvoraussetzungen? Insbesondere zur Frage des Unrechtsausschlusses bei hypothetischer Einwilligung, FS-Puppe, 2011, 953 ss.; SCHMIDT, M., Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung und ihre Übertragbarkeit auf die Untreue (§ 266 StGB), Baden-Baden, Nomos, 2018; SCHÖCH, Hypothetische Einwilligung bei ärztlichen Doppingmassnahmen?, GA 2016, 294 ss.; SCHROTH, Die berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht, JuS 1992, 476 ss.; SCHWARTZ, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, Bern/Frankfurt, Lang, 2009; SICKOR, Die Übertragung der hypothetischen Einwilligung auf das Strafrecht, JA 2008, 11 ss.; Logische Unstimmigkeiten in der höchstrichterlichen Prüfungsformel zur hypothetischen Einwilligung..., JR 2008, 179 ss.; SILVA SÁNCHEZ, Objektive Zurechnung und Rechtfertigungsgründe. Versuch einer Differenzierung, ZIS 2014, 546 ss.; SOWADA, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, NStZ 2012, 1 ss.; STAM, BGH vom 21.05.2019 –VI ZR 119/18– Anforderungen an die hypothetische und die mutmaßliche Einwilligung eines Patienten, medstra 2020, 97 ss.; BGH vom 03.07.2019 –5 StR 393/18– Grenzen der Strafbarkeit bei ärztlich assistierter Selbsttötung, medstra 2020, 100 ss.; SPECTOR, Verantwortung, Kausalität und freier Wille, FS-Sancinetti, Berlin, 2020, 219 ss.; STERNBERG-LIEBEN, Anmerkung zu BGH StV 2008, 189, en StV 2008, 190 ss.; Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler: Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung, FS-Beulke, 2015, 299 ss.; Beschränkung der strafrechtlichen Haftung auf eine schwerwiegende Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht, MedR 2019, 185 ss.; STURM, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. Überlegungen zu den dogmatischen Grundlagen und zum Anwendungsbereich der Rechtsfigur, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016; SWOBODA, Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?, ZIS 2013, 18 ss.; TAG, Richterliche Rechtsfortbildung im Allgemeinen Teil am Beispiel der hypothetischen Einwilligung, ZStW 127 2015, 523 ss.; ULSENHEIMER, Anmerkung zu BGH v. 29. 6.1995, NStZ 1996, 34, en NStZ 1996, 132 ss.; VALERIUS, Die hypothetische Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff. Anmerkung zu BGH 1 StR 320/12 (Urteil vom 20.2.2013), HRRS 2014-1, 22 ss.; DE VICENTE REMESAL, Decisiones quirúrgicas en la mesa de operaciones: cuando el paciente no puede consentir, en Borja

Pozo/García Amado (coords.), Responsabilidad jurídica médica, Univ. Católica de Cuenca, Ecuador, 2022, 369 ss.; WEBER, Zu den Grenzen des strafrechtlichen Denkens in Rechtmässigkeitsalternativen, FS-Puppe, 2011, 1059 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 50.^a, 2020, nm. 596 ss.; WIESNER, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, Baden-Baden, Nomos, 2010; YAMANAKA, Kritisch-dogmatische Überlegungen zur hypothetischen Einwilligung, FS-Maiwald, 2010, 865 ss.; ZABEL, Die Einwilligung als Bezugspunkt wechselseitiger Risikoverantwortung, GA 2015, 219 ss.

* * * * *