

**Universidad Torcuato Di Tella**  
**Escuela de Derecho**

---

## **Revista Argentina de Teoría Jurídica (RATJ)**

**Volumen 21, Número 2, julio 2021**

---

### Intervenciones médicas curativas y lesiones corporales

Leandro Dias

#### Formato de cita recomendado

Leandro Dias, *Intervenciones médicas curativas y lesiones corporales*, Revista Argentina de Teoría Jurídica, 21 2 (21)

---

Para más trabajos publicados en la Revista Argentina de Teoría Jurídica acceda a [revistajuridica.utdt.edu](http://revistajuridica.utdt.edu)

Este artículo está disponible gratis y de forma pública por la Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella. Para más información, por favor contactarse con [ratj@utdt.edu](mailto:ratj@utdt.edu)

---

## Intervenciones médicas curativas y lesiones corporales<sup>†</sup>

---

Leandro Dias\*

### I. Planteo del problema

El tipo penal de lesiones corporales es sin dudas uno de los bastiones del derecho penal. En Argentina, desde la creación del código penal actual (en adelante, “CP”), siempre ha existido este tipo penal, más allá de ciertas correcciones que fueron realizadas a través de reformas, con el fin de captar de un modo (supuestamente) más adecuado algunas situaciones cambiantes de la vida en sociedad, como las lesiones en accidentes de tránsito.<sup>1</sup> Véase entonces el texto del tipo penal básico de lesiones leves dolosas, que ha perdurado en el tiempo sin mayores alteraciones y que solo por esa razón quizá podría considerarse como un ejemplo de buena técnica legislativa en el derecho penal:

ARTÍCULO 89. - Se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este código.

La disposición parecería ser bastante clara: comete una lesión corporal básica (o “leve”, esto es, no agravada de conformidad con los arts. 90, lesiones graves, y 91 CP, lesiones gravísimas), quien le causa a otra persona un daño en el cuerpo o en la salud. Aquí parecería no haber dudas en cuanto a que el *principio de daño* desempeña un papel en este delito y que el núcleo de

---

<sup>†</sup> Este trabajo comenzó como una sección de mi tesis de maestría realizada en la UTDT bajo la dirección de Eduardo Rivera López. Sus comentarios críticos ayudaron a mejorar la argumentación, así como la discusión con los miembros del jurado de la tesis, defendida y aprobada el 25 de abril de 2018: Alejandro Chehtman, Marcelo Ferrante y Marcelo Sancinetti. Una versión preliminar del texto también fue presentada y discutida en la UBA el 19 de octubre de 2017, en el marco del Congreso de Derecho Penal y Procesal Penal, así como distintas ediciones del curso de “Tópicos de la Parte Especial del Derecho Penal”, que tuve a cargo en la Especialización en Derecho Penal de la UTDT entre el año 2018 y el 2021. Es necesario agradecerles a todas las personas que participaron de esos encuentros y contribuyeron a la mejora de este trabajo y destacar especialmente a Pablo Larsen, Marcelo Lerman, Noelia Núñez, Gabriel Pérez Barberá, María Lucila Tuñón Corti y Diana Veleda, quienes leyeron distintos borradores del artículo, así como a los editores de la RATJ y a los dos árbitros que dictaminaron a favor de la publicación.

\* Doctorando y asistente científico (Universität Würzburg). Magister en Derecho Penal (UTDT). Abogado (UBA).

<sup>1</sup> Un panorama de la historia legislativa en TERRAGNI, «Artículos 89/94», en BAIGÚN/ZAFFARONI, *Código Penal y normas complementarias*, t. 3, 2.º ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2010, pp. 957 ss. Sobre las reformas más recientes, DIAS/NASCIMBENE/SANCINETTI, «Introducción al delito de lesiones», en *Transferencia de la Justicia Penal Ordinaria en el Proceso de Autonomía de la CABA*, 2016, pp. 31-57.

significado de estas dos alternativas de la regla,<sup>2</sup> además, estaría bastante claro. Golpear a alguien fuertemente con una trompada en la cara, causándole un corte que requiere sutura y deja una cicatriz, sería un daño en el cuerpo (primera alternativa), más allá de que no afecte de modo duradero a la salud. Colocarle a otra persona una sustancia tóxica en la bebida, lo que le termina causando una intoxicación fuerte que requiere internación y cuidados médicos, pero que no deja secuelas en el cuerpo, sería un daño en la salud (segunda alternativa). Nadie dudaría seriamente que en estos casos se produce una lesión corporal punible, al menos, en los términos del art. 89 CP.<sup>3</sup>

Sin embargo, déjense de lado estos casos en los que alguien ataca a otra persona con el fin de dañarla en el cuerpo o en la salud. Y piénsese en casos en los que un médico debe afectar la sustancia corporal de la paciente para salvarle la vida:

*Amputación:* A llega al hospital con una grave infección en su pie derecho, que se ha convertido en una gangrena. La médica B le informa a A que lo único que se puede hacer es realizar una amputación a la altura de la rodilla para evitar que se siga extendiendo la gangrena. De lo contrario, con una probabilidad lindante en la certeza el cuadro empeorará hasta la muerte de A. Esta última, sin embargo, rechaza el tratamiento médico, porque no quiere vivir sin su pie derecho. Ante esta situación, B decide sedar a A contra su voluntad y realizar la amputación de conformidad con la *lex artis*. A se salva.

En el sistema del CP, en casos así entraría en juego la posibilidad de aplicar una agravante por la pérdida del pie (art. 90 CP, lesiones graves, si se considera una debilitación permanente de un miembro; o bien art. 91 CP, lesiones gravísimas, si se considera una pérdida de un miembro),<sup>4</sup> pero ese análisis adicional supondría lo que ahora hay que probar, es decir, si el tipo básico del art. 89 CP se encuentra cumplido. En términos llanos, si estamos en presencia de una lesión corporal o no; en particular, si esa intervención es exitosa, ¿podría considerarse que el hecho de amputar al paciente es una lesión corporal, en los términos de la primera alternativa del art. 89

---

<sup>2</sup> Sobre la diferencia entre núcleo de significado cierto y la penumbra de falta de certeza de los términos utilizados en las leyes redactadas a partir de lenguaje natural y su textura abierta, HART, *The Concept of Law*, 3.<sup>a</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 124 ss. (esp. p. 144). Para los conceptos equivalentes de núcleo del concepto (*Begriffskern*) y ámbito externo del concepto (*Begriffshof*) adoptados en la metodología jurídica de tradición continental a partir de la obra de Philipp Heck, PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 4.<sup>o</sup> ed., 2019, p. 121.

<sup>3</sup> Respecto de estas dos alternativas de la regla, véase, en detalle DIAS/NASCIMBENE/SANCINETTI, «Introducción al delito de lesiones», en *Transferencia de la Justicia Penal Ordinaria en el Proceso de Autonomía de la CABA*, 2016, pp. 35 ss.

<sup>4</sup> Sobre esta discusión, *pars pro toto*, TERRAGNI, «Artículos 89/94», en BAIGÚN/ZAFFARONI, *Código Penal y normas complementarias*, t. 3, 2.<sup>o</sup> ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2010, pp. 973, 977.

CP (daño en el cuerpo),<sup>5</sup> que en todo caso solo podría ser permitida excepcionalmente por una causa de justificación? Imagínese ahora que la intervención realizada conforme a la *lex artis* no es exitosa y la paciente no puede ser sanada por medio de la amputación. ¿Podría mantenerse en este caso la respuesta dada anteriormente? Y, por último, piénsese en los mismos dos casos, pero realizados por la médica en contra de la *lex artis*. ¿Qué dicen las intuiciones de justicia bien ponderadas en estos casos?

Aparece entonces el tópico de la “tipicidad” —en el sentido de carácter delictivo *prima facie*, porque la conducta realiza todos los elementos de un delito— de las intervenciones médicas curativas como un problema interpretativo clásico, que se enmarca en la zona de penumbra del artículo 89 CP. Y no se trata de una cuestión meramente terminológica, porque de cómo resolvamos este problema interpretativo depende una cuestión no menor: la importancia del consentimiento (informado) para el derecho penal. Esto se debe a que si uno considera que las intervenciones médicas curativas —o al menos alguna clase de intervención médica curativa— son atípicas, esto es, que no cumplen el supuesto de hecho del artículo 89 CP, entonces no hará falta preguntarse por una causa de justificación: tendríamos una conducta permitida ya en general y no habría nada que justificar en el caso concreto. Así, una intervención médica curativa *contra la voluntad* de la paciente no sería punible como lesión corporal, aunque fuese realizada por la fuerza.<sup>6</sup> En cambio, si uno considera que las intervenciones médicas curativas que no resultan insignificantes para la sustancia corporal de la persona afectada se subsumen en el tipo penal del art. 89 CP, entonces la médica solamente podrá llevarlas a cabo, en principio y excluyendo casos especiales, en el contexto de justificación brindado por el consentimiento expreso e informado de la paciente. Pero a pesar de la importancia de la discusión, en Argentina no ha recibido un tratamiento profundo,<sup>7</sup> a diferencia de lo que ha sucedido en Alemania.<sup>8</sup> En este trabajo se

<sup>5</sup> Supóngase que la variante de daño en la salud no entra en consideración, dado que en casos así se produce una mejora en la salud. De todos modos, la cuestión no está nada clara, en virtud de que resulta discutible que haya algo así como un criterio objetivo de salud (y, en contrapartida, enfermedad), que no dependa en absoluto de los intereses concretos de la persona afectada. En más detalle sobre este problema, *infra* sección III.

<sup>6</sup> Por supuesto, podrían entrar en consideración otros delitos, como por ejemplo una privación de la libertad (art. 141 CP) o unas coacciones (art. 149 bis, 2.º párr.). Pero no una punibilidad por lesiones corporales. De forma esquemática, sobre el problema equivalente en el derecho penal alemán, HILGENDORF, *Introducción al Derecho penal de la medicina* [trad. CERDEIRO/SANCINETTI], 2020, § 2, n.º m. 8 ss.

<sup>7</sup> Advierte el problema, aunque no lo desarrolla en detalle, por ejemplo, SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. 3, 4.º ed., 1987, p. 119. En algunas discusiones recientes se presupone una solución a esta cuestión, pero no se la aborda como cuestión principal. Así en MONTIEL, «Violencia obstétrica y tres dilemas de cara al régimen sancionatorio de carácter penal», *Revista de la Facultad*, Vol. X, n.º 1, Nueva Serie II, 2019, pp. 131 ss. En otros países de habla hispana, como Chile y España, en cambio, sí se ha discutido recientemente la cuestión, cf. MAYER LUX, «Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2011, n.º 37, pp. 371 ss.; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «El delito de tratamiento médico arbitrario: una propuesta *de lege ferenda*», *RECPC*, 19-03, (2017), pp. 1 ss.

<sup>8</sup> En los apartados siguientes se dará cuenta de los principales argumentos ofrecidos en el debate alemán, a partir de una selección de algunos trabajos que resultan particularmente relevantes, pero la bibliografía al respecto resulta hoy

intentará cubrir este vacío de la doctrina argentina a partir de un análisis que tendrá como punto de partida a la discusión alemana, debido a que la enorme historia de recepción del pensamiento jurídico-penal alemán en el derecho penal argentino<sup>9</sup> convierte en apropiado, al menos como punto de partida, un repaso del abordaje alemán del problema.<sup>10</sup>

Ya puede observarse con claridad que las siguientes reflexiones estarán guiadas por un interés fundamentalmente teórico, vinculado a descubrir qué argumentos se han ofrecido a favor y en contra de una subsunción de estas conductas en el delito de lesiones y determinar cuáles son los más convincentes. Pero esta preocupación teórica no es una que solo debería preocupar a quienes discuten en el ámbito académico, como si se tratase de un intercambio entre reinas filósofas platónicas. Por el contrario, una subsunción adecuada es muy importante para la sociedad por razones de *fair labeling*, en el sentido de que el “etiquetamiento” materialmente justo de una conducta en un delito tiene consecuencias muy importantes para la legitimidad del castigo estatal: si el derecho penal implica alguna clase de reproche moral por la realización de una conducta incorrecta de forma culpable, parecería claro que la condena por un delito debe reflejar apropiadamente el carácter incorrecto (*wrong*) de la conducta.<sup>11</sup> En particular, si en *Amputación* considerásemos que la médica cometió el ilícito que subyace al delito de lesiones corporales y, por tanto, entrase en consideración la posibilidad de castigarla, deberíamos poder explicarle las razones por las que vamos a realizar el juicio de reproche que acompaña a la pena.<sup>12</sup> En este trabajo, entonces, se indagará en estas razones.

---

en día inabordable. Para un excelente panorama reciente, véase únicamente GRÜNEWALD, en *LK-StGB*, t. 7, 12.<sup>a</sup> ed., 2018, § 223, n.º m. 63 ss.

<sup>9</sup> Cf. BACIGALUPO, «La recepción de la dogmática penal alemana en la ciencia penal argentina», en HILGENDORF/LERMAN/CÓRDOBA (eds.), *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti*, 2020, pp. 19 ss.; CROXATO/ZAFFARONI, «El pensamiento penal en el derecho penal argentino», *Rechtsgeschichte – Legal History*, Rg 22, 2014, pp. 192 ss.

<sup>10</sup> Es decir, de ninguna manera se quiere proponer un traslado o trasplante acrítico de la discusión alemana al contexto argentino. Simplemente se considera *conveniente*, por el estado avanzado de la discusión alemana y la historia de recepción en argentina, comenzar aquí el análisis.

<sup>11</sup> TADROS, «Fair Labelling and Social Solidarity», en ZEDNER/ROBERTS (eds.), *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice*, 2012, p. 79. Véase también el análisis, en alguna medida similar, que realiza Gardner de los delitos contra la integridad corporal en el derecho del Reino Unido, a partir del principio de “claridad moral”, en GARDNER, «Racionalidad y estado de derecho en los delitos contra las personas» [trad. PERALTA], ÍDEM, *Ofensas y defensas*, 2012, pp. 66 ss.

<sup>12</sup> Se presupone aquí que la pena incluye tanto un componente de dolor penal o pérdida de derechos y un componente de censura, derivado de un juicio de reproche. Para un panorama sobre este tema, en la literatura reciente en español, FERRANTE, «Filosofía del derecho penal», en FABRA/SPECTOR (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. III, 2015, p. 2090 ss.; PÉREZ BARBERÁ, «Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena», *InDret: Derecho Penal*, 4/2014, pp. 3 ss. Si bien esta visión puede ser considerada estándar en la discusión, puede que no sea compartida, en el sentido de que la pena no necesariamente debe(ría) estar acompañada por una censura o reproche, como cuestión conceptual o normativa. Quienes defiendan una postura así quizá encuentren una razón para leer atentamente este trabajo en el siguiente párrafo, pero este primer argumento de *fair labeling* difícilmente les resulte aceptable. Un rechazo reciente (y muy influyente) del componente de censura/reproche del derecho penal (al menos en un sentido afectivo o emocional negativo), en LACEY/PICKARD, «From the Consulting

Un análisis detallado de la cuestión, de todos modos, podría resultar particularmente importante por un motivo adicional más bien orientado a la práctica. En el último Proyecto de Reforma del Código Penal Argentino<sup>13</sup> (en adelante, “PCP”) aparece, en el marco de los delitos contra la integridad corporal, un tipo penal “extraño” en nuestra tradición, como es el de “tratamientos médicos no consentidos” (art. 98 PCP):

ARTÍCULO 98. Se impondrá prisión de UN (1) mes a UN (1) año o UNO (1) a DOCE (12) días multa y, en ambos casos, inhabilitación por el doble del tiempo de la condena a prisión, al que realizare un tratamiento según las reglas de la ciencia médica sin el debido consentimiento, siempre que el hecho no importe un delito más severamente penado.

Este delito, en pocas palabras (y siguiendo la tradición de la legislación austríaca),<sup>14</sup> castigaría la realización, por parte del personal de salud, de intervenciones necesarias según la ciencia médica, pero obtenidas sin el consentimiento o contra el consentimiento de la paciente. La necesidad de un tipo penal de esta clase depende en parte de la discusión delineada anteriormente. Porque si los tratamientos médicos no consentidos, aunque sean exitosos, *ya resultan punibles* según las reglas del derecho penal vigente sobre lesiones corporales, habría que preguntarse por qué razón sería necesario crear un tipo penal autónomo para regular la cuestión. En cambio, si *no* resultan punibles como lesiones, pero se estima que merecen ser punibles, entonces la discusión adquiere características diferentes ya que con este nuevo delito se castigaría una conducta médica que hoy en día resulta impune.<sup>15</sup>

---

Room to the Court Room? Taking the Clinical Model of Responsibility Without Blame into the Legal Realm», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, 2013, pp. 1 ss. Véase también KELLY, *The Limits of Blame*, 2018, *passim*.

<sup>13</sup> Proyecto de Código Penal de la Nación, Remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación el 25 de marzo de 2019, MEN-2019-60-APN-PTE, disponible en: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/proyecto\\_de\\_nuevo\\_codigo\\_penal\\_de\\_la\\_nacion.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/proyecto_de_nuevo_codigo_penal_de_la_nacion.pdf) [verificado el 26/03/2021].

<sup>14</sup> Esto es reconocido expresamente en la exposición de motivos del PCP. Cf. Exposición de motivos, IF-2019-18043844-APN-UCG#MJ, disponible en: <https://www.senado.gob.ar/upload/29740.pdf> [verificado el 26/03/2021], p. 91. En lo que aquí interesa, la disposición relevante del Código Penal austríaco señala lo siguiente: “§ 110 StGB. Tratamiento curativo no autorizado 1) Quien le realice un tratamiento a otra persona sin su consentimiento, incluso de acuerdo con las reglas de la ciencia médica, será castigado con pena de prisión de hasta seis meses o una multa de hasta 360 cuotas diarias. 2) Si el autor no ha obtenido el consentimiento de la persona tratada bajo la asunción de que la postergación del tratamiento pondría gravemente en peligro la vida o la salud de la persona tratada, será castigado de conformidad con el apartado 1 solo si el supuesto peligro no existía y habría podido ser consciente de ello si hubiera ejercido los cuidados necesarios (§ 6). 3) El autor solo será perseguido penalmente a petición de la persona tratada de modo no autorizado” (la traducción es propia).

<sup>15</sup> En este sentido, véase la reciente propuesta en Alemania de la AG Medizinstrafrecht des Kriminalpolitischen Kreises, firmado por profesores y profesoras de derecho penal, con un examen detallado de las repercusiones de una postura de esta clase. Cf. KRIMINALPOLITISCHER KREIS, «Für eine sachgerechte Regelung der eigenmächtigen Heilbehandlung», *medstra* 2/2021, pp. 65 ss.

En los siguientes apartados se abordará esta problemática en dos momentos distintos. En un primer momento, se describirán las posiciones interpretativas usuales en el derecho penal alemán sobre este tema, con especial hincapié en la posición “clásica”, que viene siendo aplicada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán desde hace más de un siglo, y que considera que las intervenciones médicas curativas son lesiones corporales, que dado el caso podrán estar justificadas por consentimiento (sección II). En un segundo momento se defenderá la concepción alemana clásica de dos críticas principales, basadas en la valoración social de la conducta y en el principio de daño (sección III). Una breve conclusión, con un breve comentario sobre las repercusiones de esta postura respecto del mencionado PCP, hace las veces de cierre de esta contribución (sección IV).

## II. Las distintas posiciones en la dogmática penal (alemana)

Para evaluar el abordaje de este problema desde la perspectiva de la dogmática penal de tradición alemana, se debe partir de que la posición clásica alemana asume que las intervenciones médicas curativas configuran, *prima facie*, el delito de lesiones corporales (en términos dogmáticos, como ya se señaló, serían “típicas”), incluso cuando han sido realizadas exitosamente y de conformidad con los estándares fijados por la ciencia médica. Según esta postura, sostenida en la actualidad por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán<sup>16</sup> y parte de la doctrina,<sup>17</sup> la acción de un médico que realiza una operación invasiva exitosa y conforme a la *lex artis* cumple los elementos objetivos y subjetivos del delito de lesiones corporales. Esta conclusión podría ser trasladada sin mayores problemas al derecho penal argentino por la similitud en la redacción de los delitos en cuestión. Es cierto que hay algunas diferencias entre la redacción del tipo penal argentino y el alemán, dado que el § 223, código penal alemán (en adelante, “StGB”) señala lo siguiente:

### § 223. Lesión corporal

(1) Quien maltrate corporalmente a otra persona o dañe su salud, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o multa. (2) la tentativa es punible.

<sup>16</sup> Véase, RGSt, t. 25, pp. 375 ss.; BGHSt t. 11, pp. 111 s., t. 12, p. 379; t. 16, p. 309; t. 43, pp. 306 ss.; BGH *NStZ*, 1996, pp. 34 s.; *NJW* 2000, 885; *NStZ*, 2004, pp. 442 ss.; *NStZ*, 2008, pp. 278 s.; *BJW*, 2011, pp. 612 ss., entre muchas otras.

<sup>17</sup> Entre otros, recientemente y desde distintas perspectivas, HILGENDORF, en BAUMANN/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF (eds.), *Strafrecht. Besonderer Teil*, 3.ª ed., 2015, § 6, n.º m. 96 ss.; WOLTERS, en RUDOLPHI *et al.* (eds.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8.ª ed. (separata 141), 2014, § 223, n.º m. 33.; KRAATZ, *Arztstrafrecht*, 2013, n.º m. 35; FRISTER/LINDEMANN/PETERS, *Arztstrafrecht*, 2011, § 1, n.º m. 2; PUPPE, «La justificación de la intervención médica curativa» [trad. FELIP I SABORIT], *InDret: Derecho Penal*, 1/2007, pp. 3 ss.

Puede observarse que el punto de conexión es que ambos tipos penales requieren un daño en el cuerpo, o bien un daño en la salud. En este trabajo, la atención se colocará en la alternativa de daño en el cuerpo y respecto de esta cuestión, el StGB requiere solamente un maltrato corporal,<sup>18</sup> mientras que el CP habla directamente de daño al cuerpo. Empero, esta diferencia no debe ser sobrevalorada. Es cierto que el legislador alemán utilizó la expresión “maltrato corporal” para dejar en claro que la punibilidad de conductas que no generan efectos perjudiciales duraderos en la sustancia corporal, como una cachetada, también son lesiones corporales.<sup>19</sup> Sin embargo, podría considerarse que una cachetada ya es un daño corporal para la víctima en los términos del CP, al menos si genera algún dolor duradero o deja alguna secuela mínima, incluso estética, que afecte negativamente el estado corporal anterior al golpe. Pero incluso si esto no fuese así, la discusión es perfectamente trasladable, con la aclaración de que quizá ciertos casos límite en los que no se producen consecuencias duraderas en el cuerpo, como un tratamiento médico realizado por medio de masajes que solo generan dolores leves, quedarían fuera del ámbito de aplicación del tipo penal argentino. De hecho, estos casos dudosos no tienen en principio incidencia en la discusión sobre las intervenciones médicas curativas que aquí se discuten<sup>20</sup> y que involucran un cambio relevante en la sustancia corporal, como una amputación o el corte de la piel, lo que daría lugar, en principio, a una afectación a la integridad corporal —en el sentido de daño al cuerpo— que, en otros contextos —por ejemplo, en una agresión producto de una confrontación o un ataque premeditado— sería sin dudas considerada una lesión corporal. La postura clásica alemana, entonces, consideraría que en *Amputación* la médica podría ser responsabilizada penalmente al realizar una acción curativa de esta clase, ya que eso implicaría un daño al cuerpo de la paciente que pierde un pie, a menos que la conducta se encuentre *justificada* y por eso, se suele llamar a esta posición “solución de la justificación”.<sup>21</sup> En este contexto aparece un permiso/causa de justificación que resulta aplicable por regla general a estos supuestos: el consentimiento de la paciente,<sup>22</sup> en sus distintas variantes (expreso, presunto y, eventualmente, hipotético).<sup>23</sup>

<sup>18</sup> Al respecto, HOYER, «Gesundheitsstrafrecht», en IGL/WELTI (eds.), *Gesundheitsrecht*, 2012, n.º m. 1355 ss.

<sup>19</sup> Al respecto, PUPPE, «Definiciones y subsunciones» [trad. MONTIEL], *Enfoques Penales*, (1), 2017, p. 2.

<sup>20</sup> Sí quizá en otras discusiones de derecho penal de la medicina, como, por ejemplo, la realización de un masaje doloroso y no consentido en una zona lesionada. Esos casos, si bien importantes, quedarán fuera de consideración.

<sup>21</sup> HILGENDORF, «Die Autonomie von Notfallpatienten. Überblick und Forschungsdesiderata», en HEGER/KELKER/SHCRAMM (eds.), *Festschrift für Kristian Kühn zum 70. Geburtstag*, 2014, pp. 511 s.; HENGSTENBERG, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht: Zu den „Risiken und Nebenwirkungen“ eines Transfers der Rechtsfigur aus dem Zivil- in das Strafrecht*, 2012, p. 70; WESSELS/HETTINGER, *Strafrecht. Besonderer Teil 1*, 40.ª ed., 2016, n.º m. 323.

<sup>22</sup> KRAATZ, *Arztstrafrecht*, 2013, n.º m. 37; SOWADA, «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht», *NStZ*, 2012, p. 4; JESCHEK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 1996, § 34 III 3a; MÜLLER-DIETZ, «Mutmaßliche Einwilligung und Operationserweiterung - BGH, NJW 1988, 2310», *JuS*, 1989, p. 280.

<sup>23</sup> Para un panorama de las distintas formas de consentimiento en la dogmática jurídico-penal de tradición continental, véase solamente HILGENDORF/VALERIUS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 2015, § 4, n.º m. 109 ss. En mayor detalle SCHLEHOFER, «Einwilligung», en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. 2, 2020, § 40, n.º m. 3 ss.



No es esencial a los fines de esta discusión analizar la problemática, ya clásica, de la ubicación sistemática del consentimiento en la teoría jurídica del delito, en particular, si se debe considerar al consentimiento como causa de justificación o como elemento, eventualmente negativo, del tipo penal en sí.<sup>24</sup> Asíumase, *arguendo*, la posición estándar que considera al consentimiento una causa de justificación, a excepción de que la ausencia de consentimiento sea ya un rasgo esencial de la desaprobación de la conducta, como en el caso de los delitos que requieren ya en la descripción de la conducta prohibida una actuación contra la voluntad del sujeto pasivo, como el hurto o los delitos de privación de la libertad.<sup>25</sup> Lo importante es que la solución de la justificación en la práctica obliga al médico a obtener el consentimiento informado de la paciente antes de realizar cualquier intervención curativa, a través del cumplimiento de estrictos deberes de informar sobre los riesgos y consecuencias posibles de la operación.<sup>26</sup> Este entendimiento da lugar a que si la paciente no expresa afirmativamente su voluntad, o esta es inválida por algún vicio —por ejemplo, por error—,<sup>27</sup> la médica sea pasible de pena, incluso si el resultado del tratamiento es exitoso desde una perspectiva médica y fue realizado según la *lex artis*.

La sentencia que fundó esta solución y marcó un antes y un después en el tema fue emitida por el antiguo Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*) el 31 de mayo de 1894 y tuvo una situación fáctica muy similar a *Amputación*: un médico fue acusado por el delito de lesiones corporales tras haberle amputado un pie a una niña de siete años, en contra de la voluntad expresa de su padre, dado que dicha operación —además, exitosa desde una perspectiva *ex post*— estaba indicada por la ciencia médica.<sup>28</sup> Allí el tribunal señaló que ni el fin curativo ni el éxito de la intervención habilitaban al médico a tomar una decisión respecto de la salud de la paciente, sino que únicamente la voluntad de la persona enferma es lo que legitima la realización impune de una lesión corporal.<sup>29</sup> De ese modo, una médica no podría imponer su voluntad contra la de la paciente, que en todo momento puede dar por finalizada la relación médica y que, además, puede oponerse a cualquier medio

<sup>24</sup> Una síntesis interesante del tema, recientemente, en KINDHÄUSER, «Sobre el consentimiento en el derecho penal», en HILGENDORF/LERMAN/CÓRDOBA (eds.), *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti*, 2020, pp. 499 ss.

<sup>25</sup> Por todos, desde perspectivas teóricas diferentes, MITSCH, en BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE (eds.), *Strafrecht. Allgemeiner Teil 1*, 12.ª ed., 2016, § 13, n.º m. 119 s.; GARDNER, «Sobre las ofensas y las defensas en Fletcher» [trad. PERALTA], ÍDEM, *Ofensas y defensas*, 2012, pp. 164 s., ambos con referencias adicionales.

<sup>26</sup> WESSELS/HETTINGER, *Strafrecht. Besonderer Teil 1*, 40.ª ed., 2016, n.º m. 324.

<sup>27</sup> Sobre los vicios que pueden afectar al consentimiento de la paciente, desde una perspectiva del derecho penal de la medicina, HILGENDORF, *Introducción al Derecho penal de la medicina* [trad. CERDEIRO/SANCINETTI], 2020, § 2, n.º m 24 s.; ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. 1, 5.ª ed., 2020, § 13, n.º m. 97 ss. Para el problema análogo, la perspectiva de la bioética Cf. EYAL, «Informed Consent», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2019, disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/informed-consent/> [enlace verificado el 1/04/2021], apartado 5.

<sup>28</sup> RGSt, t. 25, pp. 375 ss.

<sup>29</sup> RGSt, t. 25, p. 380.

curativo —desde la ingesta de medicamentos que actuarán en el interior del cuerpo, hasta la realización de cirugías—. <sup>30</sup>

Se trataba, técnicamente, de un caso de consentimiento “por delegación”, en tanto la parte legitimada para tomar la decisión no era la propia titular del bien jurídico (la niña), debido a su incapacidad para consentir, sino su padre, como representante legal de sus intereses. <sup>31</sup> Pero más allá de esta particularidad, puede derivarse la conclusión general de que las intervenciones médicas curativas deben ser consentidas por la paciente o, eventualmente y si se cumplen ciertos requisitos legales, su representante. Esto implica que las médicas, por el solo ejercicio de la medicina, no tienen una autorización para realizar acciones sobre sus pacientes que, si fuesen realizadas por cualquier persona, y quizá en otro contexto, serían consideradas, sin lugar a dudas, una lesión corporal. En otras palabras, actos que implican una modificación sustancial del cuerpo de la persona, tales como cortar un pie en *Amputación*, serían una afectación a la integridad corporal, característica del delito de lesiones, por lo que en todo caso se deberá acudir a una causa de justificación como fundamento de la impunidad de la médica actuante.

La sentencia del Tribunal del Imperio inmediatamente dio lugar a opiniones adversas en la doctrina, en especial de algunos de los penalistas más importantes de esa época y de las décadas posteriores. Hoy en día se suele comenzar la crítica a partir de una frase de Binding, <sup>32</sup> luego repetida con alguna modificación por Bockelmann, <sup>33</sup> y que podría llamarse “argumento de la valoración social”: considerar una intervención médica curativa como una lesión corporal que necesita una justificación implica tratar a las médicas como heroínas con navajas (Binding) o apuñaladores con cuchillos (Bockelmann), algo contrario a nuestras valoraciones sociales sobre esa posición. Según esta posición, la jurisprudencia partiría de un fraccionamiento artificial de la conducta curativa, al tener en cuenta solo el acto individual *prima facie* lesivo, ilustrado con la incisión o corte que se realiza con el bisturí durante la operación, pero sin evaluar la conducta curativa como un todo. En palabras de Krauß, <sup>34</sup> valorar la actuación médica ocultando la intención de curar sería “no mucho más sensato que intentar reducir la esencia de una injuria verbal a la producción de ondas sonoras y vibraciones del tímpano”. O, en términos nuevamente de Binding, según el contenido de sentido social (*sozialen Sinngehalt*), la conducta no sería una lesión corporal, sino más bien lo contrario. <sup>35</sup> De un modo quizá menos poético, la idea podría sintetizarse

<sup>30</sup> RGSt, t. 25, p. 382.

<sup>31</sup> Un panorama actual de la problemática en HILGENDORF, *Introducción al Derecho penal de la medicina* [trad. CERDEIRO/SANCINETTI], 2020, § 2, n.º m. 26 s.

<sup>32</sup> BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, t. I, 2.ª ed., 1902, p. 56.

<sup>33</sup> BOCKELMANN, *Strafrecht des Arztes*, 1968, p. 62. Véase también, previamente, ÍDEM, «Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten», *JZ*, 1962, p. 529; ÍDEM, «Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht», *NJW*, 1961, p. 946.

<sup>34</sup> KRAUB, «Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung», en KAUFMANN *et al.* (eds.), *Festschrift für Paul Bockelmann*, 1979, p. 559,

<sup>35</sup> BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, t. I, 2.ª ed., 1902, p. 56.

con la afirmación de que sería irrazonable, y contrario a nuestras valoraciones sociales, considerar que una médica que actúa de conformidad con la *lex artis* merece el mismo tratamiento que una persona que agrede a otra con un cuchillo por el solo hecho de tener que realizar ciertos comportamientos que aisladamente podrían ser considerados lesivos, a pesar de que la intervención, considerada como un todo, logra la sanación de la paciente (o al menos intenta llegar a ese objetivo).

La otra crítica de importancia a la solución de la justificación hace hincapié en uno de los grandes principios de la criminalización,<sup>36</sup> receptado en el tipo penal de lesiones corporales ya en su redacción: el daño o, en términos de la dogmática penal continental, la violación a un bien jurídico.<sup>37</sup> Desde esta perspectiva, se suele argumentar que una intervención médica realizada de conformidad con los estándares técnicos del momento (y necesariamente indicada), todo considerado, no produce una lesión corporal porque no se daña la salud de la paciente, sino que se la *mejora*, o al menos no se la empeora.<sup>38</sup> Es decir, no sería razonable considerar que una medida que produce una sanación (o no empeora una patología o un aumenta un peligro) en términos objetivos da lugar a una lesión corporal: “mejorar, operar o sanar no es lesionar”.<sup>39</sup> De lo contrario, se estaría castigando por un delito que requiere la causación de un daño a quien no ha causado ningún daño.

Estas dos críticas dieron lugar, además, a las dos sub-teorías que compiten actualmente con la solución de la justificación.<sup>40</sup> La primera postura, denominada “solución de la *lex artis*” considera que ninguna intervención médica curativa realizada según los estándares de la ciencia médica y necesaria (= médicamente indicada) desde una perspectiva *ex ante* da lugar a una lesión corporal.

<sup>36</sup> Cf., *pars pro toto*, EDWARDS, «Theories of Criminal Law», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018, disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/criminal-law/> [enlace verificado el 1/04/2021], apartado 4; HÖRNLE, «Theories of Criminalization», en DUBBER/HÖRNLE (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, pp. 687 ss.

<sup>37</sup> Señalan un paralelismo que existe, a grandes rasgos, entre la noción anglosajona de principio de daño y la alemana de violación a un bien jurídico, entre otros, AMBOS, «Bien jurídico y harm principle: bases teóricas para determinar la “función global” del derecho penal internacional», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, (10), 2013, pp. 345 ss.; VON HIRSCH, «El concepto de bien jurídico y el “principio de daño”» [trad. Rafael ALCÁCER GUIRAO], en HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007, pp. 41 ss.

<sup>38</sup> Véase múltiples referencias en TAG, *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis*, 2000, p. 19.

<sup>39</sup> Esta síntesis del argumento está extraída, textualmente, de TAG, *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis*, 2000, p. 19. Con términos muy similares, TRÖNDLE, «Selbstbestimmungsrecht des Patienten – Wohltat und Plage?», *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1983, p. 881.

<sup>40</sup> Se toma esta clasificación general (así como la constatación del estado actual de las opiniones) de KINDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, 6.ª ed., 2014, § 8, n.º m. 25 s.; HOYER, «Gesundheitsstrafrecht», en IGL/WELTI (eds.), *Gesundheitsrecht*, 2012, n.º m. 1356. La bibliografía sobre el tema, con las distintas subclasificaciones y posturas intermedias, se ha vuelto prácticamente inabarcable. Para un desarrollo comprensivo del estado actual de la cuestión, con múltiples referencias bibliográficas, véase JOECKS, Wolfgang, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 4, 2.ª ed., 2012, § 223, n.º m. 39 ss.

En otras palabras, ya la realización de una intervención médica curativa de conformidad con las reglas de la práctica médica impediría siquiera hablar de un castigo por lesiones corporales. Y solo en caso de que la intervención médica curativa no sea llevada a cabo de conformidad con la *lex artis* sería posible afirmar un verdadero comportamiento lesivo, que eventualmente podría llegar a estar justificado por consentimiento u otra causa de justificación. La segunda es la llamada “solución del resultado”, y señala que las intervenciones médicas curativas con un resultado exitoso no podrían ser consideradas un delito de lesiones (= atípicas), por ausencia de daño real desde una perspectiva *ex post*, en el sentido de que el resultado total restaura el bienestar corporal de la paciente, o al menos lo mantiene.<sup>41</sup> Solamente sería típica la intervención médica curativa fallida —es decir, que no pudo lograr su objetivo—, que sí produciría un daño en la salud de la paciente, pero que no obstante podría estar justificada por consentimiento u otra causa de justificación. Por regla general, de todos modos, faltaría el elemento subjetivo correspondiente, dado que el dolo se dirigiría hacia un resultado de mejora de la salud,<sup>42</sup> y únicamente entraría en consideración una punibilidad por imprudencia, siempre y cuando la intervención no haya sido realizada de conformidad con la *lex artis*.<sup>43</sup>

No interesa aquí discutir cuál de estas últimas dos propuestas de solución resulta preferible, esto es, si lo adecuado sería adoptar la perspectiva *ex post* de la solución del resultado, o la perspectiva *ex ante* de la solución de la *lex artis*. Esto se debe a que esa discusión específica solamente resulta relevante una vez que se ha determinado que la teoría clásica, esto es, la solución de la justificación, debe ser rechazada por alguno de los dos argumentos mencionados previamente. Sin embargo, en el siguiente apartado se demostrará que ambos están equivocados y que la teoría clásica no solo es sólida en términos teórico-dogmáticos, sino que además da lugar a resultados sorprendentemente liberales, que coinciden con las concepciones más modernas en bioética y derecho penal de la medicina, a pesar de haber sido establecida por el Tribunal del Imperio hace más de cien años.

### III. En defensa de la posición clásica (solución de la justificación)

#### III.1. Sobre el argumento de la valoración social de la conducta

##### III.1.A. Los malentendidos terminológicos

Empiécese entonces por el argumento del contenido social o de la valoración social de la conducta. Respecto de las consideraciones generales de Binding y Bockelmann sobre la

<sup>41</sup> Por todos, BOCKELMANN, *Strafrecht des Arztes*, 1968, p. 66; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 7.<sup>a</sup> ed., 2005, § 15, n.º m. 11.

<sup>42</sup> Véase la descripción de esta postura en HILGENDORF, «Die Autonomie von Notfallpatienten. Überblick und Forschungsdesiderata», en HEGER/KELKER/SCHRAMM (eds.), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, 2014, p. 511.

<sup>43</sup> KINDHÄUSER/HILGENDORF, *Strafgesetzbuch*, 8.<sup>a</sup> ed., 2020, § 223, n.º m. 10.

comparación entre médicas y personas que realizan actos (heroicos o no) con cuchillos debe decirse que, si se las toma literalmente, parecería que se parte de un malentendido,<sup>44</sup> dado que cuando se afirma que la acción de la médica es una lesión corporal “típica” únicamente —y como ya se ha mencionado en este trabajo— se está diciendo que la conducta cumple con los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal en cuestión. Pero eso no implica afirmar la punibilidad de la conducta, ni siquiera su carácter ilícito. Como se sabe, tras constatar que una conducta cumple con un tipo penal, luego es necesario contrastarla con la totalidad del ordenamiento jurídico y determinar si el derecho le había otorgado al autor un permiso para realizar la acción, esto es, una causa de justificación.<sup>45</sup> Si de hecho entraba en consideración un permiso, entonces puede decirse que la conducta era solo *prima facie* ilícita (por cumplir los elementos del delito en cuestión) y este accionar será valorado positivamente por el ordenamiento jurídico, lo que producirá la impunidad del actuante. Esto es, de hecho, lo que sucede en el caso de las intervenciones médicas realizadas con el consentimiento de la paciente según la solución de la justificación.<sup>46</sup>

El supuesto fraccionamiento artificial que subyacería a esta concepción es ni más ni menos una de las tantas aplicaciones de la distinción analítica que se realiza entre tipicidad y antijuridicidad en el derecho penal de tradición continental,<sup>47</sup> o, *mutatis mutandis*, entre ofensas y defensas que justifican el hecho en el derecho penal anglosajón.<sup>48</sup> Y el mismo fraccionamiento tiene lugar en otros casos de acciones de profesionales que son tan necesarias para una sociedad como las de profesionales de la medicina: las juezas que tienen bajo su custodia la droga proveniente de un delito contra la ley de drogas durante la investigación realizan una acción típica de tenencia de estupefacientes, pero dicha actuación se encuentra justificada por estado de necesidad; las policías, al aplicar una violencia física proporcional contra quien se resiste a un

<sup>44</sup> En estos términos, FRISTER/LINDEMANN/PETERS, *Arztstrafrecht*, 2011, § 1, n.º m. 3.

<sup>45</sup> Con claridad, en el marco de esta discusión, HILGENDORF, *Introducción al Derecho penal de la medicina* [trad. CERDEIRO/SANCINETTI], 2020, § 2, n.º m. 5 ss.; KRAATZ, *Arztstrafrecht*, 2013, n.º m. 35.

<sup>46</sup> STURM, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2016, pp. 10 s.; ALBRECHT, *Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht*, 2010, p. 155.

<sup>47</sup> Así KRAATZ, *Arztstrafrecht*, 2013, n.º m. 35; FRISTER/LINDEMANN/PETERS, *Arztstrafrecht*, 2011, § 1, n.º m. 3. Es casi una obviedad que la opinión dominante en Alemania hoy en día parte de un sistema de tres niveles: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (cf., por todos, PAEFFGEN/ZABEL, «Vor § 32 ff», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 5.ª ed., 2017, n.º m. 16 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 46.ª ed., 2016, n.º m. 129; HILGENDORF/VALERIUS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 2015, § 4, n.º m. 1), más allá de las posturas minoritarias que abogan, con argumentos atendibles, por sistemas de dos niveles (así, recientemente, KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.ª ed., 2015, § 6, n.º m. 9) o unitarios (emblemático hoy en día PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, pp. 105 ss.; *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, *passim*).

<sup>48</sup> Al menos en el derecho anglosajón de las últimas décadas, ya que durante siglos en el *common law* se partía únicamente de la distinción entre *actus reus* y *mens rea* (cf. DUBBER/HÖRNLE, *Criminal Law: A Comparative Approach*, 2014, pp. 386 ss.). Para un panorama de la discusión anglosajona de los últimos años, que no sólo hace hincapié en el aspecto sustantivo, sino también (y especialmente) en el procesal, véase DUARTE/D'ALMEIDA, *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law*, 2015, pp. 219 ss.; GARDNER, «En defensa de las defensas» [trad. PERALTA], ÍDEM, *Ofensas y defensas*, 2012, pp. 99 ss.; «Sobre las ofensas y las defensas en Fletcher» [trad. PERALTA], ÍDEM, *Ofensas y defensas*, 2012, pp. 161 ss.

arresto, realizan una acción típica del delito de lesiones, pero justificada por las normas de derecho policial que autorizan tal accionar, entre otros casos.<sup>49</sup> Esto muestra que ni la doctrina ni la jurisprudencia que defienden la solución de la justificación proceden en el caso de las intervenciones médicas curativas de un modo distinto al que lo hacen en otros supuestos, de modo que no se está en presencia de un problema *ad hoc* de las intervenciones médicas, sino de una cuestión general que en otros casos de oficios importantes para la sociedad no suele ser criticada de un modo tan vehemente.

La comparación que se hace entre profesionales de la medicina y personas que agreden a otras con navajas, entonces, no es más que una trampa del lenguaje, que esconde que lo relevante aquí es que a la médica se la está tratando como una ciudadana más que carece de privilegios para realizar acciones *prima facie* delictivas, a menos que cuente con un permiso específico para realizarlas. De hecho, ni siquiera en los casos en los cuales la médica no está obligada (o incluso tiene el deber de no hacerlo) a darle a conocer a la paciente cierta información porque eso podría llegar a ponerla seriamente en peligro —por ejemplo, porque podría producir un suicidio— puede hablarse de un verdadero “privilegio médico” para realizar una intervención sin consecuencias.<sup>50</sup> Por el contrario, se trata de una situación de justificación por estado de necesidad, en la que la médica tiene una habilitación especial para intervenir sin consentimiento en virtud del peligro latente y cuyos límites, de todos modos, se encuentran discutidos.<sup>51</sup>

Todo esto parece reducirse, entonces, a un problema terminológico. Al parecer, decir que la médica comete una lesión corporal, aunque eso solo implique una punibilidad *prima facie*, sería contrario a nuestros usos del lenguaje: cuando hablamos de lesiones corporales, nos referimos a otra cosa, no a intervenciones médicas exitosas. Pero quizá detrás de todo esto se encuentre un problema sustantivo. Tal vez nuestra concepción del ejercicio de la medicina, como práctica social valiosa que tenemos buenas razones para fomentar, no se corresponde con la consideración de que las médicas realizan lesiones corporales, ni siquiera *prima facie*, al realizar un tratamiento curativo. En ese sentido, muy poca gente consideraría que profesionales que curan, o intentan sanar, realizan una lesión corporal, como sí la realiza quien acuchilla a otra persona, y que por tanto sería irrazonable ya analizar la posibilidad de reprochar la conducta médica bajo el prisma de una lesión corporal. Esto es un argumento atendible y es necesario hacer un esfuerzo para explicar por qué la terminología utilizada por quienes defienden la teoría clásica, y la

<sup>49</sup> Ejemplos de esta clase, y otros, pueden encontrarse en HILGENDORF, *Introducción al Derecho penal de la medicina* [trad. CERDEIRO/SANCINETTI], 2020, § 2, n.º m. 9; HARDTUNG, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 4, 2.ª ed., 2012, § 224, n.º m. 33; FRISTER/LINDEMANN/PETERS, *Arztstrafrecht*, 2011, § 1, n.º m. 3.

<sup>50</sup> Cf. ESER, «Medizin und Strafrecht: Eine schutzgutorientierte Problemübersicht», *ZStW*, (97), 1985, p. 22, nota 57, quien critica la terminología clásica en la discusión anglosajona que denomina a estos casos como “medical privilege”.

<sup>51</sup> En detalle, ULSENHEIMER, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5.ª ed., 2015, § 1, n.º m. 384 ss.

jurisprudencia que en Alemania la aplica desde hace más de un siglo, refleja adecuadamente los estándares ético-sociales que rigen la práctica de la medicina o al menos no los contradice. Probablemente a eso se refería Binding al hablar del contenido social de la conducta: no tanto al uso convencional del lenguaje, sino que en casos como *Amputación* la médica no realiza ningún acto incorrecto según los estándares valorativos de la sociedad, independientemente del consentimiento de la paciente o de si se termina produciendo un resultado lesivo. Esta interpretación del argumento de la valoración social resulta más prometedora y merece un tratamiento aparte.

### III.1.B. Valoraciones ético-sociales, adecuación social y ejercicio de la medicina

Pártase entonces de una interpretación sustantiva de la objeción de Binding: las conductas de las médicas, llevadas a cabo de conformidad con la *lex artis*, son valoradas de un modo positivo socialmente, como algo lícito en sí, y no negativamente, como algo ilícito que solo, dado el caso, sería pasible de justificación. Y asumiendo que el derecho penal debe ser sensible a estas valoraciones sociales, no como meras sensaciones subjetivas, sino como expresiones de juicios normativos bien ponderados,<sup>52</sup> entonces se debe considerar que las intervenciones curativas deben ser atípicas. Así, el resultado de la postura clásica sería la emisión, por parte del ordenamiento jurídico, de un juicio de disvalor (aunque sea *prima facie*) contrario a las valoraciones sociales que debe respetar. Por consiguiente, debería ser rechazada esta postura.

En la primera parte de este artículo ya se manifestó una postura a favor de que el derecho penal capte del modo más adecuado posible las valoraciones morales que subyacen a los diferentes delitos, por una cuestión de *fair labeling* que debe reflejarse en el juicio de reproche característico del castigo.<sup>53</sup> Pero también se debe señalar que este es un presupuesto bastante discutido, que implica cierta toma de postura (al menos implícita) sobre cuestiones profundas, en especial respecto de la relación entre el moralismo jurídico y la justificación del castigo estatal.<sup>54</sup> Planteado en estos términos, el argumento puede parecer un tanto extraño para quienes, en el marco del derecho penal, quieren evitar el “roce” con las valoraciones morales, algo que ha caracterizado en mayor o menor medida a la forma de trabajar de quienes consideran al derecho penal como un ámbito de derecho positivo absolutamente separado de las valoraciones.<sup>55</sup> Pero si se lo expresa a

<sup>52</sup> Al respecto, en detalle, SILVA SÁNCHEZ, «Valoraciones sociales y Derecho penal», *Persona y Derecho* 46, 2003, pp. 148 ss.

<sup>53</sup> Consideraciones similares sobre la problemática también en SILVA SÁNCHEZ, «Valoraciones sociales y Derecho penal», *Persona y Derecho* 46, 2003, p. 149

<sup>54</sup> Para un panorama de esta discusión, que excede los límites de este trabajo, indispensables DUFF, «Towards a Modest Legal Moralism», *Criminal Law and Philosophy* 8, 2014, pp. 217 ss.; MURPHY, «Legal moralism and retribution revisited», *Criminal Law and Philosophy* 1, 2007, pp. 5 ss.

<sup>55</sup> Defensas recientes de esta postura, por ejemplo, en HILGENDORF, «Strafrecht im Kontext der Normenordnungen», en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. 1, 2019, § 1, n.º m. 69 ss. Para un panorama detallado de la discusión y una toma de posición crítica, a favor de un derecho penal

través de conceptos más usuales para el público “penalista” seguramente su fuerza persuasiva aumentará. En particular, se podría decir que este planteo se enmarca en lo que de modo general se considera como “adecuación social”.<sup>56</sup> En ese sentido, la idea de que las valoraciones de la sociedad tienen que tener alguna influencia en la atribución de responsabilidad penal y que, puntualmente, el hecho de que la moral social considere que la conducta en cuestión resulta aceptable impediría considerar *prima facie* delictiva a la conducta en cuestión no es nueva, sino que a mediados del siglo XX encontró en Welzel a uno de sus principales defensores en la dogmática penal continental. Una transcripción de algunos segmentos clave de “El nuevo sistema del derecho penal”,<sup>57</sup> una de las obras principales del mencionado autor, puede ayudar a entender la noción:

En la función de los tipos de presentar la “muestra” de la conducta prohibida se pone de manifiesto que las formas de conducta seleccionadas por ellos tienen, por una parte, un carácter social, es decir, se refieren a la vida social, pero, por otra parte, son inadecuadas a una vida social ordenada. En los tipos se advierte la naturaleza *social* y al mismo tiempo *histórica* del derecho penal: indican las formas de conducta que suponen una infracción grave de los órdenes históricos de la vida social. [...] Así, según un antiguo ejemplo de esta doctrina, el acto de engendrar debería ser una acción típica de matar, si la criatura engendrada se convierte después en un asesino [cita omitida]. Ahora bien, el acto de engendrar, como tal, en cuanto no suponga una infracción del orden de las relaciones sexuales por las circunstancias de su realización (por ejemplo, como violación o incesto) es socialmente adecuado, es decir, queda completamente dentro del orden social, histórico, “normal”, de la vida, de modo que no será una acción típica de lesión, aunque como consecuencia de él se produzca la lesión de un bien jurídico.

Hoy en día ya no suena “moderno” argumentar desde el punto de vista de la adecuación social,<sup>58</sup> pero el mismo análisis se realiza desde el marco de la teoría de la imputación objetiva.<sup>59</sup>

---

que tenga en cuenta a las valoraciones ético-sociales, SILVA SÁNCHEZ, «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal. Una defensa de la racionalidad valorativa», *InDret: Derecho Penal*, 4/2019, *passim*.

<sup>56</sup> Para un análisis reciente de la noción de adecuación social, véase CANCIO MELIÁ, «Sozialadäquanz», en FIRSCH *et al.* (eds.), *Lebendiges und Totes in der Verbrechenlehre Hans Welzels*, 2015, pp. 69 ss.; ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. 1, 5.ª ed., 2020, § 10, n.º m. 33 ss.

<sup>57</sup> WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal* [trad. Cerezo Mir], 3.ª ed., 2004, pp. 83 ss.

<sup>58</sup> Desde una perspectiva de historia del derecho, véase la crítica de AMBOS, *Derecho penal nacionalsocialista* [trad. BÉGUELIN/DIAS], 2020, p. 192, con referencias adicionales.

<sup>59</sup> Al respecto, GROPP/SINN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 2020, § 5, n.º m. 421. Sobre el devenir histórico de ciertos casos clásicos de la imputación objetiva y su relación con la noción de “adecuación social”, véase SCHROEDER, *El rayo como instrumento de asesinato. Génesis y evolución de la teoría de la imputación objetiva: una travesía por 150 años de ciencia jurídico-penal* [trad. SANCINETTI], Buenos Aires, Hammurabi, 2020, pp. 42 ss., con referencias adicionales.



Así, al menos en los delitos resultados, se suele caracterizar al comportamiento delictivo no solo como la causación de un estado disvalioso, sino también como una creación de un riesgo reprobado o directamente como un riesgo no permitido, para expresar que la conducta en sí debe ser desvalorada por un ordenamiento jurídico que, como ya se señaló, debe ser sensible a las valoraciones sociales.<sup>60</sup> Si esto es aplicado a las lesiones corporales, ya Welzel señalaba que quedan excluidas del tipo las lesiones insignificantes,<sup>61</sup> a pesar de que pueda hablarse de un daño. Y esta forma de proceder no estaría limitada a las lesiones corporales, sino que la capacidad de rendimiento del concepto abarcaría también delitos no vinculados a derechos o bienes individuales. A modo de ejemplo, Silva Sánchez trae a colación un fallo del Tribunal Supremo español del 29 de mayo de 1993, en el que se consideró que la conducta de una madre de poseer heroína para entregársela a su hija en pequeñas dosis hasta que la última terminase ingresando a un centro de rehabilitación no resultaba típica como tráfico de estupefacientes, por ser adecuada socialmente.<sup>62</sup>

Si esto es así, el argumento de que la intervención médica curativa realizada conforme a la *lex artis* no debe ser considerada típica del delito de lesiones —incluso si la intervención falla, es decir, la “solución de la *lex artis*”— adquiere cierta plausibilidad con el complemento de que se trataría de una conducta ético-socialmente adecuada o que no crearía un riesgo jurídicamente reprobado. Empero, las cosas no son tan sencillas. Hacer una referencia al “contenido de sentido social”, a la “adecuación social” o a un, en el lenguaje de la teoría de la imputación objetiva, “riesgo permitido”, sin más, tiene el problema de que se está recurriendo a una formulación extremadamente vaga para solucionar un problema sustantivo específico y de gran complejidad.<sup>63</sup> De hecho, si no se ofrecen argumentos complementarios, con los mismos fundamentos podría decirse que en *Amputación*, que una médica, sin el consentimiento de la paciente o contra su consentimiento, corte un pie en una acción de salvamento es un acto de contenido de sentido social negativo, inadecuado socialmente o un riesgo no permitido. Por eso, la mera apelación a estos conceptos indeterminados parecería no ser suficiente para considerar atípicas estas conductas, si estas últimas podrían ser subsumidas, en principio, en un tipo penal.<sup>64</sup> En todo caso, habría que preguntarse por qué razón es adecuada la conducta y según qué estándares ético-sociales una conducta es adecuada socialmente en un momento determinado, lo que habrá de ser

<sup>60</sup> Veáse, al respecto, SILVA SÁNCHEZ, «Imputación objetiva y causas de justificación», *Derecho Penal Contemporáneo* 52, 2015, p. 194.

<sup>61</sup> WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal* [trad. CEREZO MIR], 3.ª ed., 2004, p. 87.

<sup>62</sup> Sobre este tema, SILVA SÁNCHEZ, «Valoraciones sociales y Derecho penal», *Persona y Derecho* 46, 2003, pp. 149 s. HILGENDORF, «Die Autonomie von Notfallpatienten. Überblick und Forschungsdesiderata», en HEGER/KELKER/SCHRAMM (eds.), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, 2014,

<sup>63</sup> HILGENDORF, «Die Autonomie von Notfallpatienten. Überblick und Forschungsdesiderata», en HEGER/KELKER/SCHRAMM (eds.), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, 2014, p. 512.

<sup>64</sup> ZIESCHANG, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6.ª ed., 2020, n.º m. 92.

acreditado *empíricamente*,<sup>65</sup> si se quiere concentrar el análisis solo en los estándares vigentes en la realidad, o también *normativamente*, si se quiere (o debe) realizar además una evaluación de moral crítica.<sup>66</sup> En particular, habría que acreditar que hoy en día la valoración bien ponderada en estos casos es que la médica actúa permisiblemente en *Amputación* y ofrecer una justificación de esa valoración.

Pero si se indaga a fondo sobre las condiciones que hacen socialmente adecuada una conducta, es posible determinar que esto quizá fue así en el pasado, pero no actualmente. Hoy en día la concepción empíricamente imperante en bioética y derecho respecto de la práctica médica, a diferencia de la concepción hipocrática tradicional, no le otorga un valor absoluto al principio *salus aegroti suprema lex esto* (el bienestar de la paciente es la ley suprema), sino al de *voluntas aegroti suprema lex esto* (la voluntad de la paciente es la ley suprema).<sup>67</sup> La concepción hipocrática del ejercicio de la medicina era notablemente paternalista: se consideraba que la médica era la indicada para tomar las decisiones sobre el bienestar de la paciente y el rol de esta última pasaba, en el mejor de los casos, a un segundo plano.<sup>68</sup> Y al menos a partir de la década del setenta en el siglo XX, en cambio, la noción de autonomía se ha impuesto, justificadamente, en la ética médica en general y en las cuestiones vinculadas al consentimiento informado en particular.<sup>69</sup> En ese sentido, la intervención médica curativa adecuada socialmente ya no es la que se realiza *solamente* conforme a los conocimientos usuales de la ciencia médica, sino aquella que, además, se encuentra consentida autónomamente por la paciente. Compárese el caso *Amputación* con este otro:

---

<sup>65</sup> HILGENDORF, «Die Autonomie von Notfallpatienten. Überblick und Forschungsdesiderata», en HEGER/KELKER/SCHRAMM (eds.), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, 2014, p. 512.

<sup>66</sup> Se utilizan los conceptos “moral positiva” y “moral crítica” en el sentido hartiano clásico de moral aceptada por la sociedad y principios morales utilizados para criticar las instituciones sociales reales (lo que incluye a la moral crítica). Así HART, *Law, Liberty, and Morality*, p. 20. La cuestión de si el derecho penal debe tener en cuenta, al momento de criminalizar, a la moral en sentido positivo o en sentido crítico puede ser dejada aquí de lado. Sobre la discusión, en detalle, SOLAVAGIONE, «La incorrección moral como presupuesto de legitimidad de la criminalización», *En Letra: Derecho Penal* 8, pp. 128 ss.

<sup>67</sup> Cf. JOERDEN, «Medizin und Recht», en HILGENDORF/JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2017, p. 331; CANCIO MELIÁ, «Consentimiento en el tratamiento médico y autonomía: algunas reflexiones desde la perspectiva española», *Revista de Derecho Penal*, 1/2015, pp. 465 ss.; VOSENKUHL, «Ethische Grundlagen ärztlichen Handelns. Prinzipienkonflikte und deren Lösungen», en ROXIN/SCHROTH (eds.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 2010, pp. 16 ss. Para un desarrollo de cómo el principio *salus aegroti suprema lex esto*, característico de la medicina hipocrática, ha dejado de ser el criterio decisivo para la solución de problemas bioéticos, a partir del ejemplo de los trasplantes de órganos, SCHROTH, Ulrich, «Medizin-, Bioethik und Recht», en KAUFMANN/HASSEMER/NEUMANN, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8.<sup>a</sup> ed., 2011, pp. 463 ss.

<sup>68</sup> Sobre el rol de la médica en su relación con la paciente desde una perspectiva histórica, MAGNUS, *Patientenautonomie im Strafrecht*, 2015, pp. 16 ss.

<sup>69</sup> Cf. EYAL, «Informed Consent», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2019, disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/informed-consent/> [enlace verificado el 1/04/2021].

*Amputación consentida*: A llega al hospital con una grave infección en su pie derecho, que se ha convertido en una gangrena. La médica B le informa a A que lo único que se puede hacer es realizar una amputación a la altura de la rodilla para evitar que se siga extendiendo la gangrena. De lo contrario, con una probabilidad lindante en la certeza el cuadro empeorará hasta la muerte de A. Esta última acepta el tratamiento médico, que es realizado por B de conformidad con la *lex artis*. A se salva.

En ese sentido, si se preguntase cuál de los dos casos resulta adecuado socialmente, posiblemente diríamos que *Amputación consentida*. Por supuesto que esto habría que acreditarlo empíricamente, pero si una comparación entre los dos casos, acompañada de la tendencia a considerar prevaleciente la decisión de la paciente en bioética, ya parecería dar cuenta de que solo este último caso es adecuado socialmente. Si esto es así, ya al nivel de las valoraciones sociales de hecho vigentes en la sociedad no es cierto que la intervención médica curativa, sin más, resulta adecuada socialmente. Desde que el consentimiento informado es lo decisivo para el análisis sobre la moralidad de la conducta, socialmente adecuada pasa a ser la intervención médica curativa consentida.

¿Por qué esto es así? Supóngase que no quisiéramos quedarnos, o por razones teóricas no debiéramos quedarnos, únicamente con las valoraciones sociales vigentes y nos preguntásemos por las razones morales subyacentes de esas valoraciones. ¿Tendría algún fundamento ese juicio de (in)adecuación social de las intervenciones médicas no consentidas? La discusión al respecto es amplia y depende en gran medida de los fundamentos del consentimiento informado. Pero una postura usual bastante plausible tiende a considerar que si la médica pudiese decidir qué intervenciones médicas curativas realizar, incluso en contra de la voluntad de la paciente, se produciría, en términos kantianos, una *instrumentalización*.<sup>70</sup> Para determinar si se ha producido esta última suele partirse de la segunda formulación del imperativo categórico que ofreció Kant en su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*: “Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio”.<sup>71</sup> A partir de esta frase se ha desarrollado la conocida “fórmula del objeto”, receptada constitucionalmente para las relaciones entre el Estado y el ciudadano,<sup>72</sup> y que proscribe que el Estado trate a los individuos como objetos o cosas (en la

<sup>70</sup> Se sigue, en este aspecto, los lineamientos que ofrece JOERDEN, «Medizin und Recht», en HILGENDORF/JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2017, pp. 330 ss.

<sup>71</sup> KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (trad. RODRÍGUEZ ARAMAYO), 2012 [orig. 1785], Ak. IV. 429, p. 139.

<sup>72</sup> En la doctrina constitucional, fundamental, DÜRIG, «Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes», *Archiv des öffentlichen Rechts*, (81), 1956, pp. 117 ss. En cuanto a la recepción en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en casos relevantes para el derecho penal, véase ROXIN, «60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Strafrechts», en HÄBERLE (ed.), *60 Jahre deutsches Grundgesetz*, 2011, pp. 76 ss.

terminología de Kant, como medios) para la obtención de fines. Como señala Joerden, esta fórmula es trasladable a la relación médico-paciente, dado que aquí también existe una situación de desigualdad que puede dar lugar a abusos<sup>73</sup> y permitir que las médicas realicen intervenciones médicas “beneficiosas” para las pacientes sin su consentimiento implica avalar que las primeras traten a las últimas como meros medios de la razón médica soberana para la obtención del fin consistente en lograr una supuesta mejora en la salud de conformidad con los estándares médicos.<sup>74</sup> Una forma idónea de evitar esa instrumentalización sería por medio del respeto de la voluntad autónoma de la paciente, quien no es un mero medio que utiliza la médica al realizar una intervención, sino una agente moral autónoma que en todo caso deberá consentir la intervención indicada por la *lex artis*, tras haber sido debidamente informada.<sup>75</sup>

Por consiguiente, si uno se toma en serio el argumento de la valoración social y se exploran las valoraciones actuales sobre el ejercicio de la medicina, solamente la intervención médica (incluso conforme a la *lex artis*) consentida sería una intervención corporal cuyo contenido de sentido social es valioso o que resultaría adecuada socialmente. Si esto se quiere trasladar a un esquema estándar de la estructura del delito, la solución adecuada es la de considerar a las intervenciones médicas curativas conforme a la *lex artis* como lesiones corporales típicas, que eventualmente podrán estar justificadas si resulta aplicable un permiso específico.<sup>76</sup> En definitiva, el argumento en la actualidad debería dar lugar a la consideración exactamente inversa a la que señalaba Binding a comienzos del siglo XX y, si se toma en serio el “sentido social” de la conducta, la solución clásica se presenta como la más apta para captar el mencionado sentido, que hoy en día considera primordial la presencia de consentimiento para la valoración de las intervenciones médicas curativas.

Se podría objetar, de todos modos, que el reconocimiento de que hoy en día una intervención médica consentida sería una conducta socialmente adecuada es incompatible con la solución clásica de la justificación.<sup>77</sup> Esto se debería a que si se asume como correcto el punto de partida de la solución de la *lex artis* en lo que se refiere a que las conductas socialmente adecuadas, según

---

<sup>73</sup> En particular, la paciente, por su dolencia y su menor conocimiento en materia de medicina se encuentra en una posición de desigualdad respecto de la médica, quien podría aprovecharla para imponer su voluntad por sobre la de la paciente. Cf. JOERDEN, «Medizin und Recht», en HILGENDORF/JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2017, p. 331

<sup>74</sup> Similares, en el marco de la discusión sobre el consentimiento hipotético de la paciente, JANSEN, «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. Notwendiges Korrektiv oder systemwidriges Institut?», *ZJS*, 6/2011, p. 490; ALBRECHT, *Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht*, 2010, p. 501.

<sup>75</sup> JOERDEN, «Medizin und Recht», en HILGENDORF/JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2017, p. 331; SCHROTH, «Medizin-, Bioethik und Recht», en KAUFMAN/HASSEMER/NEUMANN, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8.<sup>a</sup> ed., 2011, p. 461; OTTO/ALBRECHT, «Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff», *Jura*, 2010, p. 270.

<sup>76</sup> PUPPE, «Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten», *ZIS*, 6/2016, p. 366. En la jurisprudencia, con claridad, BGH, *NStZ* 2012, p. 206.

<sup>77</sup> Agradezco a uno/a de los/as árbitros/as de la RATJ por hacer hincapié en esta cuestión.

las valoraciones imperantes, son atípicas, entonces la conducta de la médica efectuada con consentimiento sería atípica, no (solamente) justificada. En todo caso, el consentimiento debería ser considerado un elemento negativo del tipo y la conducta de las médicas que llevan a cabo intervenciones consentidas ya no configuraría el tipo penal de lesiones, por lo que no habría nada que justificar, tal como señala la solución de la *lex artis*. Sobre esta objeción es necesario realizar dos aclaraciones. Primero, que no habría problema en conceder esta objeción, al menos en principio. En particular, si la teoría de la *lex artis* fuese reformulada de tal modo que la conducta socialmente adecuada fuese solo la intervención médica consentida, entonces se llegaría, al menos en lo que aquí importa, a los mismos resultados que en la tesis de la justificación: la impunidad de quien realiza la intervención solo se produciría si mediase el consentimiento de la paciente. Pero esto es justamente lo que quieren evitar quienes defienden la teoría de la *lex artis*, dado que pretenden considerar atípica la conducta de la médica que realiza una operación de conformidad con las leyes de la medicina, *sin importar* el consentimiento de la paciente. Si esto es así, entonces esta versión reformada de la solución de la *lex artis* habría perdido por completo la batalla frente a la opinión tradicional. Y esto es más que suficiente a los fines de este artículo. Segundo, que la relevancia de esta objeción está intrínsecamente vinculada a la discusión clásica sobre el lugar sistemático del consentimiento en la teoría general del delito, problema que específicamente se ha dejado de lado en esta contribución. Así, ante una eventual confrontación entre la “solución de la justificación” y una nueva “solución de la *lex artis* modificada” (intervenciones consentidas como atípicas por adecuación social) sería necesario tomar partido respecto de las ventajas y desventajas (a nivel teórico y práctico) de considerar al consentimiento como un elemento negativo de los tipos penales, por un lado, y de considerarlo una causa de justificación de una conducta *prima facie* delictiva, por otro. Esta discusión puede ser dejada de lado para una contribución posterior, aunque sí es cierto que quizá los argumentos aquí planteados, al discutir en el terreno de la tipicidad característico de la solución de la *lex artis*, se lleven mejor con una postura teórica que clasifique al consentimiento en la tipicidad.

### III.2. El argumento de la ausencia de daño

Como se pudo observar, el argumento de la valoración social de la conducta que se ha esgrimido en contra de la opinión clásica, o solución de la justificación, no es convincente. E incluso llevaría agua para el molino de la solución de la justificación. Más prometedora luce la crítica que se vincula con una supuesta falta de daño cuando se analiza la conducta de la médica como un todo. Así, las posturas críticas parten de una premisa que solo con grandes dificultades podría ponerse en duda en la discusión actual: si se estuviese en presencia de una acción que no daña la salud de la paciente, no podría hablarse de un delito de resultado como el de lesiones corporales que afecta el bien jurídico “integridad corporal”. En casos como *Amputación*, en los que se le salva la vida a la paciente, a lo sumo habría una afectación a un interés general de libertad

negativa de la paciente, como derecho a no sufrir injerencias arbitrarias,<sup>78</sup> pero no a un interés en no sufrir daños en su cuerpo. Si de todos modos se consideran delictivos *prima facie* estos casos, entonces el bien jurídico “integridad corporal” es reconvertido en un bien jurídico basado en la “protección de la autonomía”, no en la protección del cuerpo frente a daños.<sup>79</sup> Por esa razón, en el delito de resultado de *lesiones o daños en el cuerpo* el consentimiento no sería relevante en este ámbito, ante la ausencia de daño. La conducta de la médica que realiza una intervención curativa sin la voluntad de la paciente o incluso contra su voluntad podría estar abarcada, en todo caso, por otros tipos penales, como el de coacciones o privación ilegítima de la libertad, pero no por el de lesiones corporales. Es a partir de esta constatación que se evalúa la posibilidad de crear un nuevo tipo penal contra la libertad, autónomo respecto del delito de lesiones corporales, para regular la cuestión, como de hecho se ha propuesto en un reciente PCP con su delito de “tratamiento médico no consentido”. Empero, ¿es cierto que las intervenciones médicas curativas de cierta importancia no producen, realmente, uno o más daños, incluso si son exitosas? A continuación, se pondrá en tela de juicio esta afirmación.

Para el análisis de este argumento, es necesario determinar cuándo hay un daño. Sobre esto, y a riesgo de caer en una sobre-simplificación, en la literatura predominan dos respuestas.<sup>80</sup> La primera, es la posición de autores como Feinberg, quienes consideran que se produce un daño cuando se está en presencia de una afectación relativamente duradera o significativa a los intereses de una persona, en tanto elementos que hacen a su bienestar.<sup>81</sup> En este contexto, lo relevante es definir a qué se hace referencia con “interés”, cuestión que Feinberg deja abierta en gran medida,<sup>82</sup>

<sup>78</sup> Se utiliza aquí el entendimiento usual de la distinción entre libertad negativa (libertad de) y libertad positiva (libertad para), creado por Isaiah Berlin. Al respecto, sucintamente, WOLFF, *An Introduction to Political Philosophy*, 3.ª ed., 2016, pp. 131 s.

<sup>79</sup> Entre otros, BEULKE, «Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz», *medstra*, 2/2015, p. 69; ROSENAU, «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht», en BLOY *et al.* (eds.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, 2010, p. 696; MITSCH, «Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht», *JuristenZeitung*, 2005, p. 285.

<sup>80</sup> Se sigue, en este aspecto, la reconstrucción reciente de la discusión que aparece, por ejemplo, en EDWARDS, «Theories of Criminal Law», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018, disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/criminal-law/> [enlace verificado el 1/04/2021], apartado 4, con referencias adicionales. En mayor detalle sobre la discusión respecto de los posibles principios de daño EDWARDS, «Harm Principles», *Legal Theory* 20, 2014, pp. 253 ss.

<sup>81</sup> FEINBERG, *Harm to Others*, 1984, pp. 31 ss. (esp. p. 36). Véase también FERRANTE, «Filosofía del derecho penal», en FABRA/SPECTOR (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. III, 2015, pp. 2098 ss.; DUFF/MARSHALL, «“Daños Remotos”, “Peligro Abstracto”, y los “Dos Principios del Daño”» [trad. Diego HAMMERSCHLAG], *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, (15), 2014, pp. 2 ss., quienes comparan la formulación de FEINBERG con la de John Stuart MILL en la que se basa el primer autor.

<sup>82</sup> Esta crítica puede verse en FERRANTE, «Filosofía del derecho penal», en FABRA/SPECTOR (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. III, 2015, p. 2099; VON HIRSCH, «El concepto de bien jurídico y el “principio de daño”» [trad. ALCÁCER GUIRAO], en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007 [orig. de 2003], pp. 41 ss.; previamente ya VON HIRSCH/JAREBORG, «Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis», *Oxford Journal of Legal Studies*, 1991, pp. 10 ss. Esta definición de FEINBERG fue complementada en una obra posterior (*Harmless Wrongdoing*, 1988, pp. 18 ss.) dicho autor ofrece algunos matices,

pero parecería que lo relevante para el delito de lesiones corporales es que la víctima tiene un interés en no sufrir modificaciones en su cuerpo que afecten su bienestar futuro. La segunda, que podría considerarse “raziana”,<sup>83</sup> señala que habría un daño cuando las perspectivas futuras de otra persona se ven reducidas, debido a que se la priva de habilidades u oportunidades valiosas. Desde cualquiera de estas dos perspectivas, si se dejan fuera del análisis los casos en los que el sujeto de la injerencia no sufre ninguna modificación relevante en la sustancia corporal —como en los casos de ingestas de medicamentos que produjeron solamente efectos curativos o, en todo caso, modificaciones mínimas en las células de la piel, por ejemplo—,<sup>84</sup> lo cierto es que en las intervenciones médicas curativas serias —en especial en las operaciones— sí serían daños, al menos en principio. La amputación de un pie, en principio iría en contra del interés del destinatario de la intervención en que no se modifique su cuerpo: en la comparación entre el estado *ex ante* y el estado *ex post*, tiene un pie menos, algo que implicaría una disminución de su bienestar. Y perder un pie claramente implica la pérdida permanente de una habilidad valiosa y probablemente también de oportunidades (por ejemplo, laborales o deportivas). Entonces, parecería que sí se está en presencia de un daño cuando la médica realiza su conducta en *Amputación*. Pero como ha quedado claro a lo largo de este trabajo, la cuestión no es tan sencilla y justamente la esencia de la discusión es que incluso si se concediese que en estos casos se produce un daño, ese daño terminaría siendo un beneficio, no un perjuicio, todo considerado. La acción de remover el pie en *Amputación*, tomada aisladamente, sin lugar a dudas sería una acción dañina, típica del delito de lesiones. Pero en el contexto de una intervención curativa, ese daño inicial se convierte en un beneficio para la paciente cuyo interés de bienestar en la integridad corporal es favorecido a largo plazo, según una postura, o cuyas oportunidades y habilidades se ven ampliadas a futuro si se hace la comparación con los efectos que produciría la muerte si no se realizase la imputación.

Esta forma de argumentar en contra de la presencia de un daño parece ser convincente a simple vista, pero las complicaciones aparecen tras un examen detallado. La afirmación de que la paciente no sufre ningún daño, todo considerado, presupone que en el análisis normativo sobre la presencia de un daño relevante los perjuicios individuales pueden ser compensados con los

---

en especial en lo que se refiere a la noción de interés, que de todos modos no son decisivos para la discusión de este artículo. Sobre estos matices, véase GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno*, 2013 [orig. de 2006], pp. 68 ss. (esp. nota 36).

<sup>83</sup> Cf. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986, pp. 413 s.; RAZ, «Autonomy, Toleration and the Harm Principle» en Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 313 ss. Véase también GARDNER, «La ilicitud de la violación» [trad. PERALTA], ÍDEM, *Ofensas y defensas*, 2012, pp. 25 ss.

<sup>84</sup> Véase, al respecto, PAEFFGEN/BÖSE, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 5.<sup>a</sup> ed., 2017, § 223, n.º m. 8 ss.; HOYER, «Gesundheitsstrafrecht», en IGL/WELTI (eds.), *Gesundheitsrecht*, 2012, n.º m. 1357. En definitiva, la pregunta cuál es el umbral mínimo de afectación corporal que debe sobrepasarse no surge únicamente en relación con las intervenciones curativas, sino que es algo característico de las lesiones corporales en casos límites (cf., por ej. MURMANN, «Die „üble, unangemessene Behandlung“ – ein von der Entwicklung der Dogmatik überholter Definitionsbestandteil der „körperlichen Misshandlung“», *Jura*, 2004, pp. 102-105).

beneficios que en última instancia se logran o (según el caso) se intentan, lo que da lugar a un concepto de daño a la integridad corporal como saldo total de la acción curativa.<sup>85</sup> Estas liquidaciones de costos y beneficios no son algo nuevo en derecho penal. De hecho, es lo que sucede en los delitos patrimoniales, como la estafa, al momento de determinar el daño patrimonial: se compara la totalidad de patrimonio que la víctima tenía antes y después del comportamiento del autor y si el saldo total es cero (o positivo), a pesar del engaño, no se ha producido un daño patrimonial y, por tanto, no se ha consumado una estafa.<sup>86</sup> En estos supuestos, la cuestión decisiva normativamente sobre si se ha producido un daño depende de estándares valorativos ajenos al titular del bien jurídico y sus intereses específicos, en particular, el precio de mercado, lo que tiene sentido en el caso de bienes que son objeto de intercambio económico. Piénsese en el siguiente caso usual en la dogmática del delito de estafa:

*Oferta de Navidad:* A le vende a B un anillo de oro por 500 dólares, tras decirle que se trata de una oferta especial de Navidad. Sin embargo, se trata del precio “normal” del local en particular y del mercado en general.

La opinión usual en Alemania suele ser que como la estafa es un delito que tiende a proteger los intereses patrimoniales de la víctima, entonces en este caso no se produjo ningún perjuicio:<sup>87</sup> la víctima pagó 500 dólares por un anillo de 500 dólares y, por consiguiente, en su patrimonio sigue teniendo 500 dólares. En todo caso, se habría visto afectado su derecho a recibir información verídica en una transacción comercial y, por tanto, su autonomía, pero no habría sufrido un daño patrimonial relevante para que pueda hablarse de un delito de lesión al patrimonio. La pregunta decisiva es si esto también puede ser aplicable a casos de bienes altamente personales, como la integridad corporal, por medio de la imposición, como estándar para determinar si se produjo un daño, del baremo valorativo que fijan los estándares médicos en un determinado momento sobre un estado corporal sano y que en el caso puntual habría de concretizar la médica.<sup>88</sup> Si estuviese

<sup>85</sup> Señalan este problema con claridad HILGENDORF, «Die Autonomie von Notfallpatienten. Überblick und Forschungsdesiderata», en HEGER/KELKER/SCHRAMM (eds.), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, 2014, p. 511; HILGENDORF, en BAUMANN/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, (eds.), *Strafrecht. Besonderer Teil*, 3.<sup>a</sup> ed., 2015, § 6, n.º m. 100.; FRISTER/LINDEMANN/PETERS, *Arztstrafrecht*, 2011, § 1, n.º m. 4; PUPPE, «La justificación de la intervención médica curativa» [trad. FELIP I SABORIT], *InDret: Derecho Penal*, 1/2007, p. 3. En cambio, se equivocan ESER y STERNBERG-LIEBEN (*Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, 29.<sup>a</sup> ed., 2014, § 223, n.º m. 32 s.) al considerar que este concepto de saldo se deriva de la caracterización del delito de lesiones como uno de resultado. Lo relevante, en todo caso, es determinar cuál es el resultado relevante, es decir, el daño individual o el daño compensado (saldo). Y para eso se requiere de un argumento normativo adicional que los autores no ofrecen.

<sup>86</sup> Cf. WOSTRY, «El daño patrimonial de la estafa (§ 263, CP alemán) en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo alemán», *En Letra: Derecho Penal*, n.º 5, 2017, pp. 36 ss.; WESSELS/HILLENKAMP, *Strafrecht. Besonderer Teil 2*, 34.<sup>a</sup> ed., 2016, n.º m. 538; FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 62.<sup>a</sup> ed., 2015, § 263, n.º m. 110.

<sup>87</sup> Por todos, HILGENDORF/VALERIUS, *Strafrecht. Besonderer Teil II*, Múnich, C.H. Beck, 2017, § 7, n.º m. 89 ss., con referencias adicionales.

<sup>88</sup> Señala este problema, con claridad, PUPPE, «La justificación de la intervención médica curativa» [trad. FELIP I SABORIT], *InDret: Derecho Penal*, 1/2007, p. 3.



disponible un estándar objetivo no arbitrario, entonces el argumento del daño adquiriría plausibilidad y habría una razón de peso para considerar que las intervenciones médicas curativas exitosas no son lesiones corporales, ni siquiera *prima facie*. De este modo, la solución del resultado parecería acertar en su planteo.

Sin embargo, no parece posible fundamentar razonablemente ese estándar objetivo desde ninguna de las dos concepciones de daño a las que se ha hecho referencia. Si se recurre a la primera alternativa, la propia noción de interés parecer incorporar un componente subjetivo que depende en última instancia de lo que su portador considere dañino o no para *su* interés de bienestar. Justamente por eso se le suele criticar a esta posición que si se la lleva hasta el límite de su capacidad de rendimiento, entonces sería posible criminalizar acciones que solo representan molestias o sensaciones desagradables a nivel subjetivo, con independencia de alguna clase de correlato objetivo.<sup>89</sup> Un criterio de daño global, a partir de un estándar objetivo es exactamente lo que no permitiría esta noción subjetiva de interés.

Si se recurre a la noción de lesión a un bien jurídico o daño como reducción de perspectivas futuras de una persona, debido a que se la priva de habilidades u oportunidades valiosas, el argumento tiene mejores perspectivas. El carácter valioso de ciertas habilidades u oportunidades no necesariamente incorpora un elemento subjetivo, por lo que eso podría ser determinado objetivamente, al menos en principio. Empero, no se trata de evaluar *cualquier* privación de habilidades u oportunidades a partir del saldo total, sino de aquellas vinculadas al *cuerpo* de la paciente. Es decir, es necesario evaluar si el saldo total, que incluye compensaciones entre daños parciales y beneficios parciales, repercute en las habilidades u oportunidades derivadas del cuerpo de quien recibe la intervención. Pero a diferencia de lo que sucede con los intereses patrimoniales, no existe un concepto de bienestar corporal, y quizá no pueda existir, que permita evaluar si un determinado cambio corporal priva o no de oportunidades valiosas. El máximo consenso que se ha logrado actualmente viene de la mano de términos extremadamente vagos, incluso en el estado actual de la medicina. Piénsese en la definición de “salud” que brinda la OMS: “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.<sup>90</sup> Como señala Hilgendorf, esto es demasiado amplio y, por tanto, inadecuado para ofrecer criterios objetivos que sirvan para la discusión ética y jurídica sobre el tema.<sup>91</sup> En este marco, ya por cuestiones de prudencia, parecería necesario dejar en cabeza de la afectada la determinación de si una intervención será dañina, o no, al momento de consentir la intervención.

<sup>89</sup> Cf. EDWARDS, «Theories of Criminal Law», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018, disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/criminal-law/> [enlace verificado el 1/04/2021], apartado 4.

<sup>90</sup> Citado desde la página web de la OMS, disponible en <https://www.who.int/es/about/who-we-are/constitution> [enlace verificado el 1/04/2021].

<sup>91</sup> Así HILGENDORF, *Introducción al Derecho penal de la medicina* [trad. CERDEIRO/SANCINETTI], 2020, § 1, n.º m. 33. En detalle sobre esta discusión MAGNUS, *Patientenautonomie im Strafrecht*, 2015, pp. 23 ss.; TAG, *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis*, 2000, pp. 81 ss.

Pero no se trata únicamente de una cuestión de indeterminación de un posible estándar de bienestar corporal. Piénsese en una operación relativamente riesgosa. En estos casos, la paciente se somete a un tratamiento para el restablecimiento de su salud mediante el posible sacrificio de esta última, al adquirir la posibilidad de eliminar, o al menos paliar, una dolencia no solo a través de un daño cierto en su cuerpo —como el que se produce con una incisión que dejará una cicatriz—, sino también mediante un determinado riesgo de que esta empeore definitivamente, e incluso en algunos casos tiene que arriesgar su propia vida para prolongarla.<sup>92</sup> Ante esta situación, ¿por qué sería la médica, o “la ciencia médica”, la legitimada para decidir sobre si se está en presencia de un daño o no? Esto se observa con claridad, por ejemplo, en los casos en los cuales una intervención puede alargar la vida, pero con consecuencias que la paciente considera indeseables:

*Cáncer:* Se le diagnostica a A un cáncer de mandíbula extremadamente agresivo. Si no se le remueve completamente la mandíbula en una operación de por sí riesgosa, su expectativa de vida es de tan solo seis meses de vida relativamente plena. Pero si se le realiza la operación, podrá vivir unos cinco años más, sin mandíbula, alimentándose por una sonda y con una necesidad de controles médicos constantes. A rechaza la operación.

Tenemos entonces un tratamiento indicado por la *lex artis* para prolongar en, por lo menos, unos cinco años la vida de una enferma de cáncer y que consiste en el sometimiento a una operación riesgosa que, de todos modos, la convertirá en una enferma crónica, mientras que la alternativa es vivir seis meses plenos hasta la llegada inevitable de la muerte.<sup>93</sup> ¿Podría decirse realmente en este caso no se ha dañado la integridad corporal de la paciente si la médica realiza la operación contra su voluntad? Un ejemplo real que confirma empíricamente estas consideraciones es el del profesor suizo de derecho penal, Peter Noll,<sup>94</sup> quien en la década del ochenta rechazó un tratamiento contra el cáncer de vejiga que potencialmente le habría prolongado la vida. Sin embargo, Noll decidió vivir una menor cantidad de tiempo en lugar de varios años mutilado a causa de una operación en la zona. Piénsese también en los casos de intervenciones indicadas a nivel médico pero cuya omisión no implica un riesgo relevante para la vida de la paciente:

<sup>92</sup> PUPPE, «La justificación de la intervención médica curativa» [trad. FELIP I SABORIT], *InDret: Derecho Penal*, 1/2007, p. 3. También, aunque desde una perspectiva diferente, MITSCH, «Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht», *JuristenZeitung*, 2005, p. 279.

<sup>93</sup> Ejemplos similares en PUPPE, «La justificación de la intervención médica curativa» [trad. FELIP I SABORIT], *InDret: Derecho Penal*, 1/2007, p. 3; MAIWALD, «Die Einwilligung im deutschen Strafrecht», en ESER/PERRON (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. III, 1991, pp. 177 s.

<sup>94</sup> Cf. las memorias publicadas póstumamente en la que el autor cuenta sus experiencias a partir de su decisión de no continuar el tratamiento NOLL, *Diktate über Sterben und Tod*, 1984.

*Labio leporino*: A nace con labio leporino, lo que le ha generado inconvenientes para hablar, así como ciertas “anomalías estéticas” según los estándares usuales de belleza. Al cumplir la mayoría de edad, la médica B le indica la realización de una cirugía compleja pero poco riesgosa, que según los estándares médicos mejoraría la calidad de vida de la paciente de modo notable: tendría mejores oportunidades de trabajo y mejoraría su habla. A se niega y, a pesar de eso, B la seda y le realiza la operación.

En este caso A está en contra de que se lleve a cabo esa operación supuestamente beneficiosa. Tal vez porque considera que su aflicción, en general, y su estética, en particular, forman parte de su personalidad, o por cualquier otra razón. Quienes realizan la objeción basada en la idea de daño como privación de habilidades u oportunidades dirían que no hay una lesión corporal, porque de hecho se le han ampliado las perspectivas laborales y las habilidades relacionadas con el habla. Pero parecería que el hecho ha afectado de modo esencial las habilidades u oportunidades que A considera valiosas. De hecho, quizá considere a esas habilidades u oportunidades más bien como consecuencias negativas, vinculadas a un cuerpo extraño y que terminan perjudicándola de modo sustancial.

¿Qué es lo que demuestran estos casos? Que en supuestos de bienes altamente personales, que no pueden ser reemplazados por objetos equivalentes (como sí sucede con el dinero u otros objetos pasibles de intercambio económico), como la integridad corporal, la determinación de qué es un daño a la integridad corporal depende necesariamente de las representaciones y preferencias de la paciente.<sup>95</sup> Por esa razón se hace hincapié en que cada intervención debe ser consentida por la paciente y parecería que si las médicas operasen por la fuerza a la paciente en *Cáncer* o *Labio leporino* diríamos que efectivamente se ha producido un daño. Para llegar a esta conclusión no es necesario postular que se está protegiendo la autonomía, como un valor objetivo e independiente del bien jurídico “integridad corporal”. Solo basta con señalar que aquí lo que se protege es la integridad corporal, con la aclaración de que el único estándar razonable para determinar cuándo se ha producido una lesión a la integridad corporal es uno que tenga en cuenta las representaciones y preferencias subjetivas de la paciente. En ese sentido, no es posible, al menos en esta clase de bienes, separar al bien jurídico de los intereses de su portador,<sup>96</sup> y desde el momento en que puede

<sup>95</sup> KINDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, 6.ª ed., 2014, § 8, n.º m. 28; MAIWALD, «Die Einwilligung des Verletzten im deutschen Strafrecht», en ESER/PERRON (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. III, 1991, p. 178. Cf. también NINO, *La legítima defensa*, 1982, pp. 64 s., quien considera que la integridad física es un bien primario no compensable, a excepción de casos de lesiones de bagatela, si son resarcidas de un modo generoso.

<sup>96</sup> Se podría volver a objetar aquí, tal como se hizo respecto de la crítica a la solución de la *lex artis*, que los argumentos brindados solo permitirían concluir que es la propia víctima de la injerencia quien puede determinar cuándo hay daño y cuándo no, y que cuando consiente en una intervención en definitiva no habría daño. Y si ya no hay daño, entonces no habría nada que justificar, tal como plantea la solución del resultado y *no* la solución de la justificación. Por tanto, de estos argumentos no se seguiría la corrección de la tesis de la justificación. También en este punto es posible conceder la objeción: si se plantease una “solución del resultado modificada”, en el sentido de que solo serían atípicos los procedimientos exitosos consentidos debidamente, entonces se llegaría al mismo resultado

decirse que hay una afectación al cuerpo no bagatelaria, ya se presenta una conducta lesiva, cuya posibilidad de compensación con otros beneficios dependerá de la voluntad de la portadora del interés en cuestión. Esta idea se traslada perfectamente con el entendimiento tradicional de las intervenciones médicas curativas como lesiones corporales que deben ser consentidas por la paciente para ser justificadas, sin perjuicio de que eventualmente pueda haber otros permisos. Por tanto, las intervenciones médicas curativas que superen el umbral mínimo de insignificancia han de ser consideradas lesiones corporales (en los términos, por ejemplo, de los arts. 89 y ss. CP).

#### IV. Conclusión

Si el análisis realizado anteriormente es acertado, al menos en líneas generales, puede concluirse que la llamada “solución de la justificación”, defendida históricamente en la jurisprudencia alemana, debe prevalecer en la valoración de las intervenciones médicas curativas a partir del delito de lesiones corporales. Asumir que toda intervención médica que implique un cambio relevante en el cuerpo de la paciente y que solo dará lugar a la impunidad de la médica si es consentida, o se presenta alguna otra causa de justificación, como hace esta solución, parece algo extraño en un principio, pero no lo es. De hecho, se trata de una concepción perfectamente compatible con la idea actual de que es la paciente quien debe decidir libremente si se somete a una operación, incluso a una que puede salvarle la vida, tras analizar los potenciales perjuicios y beneficios derivados de las alternativas de acción. Y esto solo con dificultades puede ser predicado de las posturas contrarias a esta solución alemana clásica.

Para cerrar este trabajo puede resultar adecuado retomar brevemente la propuesta del PCP sobre la creación de un tipo penal autónomo de intervenciones médicas no consentidas. Si la solución de la justificación es correcta, entonces la necesidad de crear un delito especial para abarcar estos casos disminuye notablemente. En especial, el interés de la paciente en que se respete su integridad corporal ya estaría protegido por el tipo penal básico de lesiones corporales y podría prescindirse de un nuevo delito, ajeno a la sistemática histórica del CP y también del StGB. La pregunta es cómo se vería afectada esa sistemática si de hecho se promulgase el PCP y entrase en vigencia ese delito. ¿Acaso sería una victoria legislativa de las posturas contrarias a la solución de la justificación y las intervenciones médicas curativas ya no podrían ser consideradas lesiones corporales, al menos *de lege lata*?

La respuesta a esta pregunta sería “no necesariamente”. En particular, Puppe ha mostrado cómo es posible compatibilizar un delito como el propuesto con el entendimiento clásico de que las

---

que en la solución de la justificación, solo que en el nivel de análisis de la tipicidad. En lo sustancial esto implica una capitulación de la solución del resultado frente a la posición clásica y la relevancia de una discusión planteada en estos términos (“solución del resultado modificada” versus “solución de la justificación”) depende otra vez de la pregunta básica sobre el lugar sistemático del consentimiento en la teoría general del delito.

intervenciones médicas curativas invasivas son lesiones corporales típicas.<sup>97</sup> Este nuevo delito de intervenciones médicas no consentidas no sería realmente un delito contra la libertad absolutamente independiente del delito de lesiones corporales, sino que podría ser interpretado como un *atenuante* del delito de lesiones corporales en el caso de conductas realizadas por médicas según los estándares de la ciencia médica.<sup>98</sup> Es decir, se seguiría tratando de una conducta que daña el cuerpo de la paciente, pero se crea esta figura para disminuir los riesgos de punibilidad de las médicas, en especial en contextos en los que respetar el consentimiento informado puede ser muy dificultoso. Un nuevo delito como el propuesto por el PCP implicaría entonces una disminución de las penas en estos casos y bloquearía la aplicabilidad de las agravantes del delito básico de lesiones, como las lesiones graves y gravísimas de los arts. 90 y 91 CP. Pero con independencia de cómo habría de ser resuelta esta cuestión interpretativa, el debate sobre este nuevo delito del PCP muestra lo importante que resulta la discusión teórica de esta problemática vinculada a las lesiones corporales en contextos médicos para el derecho penal argentino. Solo resta esperar que esta contribución sirva de “disparador” para un intercambio académico robusto sobre la materia.

---

<sup>97</sup> Cf. PUPPE, «La justificación de la intervención médica curativa» [trad. FELIP I SABORIT], *InDret: Derecho Penal*, 1/2007, p. 3.

<sup>98</sup> De hecho, en el PCP este nuevo delito es creado en el segmento correspondiente a los delitos de lesiones corporales, no a los delitos contra la libertad. Por consiguiente, una interpretación de esta clase sería no solo sustantivamente acertada, sino también (y tal vez paradójicamente) adecuada a la sistemática del PCP.

## Bibliografía

- Albrecht, *Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2010.
- Ambos, *Derecho penal nacionalsocialista* [trad. Béguelin / Dias], Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- Ambos, Kai, «Bien jurídico y harm principle: bases teóricas para determinar la “función global” del derecho penal internacional», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.<sup>a</sup> época, (10), 2013, pp. 343-378.
- Ashworth / Horder, *Principles of Criminal Law*, 7.<sup>a</sup> ed., Oxford, University Press, 2013.
- Bacigalupo, «La recepción de la dogmática penal alemana en la ciencia penal argentina», en Hilgendorf / Lerman / Córdoba (eds.), *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti*, Berlín, Duncker & Humblot, 2020, pp. 65-78.
- Beulke, «Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz», *medstra*, 2/2015, pp. 67-76.
- Binding, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, t. I, 2.<sup>a</sup> ed., Leipzig, Engelmann, 1902.
- Bockelmann, «Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten», *JZ*, vol. 17, 1962, pp. 525-529.
- Bockelmann, «Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht», *NJW*, 1961, p. 945-951.
- Bockelmann, *Strafrecht des Arztes*, Stuttgart, Thieme, 1968.
- Cancio Meliá, «Consentimiento en el tratamiento médico y autonomía: algunas reflexiones desde la perspectiva española», *Revista de Derecho Penal*, 1/2015, pp. 465-485.
- Cancio Meliá, «Sozialadequanz», en Frisch *et al.* (eds.), *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, pp. 69-86.
- Croxatto / Zaffaroni, «El pensamiento penal en el derecho penal argentino», *Rechtsgeschichte – Legal History*, Rg 22, 2014, pp. 192-212.
- Dias / Nascimbene / Sancinetti, «Introducción al delito de lesiones», en *Transferencia de la Justicia Penal Ordinaria en el Proceso de Autonomía de la CABA*, 1.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Ed. Jusbaire, 2016, pp. 31-57.
- Duarte D’Almeida, *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Dubber / Hörnle, *Criminal Law: A Comparative Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Duff, «Towards a Modest Legal Moralism», *Criminal Law and Philosophy*, n.º 8, 2014, pp. 217-235.
- Duff, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, 1.<sup>a</sup> ed., London, Hart Publishing, 2007.

Dürig, «Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes», *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 81, 1956, pp. 117-157.

Edwards, «Harm Principles», *Legal Theory*, vol. 20, n.º 4, 2014, pp. 253-285.

Eser / Sternberg-Lieben, «§ 223», en AA.VV., *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, 29.ª ed., München, C.H. Beck, 2014.

Eser, «Medizin und Strafrecht: Eine schutzgutorientierte Problemübersicht», *ZStW*, n.º 97, 1985, pp. 1-46.

Eyal, «Informed Consent», en Edward N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2012. Disponible en: [<https://plato.stanford.edu/entries/informed-consent/>]

Feinberg, «Harm to Others», *The Moral Limits of the Criminal Law*, t. 1, Oxford, Oxford University Press, 1984.

Feinberg, «Harmless Wrongdoing», *The Moral Limits of the Criminal Law*, t. 4, Oxford, Oxford University Press, 1990.

Ferrante, «Filosofía del derecho penal», en Fabra / Spector (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. III, 2015, pp. 2087-2108.

Duff / Marshall, «“Daños Remotos”, “Peligro Abstracto”, y los “Dos Principios del Daño”» [trad. Diego Hammerschlag], *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 15, 2014.

Fischer, *Strafgesetzbuch*, 62.ª ed., München, Beck, 2015.

Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1978 (reimp. 2000).

Frister / Lindemann / Peters, *Arztstrafrecht*, München, Beck, 2011.

Gardner, «En defensa de las defensas» [trad. Peralta], en Manrique / Peralta (trads.), *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, 2012, pp. 99-112.

Gardner, «La ilicitud de la violación» [trad. Peralta], en Manrique / Peralta (trads.), *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, 2012, pp. 23-53.

Gardner, «Sobre las ofensas y las defensas en Fletcher» [trad. Peralta], en Manrique / Peralta (trads.), *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, 2012, pp. 161-174.

Green, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno: Una teoría moral de los delitos de cuello blanco*, Barcelona, Marcial Pons, 2013 [orig. de 2006].

Gropp / Sinn, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlín, Springer, 2020.

Grünwald, «§ 223», en Laufhütte/ Rissing-van Saan/ Tiedemann, *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB, Tomo 7/1: §§ 211-231*, 12.ª ed., Colonia, Walter de Gruyter, 2018.

Hardtung, «§ 224», en Joecks / Miebach (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 4, 2.ª ed., München, C.H. Beck, 2012

Hart, *Law, Liberty, and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1963.

Hart, *The Concept of Law*, 3.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.

Hengstenberg, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht: Zu den „Risiken und Nebenwirkungen“ eines Transfers der Rechtsfigur aus dem Zivil- in das Strafrecht*, Berlin, Springer, 2013.

Hilgendorf / Valerius, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.<sup>a</sup> ed., 2015.

Hilgendorf / Valerius, *Strafrecht. Besonderer Teil II*, München, Beck, 2017.

Hilgendorf, «Die Autonomie von Notfallpatienten. Überblick und Forschungsdesiderata», en Heger / Kelker / Schramm (eds.), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 2014, pp. 509-520.

Hilgendorf, «Strafrecht im Kontext der Normenordnungen», en Hilgendorf / Kudlich / Valerius (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. 1, Heidelberg, C.F. Müller, 2019, pp. 3-48.

Hilgendorf, *Einführung in das Medizinstrafrecht*, 1.<sup>o</sup> ed., München, Beck, 2016.

Hilgendorf, en Baumann / Weber / Heinrich / Hilgendorf (eds.), *Strafrecht. Besonderer Teil*, 3.<sup>a</sup> ed., Bielefeld, Giesecking, 2015.

Hilgendorf, *Introducción al Derecho penal de la medicina* [trad. Cerdeiro / Sancinetti], Buenos Aires, Ad-Hoc, 2020.

Hörnle, «Theories of Criminalization», en Dubber / Hörnle (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 679-701.

Hoyer, «Gesundheitsstrafrecht», en Igl / Welti (eds.), *Gesundheitsrecht. Eine systematische Einführung*, München, Franz Vahlen, 2012, cap. 11.

Jansen, «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. Notwendiges Korrektiv oder systemwidriges Institut?», *ZJS*, 6/2011, p. 482-495.

Joecks, «§ 223» en Joecks / Miebach (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 4, 2.<sup>a</sup> ed., Berlín, Walter de Gruyter, 2012.

Joerden, «Medizin und Recht», en Hilgendorf / Joerden (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2017, pp. 363-370.

Kant, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (trad. Rodríguez Aramayo), Madrid, Alianza, 2012 [orig. 1785].

Kelly, *The Limits of Blame*, Cambridge, Londres, Harvard University Press, 2018.

Kindhäuser / Hilgendorf, *Strafgesetzbuch*, 8.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, Nomos, 2020.

Kindhäuser, «La recepción de la dogmática penal alemana en la ciencia penal argentina», en Hilgendorf / Lerman / Córdoba (eds.), *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti*, Berlín, Duncker & Humblot, 2020, pp. 499-512.

Kindhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, Nomos, 2015.

Kindhäuser, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, 6.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, Nomos, 2014.

Kraatz, *Arztstrafrecht*, Stuttgart, Kohlhammer, 2013.

Krauß, «Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung», en Kaufmann *et al.* (eds.), *Festschrift für Paul Bockelmann*, 1979, pp. 557-576.

Kriminalpolitischer Kreis, «Für eine sachgerechte Regelung der eigenmächtigen Heilbehandlung», *medstra* 2/2021, pp. 65-73.



Lacey / Pickard, «From the Consulting Room to the Court Room? Taking the Clinincal Model of Responsibility Without Blame into the Legal Realm», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, 2013, pp. 1-29.

Lilie, «Vor § 223», en Laufhütte / Rissing-van Saan / Tiedemann (eds.), *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, t. 11, 11.<sup>a</sup> ed., Walter de Gruyter, Berlín, 2008.

Magnus, *Patientenautonomie im Strafrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.

Maiwald, «Die Einwilligung im deutschen Strafrecht», en Eser / Perron (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. III, 1991.

Mayer Lux, «Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2011, n.º 37, pp. 371-413.

Mitsch, «Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht», *JuristenZeitung*, 2005, pp. 279-285.

Montiel, «Violencia obstétrica y tres dilemas de cara al régimen sancionatorio de carácter penal», *Revista de la Facultad*, Vol. X, n.º 1, Nueva Serie II, 2019, pp. 123-153.

Murmann, «Die „üble, unangemessene Behandlung“ – ein von der Entwicklung der Dogmatik überholter Definitionsbestandteil der „körperlichen Misshandlung“», *Jura*, 2004, pp. 102-105.

Murphy, «Legal moralism and retribution revisited», *Criminal Law and Philosophy*, n.º 1, 2007, pp. 5-20.

Nino, *La legítima defensa*, Buenos Aires, Bogotá, Astrea, 1982.

Noll, *Diktate über Sterben und Tod*, Zürich, Pendo, 1984.

Otto / Albrecht, «Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff», *Jura*, vol. 32, n.º 4, pp. 264-271.

Otto, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 7.<sup>a</sup> ed., Berlín, Walter de Gruyter, 2005.

Paeffgen / Böse, «§ 223», en Kindhäuser / Neumann / Paeffgen (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 5.<sup>a</sup> ed., 2017, Baden-Baden, Nomos.

Paeffgen / Zabel, «Vor § 32 ff», en Kindhäuser / Neumann / Paeffgen (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 5.<sup>a</sup> ed., 2017, Baden-Baden, Nomos.

Pawlik, *Ciudadanía y Derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2016.

Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.

Pérez Barberá, «Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena», *InDret: Derecho Penal*, 4/2014, pp. 1-43.

Puppe, «Definiciones y subsunciones» [trad. Montiel], *Enfoques Penales*, n.º 1, 2017, pp. 1-6.

Puppe, «Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten», *ZIS*, 6/2016, pp. 366-372.

Puppe, «La justificación de la intervención médica curativa» [trad. Felip i Saborit], *InDret: Derecho Penal*, 1/2007, pp. 1-14.

Puppe, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 4.<sup>o</sup> ed., Gotinga, Vandenhoeck & Ruprecht, 2019.

Raz, «Autonomy, Toleration and the Harm Principle» en Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 313-333.

Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

Robinson, «Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis», *Columbia Law Review*, vol. 82, 1982, pp. 199-291.

Rodríguez Vázquez, «El delito de tratamiento médico arbitrario: una propuesta *de lege ferenda*», *RECPC*, 19-03, 2017, pp. 1-59.

Rosenau, «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht», en Bloy *et al.* (eds.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, 2010, pp. 683-700.

Roxin / Greco, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. 1, 5.<sup>a</sup> ed., Berlín, C.H. Beck, 2020.

Roxin, «60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Strafrechts», en Häberle (ed.), *60 Jahre deutsches Grundgesetz*, 2011, pp. 65-92.

Schlehofer, «Einwilligung», en Hilgendorf / Kudlich / Valerius (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. 2, Heidelberg, C.F. Müller, 2020, pp. 571-632.

Schroeder, *El rayo como instrumento de asesinato. Génesis y evolución de la teoría de la imputación objetiva: una travesía por 150 años de ciencia jurídico-penal* [trad. Sancinetti], Buenos Aires, Hammurabi, 2020.

Schroth, Ulrich, «Medizin-, Bioethik und Recht», en Kaufmann / Hassemer / Neumann, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8.<sup>a</sup> ed., 2011, pp. 458-484.

Silva Sánchez, «Valoraciones sociales y Derecho penal», *Persona y Derecho*, vol. 46, 2003, pp. 143-163.

Silva Sánchez, «Imputación objetiva y causas de justificación», *Derecho Penal Contemporáneo*, n.º 52, 2015, pp. 173-195.

Silva Sánchez, «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal. Una defensa de la racionalidad valorativa», *InDret: Derecho Penal*, 4/2019, pp. 1-32.

Solavagione, «La incorrección moral como presupuesto de legitimidad de la criminalización», *En Letra: Derecho Penal* 8, pp. 117-153.

Soler, *Derecho Penal Argentino*, t. 3, 4.º ed., Buenos Aires, TEA, 1987.

Sturm, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016.

Tadros, Victor, «Fair Labelling and Social Solidarity» en Zedner/ Roberts (eds.), *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice*, Oxford, University Press, 2012, pp. 67-80.

Tag, *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis*, Berlín, Springer, 2000.

Terragni, «Artículos 89/94», en Baigún / Zaffaroni, *Código Penal y normas complementarias*, t. 3, 2.º ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2010.

Tröndle, «Selbstbestimmungsrecht des Patienten – Wohltat und Plage?», *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1983, pp. 881-887.

Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5.<sup>a</sup> ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2015.

von Hirsch / Jareborg, «Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 11, 1991, pp. 1-38.

von Hirsch, «El concepto de bien jurídico y el “principio de daño”» [trad. Alcácer Guirao], en Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007 [orig. de 2003], pp. 37-52.

Vossenkuhl, «Ethische Grundlagen ärztlichen Handelns. Prinzipienkonflikte und deren Lösungen», en Roxin / Schroth (eds.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 2010.

Welzel, *El nuevo sistema del derecho penal* [trad. Cerezo Mir], 3.º ed., Buenos Aires, B de F, 2004.

Wessels / Beulke / Satzger, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 46.ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2016.

Wessels / Hettinger, *Strafrecht. Besonderer Teil 1*, 40.ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2016.

Wessels / Hillenkamp, *Strafrecht. Besonderer Teil 2*, 34.ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2016.

Wolff, *An Introduction to Political Philosophy*, 3.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2016.

Wolters, en Rudolphi *et al.* (eds.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8.ª ed. (separata 141), Carl Heymanns, Colonia, 2014.

Wostry, «El daño patrimonial de la estafa (§ 263, CP alemán) en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo alemán», *En Letra: Derecho Penal*, n.ª 5, 2017, pp. 32-61.

Zaffaroni, «Consentimiento y lesión quirúrgica», *J.A. Doctrina*, 1973, pp. 381-94.

Zieschang, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6.ª ed., Stuttgart, Boorberg, 2020.