

# LESIÓN PUNIBLE E INTERVENCIÓN TERAPÉUTICA EN UN INCAPAZ DE CONSENTIR EN EL DERECHO CHILENO

## *BATTERY AND MEDICAL TREATMENT OF PERSONS LACKING COMPETENCE TO CONSENT IN CHILEAN LAW*

JAVIER WILENMANN\*

**RESUMEN:** El artículo analiza el contenido dogmático de las instituciones que determinan la justificación de las lesiones producidas en una intervención terapéutica en sujetos incapaces de consentir. A su respecto, la Ley 20.584 es imprecisa y su tratamiento en la literatura jurídica nacional problemático. El artículo pretende, por ello, presentar las bases para su reconstrucción racional en el derecho chileno.

**Palabras clave:** Derecho penal médico, intervención terapéutica, consentimiento, consentimiento presunto, consentimiento del representante

**ABSTRACT:** The paper analyses the content of the auxiliary institutions under which the medical treatment of incompetent patients is justified. Regarding this, the statute N° 20.584 is imprecise and its treatment in the Chilean literature problematic. The purpose of this paper is to present the grounds for the reconstruction of these institutions in Chilean law.

**Key words:** Medical criminal law, medical treatment, consent, presumptive consent, parental consent

### 1) INTRODUCCIÓN

De acuerdo al principio general que regula la punibilidad de intervenciones terapéuticas<sup>1</sup>, estas resultan lícitas siempre que les haya precedido el otorgamiento del consentimiento informado del paciente antes de su ejecución. La intervención terapéutica

---

\* Dr. Iur. Albert-Ludwigs Universität Freiburg. Profesor Facultad de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez Dirección de correo electrónico: javier.wilenmann@uai.cl; Dirección postal: Diagonal Las Torres 2640, Oficina 217-B, Peñalolén, Santiago.

Este artículo ha sido desarrollado como parte del proyecto Fondecyt 11140141 sobre “Justificación en situaciones de necesidad”, del que el autor es el investigador responsable. Parte del contenido del artículo pudo ser desarrollado como parte de una estancia de investigación en el *Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie* de la *Albert-Ludwigs Universität Freiburg* y en el *Max Planck Institut* de la misma ciudad.

Agradezco al Prof. Dr. (h.c.) Michael Pawlik por la acogida en el instituto que dirige. Asimismo, parte de su contenido fue discutido en las Jornadas de Derecho Penal del año 2015 en la Universidad de Talca. Agradezco a los organizadores por la invitación y al profesor Juan Pablo Mañalich por los comentarios realizados en dicha ocasión. Mi principal deuda es con el PhD Dr. Hans-Georg Koch del *Max Planck Institut* por una larga conversación sobre el tratamiento de las cuestiones de interés en este artículo en Alemania. Todos los errores contenidos en el artículo son, por cierto, de mi responsabilidad.

<sup>1</sup> BEAUCHAMP Y CHILDRESS (2012) p. 110; DOLGIN Y SHEPERD (2009) pp. 45 y ss.

sería, de esta modo, ciertamente *prima facie* típica, en el sentido de que en general sería posible encasillarla en el concepto genérico de "lesión corporal" (o, en su caso, en el concepto de homicidio), pero se trataría de una acción conforme a derecho por ser concordante con la voluntad del afectado<sup>2</sup>. De esta forma, la permisibilidad de la intervención terapéutica no derivaría de una determinación externa del mejor interés del paciente, sino de su autodeterminación constituida por la conjunción del otorgamiento de herramientas suficientes para comprender aquello que se juega (la "información"), con una expresión de voluntad del paciente (el "consentimiento informado"). En Chile, un diseño institucional de esta clase ha sido reconocido a través de la promulgación de la Ley 20.584 Sobre Derechos y Deberes de los Pacientes ("LDDP").

El diseño institucional centrado en el consentimiento no es, por cierto, el único posible. Tanto la historia institucional algo informal chilena como algunas prácticas comparadas han reconocido sistemas en que la determinación externa del mejor interés del paciente por parte del médico es aquello que excluye el carácter ilícito de la intervención<sup>3</sup>. El juicio sobre la permisibilidad de la acción del médico no es, en ese caso, un juicio sobre concordancia entre acción y voluntad del paciente, sino entre tratamiento dado y tratamiento indicado: todo tratamiento objetivamente indicado, en el sentido de que tenga un efecto terapéutico al menos potencial, se encontraría justificado, sería socialmente adecuado o atípico<sup>4</sup>. Es incluso pensable establecer sistemas en los que se entregue capacidad casi completa de determinación de lo indicado al médico tratante, estableciendo punibilidad solo en caso de abuso de esa facultad. La idea, extendida en la literatura penal chilena de manuales, de que la intervención terapéutica se encuentra justificada por "cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un oficio" (la profesión médica), o que ella es socialmente adecuada o atípica, puede ser leída de esta forma. Si bien la dogmática penal alemana no parece haber tenido nunca entre nosotros el grado de influencia suficiente para terminar con la hegemonía de esta comprensión institucional, el cambio a un diseño basado en el potencial justificante del consentimiento informado parece haberse impuesto finalmente por influencia de la literatura bioética anglosajona<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> En el derecho anglosajón, el delito que tiende a ser considerado aplicable es "*battery*": tocar invasivamente el cuerpo de otro sin su consentimiento. Así, en Inglaterra, Lord Donaldson en *Re W (1992) 4 All ER 627, 633*. Pese a ello, tanto en el Reino Unido como en los Estados Unidos, los tribunales han tendido a limitar la aplicabilidad del cargo criminal y concentrarse en la imposición de responsabilidad civil. Véase MONTGOMERY (2002) pp. 227 y ss. En Alemania ha sido, en cambio, tanto el derecho penal como civil aquello que ha construido la regulación del consentimiento en intervenciones terapéuticas.

<sup>3</sup> DWORKIN (2003) pp. 42 y ss., caracteriza el cambio de paradigma desde uno centrado en el lema "*Doctors knows best*" a "*It's my body*".

<sup>4</sup> Entre nosotros, véase solo MAYER (2011) pp. 378 y ss.

<sup>5</sup> En Chile, ello ciertamente no tiene todavía reconocimiento unánime, ya que la literatura existente se refiere en su mayoría al estado anterior a la promulgación de la LDDP. La asunción del artículo es que la influencia de esta ley debiera contribuir a cambiar de modo definitivo la percepción de la relación entre el delito de lesión y la intervención terapéutica. Está, por cierto, por verse si ello será en definitiva así.

Como es obvio, este diseño institucional asume como figura rectora la del adulto con plena capacidad de autodeterminación racional<sup>6</sup>. Esto es algo que culturalmente solo es reconocido cuando se le atribuyen ciertas características a un individuo que, en general, pueden designarse bajo el concepto de capacidad de ponderación y decisión racional: solo bajo presupuesto de comprensión del alcance de una decisión y capacidad de evaluación de su concordancia con las expectativas y pretensiones del individuo puede verse en la toma de una decisión un acto de autodeterminación<sup>7</sup>. En cambio, los presupuestos que le confieren sentido inmediato al sistema no parecen cumplirse por definición en aquellas situaciones en que se no dan las condiciones bajo las cuales se reconoce capacidad de ponderación y decisión racional<sup>8</sup>, con lo que el tratamiento de las condiciones de justificación de la intervención terapéutica se torna al menos teóricamente problemático en esos casos. Ello tiene lugar, por ejemplo, tratándose de niños, de sujetos afectados por una enfermedad mental severa, de individuos que requieren operaciones de urgencia y se encuentran inconscientes o, incluso, en casos en que adultos actualmente conscientes y generalmente capaces se encuentran en una situación (ej.: estado de *shock*) que pueda hacer dudar de la concordancia de la decisión con aquella que el mismo sujeto tomaría sin estar afecto a la circunstancia en cuestión. Los sistemas de juicio centrados en la autodeterminación del paciente necesitan, por ello, de instituciones auxiliares que le permitan tratar estos casos. Pero precisamente por faltar los presupuestos que le dan sentido al principio rector del diseño institucional —la primacía del consentimiento informado del paciente—, la determinación del contenido de esas instituciones auxiliares es problemática.

En lo que sigue, me interesa centrarme en dos de las instituciones auxiliares reconocidas por la dogmática, a saber, el consentimiento presunto y el consentimiento del representante, y su regulación en el derecho chileno. En ambos casos, se trata de diseños institucionales cuyo objeto es tematizar casos en los que, de uno u otro modo, falta capacidad de consentir por parte del paciente y con ello el presupuesto central del sistema del consentimiento informado. Como veremos, sin embargo, su reconstrucción racional tiene complejidades ligadas a la falta de claridad en los fundamentos de la configuración de estas instituciones auxiliares, así como por las limitaciones que tiene la legislación chilena contenida en la LDDP. Por ello, para poder realizar una reconstrucción racional de esta, (2) presentaré en una primera parte una imagen general del contenido de ambas instituciones y de las decisiones institucionales que les son (o debieran ser) immanentes. A continuación (3), intentaré dar cuenta del contenido de estas decisiones fundamentales en la legislación

<sup>6</sup> Es por cierto teóricamente problemático establecer los estándares bajo los cuales se juzga una acción como concordante con una decisión de autodeterminación. En la clásica exposición de BEAUCHAMP Y CHILDRESS (2012) pp. 101 y ss., la decisión intencional no requiere más que el establecimiento de una competencia mínima previa y falta de control externo para ser calificada como autónoma. En la discusión general, esta forma de comprensión tiende a ser denominada “autonomía de agente”. La comprensión contraria, la autonomía personal, asume, en cambio, que la verificación de que una acción es el fruto de autodeterminación requiere la realización de un juicio de consistencia personal. Al respecto véase QUANTE (2002) pp. 174 y ss.

<sup>7</sup> BEAUCHAMP Y CHILDRESS (2012) p. 108. En la dogmática penal: BÖSE (2011) p. 524; AMELUNG (1994) pp. 544 y ss.

<sup>8</sup> Fundamental en el diagnóstico de dejación en el tratamiento de la situación de pacientes incompetentes BUCHANAN Y BROCK (1990) pp. xi y ss.

chilena, de forma tal de establecer las deficiencias que le afectan. (4 y 5) Finalmente presentaré una reconstrucción dogmática, a partir de una reflexión sobre el fundamento de estos arreglos, que subsane al menos en líneas generales la falta de contenido de la regulación chilena.

## 2) CONSENTIMIENTO PRESUNTO Y CONSENTIMIENTO DEL REPRESENTANTE COMO INSTITUCIONES AUXILIARES

### a) EL DERECHO PENAL MÉDICO Y LA INCOMPETENCIA DE LOS PACIENTES

Desde la decisión fundamental del Tribunal del Imperio en relación a la condición de lesión corporal de la intervención terapéutica no consentida<sup>9</sup>, pasando por las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el derecho a obtener una indemnización en caso de realización de intervenciones terapéuticas no consentidas<sup>10</sup>, el derecho médico en general y penal médico en particular han avanzado progresivamente, en la experiencia comparada y ahora también nacional, hacia la exclusión de todo privilegio personal del médico en la calificación de su conducta, y en general en relación a la prohibición de la determinación de los intereses corporales propios por parte de un tercero.

Este movimiento hacia una práctica de autodeterminación ha asumido que sus condiciones de sentido solo se dan allí donde se reconozcan capacidades de autodeterminación racional. En principio, la práctica puede desconocer la tenencia de esas capacidades en dos tipos de situaciones: en caso de atribución de una constitución incompatible con las condiciones de reconocimiento de capacidad de autodeterminación y en caso de reconocimiento de un estado temporal que excluye esas capacidades en un individuo al que, sin embargo, generalmente se le reconocen<sup>11</sup>.

En el primer caso se incluye de forma indudable a niños y sujetos afectados por enfermedades mentales que suponen una demencia severa y de forma menos clara a ado-

<sup>9</sup> RGSt 25, 375. En el caso en cuestión, se trataba llamativamente de un caso de ausencia del consentimiento del representante: a una niña le fue amputado, de forma médicamente indicada, un pie a consecuencia de complicaciones derivadas de una tuberculosis, habiéndose negado el padre a ello. El Tribunal del Imperio condenó al médico pese al éxito terapéutico de la operación. Uno puede sospechar que la decisión se encontraba vinculada a consideraciones de la potestad parental y de su relevancia en la institución del consentimiento del menor que resultan propias de representaciones culturales del siglo XIX y de principios del siglo XX. El caso en cuestión estableció una jurisprudencia que se mantiene hasta el día de hoy en Alemania, de acuerdo a la cual, la intervención terapéutica no consentida válidamente es siempre constitutiva del delito de lesión corporal. Ella fue confirmada por las decisiones del Tribunal del Imperio RGSt 29, 398; RGSt 41, 88; RGSt 41, 932; y luego retomada ininterrumpidamente por el Tribunal Supremo Federal desde BGHSt 4, 88. El principal cambio que ha presentado la jurisprudencia alemana desde RGSt 29, 398, se refiere a la naturaleza del consentimiento y de las condiciones de su ejercicio válido. En el caso original, el Tribunal del Imperio entendía el poder justificante por referencia a regulación civil de actos jurídicos. La jurisprudencia alemana fue lentamente rompiendo con esta representación. En material civil, desde BGHZ 29, 33, las reglas de capacidad en el consentimiento han sido desacopladas por completo de la capacidad jurídica de celebrar negocios jurídicos. Sobre esta evolución véase con más detalle ODENWALD (2004), pp. 16 y ss.; y AMELUNG (1998) pp. 10 y ss.

<sup>10</sup> Sobre la historia del desarrollo y reconocimiento del consentimiento informado en los Estados Unidos véase solo SCHUCK (1994) pp. 900 y ss.; MENIKOFF (2001) pp. 154 y ss. En español SIMÓN (2000) 51 y ss., con ulteriores referencias.

<sup>11</sup> Similar DOLGIN y SHEPERD (2009) pp. 68 y ss.

lescentes y sujetos con una condición mental alterada en forma permanente pero menos severa. El concepto que tiende a ser utilizado en la jerga de la ética-médica y de la literatura jurídica anglosajona para designar a este grupo de individuos es “incompetencia”, pese a que este tenga el problema de generar confusión al no calificar solo una capacidad personal, sino también una potestad (la potestad privativa de decidir sobre la realización de la intervención). La dogmática penal de influencia alemana tiende a hablar, en cambio, de “incapacidad de consentir”<sup>12</sup>. Esta preferencia terminológica deriva de la inserción del problema en cuestión en la dogmática general del consentimiento. Esta es una decisión metodológica correcta. “Incompetencia” puede ser vista, sin embargo, como la calificación específica de la incapacidad de consentir en una intervención terapéutica del tipo que se juzga, lo que expresa de mejor forma la relatividad de las condiciones de reconocimiento de capacidad de consentimiento al tipo de acción típica de que se trata y a las características particulares del individuo que consiente<sup>13</sup>. Por ello, seguiremos en lo que sigue la nomenclatura anglosajona. Es importante mantener conciencia, sin embargo, de las ambigüedades que le afectan al concepto de incompetencia. Por ello, intentaremos hablar de “competencia de decisión” para referirnos al aspecto procedimental sobre la radicación de la potestad de decidir, y simplemente de “competencia” o “incompetencia” para referirnos a la capacidad de consentir en una intervención terapéutica determinada.

En el segundo caso, que incluye no solo a sujetos que se encuentran en estado de inconsciencia y deben ser intervenidos de urgencia, sino también a personas conscientes pero con una alteración nerviosa relevante, puede hablarse de “indisposición accidental”. Incompetencia e indisposición accidental forman un universo conceptual que agota todos los casos en que falta la capacidad de autodeterminarse y, con ello, el poder justificante del consentimiento. Ese carácter taxativo se asegura conceptualmente al producir una delimitación negativa: indisposición implica incapacidad para consentir pese a tenencia de capacidades personales para hacerlo, mientras que incompetencia constituye todo caso de incapacidad no incluido en el grupo anterior.

Dado el carácter taxativo de los conceptos de incompetencia e indisposición, los problemas ligados a las limitaciones que la práctica de permisión de la intervención médica en base a la autodeterminación tiene respecto de la realidad que debe regular se agotan en la determinación de cómo deben tratarse ambas clases de casos. Como veremos, estos son tratados siguiendo dos arreglos institucionales: el consentimiento presunto y el consentimiento del representante<sup>14</sup>. Antes de revisar los arreglos en cuestión es importante analizar las decisiones que el sistema debe tomar frente a esta clase de situaciones. Para ello, lo crucial

<sup>12</sup> Así, por ejemplo, AMELUNG (1992) pp. 525 y ss.; BÖSE (2011) pp. 524 y ss.

<sup>13</sup> Esto, por cierto, es compartido por la dogmática penal alemana, la que hoy en día rechaza de forma completamente mayoritaria la fijación por medio de criterios formales (ejemplo: minoría de edad) de la capacidad de consentir en una intervención terapéutica. Véase a este respecto AMELUNG (1992) pp. 535 y ss., con ulteriores referencias.

<sup>14</sup> El concepto que se utiliza en el derecho alemán para referirse a esta institución (*stellvertretende Einwilligung*) podría traducirse mejor como “representación en el consentimiento” y, de hecho, la literatura española tiende a hacerlo así. Es preferible, sin embargo, utilizar el concepto de “consentimiento del representante”, ya que ello da cuenta de mejor forma de que no se trata de una decisión sustitutiva, sino de una decisión sobre otro.

es ver qué es exactamente lo que falta en los casos de indisposición e incompetencia y qué debe ser suplido por el sistema.

b) DECISIONES INMANENTES A UN SISTEMA DE JUSTIFICACIÓN DE LAS INTERVENCIONES TERAPÉUTICAS Y EL CONTENIDO DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO Y DEL CONSENTIMIENTO DEL REPRESENTANTE

La determinación de las decisiones necesarias a un sistema institucional de justificación de las intervenciones terapéuticas puede ser establecida en base a aquello que supone su dependencia del consentimiento explícito. El arreglo institucional "autodeterminación" del paciente puede caracterizarse en base a dos componentes de relevancia institucional: la identificación de una persona que tiene competencia (potestad) para decidir sobre la realización de la intervención; y una definición de las consideraciones que deben guiar la toma de esa decisión. Autodeterminación implica otorgamiento de competencia de decisión al paciente sin control de mérito respecto de las razones de la decisión. La competencia de decisión es, de esta forma, fijada en el paciente; y las razones que deben guiar la toma de decisión son declaradas irrelevantes. Al no ser aplicable el arreglo institucional autodeterminación en el caso de pacientes incompetentes (incapaces personales) o indispuestos, el sistema debe entregar una competencia (potestad) de decisión a otro y puede (o no) calificar las consideraciones a tener en cuenta al tomar la decisión. Asimismo, en un paso ulterior, puede determinar las condiciones en que la decisión primaria puede ser puesta en duda en base a su mérito.

Los componentes institucionales que deben ser redefinidos cuando el arreglo "autodeterminación" no funciona son, por ello, al menos dos: (a) determinación de una persona encargada primariamente de tomar una decisión, la que por definición no puede ser el paciente mismo; y (b) definición de las consideraciones que deben ser tenidas en cuenta al tomar la decisión y que definen su corrección. Al tratarse de un arreglo que tiene que establecer criterios de mérito para juzgar la permisión de la intervención, el sistema puede además tomar dos decisiones adicionales: (c) definición de competencias de desafío de la decisión primaria (y procedimiento de ejercicio); y (d) determinación de competencias de decisión frente al desafío<sup>15</sup>.

Un arreglo institucional auxiliar puede tratar estos puntos de modo más o menos complejo. Así, por ejemplo, la competencia puede volver a entregarse al médico, fijando como estándar a ser tomado en cuenta a la pura *lex artis*. Este arreglo institucional podría, o no, complementarse con posibilidades de desafiar la decisión del médico por parte de terceros, pudiendo recurrir a otras opiniones. Por supuesto, este no es el único arreglo posible ni en la fijación de la competencia de decisión, ni en la fijación de competencias de revisión de la decisión. Ambas competencias pueden entregarse más bien a toda clase de terceros.

Las consideraciones a ser tenidas en cuenta al tomar la decisión pueden, a su vez, tener múltiples contenidos: determinación de conformidad con alguna voluntad natural del paciente incapaz o indispuesto; determinación del mejor interés objetivo del paciente;

<sup>15</sup> Fundamental a este respecto, aunque haciendo uso de una matriz analítica distinta a la propuesta aquí, BUCHANAN y BROCK (1990) pp. 87 y ss.

determinación del mejor interés combinando coherencia biográfica y cuestiones relativas al estado de salud, etc. En principio, esas consideraciones pueden dividirse en consideraciones de interés terapéutico objetivo y consideración de voluntad subjetiva real del paciente, con varios rangos intermedios.

En materia penal-médica, los dos arreglos institucionales reconocidos por la literatura que sirven como arreglos auxiliares del sistema son el consentimiento presunto y el consentimiento del representante. Ambos arreglos se encuentran determinados de modo suficiente en el derecho comparado, pero entre nosotros reina más bien la indeterminación: cuando son tematizadas del todo, las instituciones tienden a ser invocadas y nada más, sin dar cuenta de modo preciso de su contenido en relación a los puntos que hemos visto deben regular<sup>16</sup>. Pese a ello, a ambas instituciones les son inmanentes ciertas fijaciones que, en lo esencial, las definen.

El consentimiento presunto, por ejemplo, es un arreglo institucional general aplicable a pacientes indispuestos y que fija las consideraciones que deben tomarse en cuenta al adoptar la decisión. De acuerdo a este arreglo, la realización de una intervención terapéutica sobre un paciente indispuesto accidentalmente para consentir se encuentra sujeta a la verificación de su consentimiento presunto, esto es, de la posibilidad de interpretar plausiblemente que el paciente consentiría en la operación de encontrarse en condiciones de hacerlo<sup>17</sup>. Se trata, por ello, de un juicio de concordancia entre voluntad real del paciente y realización de la intervención terapéutica. No se trata, en cambio, de un juicio sobre la razonabilidad abstracta de la decisión de consentir o negarse a consentir en la operación. La fijación en esta concordancia subjetiva parece ser casi necesaria para un sistema fijado en la autodeterminación<sup>18</sup>: no habría consistencia axiológica en un sistema que se fije solo en la voluntad real, sin calificación de mérito, del paciente consciente y, en cambio, en la pura indicación terapéutica respecto de pacientes inconscientes. Se trata, de esta forma, de una institución definida por las consideraciones que deben ser tenidas en cuenta al tomar la decisión de realización de la intervención. De por sí, en cambio, la institución no dice nada sobre las otras preguntas institucionales relevantes, a saber, quién debe tomar en principio la decisión; quién puede desafiarla; y quién resuelve en caso de desafío.

Por su parte, el consentimiento del representante (legal) es un arreglo institucional que tiende a ser utilizado por los sistemas jurídicos para definir las condiciones de permisión de una intervención terapéutica en sujetos incompetentes, con lo que sus condiciones de aplicación son (o debieran ser) fijadas bajo delimitación categórica respecto a los casos

<sup>16</sup> En lo que alcanzo a ver, solo BECA Y MCNAB (2010) pp. 537 y ss. y, más bien centrado en el problema de la competencia del menor, LEÓN (2012) 113 y ss., han tematizado en el último tiempo el problema del consentimiento del representante. En ambos casos se trata, sin embargo, de trabajos de especialistas en bioética, centrados (con buen sentido) en aspectos bioéticos pero naturalmente ajenos a los problemas de interpretación de la ley.

<sup>17</sup> BEAUCHAMP Y CHILDRESS (2012) p.111; DOLGIN Y SHEPERD (2009) pp. 69 y ss.

<sup>18</sup> "En vista a la primacía del derecho de autodeterminación, el contenido del consentimiento presunto debe determinarse en primera línea a partir de una consideración de las circunstancias personales del afectado, de sus intereses individuales, deseos, necesidades y representaciones de valor" (BGHSt 45, 219; = BGH NJW 2000, 885).

en que rige el consentimiento presunto<sup>19</sup>. Al igual que en el caso del consentimiento presunto, esta institución tiene un aspecto que la define como institución y que le resulta, por ello, inmanente: el consentimiento del representante implica entregar potestad de decisión al menos primaria a un tercero distinto del médico, típicamente a un apoderado legal o convencional del paciente. La razón de esta fijación procedimental, por oposición a la fijación de contenido del consentimiento presunto, es fácil de entender. Mientras en el caso del consentimiento presunto se sigue teniendo un estándar que es concordante con el estándar general que se quiere respetar (autodeterminación), el consentimiento del representante se aplica a intervenciones sobre pacientes a los que en mayor o menor medida se les desconocen constitutivamente las capacidades en cuestión. Con ello, el sistema se queda sin parámetros de contenido. Este es precisamente el punto en el que requiere complementación.

### 3) LA REGULACIÓN EXPLÍCITA DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO Y DEL CONSENTIMIENTO DEL REPRESENTANTE EN LA LDDP

Las condiciones de permisión de una intervención terapéutica debieran encontrarse reguladas positivamente en la LDDP en nuestro país. En los hechos, esto es solo parcialmente del caso.

La LDDP ciertamente establece el principio de justificación en base a autodeterminación en su artículo 14 inciso primero. Pero precisamente en aquellas cuestiones en que la regulación institucional es más necesaria, esto es, tratándose de pacientes incompetentes o indispuestos, esta es especialmente indeterminada y asistemática.

En la breve sección (3) pretendo describir las reglas que pueden encontrarse en la LDDP sobre la materia y presentar sus problemas. Es decir, en esta sección se trata solo de realizar una revisión de las reglas que pueden encontrarse en la LDDP de modo de identificar los problemas que necesitan ser encarados al realizar su reconstrucción racional en las secciones 4 y 5.

#### a) LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO EN EL DERECHO CHILENO

Comencemos revisando las reglas que se enmarcan en el ámbito regulativo del consentimiento presunto. La LDDP parece tematizar la situación de pacientes indispuestos accidentalmente en el artículo 15 letras b) y c). En ambos casos, la LDDP parte de un supuesto de hecho que combina necesidad de alguna intervención de urgencia e indisposición del paciente, por lo que parece estar pensada precisamente para la situación en cuestión. Justamente cuando se trata de establecer sus condiciones de aplicación y consecuencias jurídicas es, sin embargo, cuando la ley deviene indeterminada.

Esta indeterminación se manifiesta, en primer lugar, en relación con la competencia de decisión en el caso del paciente indispuesto. La LDDP simplemente no regula el punto.

<sup>19</sup> En el fondo similar STEINER (2014) pp. 160 y ss. Es importante tener en cuenta, sin embargo, que no se trata de un problema de extensión temporal de la incapacidad (personal o por indisposición accidental) de consentir: de un niño de 10 o 12 años es esperable que en un tiempo relativamente corto sea capaz de consentir.



En segundo lugar, el alcance de la regulación establecida en estos artículos es confuso. Tratándose de pacientes indispuestos, el prejuicio dogmático y bioético indica que aquí solo debiera regularse la situación de individuos generalmente competentes. El artículo 15 letras b) y c) LDDP hace referencia, sin embargo, al apoderado o representante legal del paciente no habido, con lo que precisamente por presuponer la existencia de un apoderado, parece extenderse además (o solo) a situaciones de incapaces personales. De esta forma, la situación descrita en ambas normas parece caracterizarse por una conjunción de indisposición del paciente y de su representante, pero no deja claro por qué hay referencia a un apoderado del todo.

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que la mención al representante legal sea absurda, esto es, que no pueda ser interpretada como un arreglo institucional al menos consistente. En particular, hay tres clases de razones alternativas por las que una regla de tratamiento de pacientes indispuestos puede hacer referencia al representante legal o apoderado; el sentido del artículo 15 LDDP depende de la interpretación que se haga de esto.

La primera razón por la que puede venir en consideración la mención de un representante legal es que se trate, en realidad, de pura regulación de las condiciones de procedencia de una intervención terapéutica sobre un sujeto generalmente (y no solo transitoriamente) incompetente. Esta interpretación no convence por razones sistemáticas. La letra a), aplicable a situaciones de emergencia sanitaria, claramente tiene aplicación general, y no hay razones para concluir algo distinto en los otros casos.

La segunda razón que podría venir en consideración es exactamente la opuesta: puede tratarse de pura regulación de la situación de pacientes competentes pero indispuestos, entregando una competencia de decisión a representantes legales o apoderados. Esta interpretación tampoco convence. Pese a que un arreglo institucional de esta clase es pensable, las letras b) y c) del artículo 15 LDDP presuponen la existencia de un representante legal, apoderado o persona que tenga el cuidado del paciente. El otorgamiento de potestades de decisión a terceros distintos del médico en asuntos que afectan a un adulto supone, sin embargo, establecer un apoderado. La existencia de un apoderado no puede ser, de este modo, presupuesta en una regulación de pacientes capaces indispuestos, porque a diferencia de los menores, los adultos generalmente no van a tener uno.

Por ello, la única interpretación plausible consiste en considerar que se trata de una regulación conjunta del consentimiento presunto y del consentimiento del representante, esto es, se trata del arreglo que regula la permisión de intervenciones terapéuticas tanto cuando el paciente personalmente competente está indispuesto, como cuando el representante del paciente personalmente incompetente lo está. Se trata, en otras palabras, de la regulación del consentimiento presunto del representante.

Más problemática aún es, finalmente, la falta de cualquier mención a los criterios que deben ser tenidos en cuenta al tomar la decisión. Esta es una carencia mayor de la LDDP. La ley no solo no distingue entre la situación del incapaz y del indispuesto, sino que se limita a entregar criterios negativos de decisión. Esta fijación puede explicarse por razones ideológico-políticas: se pretendía evitar una regulación de la eutanasia. Por supuesto, esto es una opción política. Pero esta fijación política hizo que precisamente aquellas cuestiones que resultaban importantes no fueran reguladas. Así no hay regulación alguna

de los estándares de decisión en caso de indisposición, la competencia de decisión es establecida de modo más bien oblicuo y, como veremos, las competencias de desafío y revisión se encuentran establecidas de modo incoherente.

#### b) CONSENTIMIENTO DEL REPRESENTANTE EN LA LDDP

La situación es todavía peor en el caso de la regulación de la otra institución que nos interesa revisar, a saber, el consentimiento del representante. Pese a que en el caso de pacientes con enfermedades psiquiátricas puede encontrarse una regulación más o menos diferenciada en los artículos 23 y siguientes, en el caso de los menores de edad la LDDP es extremadamente indeterminada: la ley no regula las condiciones de reconocimiento de un representante en el consentimiento y parece entregarse en este punto a la insuficiente regulación general civil; la ley no establece las condiciones (incompetencia personal o también indisposición) en que un representante puede decidir, lo que no es más que un reflejo de la falta de claridad en la concesión de competencias de decisión en casos de indisposición; la ley no regula claramente las competencias de desafío y revisión de la decisión primaria; y la ley solo tiene una regulación oblicua e indiferenciada de las consideraciones que deben ser tomadas en cuenta al decidir sobre la realización de la intervención.

El último punto es, por cierto, el más problemático. La única regulación que puede encontrarse en la LDDP respecto a las consideraciones que deben guiar la decisión se encuentra en el artículo 17, a propósito de los Comités de Ética. El artículo 17 establece una competencia consultiva (¿de la que puede recurrirse a una Corte de Apelaciones!) de un Comité de Ética, al que pueden recurrir tanto el médico, en caso de dudar de la competencia (capacidad personal) de decisión del paciente o bien de la decisión de su representante, como el paciente o su representante, al estar en desacuerdo con la opinión del médico. El Comité de Ética parece tener, de esta forma, potestades de revisión, sin que quede completamente claro a quién corresponden las competencias primarias de decisión y a quién las competencias de desafío. La regulación parcial de las consideraciones que deben ser tenidas en cuenta al resolver en casos de consentimiento del representante se encuentra en el artículo 17 inciso tercero, el que hace una referencia acertada al "interés superior del niño". Esto es ciertamente relevante, pero la ley solo hace mención a un principio especialmente indeterminado en su contenido; lo hace respecto de una decisión relativa a una recomendación; y, sobre todo, no parece haber regulación alguna en los demás casos.

#### c) LOS PROBLEMAS DE LA LDDP

En resumen: las instituciones que nos interesa entender no se encuentran reguladas de modo adecuado –esto no quiere decir: de un modo moralmente justificable; sino derechamente: de un modo comprensible– en la LDDP. Los problemas que presenta la LDDP pueden resumirse del siguiente modo:

En primer lugar, salvo en el caso de pacientes afectados por enfermedades psiquiátricas y, parcialmente, en el caso de menores, no hay regulación de las consideraciones que deben ser tenidas en cuenta al decidir tanto respecto de pacientes indispuestos como respecto de pacientes incompetentes. Esto es especialmente evidente en el caso de pacientes indispuestos, respecto a los cuales no hay indicación alguna.

En segundo lugar, no hay regulación explícita de la competencia de decisión en caso de indisposición del paciente capaz.

En tercer lugar, no hay regulación alguna de competencias de revisión de las decisiones en caso de indisposición, por la sencilla razón de que ni siquiera están reguladas las competencias de decisión primarias respectivas.

En cuarto lugar, pese a que se establece una potestad de decisión oblicua del representante legal o apoderado en caso de incapaces menores, presupuesta precisamente por la potestad de desafío del médico tratante, la regulación de desafío del médico y de revisión de un tercero es derechamente contradictoria: se desafía ante un organismo consultivo, sin potestades de coaccionar, y solo se permite recurrir en contra de sus recomendaciones (!) a la Corte de Apelaciones.

Superar estas deficiencias solo puede tener lugar por vía de reflexión fundamental a su respecto.

#### 4) EL FUNDAMENTO DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO

¿Cómo pueden salvarse los ripios dejados por la LDDP? Las deficiencias que hemos detectado afectan ciertamente tanto los aspectos procedimentales como sustantivos del problema, pero la ley es especialmente incompleta en este último aspecto. A causa de ello, la primera pregunta que debe responder un trabajo que pretenda tematizar las condiciones de procedencia de intervenciones terapéuticas en incapaces es proveer de una interpretación de los criterios sustantivos en cuestión. Su primacía se deriva, además, del hecho de que se conectan mucho más directamente con los fundamentos del sistema.

Para proceder a efectuar este trabajo de reconstrucción fundamental, uno puede diferenciar nuevamente la situación del incapaz personal y del indispuesto accidental. A continuación trataremos en primer lugar la situación más sencilla a este respecto, a saber, la del indispuesto accidental.

##### a) EL ESTÁNDAR DE DECISIÓN EN EL CONSENTIMIENTO PRESUNTO

Como hemos visto, la LDDP no explicita los criterios sustantivos de decisión de la realización de una intervención sobre un paciente indispuesto. Eso no quiere decir que la regulación sea ciega al punto: el artículo 15 LDDP establece circunstancias de reconocimiento de necesidad de intervención de un paciente indispuesto, pero nada más allá de esto.

La falta de criterios especiales de decisión implica que el único estándar aplicable es el principio implícito a la regla general del artículo 14 LDDP, a saber, el principio de autodeterminación. El camino argumentativo para llegar a esta conclusión no es difícil de seguir: axiológicamente considerado, el establecimiento de un derecho general a aceptar o negarse y de la obligación correlativa de abstención en ausencia de consentimiento implica el reconocimiento del estándar de la autodeterminación. Como hemos visto, la práctica de la autodeterminación médica otorga un poder de decisión terapéutico general al paciente, asumidas que sean ciertas capacidades. La imposibilidad temporal de consentir solo puede ser resuelta, en este modelo, asumiendo una decisión aproximada ("presunta") del paciente.

El consentimiento presunto, como estándar de determinación de los criterios de decisión en caso de pacientes indispuestos, solo puede construirse así como un arreglo institucional axiológicamente consistente con el sistema al que pertenece si se orienta a la determinación de correspondencia entre preferencias personales y realización de la intervención terapéutica. Este es, por supuesto, el modo en que el consentimiento presunto es interpretado en la experiencia comparada<sup>20</sup>: la indisposición es reducida a la condición de mera dificultad en el funcionamiento de un sistema basado en el consentimiento informado; con lo que el sistema tiene que esforzarse por encontrar un modo de proceder que sea lo más concordante posible con el consentimiento informado.

Si bien, de esta forma, la fijación general del criterio que debe guiar la toma de la decisión sobre la intervención en un paciente indispuesto es sencilla –se trata de la determinación de sus preferencias personales, por oposición a razonabilidad terapéutica general–, tanto la fijación precisa del fundamento como del contenido del estándar “preferencia personal” es especialmente problemática. Todavía más: uno puede afirmar sin demasiados problemas que se trata del lugar en que las concepciones teóricas de la autonomía se enfrentan del modo más claro. Para una concepción de la autonomía como ejercicio de ciertas capacidades, el consentimiento presunto –la fijación de un estándar de decisión ligado a las preferencias personales del paciente– solo puede ser visto como una regla sustitutiva que se encuentra en ruptura con el caso normal. Esto es: como la autonomía es por definición el ejercicio de ciertas capacidades, la situación del consentimiento presunto tiene que interpretarse como un caso obvio de intervención heterónoma, ya que las capacidades en cuestión no se ejercen. Se trata, por ello, del establecimiento de un arreglo institucional cuyo objeto es minimizar las consecuencias personales de la pérdida temporal de la facultad de consentir –el sujeto no pudo ejercer autonomía, pero quedará en la medida de lo posible en la misma situación física en que quedaría de haberlas ejercido–, el que puede tener un sustento institucional ulterior en la voluntad de evitar abusos ligados a la producción (típicamente por uso de anestesia) de estados de inconsciencia<sup>21</sup>.

Para una concepción personal de la autonomía, en cambio, la transferencia de las competencias de decisión a un tercero no implica una ruptura con la posibilidad de calificar una intervención como respetuosa de la autonomía del paciente: precisamente porque no se trata más que del establecimiento de la coherencia entre intervención terapéutica y las valoraciones y preferencias personales del sujeto, es que el hecho que el tercero ejerza la competencia de decisión no implica oposición a la autonomía del paciente<sup>22</sup>. El traslado procedimental dificulta el establecimiento de esa coherencia, pero el sistema no tiene otra alternativa dada la indisposición del paciente

<sup>20</sup> BEAUCHAMP Y CHILDRESS (2012) pp. 111 y ss.; DOLGIN Y SHEPERD (2009) pp. 69 y ss.; MENIKOFF (2001) pp. 268 y ss.; HILGENDORF (2014) pp. 513 y ss.; MÜLLER-DIETZ (1989) pp. 281 y ss.

<sup>21</sup> Esto puede verse en la exposición de BEAUCHAMP Y CHILDRESS (2012) p. 111, quienes califican a un sistema que establezca la procedencia de una intervención por consentimiento presunto en base a consideraciones objetivas como “moralmente peligroso”.

<sup>22</sup> Así, por ejemplo, AMELUNG (1992) pp. 550 y ss.

## B) APLICACIÓN PRÁCTICA DEL ESTÁNDAR DE DECISIÓN EN EL CONSENTIMIENTO PRESUNTO

Más allá de estas dificultades teóricas relativas al fundamento del consentimiento presunto como arreglo institucional, este tiene dificultades en su aplicación: la determinación del contenido del criterio "preferencias personales" parece inmediatamente problemática.

Estas dificultades son, en primer lugar, de orden procedimental. Es procedimentalmente complejo que en una sociedad de contactos anónimos, el personal médico pueda determinar del todo las preferencias personales de un paciente, así como el modo en que estas incidirían en una decisión de este sobre la intervención que se evalúa. Pese a que el problema, por su naturaleza hipotética, parece ser intolerablemente complejo, en la mayor parte de los casos es probable que las preferencias de los pacientes coincidan con aquello que se encuentra terapéuticamente indicado, por lo que las dificultades prácticas de aplicación no resultan tan complejas como parecen. En particular: en caso de intervenciones cuyo objeto es superar complicaciones más o menos graves sin que estas signifiquen, a la larga, secuelas de relevancia, el establecimiento de un consentimiento presunto no tiende a presentar problemas.

Los problemas procedimentales de aplicación surgen del todo, por ello, en dos clases de casos: cuando existen antecedentes personales concretos que inciden en la evaluación de la conformidad con la realización de una intervención indicada —el ejemplo tradicional, y tal vez sobreexplotado, es el de Testigos de Jehová inconscientes que requieren de una transfusión de sangre—; y en aquellas situaciones en que existen alternativas terapéuticas que requieren la ponderación de distintos riesgos y secuelas.

En la solución de estos casos, si bien el principio es siempre el mismo —la decisión debe corresponderse con las preferencias personales del individuo en cuestión—, su aplicación es efectivamente problemática. Estas dificultades son, en principio, procedimentales: puede ser difícil, en los hechos, averiguar las preferencias personales del paciente. Pero ellas también tienen una naturaleza valorativa: puede ser complejo valorar el modo en que preferencias personales acreditables debieran incidir en una decisión terapéutica. Ejemplo: es posible acreditar la voluntad pasada explícita de no someterse a una operación que implique generación de impotencia, pero en una situación en que la omisión de la realización de una operación que tenga estas consecuencias implicaría la muerte del paciente, ¿debe estarse a esa voluntad? En el caso no hay dudas de que hay una voluntad de aceptar riesgos frente a la generación de impotencia, pero no es claro si esa voluntad se extiende a la negativa de recibir un tratamiento necesario para permanecer con vida. Incluso de ser así, siempre es posible levantar el argumento de que no hay consideración real del alcance de lo que se afirma, en una decisión vital, cuando el individuo no se enfrenta actualmente a un escenario que pone en juego su vida<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> La misma problemática afecta al caso de existencia de disposiciones del paciente respecto a tratamientos futuros. Si bien la práctica comparada tiende a otorgarle valor y hacer vinculante su contenido (en Estados Unidos véase sumariamente MENIKOFF (2001) pp. 269 y ss.; en Alemania, véase el § 1901a BGB), la determinación de las condiciones en que la voluntad se mantiene puede generar dificultades.

Para nuestros efectos, es importante insistir en este punto en dos aspectos cruciales: la entrega de la decisión a las personas que puedan considerarse más cercanas al paciente evita que sea alguien ajeno que tenga que realizar las valoraciones, a menos que existan antecedentes de que el sujeto en cuestión tiene intereses que trascienden a los del paciente; y los errores procedimentales o valorativos pueden tal vez tener consecuencias relevantes administrativas y civiles, pero no deben ser sobreexplotados en materia penal. Solo en casos en que hay una evidente incompatibilidad de preferencias personales con una determinada intervención terapéutica puede afirmarse la punibilidad del médico que lleva a cabo la intervención. En cambio, en los casos en que hay decisiones complejas envueltas que implican realizar alguna clase de valoración cuya concordancia con las preferencias personales del paciente no sea clara, el sujeto competente para decidir no puede hacerse punible por equivocarse.

c) EL PROBLEMA DE LA APLICACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO EN PACIENTES CUYA DECISIÓN NO ES CONSIDERADA DETERMINANTE POR CONSIDERACIÓN TEMPORAL DE INCOMPETENCIA

El consentimiento presunto presenta, en segundo lugar, dificultades de aplicación que sí tienen una dimensión teórica en una clase de casos: las situaciones (no infrecuentes) en que el reconocimiento de una situación de indisposición es el resultado de la declaración de una incompetencia temporal de un paciente generalmente competente y que actualmente se encuentra consciente. Este es el caso teóricamente difícil del consentimiento presunto.

Ejemplo: a causa de una infección actual y el riesgo de generación de gangrena, se determina que es necesario amputar inmediatamente ambas piernas a un paciente que ha sufrido un accidente de tránsito. Este, que se encuentra plenamente consciente pero, en opinión de los médicos, en estado de *shock*, se niega y afirma que preferiría morir a tener que vivir sin piernas. Bajo respeto formal de autonomía, una decisión de intervenir de todos modos solo puede tener lugar previa declaración de incompetencia del paciente. La intervención tiene que ser vista en todo otro caso como prohibida y, por ello, le corresponde la calificación típica penal de mutilación de miembro importante (artículo 396 inciso primero CP).

Los fundamentos de esa declaración de incompetencia tienden a coincidir, sin embargo, con la teoría de la autonomía que se maneje, por lo que los fundamentos de ambas decisiones también parecen confundirse. Esto es: pese a que es analíticamente posible distinguir entre la declaración de incompetencia y sus fundamentos, por un lado, y la toma de la decisión de intervenir bajo la competencia así asumida, por el otro, es probable que ambos momentos se confundan en los hechos. La incompetencia del paciente se determina precisamente por la ausencia de las capacidades que supone la autonomía, bajo el primer modelo, mientras que en el segundo es la contradicción con la decisión biográficamente o constitutivamente coherente aquello que genera la incompetencia. Con ello, la falta de razonabilidad de la decisión de negar el consentimiento a la intervención terapéutica es tomada como expresión de la ausencia de competencia; la justificación de la toma de la

decisión de intervenir contra la voluntad del paciente es la justificación de la declaración de incompetencia.

La determinación del sentido de la declaración de incompetencia depende de estos problemas teóricos. Como aquí nos interesa, sin embargo, la reconstrucción institucionalmente más adecuada del sistema, la pregunta teórica puede quedar abierta. Institucionalmente considerado, el sistema debiera orientarse a separar del modo más probable las razones que permiten establecer la incompetencia de la consideración de que la decisión es irracional. La ética médica y la práctica jurídica debe establecer mecanismos que permitan distinguir ambos momentos: los *tests* a ser utilizados en la determinación de la competencia del paciente no debieran coincidir con una evaluación de la razonabilidad de la decisión<sup>24</sup>.

Acertadamente, la LDDP establece un arreglo institucional especial para esta clase de casos: de acuerdo a su artículo 17 inciso primero, precisamente uno de los casos en que el médico está obligado a recurrir al Comité de Ética es aquel en que tiene dudas sobre la competencia de un paciente. Si bien en casos de extrema urgencia el arreglo no puede resultar aplicable, en todos los demás casos este obliga a los médicos a poder justificar con buenos fundamentos la incompetencia de un paciente generalmente competente.

## 5) EL CONSENTIMIENTO DEL REPRESENTANTE RACIONALMENTE INTERPRETADO

### a) LOS PROBLEMAS DEL CONSENTIMIENTO DEL REPRESENTANTE

Más problemática, relevante en la práctica y mucho menos tratada es la pregunta por los estándares sustantivos de determinación de la permisión de una intervención terapéutica en un paciente personalmente incapaz (= generalmente incompetente) y, ante todo, en menores de edad. Las dificultades ligadas a estos casos surgen no solo de la falta de tratamiento, sino que tienen varias otras fuentes: (i) su dependencia de la determinación del contenido de instituciones política y moralmente polémicas; (ii) las dificultades en el anclaje de la institución en cuestión con los fundamentos de la justificación general –autodeterminación– de la permisión de las intervenciones terapéuticas; (iii) su cruce con institu-

<sup>24</sup> Así reconocido, por ejemplo, en los Estados Unidos en *LANE v. CANDURA* 376 N.E.2d 1232 (Mass. App. Ct.): la irracionalidad de la decisión de una mujer de 77 años de no someterse a una amputación necesaria para salvarle la vida no puede ser constitutiva, en sí, de incompetencia. En Inglaterra, la *House of Lords* estableció un test con una orientación similar en *F. V. W. Berkshire HA* (1989) 2 ALL ER 545. RESPECTO DE NIÑOS, en cambio, la decisión central de la *HOUSE OF LORDS*, *GILICK v. W. NORFOLK AHA* (1985) 3 ALL ER 402, crucial en el reconocimiento de competencia de menores de edad, estableció un test que incluye consideraciones relativas a la racionalidad de la decisión misma para establecer su concurrencia. Sobre su aplicación véase MONTGOMERY (2003) pp. 290 y ss. En Alemania, la sede de expresión de la distinción entre reconocimiento de competencia y razonabilidad de la decisión es la casi unánime crítica de la literatura al famoso caso de la extracción de dientes (BGH NJW 1978, 1206): la solicitud de una irracional extracción de dientes por una paciente respecto a la cual no había otros motivos para considerar incompetente debiera ser vista, contra el BGH, como eficaz. Al respecto AMELUNG (1999) pp. 45 y ss.; ODENWALD (2004) pp. 54 y ss.: la decisión objetivamente irrazonable solo puede servir como base para testear, de forma autónoma, la competencia del sujeto. Este criterio se ve limitado, sin embargo, cuando el paciente menor de edad rechaza irrazonablemente un tratamiento (véase HILGEN-DORF (2014) p. 513): allí se acepta la concesión de poder de decisión al representante.

ciones jurídicas (poder legal y convencional de representación) de otras ramas del derecho; y (iv) la mayor extensión de la fenomenología de los casos en que se presenta el problema.

(i) El tratamiento del consentimiento del representante es, en primer lugar, complejo por depender de instituciones política e ideológicamente polémicas. En la determinación de las condiciones de procedencia de intervenciones sobre menores confluyen al menos dos conflictos de esta clase: la determinación de la extensión de la potestad parental frente a injerencia estatal; y la medida en que se reconoce autonomía a los menores frente a las decisiones de sus padres<sup>25</sup>.

(ii) En segundo lugar, el consentimiento del representante se ve afectado por dificultades teóricas. En un sistema que constituye a la autodeterminación de sujetos racionales en el gran estándar de juicio de las intervenciones terapéuticas, la determinación del fundamento de la permisión de la intervención y, a partir de ello, de los estándares de juicio de esta, no tiene un sustento inmediato cuando faltan en general las condiciones generales que permiten la autodeterminación.

(iii) En tercer lugar, en el consentimiento del representante influyen polémicas directamente jurídicas relativas a la naturaleza de los poderes de representación sobre incapaces. Si bien ciertamente la interpretación que se sostenga en definitiva depende de los dos puntos anteriores, el cruce con instituciones civiles agrega cierta complejidad adicional.

(iv) Finalmente, la fenomenología de las situaciones en que surgen necesidades de intervención que no pueden ser cubiertas por un consentimiento informado normal (=de paciente competente) es mucho más extensa que en el caso del consentimiento presunto. Mientras en este se trata en lo esencial de operaciones sobre pacientes inconscientes al momento en que la entrega del consentimiento debe obtenerse, siendo reconocible un segundo tipo de casos en situaciones de declaración de incompetencia temporal, la tipología de situaciones en que opera el consentimiento del representante es mucho más extensa. Esto tiene lugar por la inserción de varios criterios desconocidos en las situaciones de consentimiento presunto. Aquí pueden ser mencionados al menos dos factores que no se encuentran presentes, de esta forma, en la fenomenología del consentimiento presunto: el aumento de las posibilidades de desacuerdo actual al establecerse una relación triangular (representante, paciente y médico) de sujetos implicados en la toma de decisión; y la necesidad de juzgar la permisión de intervenciones terapéuticas que no son de urgencia pero que tienen un efecto relevante en la vida futura del paciente. Esta última clase de decisiones puede ser conflictiva, además, precisamente por la cantidad de sujetos involucrados en la decisión y la extensión de los motivos ligados a la decisión de intervenir terapéuticamente. Así, puede ser, por ejemplo, que un adolescente quiera que se le realice una intervención médica que tenga impacto corporal futuro, como sucede en casos de operaciones de cambio de sexo, cirugías plásticas, o esterilizaciones. Este no es, sin embargo, el único origen de intervenciones terapéuticas no urgentes que resultan problemáticas. Precisamente por intervenir un tercero a la relación médico-paciente, la intervención terapéutica puede tener su origen en motivos ligados al representante. Este es típicamente el caso de formas de intervención cultural sobre el cuerpo del niño (o del lactante) que no resultan reversibles.

<sup>25</sup> Similar ELLISTON (2007) pp. 2 y ss.



La más extendida de estas prácticas es probablemente la circuncisión por motivos religiosos practicada tanto en la cultura judía como musulmana<sup>26</sup>. Aquí nuevamente confluyen problemas sustantivos ligados a la naturaleza de la potestad parental en relación con la injerencia estatal en la crianza de los niños.

Uno puede reconstruir analíticamente la magnitud de la extensión fenomenológica de los casos de consentimiento del representante reconociendo la existencia de los siguientes grupos conceptuales formados exclusivamente a partir de los dos criterios brutos que identificamos en el párrafo anterior: (i) situación con desacuerdo triangular/situación con desacuerdo solo bilateral médico-paciente; representante-paciente; o representante-médico<sup>27</sup>; (ii) tratamiento necesario (en principio, además: urgente) médicamente indicado y sin consecuencias al largo plazo ni necesidad de ponderación de riesgos<sup>28</sup>; tratamiento de urgencia médicamente indicado pero con consecuencias al largo plazo y/o necesidad de ponderación de riesgos; tratamiento no necesario sin consecuencias en el largo plazo ni riesgos relevantes asociados; y tratamiento no necesario con consecuencias en el largo plazo y/o con riesgos relevantes asociados.

Es decir, se trata de una combinatoria con dos pares conceptuales y cuatro variables en cada uno de ellos, lo que implica que la fenomenología de los casos en cuestión se ve compuesta por 16 situaciones identificables exclusivamente a partir de estos criterios: (i) desacuerdo triangular en un tratamiento de urgencia médicamente indicado y sin consecuencias en el largo plazo; (ii) desacuerdo triangular en tratamiento de urgencia médicamente indicado pero con consecuencias o riesgos a ponderar; (iii) desacuerdo triangular respecto a un tratamiento no necesario pero sin consecuencias al largo plazo o riesgos relevantes; (iv) desacuerdo triangular en un tratamiento no necesario pero con consecuencias en el largo plazo o riesgos relevantes; (v; vi, vii y viii) desacuerdo médico-paciente en las cuatro alternativas posibles: (ix, x, xi y xii) desacuerdo representante-paciente en las cuatro alternativas posibles; y (xiii, xiv, xv y xvi) desacuerdo representante-médico en las cuatro alternativas posibles.

La cuestión se complica todavía más, por cierto, si uno introduce otros criterios de distinción que pueden ser relevantes, tales como las condiciones que hacen necesaria la existencia de un representante legal (incapacidad por minoría o por enfermedad psíquica) y el grado de competencia que le es reconocido al paciente. La clasificación además deja afuera al menos un caso ligado a las propias variables reconocidas por esta, a saber, aquel en que pese a no haber desacuerdo real entre las partes involucradas, ese acuerdo se produce en relación a una alternativa ilícita. Ejemplo: un niño de 8 años rechaza, por razones religiosas,

<sup>26</sup> No es casual, por ello, que la revisión reciente de la institución del consentimiento del representante en Alemania se haya iniciado con la enorme polémica que supuso la condena por el delito de lesión corporal en un caso de circuncisión religiosamente motivada (LG Köln en NJW 2012, 2128). Sobre el proceso en cuestión y la discusión véase solo BEULKE/DIESSNER (2012) pp. 340 y ss.

<sup>27</sup> Esto simplifica, por cierto, el hecho de que hay casos en que representantes legales (padres) difieren entre sí. La LDDP desafortunadamente tampoco trata el punto.

<sup>28</sup> La distinción entre intervención con o sin consecuencias negativas en el largo plazo o necesidad de ponderación de riesgos puede ser expresada, a su vez, con el concepto de decisión sobre un "conflicto objetivo". Así AMELUNG (1992) pp. 549 y ss. La operación necesaria que no presenta riesgos mayores ni consecuencias negativas al largo plazo no presenta un conflicto objetivo.

un tratamiento necesario y que con seguridad le salvaría la vida sin dejar secuelas. Tanto su representante legal (padre) como el médico tratante, perteneciente a la misma religión, están de acuerdo con esa decisión. ¿Puede el Estado permitir esto? El potencial apelativo de este caso muestra la magnitud del conflicto que subyace a la institución del consentimiento del representante. Como no nos interesa, en este contexto, explicar la forma en que deben solucionarse todos los casos relevantes pensables, la combinatoria que presentamos más arriba es suficiente para exponer la magnitud de la fenomenología del problema.

En parte, pese a esta enorme extensión de la fenomenología relevante de situaciones a tratar, la fijación del contenido de las tres decisiones institucionales centrales que debiera establecer un sistema, a saber, quién tiene competencia de decisión, las consideraciones que deben guiar la toma de decisión, y la existencia de competencias de desafío y revisión, debiera permitir simplificar enormemente el análisis y solo mantener algunos casos aislados que necesitan tratamiento propio. Sabemos, sin embargo, que la LDDP no trata de modo directo esta cuestión. Su reconstrucción debe tener lugar, por ello, por vía interpretativa. A falta de decisiones explícitas, el inicio de esta reconstrucción debe basarse en una determinación de los fundamentos del arreglo institucional "consentimiento del representante".

#### b) NATURALEZA Y CONTENIDO DEL CONSENTIMIENTO DEL REPRESENTANTE

Como aquí se trata de un trabajo dogmático y no directamente ético, la determinación del fundamento del arreglo institucional en cuestión debe ser buscada en la propia ley. Contra lo que puede aparecer a primera vista, la LDDP entrega tres pistas sobre las consideraciones que deben ser tenidas en cuenta al tomar decisiones sobre intervenciones en incapaces personales y que al menos limitan el margen de interpretación de los fundamentos del sistema: en el caso de menores, las decisiones del Comité de Ética deben tomar especialmente en cuenta "al interés superior del menor" (artículo 17 inciso tercero LDDP); en el caso de personas con graves enfermedades mentales, las medidas de internación hospitalaria involuntaria, aislamiento físico o farmacológico y la intervención terapéutica involuntaria se encuentran sujetas, en general, a "necesidad terapéutica" (artículo 25 (c); 26 y 27 (b) LDDP) y a que la no sujeción a la medida en cuestión suponga un peligro para terceros o para sí mismo (artículos 25 (b), 26 inciso primero y 27 (a) LDDP); y, en ambos casos, la LDDP establece obligaciones de "tomar en cuenta" la voluntad del paciente.

Los criterios establecidos por la LDDP, si bien no suficientemente generales como para permitir reconocer directamente decisiones fundamentales del sistema, permiten al menos descartar una forma de interpretación del sistema: la concesión de poder de decisión discrecional a cualquiera de los involucrados. Este sería el caso no solo en un sistema de privilegio personal del médico, sino también si se interpreta al consentimiento del representante como una potestad de decisión no limitada del representante legal, de un modo similar a la potestad que tiene un paciente competente respecto de su propio cuerpo. Esto es especialmente importante en relación con la interpretación de la posición de los padres frente a los hijos: la concepción romana o decimonónica<sup>29</sup>, de acuerdo a la cual el padre

<sup>29</sup> Esta visión se expresa, entre otros casos, en la decisión fundante de la práctica jurisprudencial de juicio a las acciones médicas en Alemania, RG 25, 275.

tiene un poder casi completo de disposición de los intereses de sus hijos<sup>30</sup>, es incompatible con el derecho positivo chileno.

El sistema chileno establece, con ello, criterios ligados al interés del paciente como estándares fundamentales de decisión en la determinación de la permisión (u obligación) de intervenir y una obligación procedimental de tomar en cuenta su opinión. Eso quiere decir que el consentimiento del representante no permite de por sí constituir una decisión del padre en decisión del hijo; el padre no puede ser considerado, como un mandatario general, esto es, la boca por medio de la cual habla necesariamente el hijo. La justificación del consentimiento del representante tiene que buscarse, de esta forma, en otro lado que en la idea de imputación de voluntad ajena por causa de la tenencia de un poder de representación<sup>31</sup>. El consentimiento del representante no es, de esta forma, una derivación de la institución general de la representación legal de los padres sobre los hijos o de los tutores o curadores sobre el individuo sujeto a tutela o curaduría, sino que se trata de una institución del derecho médico<sup>32</sup>.

La determinación del sentido de este arreglo institucional depende de reconocer dos cosas: (i) el establecimiento de un sistema de justificación basado en el interés objetivo del paciente<sup>33</sup> –la medida en que eso se ve determinado por preferencias subjetivas del paciente o de su representante puede quedar abierta, por ahora–; y (ii) la entrega de una potestad de decisión primaria al representante del paciente, el que por derivación del artículo 17 inciso primero LDDP, no puede ser el médico<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Sobre las concepciones del poder de los padres sobre los hijos véase solo MONTGOMERY (1988) pp. 323 y ss.

<sup>31</sup> Véase también BEYLEVELD Y BROWNSWORD (2007) 14 y ss.

<sup>32</sup> Esto es, por cierto, obvio tratándose de intereses personalísimos: el representante legal no puede hacer de una interacción sexual una acción consentida. Un argumento conceptual que, con razón, tiende a ser ensayado contra la postura ya minoritaria de que las reglas de capacidad debieran coincidir con las reglas civiles, consiste en dar cuenta de que mientras el consentimiento en actos jurídico-dispositivos debe ser considerado una regla constitutiva, la justificación mediante consentimiento en actos con contenido material solo sería una regla regulativa. Así originalmente, por referencia a la tesis doctoral de Neyen, AMELUNG (1992) pp. 527s.; y, siguiéndolo, BÖSE (2011) pp. 530 y ss.; RÖNNAU (2001) p. 178; ODENWALD (2004) p. 22. Sobre la evolución de la jurisprudencia alemana, AMELUNG (1992) pp. 536 y ss. El punto se deja extender al consentimiento del representante: la representación jurídica es parte de reglas constitutivas de la práctica de reconocimiento de actos jurídicos, mientras que el consentimiento del representante solo regula a las intervenciones terapéuticas.

<sup>33</sup> Entre nosotros acertadamente BECA Y MCNAB (2010) p. 538. En la literatura jurídica anglosajona, esto es conocido como "*best interests test*". Crítica, sin embargo, FRIEDMAN ROSS (1998) pp. 39 y ss. Su crítica se refiere, sin embargo, más bien a la determinación de la medida en que el interés de los hijos puede ser separado del interés de los padres, algo que incide en la definición precisa del "interés superior" y no puede ser tematizado aquí. En Inglaterra, la controversial decisión fundamental al respecto es *Re T (a minor) (1996) 1 All. E.R. 906*: debe tratarse de una consideración amplia que no se limite a la mejor alternativa médica y tenga en cuenta la opinión de los padres, pudiendo el Estado, sin embargo, tomar una decisión distinta incluso frente a padres razonables. Esto es visto como una prerrogativa que deriva de la *parens patriae* del Estado. En los Estados Unidos, la decisión en *In Re Conroy 486 A. 2d. 1209 (Supreme Court of New Jersey 1985)* demarca los estándares de decisión de pacientes incompetentes (*best interests*) respecto de pacientes indispuestos (*substitute-decision-making*), estableciendo asimismo dos *tests* de determinación objetiva (limitada y absoluta). En el caso de la Corte Suprema Federal, esta ha dejado abierta las condiciones de revisión de decisiones de representantes legales por parte del Estado en *CRUZAN v. DIRECTOR, MISSOURI DEPARTMENT OF HEALTH 497 U.S. 261 (1990)*.

<sup>34</sup> La conjunción de estos dos criterios hace que la calificación del consentimiento del representante como puro desplazamiento de competencia de autodeterminación desde el paciente al representante (así, por ejemplo,

La pregunta central que surge de este hallazgo es cómo se concilian los dos puntos: ¿cómo puede ser que un sistema que declara que el fin que quiere alcanzar es que las decisiones terapéuticas vayan en interés del menor o del incapaz, radique la competencia en cuestión en el representante legal y no en el médico o de entrada en el Estado? La literatura jurídica y bioética, centrada en general en la pregunta por la respuesta judicial o ética correcta y no en la pregunta por la lógica de funcionamiento institucional, tiende a entregar respuestas más bien evasivas a esto y concentrarse en la interpretación del test del interés del paciente<sup>35</sup>. Pero ella puede ser respondida de forma convincente de dos modos complementarios: (i) el sistema asume que, *a priori*, el representante se encuentra en la mejor posición para determinar el interés del paciente –función de determinación del interés del paciente–; y (ii) el sistema asume que es necesario establecer a un sujeto competente que pueda controlar las decisiones del médico –función de protección del representante<sup>36</sup>–.

Ambos puntos se entienden bien en referencia a la posición de los padres: el sistema asume que quienes se encuentran generalmente en la mejor posición para saber qué les conviene a sus hijos y para cuidar de sus intereses, son sus padres. En un caso normal, el amor de los padres a los hijos es una garantía suficiente de que van a tomar la mejor decisión disponible y que van a cuidar los intereses de sus hijos frente a riesgos innecesarios. Eso no quiere decir que las representaciones subjetivas del padre sobre lo que quieren de sus hijos sean siempre decisivas. Si hay buenas razones para considerar que el padre no está velando por los intereses del hijo por la razón que sea, el sistema debe permitir revisar esa decisión. Pero al constituir al médico en un sujeto que solo puede desafiar esa opinión y al Estado (o a un comité de ética) en solo revisor contingente de la decisión del médico, se reconoce la mayor ajenidad *prima facie* de estos frente al interés de los niños respecto de sus padres<sup>37</sup>.

Todo lo anterior permite reconocer la estructura general que tiene el sistema de consentimiento del representante en Chile: el interés (y no la voluntad suya o de un tercero) del paciente es constituido, acertadamente, en el estándar de decisión; la potestad primaria de decisión se encuentra fijada, con buenas razones, en los representantes legales; pero el sistema tiene que reconocer potestades de desafío y revisión. ¿Qué competencias reconoce a este respecto la LDDP?

---

STEINER (2014) pp. 160 y ss.) no pueda convencer: ¿cómo va a tratarse solo de desplazamiento de competencia, si los criterios de corrección son distintos?

<sup>35</sup> Representativo en el derecho alemán KNAUF (2005) pp. 133 y ss.

<sup>36</sup> Acertada STEINER (2014) p. 166: la institución asegura que se realice el tipo de la lesión corporal siempre que se interviene (fuera de una situación de emergencia) sin consentimiento de los padres.

<sup>37</sup> Similar también MONTGOMERY (1988) pp. 328 y ss. En el derecho alemán, el § 1627 BGB sujeta el ejercicio de la potestad parental al respeto del interés del hijo; conforme al § 1666 BGB el tribunal de familia puede privar, total o parcialmente, del derecho de cuidado del menor al padre en caso de puesta en peligro. La utilización de esta facultad es aquello que permite al Estado llevar a cabo intervenciones contra la voluntad de los padres, para lo cual la orientación institucional es a otorgar la representación a un tercero conforme a los §§ 1896ss. BGB mientras dura la necesidad de tratamiento. La preguntas por las situaciones en que el Estado puede negarle eficacia a la decisión del padre o, a través de otro representante, tomar una decisión distinta, se reduce en buena medida a la interpretación de estas reglas. Convincente FATEH-MOGHADAM (2010) pp. 130 y ss.: la potestad de revisión solo puede ser ejercida en caso que la decisión de los padres no sea "defendible". Similar HÖRNLE y HUSTER (2013) pp. 331 y ss.; STEINER (2014) pp. 170 y ss.; EXNER (2011) pp. 36 y ss. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre privación (total o parcial) del derecho de cuidado de los padres asume, en el fondo, la misma estructura. Véanse las sentencias BVerfGE 59, 360 (376); y 61, 358 (371).

Como hemos visto, la LDDP es sumamente indeterminada en este aspecto. Pese a ello, esta admite ser interpretada en el sentido de reconocer una potestad de desafío que se entrega al médico tratante y potestades de revisión que se entregan al Comité de Ética y a la Corte de Apelaciones respectiva. De este modo, la facultad del médico de solicitar la opinión del Comité de Ética contenida en el inciso primero del artículo 17 LDDP debe ser leída como una verdadera potestad de desafío. A su vez, la frase “solo tendrá el carácter de recomendación” del artículo 17 inciso tercero LDDP no debe ser leída como que se trata de la entrega de un consejo a quien tiene una potestad de decisión (el representante). Esto sería una lectura absurda: si el médico tiene la facultad de recurrir al Comité precisamente cuando el individuo competente para decidir ya lo ha hecho, ¿cómo puede entregarse una recomendación sin constituir una facultad de decisión alternativa? El Comité de Ética tiene más bien la obligación de ejercer la potestad de revisión misma. La LDDP solo limita la posibilidad de ordenar tratamientos involuntarios. Así, si el representante no accede a la realización del tratamiento en cuestión ordenada por el Comité de Ética en ejercicio de la revisión solicitada por el médico, y el Comité no tiene potestad de ordenar un tratamiento coactivo, la única opción que deja la LDDP es permitir que el médico o el Comité (en tanto un “cualquiera”) recurra a nombre del paciente a la Corte de Apelaciones para que adopte la decisión de obligar a realizar el tratamiento sobre el menor, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 17 LDDP.

c) RECONSTRUCCIÓN DEL CONSENTIMIENTO DEL REPRESENTANTE EN LA LDDP

Las aclaraciones anteriores permiten otorgarle a las reglas contenidas en la LDDP un contenido suficientemente amplio para dar cuenta de las tres decisiones institucionales centrales que deben ser tomadas respecto de un paciente incompetente. La configuración del sistema puede ser ilustrada a partir de la siguiente reconstrucción de su estructura en el caso de pacientes menores de edad:

Consentimiento del representante en el tratamiento de menores de edad

<b>Criterios de decisión primaria, desafío y revisión</b>
Interés superior del niño (artículo 17 inciso tercero).
<b>Sujeto competente para tomar la decisión primaria</b>
Representante legal (artículo 17 inciso segundo en relación a artículo 14). En ausencia: aplicación de reglas sobre consentimiento presunto (artículo 15 letras b y c): consentimiento presunto del representante.
<b>Competencia de desafío</b>
Médico ante Comité de Ética (artículo 17 incisos primero y segundo). Paciente y representante en caso de denegación de tratamiento ante Comité de Ética (17 inciso segundo). Además: acción general de protección, de cualquiera, ante Corte de Apelaciones (artículo 17 inciso cuarto). No regulado en caso de consentimiento presunto del representante.

<b>Competencia de revisión y resolución definitiva</b>
<p>En principio: Comité de Ética.            Pero ausencia de potestades de imposición de tratamiento coactivo.            Decisión definitiva con potestades de imposición coactiva: Corte de Apelaciones y, en caso de apelación, Corte Suprema.</p>

La posibilidad de interpretar la LDDP como constitutiva de un sistema completo no implica que se trate de un sistema realmente satisfactorio. Se trata, en particular, de un sistema demasiado complejo procedimentalmente: este puede funcionar teóricamente bien en caso de tratamientos necesario pero no inmediatamente urgentes (ejemplo: algún cáncer extirpable), pero no en el caso de tratamientos urgentes. El camino que debe tomarse para ordenar el tratamiento coactivo –contra la voluntad del representante y, eventualmente, también del menor– implica pasar por el Comité de Ética, recurrir de protección a la Corte de Apelaciones y, eventualmente, esperar el pronunciamiento en apelación de la Corte Suprema. Si bien el uso directo del recurso de protección o de solicitudes de medidas de protección ante Tribunales de Familia puede también ser invocado, no se trata en ningún caso de sistemas de acciones adaptados a un ámbito de acción que necesita reconocimiento de sus particularidades. Un sistema verdaderamente eficiente debiera permitir obtener, en esos casos, autorizaciones instantáneas.

## 6) CONCLUSIONES

La LDDP y la legislación chilena establecen un sistema de distribución de competencias de decisión y revisión respecto al tratamiento de sujetos incapaces, así como principios generales que deben guiar dichas acciones. De acuerdo a este sistema, la intervención terapéutica sobre pacientes indispuestos se encuentra sujeta a la concordancia de su realización con la voluntad real del paciente, mientras que la intervención sobre pacientes incompetentes requiere de la concordancia con el interés del paciente, el que se encuentra en principio abierto a determinación exclusiva del representante. El médico solo tiene potestades de desafío que deben ser ejercidas, en la forma en que hemos revisado, ante el Comité de Ética y la Corte de Apelaciones respectiva, los que deben decidir en conformidad con el mismo estándar. Este es el sentido, según hemos visto, de los arreglos institucionales establecidos (algo confusamente) en la LDDP.

El sistema expuesto en el presente artículo necesita complementación dogmática; el trazado de su esqueleto deja abiertas, por cierto, varias preguntas de contenido. El concepto de interés del paciente incapaz no es completamente prístino; su relación con sus preferencias subjetivas, o aquellas de sus padres, necesita ser determinada. Pero el reconocimiento del arreglo institucional general establecido en la legislación chilena permite al menos trabajar sobre un campo fértil.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

AMELUNG, Knut (1992): "Über die Einwilligungsfähigkeit", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol.104, N° 3 pp. 525-558; 821-833.

- AMELUNG, Knut (1998): *Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten* (Berlín, Duncker & Humblot).
- AMELUNG, Knut (1999): “Einwilligungsfähigkeit und Rationalität”, *Juristische Rundschau*, 1999: pp. 45-47.
- BEAUCHAMP, Tom y CHILDRESS, James (2012): *Principles of biomedical ethics* (Oxford University Press, Oxford/Nueva York 7ª edición).
- BECA, Juan Pablo y MCNAB, María Elena (2010): “¿Existen límites en la decisión de los padres sobre el tratamiento de los hijos?”, *Revista Chilena de Pediatría*, vol. 81, N° 6: pp. 536-540.
- BEULKE, Werner; y DIESSNER, Annika (2012): “(...) ein kleiner Schnitt für einen Menschen, aber ein großes Thema für die Menschheit”, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, N° 7, 2012: pp. 338-346.
- BEYLEVELD, Deryck, y BROWNSWORD, Roger (2007): *Consent in the Law* (Hart, Oxford y Portland).
- BÖSE, Martin (2011): “Zur Rechtfertigung von Zwangsbehandlungen einwilligungsunfähiger Erwachsener”, en HEINRICH ET AL (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Tomo 1 (Berlín/Nueva York, De Gruyter) pp. 523-536.
- BUCHANAN, Allen y BROCK, Dan (1990): *Deciding for Others. The Ethics of Surrogate Decision-Making* (Cambridge, Cambridge University Press).
- DE LA MAZA, Iñigo (2010): “Consentimiento informado, una visión panorámica”, *Ius et Praxis*, año 16, N° 2: pp. 89-119.
- DOLGIN, Janet y SHEPERD, Lois (2009): *Bioethics and the Law* (Nueva York, Aspen Publishers).
- DWORKIN, Gerald (2003): “Can You Trust Autonomy?”, *Hastings Center Reports*, March-April 2003: pp. 42-44.
- ELLISTON, Sarah (2007): *The Best Interests of the Child in Healthcare* (Nueva York/Londres, Routledge-Cavendish).
- EXNER, Thomas (2011): *Sozialadäquanz im Strafrecht* (Berlín, Duncker & Humblot).
- FATEH-MOGHADAM, Bijan (2010): “Religiöse Rechtfertigung? Die Beschneidung von Knaben zwischen Strafrecht, Religionsfreiheit und elterlichem Sorgerecht”, *Rechtswissenschaft*, N° 2, 2010: pp. 115-142.
- FRIEDMAN ROSS, Lianie (1998): *Children, Families and Health Care Decision Making* (Oxford, Oxford University Press).
- HILGENDORF, Eric (2014): “Die Autonomie von Notfallpatienten”, en HEGER ET AL. (eds.), *Festschrift für Kristian Kühn* (Múnich, Beck) pp. 509-520.
- HÖRNLE, Tatjana y HUSTER, Stefan (2013): “Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern? Elternrecht und Beschneidung”, *JuristenZeitung*, 2013: pp. 328-339.
- KNAUF, Christian (2005): *Mutmaßliche Einwilligung und Stellvertretung bei ärztlichen Eingriffen an Einwilligungsunfähigen* (Baden-Baden, Nomos).
- LEÓN, Francisco (2012): “Información y consentimiento informado de menores en Chile”, *Revista Chilena de Pediatría*, vol. 83, N° 2: pp. 113-116.
- MAYER, Laura (2011): “Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica”, *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII: pp. 371-413.

- MENIKOFF, Jerry (2001): *Law and Bioethics* (Washington D.C., Georgetown University Press).
- MONTGOMERY, Jonathan (1988): "Children as Property", *The Modern Law Review*, vol. 51, N° 3: pp. 323-342.
- MONTGOMERY, Jonathan (2003): *Health Care Law* (Oxford, Oxford University Press, segunda edición).
- MÜLLER-DIETZ, Heinz (1989): "Mutmaßliche Einwilligung un Operationserweiterung – BGH NJW 1988, 2310", *Juristische Schulung*, 1989: pp. 280-286.
- ODENWALD, Steffen (2004): *Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht unter besonderer Hervorhebung ärztlichen Handelns* (Fráncfort del Meno, Peter Lang).
- QUANTE, Michael (2002): *Personales Leben und menschlicher Tod* (Fráncfort del Meno, Suhrkamp).
- QUANTE, Michael (2010): *Menschenwürde und personale Autonomie* (Hamburg, Felix Meiner).
- RÖNNAU, Thomas (2001): *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht* (Tubinga, Mohr-Siebeck).
- SCHUCK, Peter (1994): "Rethinking Informed Consent", *Yale Law Journal*, vol. 103: pp. 899-959.
- SIMÓN, Pablo (2000): *El consentimiento informado* (Madrid, Triacastela).
- SIMONS, Kenneth (2006): "The Conceptual Structure of Consent in Criminal Law", *Buffalo Law Review*, Vol. 9, N° 2: pp. 577-653.
- STEINER, Nicole (2014): *Die religiös motivierte Knabenbeschneidung im Lichte des Strafrechts* (Berlín, Duncker & Humblot).

## JURISPRUDENCIA CITADA

-Tribunal del Imperio Alemán

RGSt 25, 375

RGSt 29, 398

RGSt 41, 88

RGSt 41, 932

-Tribunal Supremo Federal Alemán

BGHSt 4, 88

BGHZ 29, 33

BGH NJW 1978, 1206

BGHSt 45, 219; = BGH NJW 2000, 885

-Tribunal Constitucional Alemán

BVerfGE 59, 360

BVerfGE 61, 358

-Tribunales Regionales Alemanes



LG Köln en NJW 2012, 2012

-Tribunales Estatales de los Estados Unidos

IN RE CONROY 486 A. 2d. 1209 (Supreme Court of New Jersey 1985)

-Cortes de Apelaciones Federales (de "circuitos") de los Estados Unidos

LANE V. CANDURA 376 N.E.2d 1232 (Mass. App. Ct.)

-Corte Suprema Federal de los Estados Unidos

CRUZAN V. DIRECTOR, MISSOURI DEPARTMENT OF HEALTH 497 U.S. 261 (1990).

-Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales

RE T (A MINOR) (1996) 1 All. E.R. 906

RE W (1992) 4 All ER 627, 633

-House of Lords

GILICK V. W. NORFOLK AHA (1985) 3 All ER 402

F. V. W. BERKSHIRE HA (1989) 2 All ER 545

