

InDret

REVISTA PARA EL
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW.INDRET.COM

La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa

M^a Ángeles Rueda Martín

Universidad de Zaragoza

BARCELONA, OCTUBRE DE 2009

*Abstract**

En este trabajo nos proponemos analizar algunos problemas que se plantean en torno a la definición del deber objetivo de cuidado en la realización de una actividad médico-quirúrgica curativa, aspecto que es imprescindible tratar previamente para poder afirmar la creación de un riesgo típicamente desaprobado que permite definir la existencia de un desvalor de la acción en el delito imprudente.

Mit dieser Arbeit wird beabsichtigt, einige Probleme, die um die Konkretisierung der objektiven Sorgfaltspflicht im Bereich ärztliches Heileingriffes entstehen, zu analysieren. Hierbei handelt es sich um eine Frage, die unumgänglich vorher behandelt werden muss, um die Schaffung eines unerlaubten Risikos behaupten zu dürfen, das die Existenz eines Handlungsunwerts beim Fahrlässigkeitsdelikt zu bestimmen erlaubt.

In this paper we proceed to analyze several problems arisen by the determination of the objective care duty in the framework of the healing medical-surgical activity. This aspect has to be previously considered in order to establish the creation of a non-approved risk that allows to define the existence of a disapproved action in the reckless crime.

Titel: Die Konkretisierung der objektiven Sorgfaltspflicht im Bereich ärztliches Heileingriffes.

Title: The determination of the objective care duty in the framework of the healing medical-surgical activity.

Palabras clave: Delito imprudente; adecuación social; riesgo permitido; deber objetivo de cuidado.

Stichwörter: Das Fahrlässigkeitsdelikt; Sozialadäquanz; erlaubtes Risiko; objektive Sorgfaltspflicht.

Keywords: careless crime; social adequacy; allowed risk; objective care duty.

Sumario

1. Introducción

2. Valoración de la incidencia de la actividad médico-quirúrgica sobre determinados bienes jurídicos

2.1. Primer grupo de casos: Intervenciones quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico y que tienen un resultado favorable

2.2. Segundo grupo de casos: Intervenciones quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico y que tienen un resultado desfavorable

a. Intervenciones médico-quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico y que tienen

* Este trabajo tiene su origen en la Conferencia que la autora impartió en el III Congreso Internacional de Derecho Penal sobre *La responsabilidad penal del médico*, celebrado en la Universidad de Los Andes (Bogotá, Colombia) los días 9, 10 y 11 de septiembre de 2009. Desde estas líneas agradezco a los profesores del área de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la citada Universidad, *Yesid Reyes Alvarado* y *Ricardo Posada Maya*, su amable invitación a participar en el mencionado Congreso.

- un resultado desfavorable previsible
 - b. Intervenciones médico-quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico y que tienen un resultado desfavorable imprevisible
3. La determinación del deber objetivo de cuidado en la actividad médico-quirúrgica, con carácter general, a partir de la ponderación de intereses que traza el límite de lo soportable (atípico) y lo no soportable (típico) por el orden social
- 3.1. El valor de la previsibilidad objetiva en la determinación del deber objetivo de cuidado
 - 3.2. La constitución definitiva del cuidado objetivamente debido a partir de la ponderación de intereses que traza el límite de lo soportable (esto es, lo atípico) y lo no soportable (esto es, lo típico) por el orden social. Manifestación de los intereses que aparecen
 - 3.3. El límite social de los medios y modos de ejecución de una acción finalista. En especial la formación del deber objetivo de cuidado
 - 3.4. Criterios que fundamentan en la ponderación de intereses la medida de lo tolerable
 - 3.5. ¿La valoración del riesgo depende de la estandarización de la situación en la que actúa el sujeto?
 - 3.6. ¿La capacidad individual – excepcional o superior e inferior– influye en la determinación del deber de cuidado?
4. El recurso a la persona inteligente y sensata en la determinación del deber objetivo de cuidado en la actividad médico-quirúrgica
5. La infracción del deber objetivo de cuidado en el delito imprudente
6. Bibliografía

1. Introducción

Cuando se analiza la posible responsabilidad penal de un médico que al desarrollar una actividad médico-quirúrgica “ha causado” la producción de un determinado resultado lesivo, es necesario preguntarse, al menos, si dicho resultado se puede imputar a la acción del médico a título de imprudencia. Lo mismo hay que preguntarse si a la producción de un resultado lesivo ha precedido la omisión de una acción determinada por parte de un facultativo, que en el caso de haberla realizado habría impedido su producción con mayor o menor probabilidad. En el análisis de la responsabilidad penal a título de imprudencia un amplio sector doctrinal ha propuesto, con carácter general, una serie de criterios normativos englobados bajo la rúbrica “imputación objetiva” de un resultado. La infracción del deber objetivo de cuidado es un criterio normativo que afirma la creación de un riesgo típicamente desaprobado, de necesaria constatación para poder imputar una responsabilidad por imprudencia a un sujeto que ha actuado o ha omitido¹. Según la moderna teoría de la imputación objetiva este mismo criterio afirma la creación de un riesgo jurídicamente o típicamente desaprobado en el delito doloso de acción. Aunque en mi tesis doctoral en la que analicé la moderna teoría de la imputación objetiva desde un punto de vista metodológico partiendo de las premisas del sistema finalista, fui crítica con la definición y consiguiente aplicación de los requisitos normativos de dicha teoría en el ámbito del delito doloso², el criterio de la infracción del deber objetivo de cuidado que afirma la creación de un riesgo típicamente desaprobado, a mi juicio, sí que tiene plena validez en el ámbito de la imputación de una responsabilidad a título de imprudencia³. En este trabajo nos vamos a centrar en la concreción del deber objetivo de cuidado en la realización de las actividades médico-quirúrgicas curativas⁴, como paso previo para poder afirmar si se ha creado un riesgo

¹ Véanse, a mero título de ejemplo, ROXIN, *Strafrecht, AT, I*, 4^a ed., 2006, 24/14 y ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5^a ed., 2004, § 8, n.ºs. 15 y ss.; § 15, n.ºs. 2, 16 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal, PG*, 8^a ed., 2008, L 11/56; SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, pp. 11 y ss.; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, pp. 40 y ss.; ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, 1985, pp. 64 y ss.

Nuestra jurisprudencia también estima que la infracción de un deber objetivo de cuidado es un requisito básico para poder imputar una responsabilidad por un delito imprudente. Véanse, en este sentido en la responsabilidad penal médica, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo español de 3 de octubre de 1997 (RJ 7169) y de 29 de noviembre de 2001 (RJ 1787).

² Véase RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001. Un resumen de mi posición se puede consultar en mi trabajo RUEDA MARTÍN, «Análisis de la moderna teoría de la imputación objetiva en el delito doloso desde la perspectiva crítica del finalismo», en *Cuestiones actuales del sistema penal. Crisis y desafíos*, 2008, pp. 237 y ss.

³ Véase RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 304 y 305. Otra pregunta distinta que no me puedo plantear en este trabajo es si la teoría de la imputación objetiva resulta superflua en el delito imprudente, porque la dogmática de la imprudencia ya contendría los conceptos suficientes para valorar la creación de un riesgo típicamente relevante.

⁴ Véanse las características de las actividades médico-quirúrgicas curativas frente a otro tipo de actividades médico-quirúrgicas no curativas en ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, 1985, pp. 15 y ss., 17 y ss.; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, pp. 16 y ss.

típicamente desaprobado, como primer elemento de la tipicidad del delito imprudente.

En ciertas actividades (por ejemplo, en el tráfico viario, las actividades industriales y de construcción, los transportes de mercancías, etc.) la concreción de este deber plantea menos problemas de determinación, porque se trata de ámbitos de la vida social regulados con mayor o menor detalle por el ordenamiento jurídico⁵. En estas actividades las circunstancias y los factores que configuran las situaciones típicas que imponen un determinado deber de cuidado son más previsibles y están, por ello, más reglamentadas con carácter general⁶. Sin embargo, en una actividad médico-quirúrgica curativa se plantean más problemas a la hora de concretar el deber objetivo de cuidado por las características propias que presenta el desarrollo de dicha actividad. En primer lugar, en esta clase de actividad el médico incide directamente sobre la vida y la salud e integridad corporal física y psíquica de las personas, utilizando en ocasiones medios agresivos para las mismas, precisamente para conservar la vida o restablecer la salud de sus pacientes⁷. En segundo lugar, se afirma que la actividad médico-quirúrgica se tiene que desenvolver, en muchas ocasiones, en la inseguridad porque se desconocen todavía muchas de las leyes que rigen las funciones del cuerpo humano o las variables que determinan que éstas operen de un modo distinto en función del individuo⁸. En tercer lugar y producto de la evolución de la Medicina la actividad médico-quirúrgica se ha tecnificado y del médico intuitivo, habilidoso e individualista hemos pasado al técnico experto integrado en una estructura sanitaria en su mayor parte hospitalaria, que es capaz de analizar y valorar datos más precisos y complejos sobre su paciente con la utilización de medios y procedimientos cada vez más eficaces y perfeccionados⁹. En cuarto lugar, el tratamiento de los pacientes en ocasiones es competencia de un solo médico; pero en otras ocasiones dicho tratamiento es encomendado a una pluralidad de profesionales especializados que se ocupan de las facetas que les corresponde. En consecuencia el trabajo en equipo y el trabajo integrado mediante la distribución de funciones entre los diferentes profesionales sanitarios que pueden intervenir en el tratamiento de un paciente, se han

⁵ Véase HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, 2001, p. 52.

⁶ Cuando se ha infringido una reglamentación positivada en el sentido indicado hay que comparar si la situación típica que recoge y en virtud de la cual se impone un determinado deber objetivo de cuidado, coincide con la misma situación acaecida realmente. Si es así habrá que afirmar una infracción del cuidado objetivamente debido en el caso concreto. Véase, por ejemplo, MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, 2009, pp. 369 y 370.

⁷ Véase ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional» en EL MISMO, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*, 2005, pp. 197 y 199; EL MISMO: «Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas», en ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*, 2005, p. 173.

⁸ Véase SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, p. 14. Nuestra jurisprudencia ha señalado, asimismo, que «la ciencia médica no es una ciencia de exactitudes matemáticas y los conocimientos diagnósticos y de remedios están sometidos a cambios constantes determinados en gran medida por los avances científicos en la materia». Véanse las STS de 29 de noviembre de 2001 (RJ 1787) y de 25 de mayo de 1999 (RJ 5253).

⁹ Véase ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional», 2005, p. 198; EL MISMO, «Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas», pp. 172 y 173.

convertido en dos notas predominantes de la actividad médico-quirúrgica¹⁰.

En el marco de este trabajo y teniendo presente algunas de las características señaladas nos proponemos analizar los problemas que se plantean en torno a la definición del deber objetivo de cuidado en la realización de una actividad médico-quirúrgica curativa, aspecto que es imprescindible tratar previamente para poder afirmar la creación de un riesgo jurídicamente o típicamente desaprobado que permite definir la existencia de un desvalor de la acción en el delito imprudente. La valoración de este elemento normativo la tiene que realizar el Juez en el caso concreto. Para ello debe averiguar el cuidado necesario en la realización de una actividad médico-quirúrgica curativa y compararlo con el comportamiento llevado a cabo por el médico, con el fin de determinar si existe una correspondencia entre ambos¹¹. Por lo tanto, debemos plantearnos qué papel desempeña y cómo se establece el deber objetivo de cuidado en las actividades médico-quirúrgicas, cuando se involucran los citados bienes jurídicos (vida e integridad corporal y salud) de una forma consustancial en la consecución de los fines curativos propios de dichas actividades¹². El objetivo de estas preguntas es la determinación del alcance del denominado por la moderna teoría de la imputación objetiva “riesgo permitido” en el desarrollo de estas actividades, o si se quiere la determinación del alcance *del límite social* de los medios y modos de ejecución de las actividades médico-quirúrgicas curativas.

2. Valoración de la incidencia de la actividad médico-quirúrgica sobre determinados bienes jurídicos

Antes de proceder a la cuestión de la determinación del deber objetivo de cuidado en las intervenciones médico-quirúrgicas llevadas a cabo con un fin terapéutico, debemos analizar más detenidamente qué supuestos nos podemos encontrar en el desarrollo de tales actividades, porque en función de este análisis deduciremos unos argumentos importantes para determinar el cuidado objetivamente debido en la actividad médico-quirúrgica. Una característica común de tales intervenciones médico-quirúrgicas es que en estas intervenciones se tienen que realizar comportamientos que suponen una afección necesaria e ineludible de determinados bienes jurídicos, como la vida y la integridad corporal y la salud, para conseguir los fines curativos propios de dichas actividades, debiendo distinguirse, entonces, aquellas intervenciones que

¹⁰ Véanse ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional», 2005, p. 198; EL MISMO, «Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas», 2005, p. 174; JORGE BARREIRO, «Nuevos aspectos de la imprudencia jurídico-penal en la actividad médica: La culpa en el equipo médico-quirúrgico», en *Responsabilidad del personal sanitario*, 1995, pp. 361 y ss.

¹¹ Véase, ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, 1985, p. 65.

¹² En el presente trabajo no nos vamos a detener en cómo influye en la determinación del cuidado objetivamente debido, el trabajo en equipo y el trabajo integrado mediante la distribución de funciones entre los diferentes profesionales sanitarios que pueden intervenir en el tratamiento de un paciente, porque esta característica plantea una problemática que merece un estudio autónomo.

tienen un resultado favorable y las que tienen un resultado desfavorable¹³. Desde un punto de vista naturalístico, en ambos casos, habría elementos de carácter psíquico y causal en virtud de los cuales, formalmente, podría ser subsumida esa afección consciente del bien jurídico integridad corporal dentro de los tipos de las lesiones corporales o incluso del homicidio. A la hora de valorar si en estos supuestos estamos ante un comportamiento típico hay que diferenciar, por tanto, diversos grupos de casos.

2.1. Primer grupo de casos: Intervenciones quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico y que tienen un resultado favorable

En la doctrina se han propuesto varias fundamentaciones para tratar estos supuestos de intervenciones quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico con un resultado favorable, y a través de las cuales se llega siempre a la misma conclusión: a pesar de la producción de unas afecciones a la integridad corporal para salvar, por ejemplo, la vida o simplemente para mejorar la salud del paciente no se realiza el tipo de un delito de lesiones. La atipicidad se puede fundamentar, por un lado, en la consideración de que no se daría el resultado típico de las lesiones corporales mediante una interpretación teleológica restrictiva¹⁴. Por otro lado, algunos autores niegan por vía de la interpretación teleológica la producción de un riesgo socialmente desaprobado¹⁵. Igualmente se puede concluir la atipicidad desde el punto de vista del consentimiento del interesado¹⁶, en virtud del cual el paciente se sometería de modo voluntario al tratamiento prescrito. Se trata aquí de identificar cuál es la mejor postura que fundamenta la impunidad de este caso.

A mi juicio la solución más convincente es aquella conforme a la cual se entiende que las intervenciones quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico y con un resultado favorable no existe un desvalor penal del resultado, porque entra en juego un criterio de exclusión que actúa directamente sobre el ámbito del desvalor del resultado si se alcanza el fin deseado (la curación

¹³ Sobre la significación jurídica del éxito y del fracaso en estos supuestos, véase ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, 1981, pp. 164 y ss.

¹⁴ Véase CEREZO MIR, *Curso*, II, 6^a ed., 1998, p. 316.

¹⁵ Véase MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, 8^a ed., 2008, L 6/46 y L 18/50, que propone en estos casos negar la imputación objetiva del resultado si la intervención definitiva positiva, supone una «disminución del riesgo».

¹⁶ Así BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, 1982, pp. 36 y ss. Igualmente MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, 8^a ed., 2008, L 18/51, cuando se refiere a las intervenciones médicas curativas con resultado fallido; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, pp. 100 y 101. También HIRSCH considera que «en virtud de su función curativa, una intervención curativa ya en el plano conceptual no es un maltrato, y una lesión de la salud tampoco concurre en la intervención médica curativa, ya que en última instancia no se lesiona la salud, sino que por el contrario se la restablece. Ahora bien, lo anterior sólo puede ser válido en la medida en que existe un consentimiento del paciente»; véase HIRSCH, «Soziale Adäquanz und Unrechtslehre», *ZStW* (74), 1962, p. 102. PUPPE, «La justificación de la intervención médica curativa», *InDret* (1), 2007, p. 4.

Sobre el consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, véanse con carácter general las exposiciones de CORCOY BIDASOLO, «Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», en CEREZO MIR ET AL. (eds.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al profesor doctor Don Ángel Torío López*, 1999, pp. 261 y ss.; GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 2^a ed., 2008, pp. 33 y ss.

del paciente), al estar subordinado el bien jurídico integridad corporal a la realización de una función como es salvar la vida de ese paciente o mejorar su salud, y es, por tanto, consustancial esta afección de la integridad corporal al ejercicio de aquella actividad curativa¹⁷. En palabras de *Fiore*, «la actividad médica, por ejemplo, no puede resultar agresiva para dichos bienes a cuya conservación y acrecimiento se dirige y organiza conscientemente: la integridad física, la vida, la salud. El eventual perjuicio de estos bienes que está conectado con la conducta causal del facultativo, se realiza en el ámbito de una actividad puesta al servicio del *respeto* de dichos bienes»¹⁸. Este dato que se pone de manifiesto claramente en el supuesto de la necesaria afección a determinados bienes jurídicos en la realización de una actividad médico-quirúrgica, lo podemos generalizar en el sentido de reconocer que existen unas relaciones entre los bienes jurídicos que suponen el desarrollo de una función en el marco de la vida social, de modo que debe entrar un criterio valorativo de carácter extrasistemático que fundamente la exclusión del desvalor penal del resultado, porque no hay lesiones de bienes jurídicos penalmente relevantes ya que debido a la funcionalidad y dinamicidad del sistema de los bienes jurídicos, cuando estemos ante una actividad reconocida socialmente y valorada socialmente cuyo ejercicio implica el uso de un bien jurídico, la afección de éste no puede constituir un desvalor penal del resultado por ser absolutamente necesaria y consustancial al ejercicio de la actividad que por orientarse a la producción de una utilidad social, es socialmente adecuada¹⁹. Desde mi punto de vista, en tales

¹⁷ Por este motivo no podemos compartir afirmaciones contenidas en algunas resoluciones jurisprudenciales que indican que «la agresión física que soporta el cuerpo de una persona sometida a una intervención quirúrgica supone un objetivo y real quebranto de la integridad corporal»; véase, por ejemplo, la STS de 26 de febrero de 2001 (RJ 1340). En la doctrina también ha habido pronunciamientos en este sentido; véase, por ejemplo, PUPPE, *InDret* (1), 2007, p. 3. PEÑARANDA RAMOS también ha afirmado que «el paciente al que se le ha diagnosticado que tiene cálculos en la vesícula biliar pero que no quiere someterse a una intervención quirúrgica para su extirpación no sólo sufre en su libertad si el cirujano pese a todo la practica en contra de su voluntad, sino que experimenta, al menos transitoriamente, una perturbación de su salud personal que bien puede ser calificada también como lesiones»; véase PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal, (Parte Especial)*, 2003, p. 359. En el supuesto planteado por el citado autor es necesario distinguir, en mi opinión, el papel que desempeña el consentimiento del paciente en la realización de una actividad médico-quirúrgica curativa y la valoración de la afección del bien jurídico integridad corporal y salud que resulta consustancial al logro de una utilidad social valorada positivamente con carácter general, centrada en el restablecimiento de la salud del paciente. Esta afección consustancial puede implicar una perturbación transitoria en la salud personal del paciente que es absolutamente necesaria para alcanzar la indicada utilidad social y que se encuentra en un plano superior. Puede hablarse si se quiere de una perturbación en la salud del paciente, pero ésta no puede constituir el desvalor del resultado del delito de lesiones. Incluso dicha valoración positiva de la afección consustancial del bien jurídico integridad corporal y salud permanece aun cuando el paciente no consienta o no pueda consentir. Otro asunto es la clase responsabilidad que se pueda derivar al no tener en cuenta el consentimiento del paciente en el desarrollo de una actividad médico-quirúrgica curativa. Sobre esta cuestión, véase más adelante en el texto.

¹⁸ Véase FIORE, *L'azione socialmente adeguata*, 1966, p. 124.

¹⁹ Con carácter general, estas premisas fueron planteadas por WELZEL cuando esbozó su teoría de la adecuación social en su conocido artículo «Studien zum System des Strafrechts» publicado en 1939, aunque es cierto que bajo dicha rúbrica englobó grupos de casos que no respondían a las características señaladas. La adecuación social nació como un instituto que impedía la entrada de la intervención del Derecho penal en determinados casos, al considerar que había afecciones de bienes jurídicos que eran inherentes al ordenado funcionamiento de la vida social y, por lo tanto, socialmente no desvaloradas. Según WELZEL la acción tiene que ser entendida como un fenómeno con significación social, como acción en el marco de la vida social. Entonces se excluyen del concepto

casos no existe un desvalor del resultado porque entra en juego un criterio hermenéutico, la adecuación social, que sirve para determinar cuál es el sentido social de la acción desde la perspectiva de la valoración del resultado y que tendrá asimismo sus efectos en el ámbito de valoración de la acción, puesto que al no existir un desvalor penal del resultado no podemos considerar tampoco que la conciencia y voluntad del sujeto de afectar a un bien jurídico de forma socialmente adecuada sea constitutiva del dolo y por consiguiente tampoco hay desvalor de la acción²⁰.

El Derecho Penal no protege los bienes de una forma absoluta respecto de posibles lesiones, sino que lleva a cabo esta protección contra agresiones configuradas de determinada manera²¹. Se prohíbe a todos los individuos la realización de acciones que quedan dentro de sus posibilidades de actuación tendentes a la lesión o puesta en peligro desvalorada del bien jurídico. Sin embargo hay que constatar que la ejecución de determinadas acciones está ligada esencialmente e ineludiblemente a la afección de algunos bienes jurídicos para que se realice el fin socialmente valioso en virtud del cual ha sido emprendida. En este sentido es muy interesante la aportación de Klug, para quien estos supuestos de intervenciones médicas terapéuticas son casos de riesgo mandado, excluyentes de la tipicidad, esto es, no son lesiones corporales punibles las intervenciones y otros tratamientos que, según los conocimientos y la experiencia de la ciencia médica y los principios de un médico cuidadoso, son necesarios para este fin y son emprendidos

de lo injusto «todas las acciones que se llevan a cabo funcionalmente dentro de un orden dado socialmente en la vida en comunidad de un pueblo. A tales acciones se las puede denominar “socialmente adecuadas”. Acciones socialmente adecuadas son todas las actividades, en las cuales se realiza la vida en comunidad según un orden condicionado socialmente». Véase WELZEL, *ZStW* (58), 1939, pp. 516 y 517. Cursivas añadidas.

²⁰ Como he puesto de manifiesto en mi trabajo, RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 245 y ss., la adecuación social sería realmente una causa de exclusión del desvalor penal del resultado en el sentido que acabo de señalar, y como criterio hermenéutico sirve para determinar cuál es el sentido social de la acción desde la perspectiva de la valoración del resultado, que tendrá asimismo sus efectos en el ámbito de valoración de la acción. Por supuesto esto incide de lleno en la doctrina del desvalor de la acción, ya que la doctrina de la acción finalista siempre ha partido de la premisa de que no existen acciones finales en sí o en absoluto, sino sólo en relación con las consecuencias comprendidas por la voluntad de realización [véase WELZEL, *El nuevo sistema*, 1964, p. 28], y de que, por ello, tampoco hay un desvalor *en sí o en absoluto* de la acción, sino que éste sólo puede fundamentarse en referencia a la lesión del bien jurídico, es decir, al desvalor del resultado [véanse CEREZO MIR, *Notas*, 1964, pp. 44 y 45, nota 10; el mismo, *Curso*, II, 6^a ed., 1998, p. 203. En el mismo sentido, GRACIA MARTÍN, *El actuar I*, 1985, pp. 301 y ss.; EL MISMO, *AP*, n. 18/2, 1994, p. 355; EL MISMO, *Comentarios*, 1997, p. 862; EL MISMO, «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito», *RECPC* 06-07, 2004, pp. 16 y 17; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido*, 1983, pp. 72 y ss.]. Estas afirmaciones cobran plena validez en el ámbito de la adecuación social, ya que una acción socialmente adecuada no se puede determinar sin atender primeramente a la afección consustancial del bien jurídico implícita en la ejecución de una función socialmente valorada y comprendida por la voluntad de realización. En los supuestos que estamos tratando ahora como socialmente adecuados, entre los que se encuentran las intervenciones médico-quirúrgicas curativas con un resultado favorable, lo relevante es, *en primer término*, la exclusión del desvalor del resultado a través de la adecuación social. Véase también la necesidad de excluir el desvalor del resultado en estos casos de actividades médico-quirúrgicas curativas en la exposición de ESER, SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 27^a ed., 2006, § 223, n.º 32.

²¹ Véanse WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11^a ed., 1969, p. 5; CEREZO MIR, *Curso*, I, 5^a ed., 1996, p. 14.

para prevenir enfermedades y padecimientos, para reconocerlos, curar o aliviar²². En el caso de las intervenciones quirúrgicas llevadas a cabo por un médico se aprecia claramente la necesidad de recurrir a valoraciones extrasistemáticas de la conducta que excluyan la realización de la conducta típica de, por ejemplo, unas lesiones corporales.

Como hemos indicado, en las intervenciones quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico y con un resultado favorable se subordina el bien jurídico integridad corporal a la realización de una función valorada socialmente como es salvar la vida del paciente o mejorar su salud, y es consustancial esta afección de la integridad corporal al ejercicio de la mencionada actividad curativa. El juicio valorativo recae sobre la afección del bien jurídico involucrado de una forma consustancial en la realización de una intervención médico-quirúrgica que implica, además, que el contenido de la voluntad del médico sea curar al paciente aunque haya afectado su integridad física y esto es lo que dota de contenido a la adecuación social. La conciencia y voluntad con la que actúa el médico independientemente de que sea una voluntad directa de curar no puede constituir a la vez ni un dolo directo de segundo grado, así como tampoco un dolo eventual de lesiones por cuanto que la afección de la integridad corporal consustancial a la actividad curativa no constituye el resultado típico de dicho delito²³. El criterio de exclusión de la tipicidad de esta clase de comportamientos es un criterio valorativo extrasistemático, que se centra en un ámbito mucho más general como es el del desvalor del resultado²⁴, quedando éste excluido por la

²² KLUG, «Sozialkongruenz und Sozialadäquanz», en BOCKELMANN (Hrsg.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, 1961, p. 262, que recoge el contenido del § 161 del StGB-Entwurf de 1960. Apunta que según el texto de este párrafo, se recoge el mandato de ataques y tratamientos en sí típicos puesto que éste es el sentido de la referencia a la necesidad de la conducta médica.

²³ La doctrina ha llamado la atención sobre la contradictoria relación que se puede crear entre los dos aspectos del bien jurídico protegido en los delitos de lesiones, la integridad corporal y la salud, y que se pone de relieve cuando, en ocasiones, la afección a la integridad corporal supone un mantenimiento o mejora de la salud, tal y como sucede en el tratamiento médico quirúrgico. Véanse en este sentido Díez RIPOLLÉS, *Comentarios*, 1997, p. 329; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 27^a ed., 2006, § 223, n.º. 30.

²⁴ Desde mi punto de vista la adecuación social es un juicio mediante el cual se procede a una valoración del comportamiento y constituye en realidad un criterio valorativo externo en el ámbito de la interpretación de sentido de los tipos. Este criterio hermenéutico tiene una naturaleza extrasistemática, porque efectivamente se da entrada a través de él a valoraciones sociales de una acción que giran en torno a la utilidad social que, con carácter general, tiene un comportamiento y que se plasma en una ponderación de intereses. Véase más extensamente RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 279 y ss. Dada su naturaleza extrasistemática la adecuación social constituiría un principio jurídico general cuya significación de ningún modo se limita al Derecho penal sino que comprende la totalidad del ordenamiento jurídico. Esta afirmación aparece por primera vez en WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 5^a ed., 1956, p. 69. Recientemente se ha pronunciado claramente en este sentido DÖLLING, «Soziale Adäquanz und soziale Systeme» en DANNECKER/LANGER/RANFT/SCHMITZ/BRAMMSEN (Hrsg.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag*, 2007, p. 226. Consideran acertadamente que la adecuación social es un criterio hermenéutico de carácter extrasistemático REGIS PRADO/MENDES DE CARVALHO, *Teorías de la imputación objetiva del resultado. Una aproximación crítica a sus fundamentos*, 2007, p. 214. GIL estima, sin embargo, que la adecuación social debería tener un carácter intrasistemático (véase GIL GIL, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, 2007, p. 221). En mi opinión la adecuación social no puede tener un carácter intrasistemático porque lo valorado como adecuado socialmente se antepone a la categoría de la tipicidad. La tipicidad es, precisamente, lo inadecuado socialmente mientras que con la adecuación social se da entrada a

subordinación de un bien jurídico a la realización de la función social de otro bien jurídico de más rango que se materializa en la finalidad de la curación²⁵. Se niega, pues, la conducta típica de las lesiones porque el sentido social de la acción del médico no es lesionar sino curar y esto se determina a través del contenido de la voluntad del sujeto junto a la adecuación social²⁶. En tales supuestos se excluye el desvalor penal del resultado porque esta conducta es adecuada socialmente. La adecuación social es un criterio rector específico de la valoración que se proyecta sobre un suceso, pero con posterioridad a la constatación de la relación de imputación que emerge de la misma estructura material del suceso en la esfera ontológica, en la que la finalidad de la acción tiene una importancia capital. El criterio de exclusión de las conductas socialmente adecuadas del tipo de lo injusto debe ser uno mediante el que se enjuicia la unidad final-causal de la conducta, y en el que la pauta rectora debe ser la comprobación de la coincidencia o divergencia de la finalidad subjetiva de la acción con la finalidad general positivamente valorada por la comunidad. Por lo tanto, la finalidad como género y el dolo como especie de la misma, no pueden fundamentarse prescindiendo de los elementos objetivos externos de la acción que nos suministran información acerca de la significación social de la conducta²⁷.

valoraciones sociales de una acción que giran en torno a la utilidad social que, con carácter general, tiene un comportamiento y que se plasma en una ponderación de intereses. (Véanse en este sentido las exposiciones de GRACIA MARTÍN, «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito» 2004, pp. 17 y ss.; REGIS PRADO/MENDES DE CARVALHO, *Teorías de la imputación objetiva del resultado. Una aproximación crítica a sus fundamentos*, 2007, pp. 200 y ss.; DÖLLING, «Soziale Adäquanz und soziale Systeme», 2007, ob. cit., pp. 219 y ss.). Junto con la adecuación social como criterio extrasistemático de exclusión de la tipicidad en el sentido indicado, existen otros criterios hermenéuticos intrasistemáticos en virtud de los cuales podemos afirmar o negar que concurre el resultado típico o la acción descrita en el tipo. Sobre este desarrollo, véase mi trabajo, ob. cit., pp. 265 y ss.

²⁵ En relación con este ejemplo, LUZÓN PEÑA ha considerado que se afirma la atipicidad pese a producir heridas, cicatrices, amputaciones o período postoperatorio necesitado de hospitalización y curas médicas, en las intervenciones médico-quirúrgicas con resultado positivo por su sentido (objetivo) curativo, o según otros por la finalidad curativa y la correcta ejecución, que excluirían el tipo subjetivo. Véase LUZÓN PEÑA, «Causas de atipicidad», en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, 1995, p. 22. En realidad no se trataría de dos criterios distintos (el sentido objetivo curativo y la finalidad curativa) sino de un único criterio. Véase sobre la recíproca dependencia entre el desvalor del resultado y el desvalor de la acción, RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 233 y ss.

²⁶ Entre nosotros ROMEO CASABONA ha señalado que en los elementos que definen el tratamiento médico-quirúrgico curativo desde el punto de vista jurídico-penal, se distinguen dos aspectos principales, el subjetivo y el objetivo y que se desglosan en: «1) La finalidad perseguida con el tratamiento, que, evidentemente, habrá de estar dirigida directamente a obtener una mejora en la salud del paciente; 2) la idoneidad objetiva terapéutica, es decir, el conocimiento, conforme al estado presente de la ciencia, de los resultados probables que se derivarán de la intervención o tratamiento a realizar, en relación con el beneficio de la salud del paciente, y de los riesgos que aquéllos entrañan; y, 3) la existencia de un ser enfermo al que vaya dirigida esa finalidad y la aplicación de los medios»; véase ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, 1981, pp. 143 y ss. Junto a estos aspectos habría que tener en cuenta, además, las valoraciones en torno a la utilidad social que en general tiene esta clase de intervenciones y que repercuten en la ponderación de intereses que efectúa el legislador para trazar el límite de lo soportable (atípico) y lo no soportable (típico) por el orden social.

²⁷ Véase un análisis más extenso sobre estas cuestiones, con más referencias bibliográficas, en mi obra RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 232 y ss., 245 y ss., en la que desarrollo la tesis expuesta por mi maestro en un proyecto docente fechado en 1990 y publicado

2.2. Segundo grupo de casos: Intervenciones quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico y que tienen un resultado desfavorable

Respecto de las intervenciones quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico y con un resultado desfavorable, la opinión dominante considera que al existir un menoscabo de la integridad física y de la salud se ha producido un desvalor del resultado, es decir, el resultado típico del delito de lesiones²⁸. La opinión dominante, sin embargo, excluye estos supuestos del tipo al considerar que falta el desvalor de la acción²⁹ porque la finalidad era la presupuesta en la ponderación de intereses efectuada por el legislador a la hora de perfilar el tipo de las lesiones, es decir, mejorar la salud o salvar la vida del paciente, y porque la acción observaba el cuidado objetivamente debido³⁰. Tal y como se ha expuesto en el primer grupo de intervenciones médico-quirúrgicas nos encontramos ante actividades curativas que son socialmente adecuadas por su utilidad social y por el resultado que se intenta conseguir, esto es, mejorar la salud o la protección de la propia vida y para cuya realización es consustancial determinadas afecciones del bien jurídico. Estas afecciones consustanciales en el bien jurídico no constituyen en ningún caso el desvalor del resultado y no lo constituirán tanto si el resultado final es favorable como si es desfavorable. Una cosa es la instrumentalidad de estas afecciones para producir un resultado determinado y otra cosa es que ese resultado realmente se consiga. Por lo tanto las afecciones consustanciales al bien jurídico integridad corporal en el seno de estas actividades curativas son socialmente adecuadas. Los problemas se plantean en relación con una segunda hipótesis en la que, por ejemplo, el empeoramiento de la salud constituye un resultado desfavorable por sí mismo, puesto que supone una frustración del fin de la actividad socialmente adecuada. Aquí hay que distinguir dos situaciones distintas.

posteriormente como GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de dogmática penal*, 2006, pp. 215 y ss. Véase sobre este mismo autor las consideraciones sobre la adecuación social efectuadas en GRACIA MARTÍN, «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito», 2004, pp. 17 y ss.; EL MISMO, «Zur Struktur von "sozialadäquaten Handlungen"», en SIEBER ET AL. (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Tiedemann*, 2008, pp. 205 y ss. SACHER también concluye que «WELZEL no fijó la adecuación social como un límite inquebrantable en los delitos dolosos, sino que consideró los conocimientos y propósitos del autor para determinar si la conducta era socialmente adecuada»; véase SACHER, «¿Rasgos normativos en la teoría de la adecuación social de Welzel?» en HIRSCH/CEREZO/DONNA (dirs.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, 2005, pp. 573 y ss., 596. REGIS PRADO/MENDES DE CARVALHO, *Teorías de la imputación objetiva del resultado. Una aproximación crítica a sus fundamentos*, 2007, p. 221 estiman que «la diferencia axiológica entre una acción socialmente adecuada y una acción socialmente inadecuada sólo puede ser contrastada cuando se examina también la voluntad de realización del autor».

²⁸ Véase, por ejemplo, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, PG, 5ª ed., 1999, p. 486.

²⁹ Véanse a título de ejemplo, GALLAS, *ZStW* (67), 1955, p. 21; CEREZO MIR, *Curso*, II, 6ª ed., 1998, pp. 316 y 317; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, 1981, pp. 273 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, 8ª ed., 2008, L 18/51; CORCOY BIDASOLO, «Consentimiento y disponibilidad», 1999, p. 268.

³⁰ Véanse CEREZO MIR, *Curso*, II, 6ª ed., 1998, pp. 316 y 317; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, 1981, pp. 141 y ss., 210 y ss.

a. Intervenciones médico-quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico y que tienen un resultado desfavorable previsible

En determinadas intervenciones médico-quirúrgicas pueden producirse resultados desfavorables que son previsibles, como sucede en aquellas operaciones muy arriesgadas o de escasas posibilidades de éxito en las que para salvar la vida del paciente es absolutamente necesario realizar esta operación, pero la experiencia nos dice que en este tipo de intervenciones existe un fracaso del 70% y si se opera en estas situaciones es porque se espera el 30% de éxito. En tales supuestos se puede fundamentar la ausencia del desvalor del resultado en que la eventualidad de la producción del resultado desfavorable con la que necesariamente se cuenta desde un principio con base en la experiencia estadística, es consustancial al ejercicio de una actividad que se orienta también desde el principio a conseguir el fin de que se produzca la utilidad social de esa conducta. Estos supuestos son interesantes jurídico-penalmente si se parte, por un lado, de que, de acuerdo con la experiencia, si no se opera al paciente éste fallecerá; y, por otro lado, de que la intervención quirúrgica sea una actividad que cree un nuevo factor causal añadido que, como está comprobado por la experiencia, pueda dar lugar en un elevado porcentaje a la muerte del paciente como consecuencia de la propia intervención y no de la enfermedad³¹. La peculiaridad de este caso radica en que esta clase de intervenciones quirúrgicas, como apunta *Romeo Casabona*, supone el único medio para conservar o para devolver la vida o la salud al paciente, es decir, que el médico obra para proteger el bien jurídico y si se abstuviera de intervenir, es seguro que el resultado letal se produciría, y eso es precisamente lo que el médico trata de evitar³². De este modo se pone de manifiesto que la valoración social de este tipo de intervenciones quirúrgicas está vinculada a la situación de absoluta necesidad en la que para el logro de una utilidad social consistente en mejorar o restablecer la situación de la vida, de la salud o de la integridad física es preciso afectar de alguna manera a tales bienes jurídicos que se encuentran involucrados de un modo consustancial en la realización de esa intervención médica, y todo ello es tenido en cuenta para realizar la ponderación que da lugar a una valoración extrasistemática de la conducta que se centra en el ámbito de la valoración del resultado y, por este motivo, a mi juicio, este caso debería ubicarse también en los supuestos de la adecuación social. En este supuesto de intervenciones quirúrgicas en las que el resultado desfavorable es previsible porque la experiencia nos dice que existe un 70% de posibilidades de fracaso se aprecia claramente la necesidad de aplicar valoraciones extrasistemáticas de la conducta, criterios de significación social como los proporcionados por el criterio de la adecuación social, mediante el cual excluimos el desvalor del resultado porque la afcción del bien jurídico es consustancial al ejercicio de una actividad médico-quirúrgica que se orienta desde el principio a conseguir el fin de que se produzca la utilidad social de esa conducta. Si pasamos, a continuación, al ámbito de valoración de la acción observamos que la misma ha sido emprendida con un fin terapéutico socialmente valorado que

³¹ Si la muerte se produjera como consecuencia de la propia enfermedad entonces no se plantearía ningún problema porque la conducta del médico, evidentemente, no habría tenido ninguna influencia y por lo tanto tampoco habría sido la causa.

³² Véase ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, 1981, pp. 207 y 208, concluyendo que «si se produce el resultado nefasto..., quedará excluido el elemento subjetivo del tipo de los delitos dolosos, incluido el dolo eventual».

determina que la acción tenga el sentido social terapéutico junto con *esta* afección del bien jurídico. En consecuencia la conciencia y voluntad con la que actúa el médico independientemente de que sea una voluntad directa de curar no puede constituir a la vez ni un dolo directo de segundo grado así como tampoco un dolo eventual de homicidio si se produce el fallecimiento del paciente, por cuanto que la afección del bien jurídico vida consustancial a esta actividad médico-quirúrgica no constituye el resultado típico de dicho delito³³. En mi opinión en

³³ GIMBERNAT ORDEIG ha afirmado que «si en una intervención quirúrgica de alto riesgo, como lo puede ser una en la que se realizan al paciente, simultáneamente, varios trasplantes de órganos, y que tiene un índice de supervivencia de sólo el 30%, el cirujano la lleva a cabo con la intención de matar al enfermo, pero respetando las reglas de la *lex artis*, la impunidad del médico – aunque el enfermo, efectivamente, se muera – está fuera de discusión, y todo ello a pesar de que ya no se puede seguir hablando, ni siquiera en términos discutibles como en el caso del sobrino, de que no exista dolo, sino sólo "un simple deseo", ni de que el cirujano carezca de "influencia en [la] producción [del resultado]": como en el 70% de los casos el paciente muere a consecuencia de la intervención quirúrgica, por ello es evidente que el médico se ha propuesto (y no simplemente, deseado) la causación del resultado típico, como asimismo, que "el resultado delictivo [se ha producido] como consecuencia de su acción" y que ha tenido en él toda la "influencia" del mundo». Véase GIMBERNAT ORDEIG, «Recensión al libro de Cerezo Mir, J.: Curso de Derecho penal español, Parte General, vol. I, Introducción, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1996; vol. II, Teoría jurídica del delito, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1998», *RDPCr*, nº 3, 1999, pp. 395 y 396. Véase también MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 155: en estos casos «la conducta, ex ante arriesgada, sigue siendo peligrosa, adecuada para la producción del resultado: el practicar una operación con un 65 por 100 de posibilidades de resultado letal y un 35 por 100 de curación ha de ser necesariamente calificada de peligrosa tanto en el momento de la intervención como después aunque el resultado haya sido un éxito». Asimismo REYES ALVARADO afirma que «el cirujano que ha reconocido en la mesa de operaciones a su más encarnizado enemigo le practica una intervención quirúrgica de acuerdo con las normas técnicas de la medicina pero con la esperanza de que no sobreviva, como en efecto ocurre, evento en el cual esa muerte no le será jurídicamente reprochable por haber ocurrido dentro del riesgo permitido pese a la mala intención del cirujano». Véase REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 1994, p. 95; también del mismo modo MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 154; NIESE, *Streik und Strafrecht*, 1954, p. 31.

Para poder afirmar en un caso como el expuesto, que el médico tiene influencia en la producción de la muerte del paciente durante la intervención, sería necesario que concurrieran circunstancias distintas a la que se presupone en la valoración de esa actividad como adecuada socialmente, y que eliminen prácticamente la esperanza de vida del paciente. Sin embargo, con respecto a todo tratamiento o intervención curativa queda excluida ya de antemano la certeza absoluta del resultado favorable, pues siempre comportan una dosis de riesgo e inseguridad ineludibles por lo que no se puede excluir el peligro de fracaso en ninguna intervención médica. Véase ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, 1981, p. 205. En efecto, esta sería una situación en la que tanto el resultado positivo de salvación como de muerte, pueden ser objeto de una esperanza o deseo ya que ni siquiera efectuada la operación se puede asegurar la salvación. MAIWALD se cuestiona si debe ser castigado por un homicidio doloso el médico que opera conforme a la *lex artis* y espera en su interior que el paciente muera durante la operación lo que sucede realmente. Para la solución del problema plantea un paralelismo entre los supuestos de riesgo permitido y de tentativa inidónea ya que en la tentativa inidónea es el dolo del autor lo que convierte a una acción objetivamente no peligrosa en una acción punible. Véase MAIWALD, «Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs "erlaubtes Risiko"» en VOGLER/HERMANN (Hrsg.), *Festschrift für H. H. Jescheck zum 70 Geburtstag*, 1985, pp. 422 y 423. El paralelismo que establece entre los supuestos de riesgo permitido y de tentativa inidónea es inexistente. En la tentativa inidónea –no peligrosa– es necesario el dolo. Pero este dolo no es un mero pensamiento malo o una intención simple de lesionar un bien jurídico, porque en la tentativa inidónea a los actos ejecutados por el autor, no obstante su inidoneidad fundamentada en su errónea representación de los datos ontológicos, cabe atribuirles el sentido social típico cuando el suceso sea idóneo conforme al saber nomológico de la época y sobre el que el autor posee un conocimiento correcto; [véase al respecto RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva*

estos casos hay que negar ya el desvalor del resultado, esto es, el resultado típico y el desvalor de la acción de acuerdo con la tesis que mantengo sobre las relaciones dialécticas que a mi juicio deben establecerse entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado³⁴. Puede haber un desvalor del estado de cosas pero no un desvalor penal del resultado por lo que estamos en este último supuesto ante el instituto de la adecuación social³⁵. En la valoración de este tipo de situaciones es imprescindible realizar una ponderación entre la utilidad social que con carácter general tiene esa intervención médico-quirúrgica, que precisa incidir de forma esencial en el bien jurídico vida o integridad corporal, y la necesidad de su realización en el caso concreto para salvar la vida del paciente o restablecer su salud³⁶. Como ha indicado *Romeo Casabona* «el hecho de que sea previsible que la intervención del médico llegue a ocasionar un resultado perjudicial

del resultado en el delito doloso de acción, 2001, pp. 198 y ss.]. Sin embargo en el supuesto que estamos analizando, se trata de encontrar un criterio de valoración en virtud del cual se explique con mayor exactitud porqué en estos casos, a pesar de la afección consciente y voluntaria del bien jurídico vida no existe dolo, y porqué razón se puede afirmar sólo la existencia de una esperanza en relación a la producción de un resultado de muerte del paciente. MARTÍNEZ ESCAMILLA considera que estos supuestos son similares a los supuestos del delito putativo; véase sobre esta autora, *La imputación objetiva del resultado*, 2001, p. 156.

³⁴ Véase al respecto RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 233 y ss.

³⁵ Véase el análisis de un supuesto específico más detallado en mi trabajo RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 331 y ss.

Este supuesto en el ámbito del ejercicio de la actividad médico-quirúrgica es también aludido por SILVA SÁNCHEZ cuando explica «aun en casos en que el resultado se produzca de modo *previsible*, no siempre ha de surgir una atribución de responsabilidad penal, dada la eficacia especial que en la actividad curativa ha de tener la figura del “riesgo permitido” — o mejor denominado, desde mi punto de vista, la “adecuación social” — «como reverso del riesgo penalmente relevante. En efecto, dado lo arriesgado de la praxis médico-sanitaria, son múltiples las conductas que, pese a que su realización haga previsible la producción de un resultado lesivo, no constituyen infracción del deber objetivo de cuidado, sino que, en una ponderación global de costes y beneficios, se hallan amparadas por la referida figura del riesgo permitido. En tales casos, no es posible fundamentar la responsabilidad penal por el resultado, a pesar de que éste acabe produciéndose»; véase SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, pp. 11 y 12.

³⁶ En relación con este supuesto GIL GIL, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, 2007, pp. 218 y 219, nota 659 considera que RUEDA admite que la eventualidad de la producción del resultado desfavorable es consustancial al ejercicio de la actividad. En opinión de GIL, RUEDA «ha cambiado de criterio, ya no es el resultado causado lo consustancial al ejercicio de la actividad socialmente adecuada (causar la muerte del paciente no es un resultado consustancial al intento de salvarle la vida). Lo consustancial aquí es el riesgo». Como se puede advertir en la exposición que he realizado con base en el estudio emprendido en mi obra RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 257, 258 y 259, no he cambiado de criterio. En esta clase de supuestos la producción del resultado desfavorable con la que necesariamente se cuenta desde un principio con base en la experiencia estadística, es consustancial al ejercicio de la actividad médico-quirúrgica que se orienta desde el principio a conseguir el fin de salvar la vida del paciente en tales condiciones extremas. La distinción que efectúa GIL entre la muerte del paciente y el riesgo de que se produzca no tiene ninguna relevancia para valorar tales supuestos, porque la idea que los preside es la que se ha apuntado: la producción del resultado desfavorable con la que necesariamente se cuenta desde un principio con base en la experiencia estadística, es consustancial al ejercicio de la actividad médico-quirúrgica que se orienta desde el principio a conseguir el fin de salvar la vida del paciente en tales condiciones extremas. Esta es la explicación por la que concluyo que tales casos quedan cubiertos por el instituto de la adecuación social.

para su paciente, no significa necesariamente que haya actuado de forma imprudente si tal resultado, efectivamente, acaece... La representación por parte del médico del peligro que entraña su actuación no excluye necesariamente el que inicie la misma, siempre que... se ponderen el valor social que suponga en general la actividad creadora del riesgo y la necesidad de su realización en el caso concreto. Así la actitud no será, probablemente, la misma frente a la decisión de realizar una operación sobre un tumor cerebral que si es de cirugía estética, si se han previsto en ambos casos graves riesgos para la vida del paciente»³⁷.

b. Intervenciones médico-quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico y que tienen un resultado desfavorable imprevisible

Por otro lado, nos encontramos con aquellos casos en los que el resultado desfavorable consiste en un empeoramiento de la salud o muerte imprevisible. Como ha señalado entre nosotros *Romeo Casabona* el concepto de lo imprevisible tiene que quedar reducido en su sentido absoluto o estricto, a aquellos accidentes que aparecen por primera vez y no han sido descritos en la literatura científica, o son muy excepcionales. Precisamente por su excepcionalidad no se pueden imponer al médico medidas de cuidado para su evitación, porque ello conduciría a una praxis complicada, ineficaz e inviable³⁸. Los supuestos de esta naturaleza ya no están cubiertos por el instituto de la adecuación social, porque la afcción del bien jurídico no ha sido instrumental para producir el resultado de curación o de mejora de la salud, tal y como se ha indicado. En la ejecución de una acción que usa un bien jurídico de forma socialmente adecuada puede verse involucrado ocasionalmente otro bien jurídico cuya lesión no sólo no es consustancial a un orden condicionado socialmente sino que está desvalorada y cuya aparición resultaba imprevisible *ex ante*³⁹. En estos supuestos la lesión del bien jurídico no se le puede imputar al sujeto que efectúa

³⁷ Véase ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, 1985, p. 93.

³⁸ Véase ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, 1985, p. 92.

³⁹ Es prácticamente unánime la consideración de que es una lesión producida en una situación de "riesgo permitido". Así, a título de ejemplo, PREUß incluye también como supuesto de riesgo permitido estos supuestos; véase PREUß, *Untersuchungen*, 1974, pp. 22 y 23, resaltando que se trata de un problema de valoración de la acción pp. 27 y 28; asimismo GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo*, 1980, p. 208; EL MISMO, *RFDUCM*, n° 69, 1983, p. 95; KIENAPFEL, *Das erlaubte Risiko*, 1966, pp. 22 y ss. Por su parte CORCOY BIDASOLO entiende que «el riesgo permitido justifica, en base a la utilidad social, los riesgos "no previsibles" o mejor dicho inevitables "ex ante". Estos riesgos seguirán siendo riesgo permitido en relación con un comportamiento doloso». «El criterio del riesgo permitido ofrece una mayor aproximación a lo realmente sucedido, puesto que todo riesgo que desemboca en un resultado lesivo era "previsible", como ya dijimos, en determinadas actividades se conoce "ex ante" que ni cumpliendo todas las medidas de cuidado se evitan todos los riesgos y pese a ello se "permite" realizarlas. Esta permisón de riesgos "imprevisibles" en la medida que no se sabe cuales son las medidas de cuidado que los evitarían, son los llamados "riesgos permitidos"; véase CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 1989, pp. 324 y 325. Sin embargo, desde mi punto de vista la utilización de la denominación "riesgo permitido" en tales casos es general, inútil y estéril ya que no está vinculada a la situación fáctica concreta, sino a situaciones en las que no existe un fundamento indiciario de provocar un curso causal lesivo. Véase RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 142 y ss.. Estamos, entonces, de acuerdo con PAREDES CASTAÑÓN cuando afirma que la utilización de la expresión "riesgo permitido" como "falta de previsibilidad" es una práctica más confusionista que clarificadora. Véase PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, pp. 81 y 82. Este autor considera que estos supuestos es posible examinarlos con los instrumentos

una acción socialmente adecuada porque en tales casos no se produce un desvalor penal del resultado, ya que la afección imprevisible del bien jurídico constituye, sin duda, una lesión de este bien jurídico en sentido naturalístico pero no la lesión penalmente relevante que configura el resultado típico, pues en tales supuestos falta tanto el dolo como la imprudencia. Estos son los auténticos casos usualmente denominados de riesgo permitido, en los que no concurre como principal característica la consustancialidad de la afección de un bien jurídico, en el sentido de que el legislador considera, con carácter general, que no es típicamente relevante una acción que pretende alcanzar una utilidad social y para la que es absolutamente necesaria la afección de un bien jurídico conforme al ordenado funcionamiento de la vida social. Por el contrario pueden existir asimismo unas afecciones de bienes jurídicos que no son estrictamente consustanciales al ordenado funcionamiento de la vida social y que son imprevisibles⁴⁰. En mi opinión en estos

conceptuales de la Dogmática tradicional como la exclusión de la imputación del resultado a la conducta y la ausencia de valoración negativa de la conducta por inexigibilidad –objetiva– de otra conducta (caso fortuito); véase, ob. cit., p. 82. Lo realmente importante –y discrepamos en este punto con el mencionado autor y con la opinión mayoritaria de la moderna teoría de la imputación objetiva–, es poner de manifiesto que en estas situaciones el sujeto no es responsable por la ausencia de dolo o de imprudencia, lo que determina que tampoco exista el desvalor penal del resultado de acuerdo con la tesis que mantengo sobre las relaciones dialécticas que a mi juicio deben establecerse entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado.

⁴⁰ En relación con mi distinción entre los supuestos englobados bajo el concepto de la adecuación social y el de riesgo permitido GIL GIL, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, 2007, p. 219, nota 659 considera que «la única distinción entre unos supuestos y otros estaría ahora en la alta previsibilidad de aquellos resultados que Rueda quiere incluir en la adecuación social frente a la peligrosidad remota (los califica de imprevisibles) de los que lleva al riesgo permitido. Dado que esta distinción no guarda ninguna relación con las premisas desde las que ha definido cada uno de los institutos creo que debería llegar a la conclusión de que adecuación social y riesgo permitido son lo mismo. En el fondo de toda esta distinción se trasluce el deseo de Rueda de limitar la adecuación social a los delitos dolosos y el riesgo permitido a los delitos imprudentes». Me veo obligada a aclarar esta errónea interpretación de mi tesis. En primer lugar y como se puede apreciar en la exposición que he realizado, en la adecuación social la afección del bien jurídico es consustancial o necesaria para conseguir la utilidad social valorada positivamente con carácter general. En la valoración de esta afección del bien jurídico como socialmente adecuada no he utilizado, en ningún momento, argumentos relativos a la alta probabilidad de dicha afección, sino que he puesto de manifiesto *la necesidad de la afección de un determinado bien jurídico para conseguir determinadas utilidades sociales que son valoradas positivamente*. En segundo lugar, en los supuestos de intervenciones médico-quirúrgicas curativas con un resultado desfavorable, en los que se produce de forma imprevisible *ex ante* una afección innecesaria del bien jurídico, como he indicado, se trata de accidentes que aparecen por primera vez y no han sido descritos en la literatura científica, o son muy excepcionales. En tales supuestos existe una afección de un bien jurídico (por ejemplo, la vida) que no es estrictamente consustancial al logro de la utilidad social de una actividad médico-quirúrgica, como lo es mejorar la salud del paciente, y que es imprevisible. En la valoración de estos supuestos nos percatamos de que es la ausencia de dolo o de imprudencia lo que explica en primer término que no haya desvalor de la acción ni desvalor del resultado. Creo que desde estas premisas el lector puede concluir con estos argumentos que se distinguen claramente los ámbitos calificados como de adecuación social y de riesgo permitido. Finalmente la adecuación social la concibo como un juicio mediante el cual se procede a una valoración del comportamiento y constituye en realidad un criterio valorativo externo en el ámbito de la interpretación de sentido de los tipos y de carácter extrasistemático. Tanto en el delito imprudente como en el delito doloso, es necesario tener en cuenta la adecuación social como un filtro primario que analiza el sentido social de la acción desde la perspectiva del desvalor del resultado. Véase, de nuevo, la explicación del fundamento de la adecuación social que realizo en mi

casos hay que negar ya el desvalor del resultado, esto es, el resultado típico de acuerdo con la tesis que mantengo sobre las relaciones dialécticas que a mi juicio deben establecerse entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado⁴¹. En consecuencia no existe un desvalor del resultado pero su inexistencia no se explica si se tiene en cuenta únicamente que *esta* afección del bien jurídico no es consustancial al ejercicio de la actividad socialmente adecuada, sino que para fundamentar que no hay desvalor del resultado es necesario centrarse en el desvalor de la acción. Por tanto, es la ausencia de dolo o de imprudencia lo que explica en primer término que no haya desvalor de la acción ni desvalor del resultado.

De lo expuesto y centrándonos en el ámbito del delito imprudente se deduce que la responsabilidad penal en este contexto de actividades médico-quirúrgicas no se puede derivar de la simple constatación de la producción de un resultado delictivo, sino que la producción de un resultado en el sentido apuntado nos debe conducir a un análisis de la conducta realizada por el profesional sanitario⁴². Con base en esta exposición previa relativa a la valoración de la incidencia de la actividad médico-quirúrgica sobre determinados bienes jurídicos, ahora debemos centrarnos en el proceso de determinación del deber objetivo de cuidado en el marco de las indicadas actividades, con el fin de averiguar qué papel desempeña dicho deber objetivo de cuidado cuando se realiza una actividad socialmente adecuada, como las intervenciones médico-quirúrgicas curativas, mediante las cuales se logra un fin (salvar la vida de un paciente o restablecer su salud) valorado positivamente con carácter general. A la vez la cuestión de la determinación del deber objetivo de cuidado en la realización de actividades médico-quirúrgicas curativas, nos tiene que conducir al establecimiento de una serie de elementos, factores o circunstancias en virtud de los cuales afirmamos que una actividad médico-quirúrgica es objetivamente diligente.

3. La determinación del deber objetivo de cuidado en la actividad médico-quirúrgica, con carácter general, a partir de la ponderación de intereses que traza el límite de lo soportable (atípico) y lo no soportable (típico) por el orden social

En el desarrollo de las actividades médico-quirúrgicas se pueden presentar situaciones muy diversas y complejas que es necesario tener presentes para tratar la cuestión de la determinación del deber objetivo de cuidado en esta clase de actividades, mediante las cuales se logra un fin (salvar la vida de un paciente o restablecer su salud) valorado positivamente con carácter general. En primer lugar, nos podemos encontrar con supuestos semejantes o “típicos” que tienen en común una serie de elementos, factores y circunstancias a partir de los cuales debe establecerse dicho deber objetivo de cuidado. En el ámbito de la actividad médico-quirúrgica en tales casos la

trabajo y, en especial, la aplicación del juicio de la adecuación social en el delito imprudente en mi obra RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 244 y ss., 434 y ss.

⁴¹ Véase al respecto RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 233 y ss.

⁴² Véanse ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, 1985, p. 79; SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, p. 12.

doctrina y la jurisprudencia determina el deber objetivo de cuidado mediante la denominada *lex artis*, definida como el conjunto de reglas generales de carácter técnico o procedimientos, máximas de la experiencia y conocimientos emitidos que la ciencia médica estima como adecuados en un momento y dadas unas determinadas circunstancias⁴³, de modo que el profesional médico o sanitario que en su actuación se ha sometido a la *lex artis* no habrá infringido por regla general el deber objetivo de cuidado⁴⁴. Seguidamente vamos a exponer cómo se determina el deber objetivo de cuidado mediante la *lex artis* en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica, teniendo presente las determinadas circunstancias en virtud de las cuales se establecen unas máximas de la experiencia y conocimientos emitidos que la ciencia médica estima como adecuados en un momento concreto⁴⁵.

3.1. El valor de la previsibilidad objetiva en la determinación del deber objetivo de cuidado

La determinación del cuidado objetivamente debido, según la opinión dominante, exige partir como presupuesto lógico de la previsibilidad objetiva⁴⁶, ya que es preciso tener en cuenta todos los resultados objetivamente previsibles que se pueden derivar al realizar una acción en la vida social, para cuya evitación el Derecho establece adoptar una diligencia o un cuidado con carácter

⁴³ Véanse ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA, «La responsabilidad profesional del médico en el Derecho español», en ROMEO CASABONA (ed.), *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales*, XXII^o Coloquio de Derecho Europeo, 1993, p. 106; ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional», 2005, p. 209; HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, 2002, p. 149; ABRALDES, *El principio de la confianza. Parámetro para la determinación del cuidado objetivamente debido*, 2009, pp. 181 y 182.

⁴⁴ Véanse ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional», 2005, p. 209; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del "fin de protección de la norma de cuidado"*, 2001, p. 311.

⁴⁵ Aunque un sector de la doctrina y la jurisprudencia utilizan la denominación "*lex artis ad hoc*" para poner en evidencia la estrecha vinculación de la *lex artis* con las circunstancias del caso concreto, estimo que es tautológica y por tanto innecesaria dicha denominación, porque la propia definición de la *lex artis* siempre se realiza en función de determinadas circunstancias que deben concurrir en un caso concreto. Véase en este sentido, con razón, ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional», 2005, p. 209, nota 38.

⁴⁶ Véanse WELZEL, *El nuevo sistema*, 1964, p. 71; el mismo, «Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte», 1975, p. 326; CEREZO MIR, *Curso*. II, 6^a ed., 1998, p. 167. Con razón afirma HIRSCH que «la previsibilidad sirve originariamente para proporcionar la concreta contrariedad al cuidado debido de una acción en relación con el objeto material protegido por el tipo... En cualquier caso la previsibilidad objetiva... es por consiguiente un elemento constitutivo de la contrariedad al cuidado debido»; véase HIRSCH, «Sobre lo injusto del delito imprudente», *RDPyCr.*, n.º. 16, 2005, p. 216; GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de dogmática penal*, 2006, p. 278; DE VICENTE REMESAL/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «El médico ante el Derecho penal: consideraciones sobre la imprudencia profesional, inhabilitación profesional y el trabajo en equipo» en PÉREZ ÁLVAREZ (ed.), *Universitas vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, 2007, p. 154; GARCÍA RIVAS, «La imprudencia "profesional": Una especie a extinguir», en CEREZO MIR ET AL. (eds.) *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al profesor doctor Don Ángel Torío López*, 1999, p. 381.

Véase, no obstante, una crítica al recurso de la previsibilidad objetiva por carecer de un potencial crítico para llevar a cabo una valoración real del suceso en DUTGGE, *Münchener Kommentar*, 2003, § 15, n.º. 108; el mismo, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, 2001, pp. 355 y ss.

general⁴⁷. Este principio resulta también evidente en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa. La averiguación del juicio de previsibilidad objetiva de un resultado en la realización de una actividad médico-quirúrgica implica tener en cuenta los siguientes elementos, partiendo de la formulación propuesta por *Traeger y v. Hippel*⁴⁸: se coloca una persona inteligente en la posición del médico/autor, en el momento del comienzo de la acción y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente, más las conocidas por el médico/autor por su vinculación con el caso (saber ontológico) junto con la experiencia común de la época sobre los cursos causales, por ejemplo, sobre técnicas quirúrgicas, administración y efectos de los fármacos, etc. (saber nomológico) y el saber experimental del médico/autor, esto es, los conocimientos que sobre las técnicas, efectos, etc., posee el médico que actúa en ese caso concreto y que dispone *para salvar la vida del paciente o restablecer su salud*⁴⁹. Por lo tanto, y como concluí en mi investigación sobre la moderna teoría de la imputación objetiva en el ámbito de los delitos dolosos de acción, es necesario atender a la finalidad de la acción como una circunstancia más que hay que añadir cuando realizamos el juicio de previsibilidad objetiva a la hora de concretar el deber objetivo de cuidado. Como el deber de cuidado pretende evitar la producción de resultados de lesión de bienes jurídicos como consecuencia de la realización de una determinada acción finalista, aquéllas sólo pueden tener sentido en relación con los resultados de lesión que según la experiencia derivan o puedan derivar de la realización de una clase de acciones concretas con determinados medios o de un determinado modo. Por este motivo, el presupuesto lógico del deber objetivo de cuidado sólo pueden ser los resultados cuya producción aparezca objetivamente previsible⁵⁰ a partir de la realización de una determinada clase de acciones finalistas que creen el riesgo típico susceptible de realizarse en el resultado. La voluntad de la acción es, pues, decisiva para formular el juicio de previsibilidad objetiva al ser la pregunta que está en la base de este juicio, una relativa a los resultados cuya producción puede prever un espectador objetivo a partir del modo de realización y los medios empleados para la ejecución de una *clase* de acciones finalistas. El juicio de previsibilidad objetiva tiene, por lo tanto, también en su base una acción finalista de modo que si queremos determinar si una acción es peligrosa y en qué medida lo es, no es posible abstraer la parte subjetiva de la acción⁵¹. En la realización de este juicio de previsibilidad objetiva deben incluirse todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente, más las conocidas por el médico/autor por su vinculación con el caso (saber ontológico), es decir, debemos tomar en consideración no sólo las condiciones en las que se ejercita la actividad médico-quirúrgica (en un medio rural o

⁴⁷ Véanse, por ejemplo, en este sentido ENGISCH, *Untersuchungen*, 1930, pp. 283 y ss.; CEREZO MIR, *Curso*, II, 6^a ed., 1998, p. 168.

⁴⁸ Sobre la evolución histórico-dogmática de la formación del juicio de previsibilidad, hasta llegar a la formulación del juicio de previsibilidad objetiva, véase la exposición crítica de GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos calificados*, 1990, pp. 30 y ss.

⁴⁹ Sobre las bases del juicio de previsibilidad objetiva en el ámbito de la actividad médico-quirúrgica véase ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, 1985, pp. 67 y 69.

⁵⁰ Véase CEREZO MIR, *Curso*, II, 6^a ed., 1998, p. 167.

⁵¹ Véase un desarrollo más extenso en RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 183 y ss. Véase también GRACIA MARTÍN, «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito», 2004, p. 14.

urbano), los medios disponibles para efectuarla y su adecuación para conseguir el fin terapéutico, etc., sino además todos los conocimientos precisos que tenga el facultativo sobre su paciente. Si se lleva a cabo este juicio y en una clase de intervenciones médico-quirúrgicas resultan objetivamente previsibles ciertas complicaciones según un determinado porcentaje de frecuencia, entra dentro de los deberes de cuidado del médico adoptar aquellas medidas preventivas necesarias para evitar su producción⁵².

En torno a las bases de este juicio de previsibilidad objetiva es necesario poner de manifiesto la crítica suscitada con carácter general, en torno a la funcionalidad del “espectador objetivo” en el juicio de la previsibilidad objetiva. Esta figura en la valoración de un comportamiento imprudente se ha personalizado en “una persona inteligente y sensata” o denominaciones similares, en las que se pone de relieve la necesidad de valorar el comportamiento desde el punto de vista de un ciudadano respetuoso con la diligencia que exige el Derecho cuando se realizan determinadas acciones en la vida social. La figura del “espectador objetivo” ha sido criticada por un cualificado sector doctrinal, incluso desde las filas de la moderna teoría de la imputación objetiva, que considera que hay que prescindir de la misma, como, por ejemplo, *Jakobs* quien entiende que cuando «se dice que el juicio debe hacerse de manera objetiva, en concreto, por un experto en la materia respectiva, que además debe estar provisto de todos los conocimientos y aptitudes especiales del autor», se está configurando «un verdadero monstruo» y es errónea la afirmación de que la decisión de este homúnculo es la que establece lo que es socialmente adecuado o no, «por la razón de que nadie cuenta con la existencia de semejante sujeto sin igual»⁵³. *Paredes Castañón* concluye críticamente que «el modelo del “hombre cuidadoso” u “hombre medio ideal”... carece de los requisitos, de precisión material y de adaptación a la realidad de la individualización de los deberes en el tráfico jurídico moderno, que serían necesarios para poder formular a partir de él un criterio de juicio acerca de eventuales infracciones del deber de conducta»⁵⁴. *Reyes Alvarado* ha señalado también que la alusión a un ser ideal resulta demasiado imprecisa y, además, «tratándose de un ser ideal, resultaba igualmente lógico que desarrollara sus impecables actuaciones bajo unas condiciones ideales con las que no siempre se cuenta en la vida real»⁵⁵. *Feijóo Sánchez* estima asimismo que «no es legítimo imputarle un hecho a una persona partiendo como medida de “un enjuiciador objetivo dotado con los conocimientos ontológicos del observador razonable y los eventuales conocimientos ontológicos especiales del autor, en posesión de los mayores conocimientos nomológicos de su tiempo”»⁵⁶. *Zielinski* ha apuntado que «el objeto de valoración no es una situación del tráfico percibida por un

⁵² Véase expresamente ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, 1985, p. 92.

⁵³ Véase JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996, p. 133; el mismo, *Studien*, 1972, p. 85. En su opinión, la decisión que establece lo que es socialmente adecuado es un juicio objetivo del titular de un rol; véase JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996, pp. 133 y ss.

⁵⁴ Véase PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, pp. 331 y ss.

⁵⁵ Véase REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 1994, pp. 110 y ss.

⁵⁶ Véase FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”*, 2001, p. 245.

observador objetivo, sino exclusivamente la acción del autor»⁵⁷. En definitiva, cabe plantearse si no debería desempeñar un papel a la hora de enjuiciar el sentido social de una acción sólo el conocimiento —especial o superior en un comportamiento doloso e inferior en un comportamiento imprudente— del sujeto actuante y prescindir, de este modo, del espectador objetivo⁵⁸. La problemática, entonces, se plantea en torno al conocimiento ontológico, es decir, en torno a los datos o a las circunstancias de hecho conocidas y cognoscibles. Como apunta *Sancinetti* en este punto está en juego establecer un «límite objetivo» respecto de aquellos conocimientos que pueden fundamentar la imputación⁵⁹.

En las situaciones de divergencia entre el conocimiento del autor y lo cognoscible por el espectador objetivo, el juicio de éste sólo puede tener sentido y trascendencia para atribuirle al autor responsabilidad con base en circunstancias que este último desconoce. En estas situaciones el juicio del espectador objetivo tiene una virtualidad fundamentadora, constitutiva, esencial para lo injusto, porque las circunstancias que son para él cognoscibles y que sin embargo son desconocidas por el autor, son circunstancias fundamentadoras del peligro típicamente relevante para el bien jurídico⁶⁰, y esto es lo que sucede en una actuación imprudente. O sea que son circunstancias desconocidas por el autor pero cognoscibles para el espectador objetivo. Por esta razón, precisamente, el juicio del espectador objetivo tiene aquí valor fundamentador de lo injusto y de la responsabilidad ya que es la conciencia del peligro que puede aprehenderse con base en lo cognoscible por el espectador objetivo la que hace posible interpretar el hecho como uno penalmente relevante. En resumen, como dice *Struensee* la teoría de la adecuación se esfuerza

⁵⁷ Véase ZIELINSKI, *AK-StGB*, §§ 15 y 16, n^o 95, 1990, p. 509.

⁵⁸ Para más críticas a esta figura véanse STRUENSEE, *JZ*, 1987, p. 57; BURKHARDT, «Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung», en WOLTER/FREUND (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, 1996, pp. 106 y ss., 109, quien indica reiteradamente que la valoración del peligro *ex ante* a través de una persona razonable es un elemento superfluo; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 1989, pp. 135, 136 y 137. En el ámbito del delito doloso estiman que la validez del juicio del espectador objetivo no tiene trascendencia GRACIA MARTÍN, «El "iter criminis"», 1996, pp. 279 y 280; RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 171 y ss.

⁵⁹ Véase SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito*, 1995, p. 221.

⁶⁰ MARTÍNEZ ESCAMILLA ha señalado que «si un conductor pasa a gran velocidad por una calle en la cual eran visibles unos niños jugando entre los coches, sin aminorar la marcha por no percibir su presencia, o no la disminuye al pasar a la hora de salida del colegio por una calle en la que hay varias escuelas porque le ha pasado desapercibido el cartel indicador de esa circunstancia, aquí nos encontramos ante un error: el autor desconoce unas circunstancias fundamentales determinantes del riesgo»; véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 93. Igualmente JAKOBS apunta desde sus planteamientos que las expectativas dirigidas al portador de un rol configuran el esquema de interpretación cuyo concurso es imprescindible para que puedan adquirir un significado socialmente vinculante las acciones individuales. En el ámbito de los hechos imprudentes, esto resulta palmario: aunque el conductor no piense en ello, conducir un automóvil a velocidad excesiva constituye una puesta en peligro de las personas; con independencia de la opinión del autor, fumar cigarrillos cerca de materiales inflamables es una puesta en peligro de esos objetos»; véase JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996, p. 98. Para JAKOBS es obvio que en los hechos imprudentes el quebrantamiento del rol no depende de las representaciones; véase al respecto las consideraciones de SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva*, 1996, pp. 125 y ss.

en la imputación de los hechos no representados por el autor, pero objetivamente dados⁶¹, de modo que el juicio del espectador objetivo tiene trascendencia penal para fundamentar la imputación al autor de circunstancias típicamente relevantes que desconoce, y con base en ello atribuirle responsabilidad⁶².

No obstante el criterio de la previsibilidad objetiva es insuficiente por sí sólo para determinar el cuidado objetivamente debido. Ya hemos expuesto con anterioridad que en las actividades médico-quirúrgicas nos podemos encontrar con supuestos en los que la producción de un resultado, por ejemplo de muerte del paciente, es objetivamente previsible, como sucede en aquellas operaciones muy arriesgadas o de escasas posibilidades de éxito en las que para salvar la vida del paciente es absolutamente necesario realizar esta operación, de modo que la intervención quirúrgica crea un nuevo factor causal añadido que, como está comprobado por la experiencia, pueda dar lugar en un elevado porcentaje a la muerte del paciente como consecuencia de la propia intervención y no de la enfermedad. En tales supuestos es objetivamente previsible la producción de un resultado de muerte del paciente, pero esta afirmación aún no supone que el médico haya infringido el deber objetivo de cuidado si en tal situación el facultativo interviene quirúrgicamente al paciente y éste fallece. Del mismo modo, en aquellas intervenciones médicas en las cuales la prevención de ciertas complicaciones puede comportar la producción de un daño superior al que se quiere evitar, o implica una dificultad para el proceso quirúrgico que entraña también riesgo para el éxito final del mismo, el criterio de la previsibilidad objetiva se muestra insuficiente para averiguar si el médico ha infringido el deber objetivo de cuidado, cuando en tales intervenciones se producen estos resultados y no se logra el éxito final pretendido. En este tipo de intervenciones médico-quirúrgicas en las que resulta objetivamente previsible la producción de unos resultados desvalorados y en las que a pesar de todo se mantiene la valoración positiva de tales intervenciones por su utilidad social, se pone de manifiesto la necesidad de añadir un ulterior criterio para determinar el deber objetivo de cuidado que garantice la mencionada utilidad social de estas intervenciones dentro de unos límites.

3.2. La constitución definitiva del cuidado objetivamente debido a partir de la ponderación de intereses que traza el límite de lo soportable (esto es, lo atípico) y lo no soportable (esto es, lo típico) por el orden social. Manifestación de los intereses que aparecen

Junto con el criterio intelectual de la previsibilidad objetiva es necesario tener en cuenta, adicionalmente, un criterio normativo para constituir definitivamente el cuidado objetivamente debido que permite establecer las medidas oportunas de cuidado en función de los resultados lesivos que se quieren evitar y que debe concretarse, en mi opinión, a partir de la ponderación de intereses que traza el límite de lo soportable (esto es lo atípico) y lo no soportable (esto es lo típico) por el orden social, teniendo en cuenta todos los intereses y circunstancias que intervienen en dicha ponderación. El resultado de esta ponderación, en primer lugar, nos va a

⁶¹ Véase STRUENSEE, *ADPCP*, 1990, p. 951.

⁶² Véase STRUENSEE, *JZ*, 1987, p. 59: «de la relevancia del saber especial resulta, de otra parte, necesariamente la relevancia del desconocimiento de aquellos factores de riesgo que pueden ser objeto del saber especial».

poner en evidencia la utilidad social de determinadas actividades valoradas positivamente con carácter general. El objetivo del apartado que ahora nos ocupa, consiste en determinar todos los factores y todas las circunstancias que son tomados en consideración a la hora de efectuar la ponderación de intereses que da lugar al establecimiento de un juicio de carácter general y que culmina en la corrección de la acción en el marco de una actividad socialmente adecuada. No podemos olvidar que el instituto de la adecuación social, y la actividad médico-quirúrgica es un ejemplo paradigmático que lo ilustra, permite la entrada de unas valoraciones sociales en torno a una acción que giran en torno a la utilidad social que, con carácter general, tiene un comportamiento y que se plasma en una ponderación de intereses. También existe, pues, un ámbito de ponderación de intereses en el nivel sistemático de la tipicidad. En efecto, en este primer nivel, el legislador a la hora de tipificar una conducta se orienta ya por determinados criterios y pautas generales de ponderación de intereses, y después el Juez deberá comprobar, en el caso concreto, si la acción es o no de la clase de las que quedaron excluidas del tipo de modo absoluto y *a priori* en el acto legislativo en virtud de aquella ponderación. De ahí la importancia de estudiar esta ponderación de intereses que traza el límite de los soportable por el orden social (atípico) y lo no soportable por el mismo (típico)⁶³.

Con carácter general, para analizar esta ponderación hay que partir de la premisa de que el Derecho no puede prohibir la realización de toda acción que implique un peligro de lesión de los

⁶³ Gran parte de la doctrina reconoce que en los tipos subyace, con carácter general, una ponderación de intereses. Hay que señalar, sin embargo, que esta cuestión tampoco es pacífica y han surgido algunas voces discrepantes. Así, REYES ALVARADO considera que «es cierto que como consecuencia de una ponderación de intereses se toleran a nivel social determinadas actividades generadoras de riesgos», pero «dicha afirmación sirve para explicar la existencia de la figura pero no señala en cada caso concreto si un riesgo es permitido o desaprobado»; véase REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 1994, p. 109, [también han señalado esta cuestión PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal*, 1995, p. 130 y DUTGGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, 2001, p. 491, quien concluye que es necesario añadir un examen independiente del riesgo creado con la realización de un comportamiento]. Igualmente rechaza la genérica referencia a una ponderación entre el interés que existe en la libertad de actuación y el que se deriva de la protección de bienes jurídicos como fundamento del principio de confianza; véase REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 1994, p. 144. En opinión de KINDHÄUSER, «se definen las reglas de cuidado como criterio *de medida de la capacidad de acción*, que se espera que sean empleadas por un sujeto en un ámbito respectivo de interacción social —o: como medida de la capacidad de acción usual en el tráfico—, entonces aparece el problema del riesgo permitido. La capacidad de acción no es total y no debe deducirse de una ponderación de utilidades porque la persecución de una meta conduce al descuido de otra meta más importante». Como consecuencia de todas las consideraciones precedentes entiende que «con el riesgo permitido se describen los límites de la capacidad de acción esperada, pero no formula excepciones a la prohibición de colocar las condiciones relevantes para el resultado»; véase KINDHÄUSER, «Anmerkung zum Urteil des OLG Karlsruhe von 20.11.1984, Karlsruhe», *JR*, 1985, pp. 481 y 482; EL MISMO, «Erlaubtes Risiko und Sorgfaltwidrigkeit», *GA*, 1994, p. 217. En contra de esta ponderación de intereses se ha manifestado también ZIELINSKI, para quien «se trata de la *legitimación de espacios libres* generales de acción, cuya aceptación es transmitida históricamente y, por eso, no es analizada o son definidos nuevamente a través de mecanismos sociales complejos por normas sociales»; véase ZIELINSKI, *AK-StGB*, n^o 100, 1990, pp. 510 y 511. También se muestra crítico con la tesis de la ponderación de intereses DUTGGE, tanto por la falta de criterios concretos como de un modo para llevarla a cabo; véase DUTGGE, *Münchener Kommentar*, 2003, § 15, n^o 118; el mismo, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, 2001, pp. 211 y ss.

bienes jurídicos, porque si no se paralizaría la vida social⁶⁴. Por el contrario, para la producción y obtención de una multitud de utilidades sociales⁶⁵ deben realizarse acciones y es imprescindible asumir determinados riesgos que, como afirma Martínez Escamilla, *la actividad socialmente útil entraña pero sólo hasta un determinado nivel, hasta la medida de lo que se entiende por socialmente soportable*⁶⁶. Así pues, la cuestión de la determinación de lo que hemos denominado adecuación social es una cuestión eminentemente valorativa y a la hora de llevar a cabo esta valoración entran en juego una serie de consideraciones como la utilidad de la conducta⁶⁷ en virtud de la que se toleran esa clase de comportamientos⁶⁸. Sin embargo, es necesario advertir que los riesgos que hay que incluir en esta sede son los riesgos propios de una determinada clase de actividad, que Mir Puig denomina, socialmente adecuada como el deporte, el tráfico, la industria, etc., en los que la utilidad social típica de ese sector de actividad impide considerarla como “típicamente relevante”⁶⁹. De este modo el “fin acreedor”, el “valor preponderante para la generalidad” son criterios de la permisión y la utilidad social depende de si el sector de la actividad, a la que pertenece la acción respectiva, es socialmente útil⁷⁰. Entonces, en el análisis de la adecuación social de un comportamiento debemos partir de una ponderación de intereses en la que los objetos de la ponderación son el valor e interés de la utilidad social que produce una actividad social, en nuestro caso, la actividad médico-quirúrgica y el desvalor de los riesgos de la misma vinculados a la necesidad de su realización en el caso concreto. El resultado de esta ponderación también nos va a establecer la medida objetiva del cuidado, es decir, el límite del riesgo permitido según la terminología utilizada por la moderna teoría de la imputación objetiva, o si se quiere *el límite social* de los medios y modos de ejecutar una determinada clase de acciones en virtud del cual se permite el desarrollo de determinadas actividades sociales por su utilidad general. A continuación vamos a exponer cómo se realiza dicha ponderación de intereses y cómo

⁶⁴ Véanse WELZEL, *El nuevo sistema* 4^a ed., 1964, p. 71; CEREZO MIR, *Curso*. II, 6^a ed., 1998, p. 168; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 125; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 1994, p. 91; MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, 8^a ed., 2008, L 10/55.

⁶⁵ Véase con carácter general las consideraciones de la utilidad social como un criterio de concreción del riesgo jurídicamente relevante o significativo que efectúa CASTALDO, «La concreción del “riesgo jurídicamente relevante”» en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, 1997, pp. 235 y ss.

⁶⁶ Véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 133. Cursiva en el original. O como afirma también REYES ALVARADO, los mencionados riesgos inherentes a estas actividades deben ser reducidos a límites que puedan ser socialmente tolerados. Véase REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 1994, p. 92.

⁶⁷ Véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 139. También afirma REYES ALVARADO que «para que un riesgo pueda ser considerado como permitido» es necesario que «la actividad de la cual emana represente considerables beneficios sociales frente a un mínimo de peligrosidad» y exige además, «la absoluta indeterminación de las potenciales víctimas de ese riesgo potencial»; véase REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 1994, p. 91.

⁶⁸ Véanse de momento, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 132; PREUß, *Untersuchungen*, 1974, pp. 20 y ss.

⁶⁹ Véase MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, 8^a ed., 2008, L 10/57. MARTÍNEZ ESCAMILLA considera también que «los preceptos que regulan actividades peligrosas imponiendo deberes de diligencia no tienen por finalidad reducir cualquier tipo de riesgo, sino sólo aquellos propios de las actividades que regulan»; véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 324.

⁷⁰ Véase PREUß, *Untersuchungen*, 1974, p. 22.

se concreta a partir de ella el cuidado objetivamente debido.

La opinión tradicional considera que los intereses que inciden, con carácter general, en esta ponderación oscilan entre la libertad de acción y la seguridad y conservación del bien jurídico⁷¹. La fase del proceso de ponderación que estamos analizando nos exige estudiar correctamente estas dos alternativas para poder valorar los riesgos o las consecuencias que necesariamente hay que aceptar, en aras de la consecución de la utilidad social propia de una actividad socialmente valorada en el sentido expuesto anteriormente como lo es la actividad médico-quirúrgica.

Detrás del instituto de la adecuación social late la idea de la libertad de acción, por lo que resulta de gran interés estudiar la estructura material de esta acción. El primer dato que debemos resaltar es que la estructura material de esta acción que constituye el sustrato ontológico de la valoración que se debe efectuar tiene como núcleo la finalidad. Efectivamente la finalidad de estas acciones que se ubican en el primer nivel de la ponderación que en mi tesis doctoral denominé la “adecuación social”, es una finalidad valorada socialmente porque la acción se orienta a la producción de una utilidad social y las afecciones de bienes jurídicos consustanciales al ejercicio de dicha acción quedan subordinadas absolutamente al interés social en la realización de tales acciones necesarias para el desarrollo de la vida en comunidad ya que los bienes jurídicos afectados están precisamente dispuestos para su uso y consumo en el desarrollo de la función socialmente útil correspondiente⁷². Existe, entonces, un interés en la libertad de acción del individuo pero siempre y cuando actúe con una determinada finalidad en dirección a la realización de la función para la que está dispuesta la afección de ese bien jurídico. En el caso de la actividad médico-quirúrgica se requiere, como entre nosotros ha indicado *Romeo Casabona*, que el profesional sanitario actúe con la finalidad perseguida con el tratamiento médico-quirúrgico y dirigida directamente a obtener una mejora en la salud del paciente⁷³. Esta finalidad se reconoce

⁷¹ Véanse FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten*, 1988, p. 92; el mismo, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 140, nota 71; SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit- und Gefährdungsdelikte», *JA*, 1975, p. 575 y 576; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, p. 273; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, p. 63; EL MISMO, «La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal» en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (ed.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal (...)*, 1994, pp. 67 y 68; PREUß, *Untersuchungen*, 1974, pp. 89 y ss. Resaltan este polo de la ponderación referente a la libertad de actuación: MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, 1966, p. 322; DONATSCH, *Sorgfaltsbemessung*, 1987, p. 181; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, p. 487, nota 13; FRISCH, *Fahrlässigkeitsdelikt*, 1973, p. 99; WOLTER, *GA*, 1977, p. 265; KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaft*, 1989, p. 94; SACHER, *Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand*, 2006, pp. 143 y ss.

Véase también la ponderación de intereses en el tipo llevada a cabo por PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, pp. 103 y ss., y en las pp. 483 y ss., donde opera con el caso más simple de ponderación en el que sólo existen dos intereses concurrentes: la protección del bien jurídico protegido y otro interés, como la libertad de actuación, el desarrollo económico, etc.

No obstante se ha manifestado críticamente con este planteamiento DUTGGE, *Münchener Kommentar*, 2003, § 15, n.º. 134. En su opinión el ámbito del riesgo permitido se tiene que delimitar a través de un consenso normativo, en el que se manifieste un compromiso en torno a la tensión entre la libertad de acción individual y los postulados de solidaridad del Estado social.

⁷² Véase asimismo la definición de la adecuación social planteada por GRACIA MARTÍN, «Zur Struktur von “sozialadäquaten Handlungen”», 2008, pp. 214, 216 y 217.

⁷³ Véase ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, 1981, pp. 143 y ss.

asimismo en determinados preceptos del Código de Ética y Deontología Médica, de 10 de septiembre de 1999, aprobado por el Consejo General de Colegios Médicos de España como, por ejemplo, en el artículo 18.2 que establece que el médico no debe indicar exploraciones o tratamientos que no tengan otro fin que la protección de los pacientes.

Junto a la libertad de acción hay que hacer referencia también «a la indemnidad del bien jurídico puesto en peligro por dicha acción»⁷⁴ o al también denominado «interés en la conservación de los bienes»⁷⁵. A mi juicio parece más correcto hablar del «interés en la utilización del bien jurídico según un orden condicionado socialmente» de acuerdo con el sistema dinámico y funcional expuesto por *Welzel*⁷⁶, porque los bienes jurídicos no «están» simplemente, sino que deben ser utilizados adecuadamente para la producción y obtención de una multitud de utilidades sociales y para que se realicen las funciones necesarias para el desarrollo de la vida en comunidad. En suma, existe un interés en el uso y consumo instrumentales de un bien jurídico para la consecución de un resultado valorado que posibilite la vida en sociedad, que constituye uno de los presupuestos que sirven de base para efectuar la ponderación. En el ámbito de la actividad médico-quirúrgica curativa la valoración social de este tipo de intervenciones quirúrgicas está vinculada a la situación de absoluta necesidad en la que para el logro de una utilidad social consistente en mejorar o restablecer la situación de la vida, de la salud o de la integridad física es preciso afectar de alguna manera a bienes jurídicos tales como la vida, la salud o la integridad corporal de modo que se encuentran involucrados de un modo consustancial en la realización de esas intervenciones médicas, y todo ello es tenido en cuenta para realizar la ponderación que da lugar a una valoración extrasistemática de la conducta, la adecuación social, que se centra en el ámbito de la valoración del resultado. La aludida valoración social extrasistemática es la que permite calificar como socialmente adecuadas las intervenciones médico-quirúrgicas curativas.

Esta utilidad social también tendrá en cuenta las diversas circunstancias concretas que concurren. Así, por ejemplo, no tendrá el mismo valor social la decisión de realizar una operación sobre un tumor cerebral que si es de cirugía estética, si se han previsto en ambos casos graves riesgos para la vida del paciente⁷⁷. En el primer supuesto nos encontramos ante una actividad médico-quirúrgica curativa cuya finalidad es salvar la vida o restablecer la salud del paciente, mientras que en el segundo caso estamos ante una actividad médico-quirúrgica estética cuya finalidad es mejorar el aspecto físico del paciente. En la valoración social de ambas intervenciones concurren distintas circunstancias que van a influir en la definición de la utilidad social de tales intervenciones, cuando se han previsto graves riesgos para la vida del paciente, de modo que la primera intervención habría que valorarla como socialmente adecuada en el sentido expuesto, porque estamos ante una intervención médico-quirúrgica que supone un grave riesgo para la vida del paciente pero que resulta absolutamente necesaria llevarla a cabo para salvar la vida de dicho paciente. Sin embargo, la segunda intervención ya no resulta adecuada socialmente puesto que se trata de una intervención médico-quirúrgica estética, que también implica un grave riesgo

⁷⁴ Véase SCHÜNEMANN, JA, 1975, p. 575.

⁷⁵ Véase FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, 1988, p. 92.

⁷⁶ Véase WELZEL, *ZStW* (58), 1939, p. 515 y ss.

⁷⁷ Véase ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, 1985, p. 93.

para la vida del paciente y lo que se pretende conseguir es mejorar el aspecto físico de dicho paciente. El desvalor de los riesgos de esta segunda intervención no puede explicar con carácter general su utilidad social.

En función de la ponderación de intereses apuntada se puede hablar de una libertad en la elección de un determinado método diagnóstico o terapéutico frente a otros. Si nos centramos en la definición de la *lex artis* apreciamos que se trata de un concepto sumamente dinámico al estar vinculado a unos parámetros en constante proceso de evolución y cambio⁷⁸, que ha de ser compatible con la libertad de método –de terapia o tratamiento– por parte del profesional médico, y ello afecta a la libertad técnica diagnóstica y de prescripción del tratamiento, pues sólo así es posible el avance científico en el sector⁷⁹. Esto implica que se debe reconocer una libertad en la elección de un determinado método diagnóstico o terapéutico frente a otros, que responda a la utilidad social perseguida con dicho método y que se centra en salvar la vida de un paciente o restablecer su salud. La determinación de la idoneidad y la corrección de un determinado método frente a otro plantea dificultades a la hora de ponderar los riesgos y los beneficios, que suponga la elección de un método sobre otros en función del caso concreto⁸⁰. En virtud de esta ponderación se suele afirmar que el médico debe optar por el método, terapia o tratamiento que desde un punto de vista *ex ante* y según el estado de conocimientos de su especialidad, resulte menos peligroso o lesivo u objetivamente más eficaz⁸¹, adecuado o idóneo. La opción por un método, terapia o tratamiento que revista tales características implica que el médico no puede actuar según la libertad clínica basada en la intuición, en el dato anecdótico o en el mero empirismo, tal y como establece la Asamblea General del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos celebrada el 23 de octubre de 1999 en su acuerdo sobre “*La libertad de prescripción del médico*”. Por el contrario, la libertad de método, tratamiento o terapia consiste «en la capacidad del médico de elegir, entre las intervenciones disponibles, la que más conviene a su paciente, tras haber sopesado su validez y utilidad; de haber decidido, atendiendo a criterios de seguridad y eficacia, la más idónea y adecuada a la circunstancia clínica concreta de su paciente... Son, por fortuna, cada día más abundantes, accesibles y precisos los instrumentos en los que el médico puede fundar sus decisiones. Son las distintas formas (grandes ensayos clínicos controlados, directrices y protocolos clínicos, estudios meta-analíticos, declaraciones de consenso) en que se expresa lo que se ha dado en llamar la “medicina basada en pruebas”. Tales instrumentos no son

⁷⁸ Véanse HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, 2002, p. 149, nota 103; ABRALDES, *El principio de la confianza. Parámetro para la determinación del cuidado objetivamente debido*, 2009, p. 181; VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*, 2003, p. 97; ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA, «La responsabilidad profesional del médico en el Derecho español», 1993, p. 107 también indican que la *lex artis* «no es inmutable ni única, por tanto han de conciliarse con la libertad de método y su apertura a nuevas técnicas o procedimientos, aunque sean minoritarios». SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, p. 45 se refiere también al carácter dinámico de los *estándar* de actuación que parece merecer aquiescencia general.

⁷⁹ Véase ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional», 2005, p. 209.

⁸⁰ Véanse JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, p. 46; SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, p. 48.

⁸¹ Véase, por ejemplo, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”*, 2001, p. 312.

fórmulas dogmáticas, obligadas y permanentes, sino guías clínicas, flexibles y temporales, pero seriamente evaluadas, sobre los modos recomendables de actuar en determinadas situaciones clínicas»⁸². El reconocimiento de la libertad de método entendida como la capacidad del médico de elegir, entre las intervenciones disponibles, la que más conviene a su paciente en el sentido indicado supone, en primer lugar, que el convencimiento subjetivo del médico en la elección de un determinado tratamiento como objetivamente más idóneo o adecuado, una vez que el facultativo ha ponderado su validez y su utilidad en relación con un paciente que presenta unas características determinadas, se tiene que basar en los estudios existentes y contrastados científicamente, ya constituyan estos una opinión mayoritaria o minoritaria. Para llevar a cabo este juicio de idoneidad y adecuación de un método, tratamiento o terapia, según los criterios de seguridad y eficacia es necesario combinar elementos objetivos y subjetivos. En efecto en la ponderación de la validez y utilidad de un determinado tratamiento, deben tenerse en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente más las conocidas por el médico por su vinculación con el caso (saber ontológico), junto con la experiencia común de la época sobre los cursos causales, por ejemplo, sobre técnicas terapéuticas, quirúrgicas, administración y efectos de los fármacos, etc. (saber nomológico) y el saber experimental del médico/autor, esto es, los conocimientos que sobre las técnicas, efectos, etc., posea el médico que actúa en ese caso concreto y que dispone *para elegir la mejor opción para tratar a su paciente*⁸³. Si los estudios existentes y contrastados científicamente que configuran el estado de la opinión médica no ofrecen dudas sobre cuál de los métodos reconocidos es el indicado en el caso, la aplicación de cualquiera de los demás infringiría el deber objetivo de cuidado⁸⁴. En este ámbito debemos resaltar asimismo la importancia del cumplimiento de los deberes de información terapéutica del médico al paciente encuadrables dentro de la *lex artis*⁸⁵, cuando estamos ante una actividad médica curativa. Este deber de información se conceptúa como una exigencia de un tratamiento óptimo, que no es más que la información obligada que debe ofrecer el médico por las necesidades del tratamiento⁸⁶.

El problema se plantea cuando el conocimiento nomológico en este contexto no es capaz de ofrecer al facultativo un fundamento científico claro a la elección de un método sobre otro u otros. Los supuestos que se pueden plantear en este punto y que tienen en común la inseguridad en la que, en ocasiones, se desenvuelve la Medicina son variados y pueden abarcar, por ejemplo,

⁸² Véase el apartado 5 del acuerdo sobre “*La libertad de prescripción del médico*” adoptado por la Asamblea General del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos el 23 de octubre de 1999.

⁸³ Véase ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, 1985, p. 67; el mismo, «La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional», 2005, nota 40, pp. 209 y 210.

⁸⁴ Véanse SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, p. 49; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, p. 46; BOCKELMANN, *Strafrecht des Arztes*, 1968, p. 88.

⁸⁵ Aluden expresamente a este deber de información terapéutica como exigencia de la *lex artis*, ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional», 2005, p. 216; GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 2^a ed., 2008, p. 347; BLANCO CORDERO, «Relevancia penal de la omisión o del exceso de información médica terapéutica», *Actualidad Penal*, 1997, p. 578. Se refiere en general a los deberes de información del médico FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”*, 2001, pp. 313, 314 y 315.

⁸⁶ Véase esta clara definición en el trabajo de BLANCO CORDERO, *Actualidad Penal*, 1997, pp. 577 y ss.

1) situaciones en las que existen métodos alternativos cuya eficacia ha sido reconocida de forma experimental por una concepción científica minoritaria; 2) situaciones en las que existen métodos alternativos cuya eficacia es puesta en duda por la concepción científica dominante y que no han sido suficientemente contrastados, de modo que tampoco se ha probado su ineficacia o, incluso, su carácter perjudicial⁸⁷; o 3) situaciones en las que existe un método o tratamiento que ha sido considerado durante un tiempo como más eficaz por la concepción científica de manera unánime, pero que se revela en determinados casos como perjudicial aunque no existe aún una confirmación científica de dicha perjudicialidad. En tales casos en la elección de un determinado tratamiento como más idóneo o adecuado, una vez que el facultativo ha ponderado su validez y su utilidad en relación con un paciente que presenta unas características determinadas, podrá primar más el convencimiento subjetivo del médico con base en los datos conocidos por su vinculación con el caso concreto⁸⁸, sin que ello sea un impedimento para delimitar lo cuidadoso de lo descuidado⁸⁹ precisamente por la falta de un fundamento científico evidente y unánime. Por supuesto también aquí hay que resaltar la importancia del cumplimiento de los deberes de información terapéutica del médico al paciente encuadrables dentro de la *lex artis*.

Así y por poner un ejemplo, en una reciente publicación médica se ha puesto de manifiesto la posible vinculación entre el uso de la insulina glargina (Lantus) en monoterapia como tratamiento de la diabetes y el desarrollo de cáncer, procedente de cuatro estudios en diversos países de la Unión Europea. A la vista de los resultados de estos estudios la Agencia Europea de Medicamentos (EMA) está llevando a cabo una evaluación detallada cuyas conclusiones aún no están disponibles, pero tanto esta agencia como la Agencia Española de Medicamentos y Productos sanitarios (AEMPS) han comunicado que la información disponible en el momento actual sobre el riesgo de desarrollar un cáncer por la utilización de este tipo de insulina «es insuficiente para adoptar medidas reguladoras o recomendar un cambio de tratamiento de los pacientes que utilizan insulina glargina, salvo que se juzgue conveniente, como medida de precaución, a exclusivo criterio médico»⁹⁰. Como no existe aún evidencia científica en torno a la relación entre el desarrollo de cáncer y la utilización de este tipo de insulina como tratamiento en monoterapia indicado en el control metabólico de la diabetes, el médico debe ponderar la validez y utilidad de mantener el aludido tratamiento –considerado eficaz y seguro– en un determinado paciente frente al riesgo potencial de desarrollar un cáncer, y decidir lo más

⁸⁷ Véase SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, pp. 50 y 51.

⁸⁸ Como pone de relieve ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional», 2005, pp. 209 y 210, nota 40, la admisibilidad del propio convencimiento se refiere a esos datos conocidos por el médico que le van a permitir actuar con cierta libertad, dentro del riesgo permitido, en estos casos legal y socialmente aceptados (en el marco de la investigación terapéutica).

⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, p. 53, nota 58, estima que la falta de claridad en la delimitación entre lo cuidadoso y lo descuidado responde al entrecruzamiento de una perspectiva objetiva (en grado por determinar porque puede ser respaldada por la opinión mayoritaria o por la minoritaria) y otra subjetiva (basada en el propio “convencimiento” del médico en cuestión) en la valoración.

⁹⁰ Véase la Nota informativa sobre la seguridad de la insulina glargina (Lantus), de 29 de junio de 2009, publicada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios en la página *web* del Ministerio de Sanidad y Política Social.

adecuado según su propio convencimiento, teniendo en cuenta que «los resultados de los estudios, en caso de confirmarse, sugieren que determinados análogos de la insulina de duración prolongada podrían estimular el desarrollo de un cáncer ya iniciado»⁹¹.

Llegados a este punto podemos establecer sintéticamente las siguientes conclusiones en torno a la determinación del deber objetivo de cuidado mediante la *lex artis* aplicable a un grupo de casos semejantes o típicos:

1. En primer lugar, dicha determinación del deber objetivo de cuidado exige realizar la ponderación que hemos analizado entre el valor e interés de la utilidad social que produce la actividad médico-quirúrgica curativa y el desvalor de los riesgos de la misma vinculados a la necesidad de su realización en el caso concreto. El resultado de esta ponderación será la valoración de las mencionadas actividades médico-quirúrgicas curativas como socialmente adecuadas por su utilidad social general.

2. En esta clase de actividades médico-quirúrgicas curativas, como se puede observar, el consentimiento del paciente no es un elemento a tener en cuenta en la ponderación entre el valor e interés de la utilidad social que produce la actividad médico-quirúrgica y el desvalor de los riesgos de la misma vinculados a la necesidad de su realización en el caso concreto, por lo que el consentimiento del paciente en dichas actividades no forma parte de la *lex artis* en sentido estricto⁹². La valoración positiva del desarrollo de una actividad médico-quirúrgica curativa recae en la utilidad social que con carácter general produce este tipo de actividades, centrada en la

⁹¹ Véase la Nota informativa sobre la seguridad de la insulina glargina (Lantus), de 29 de junio de 2009, publicada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios en la página *web* del Ministerio de Sanidad y Política Social.

⁹² Véanse también en este sentido, a mero título de ejemplo, ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional», 2005, pp. 231 y 232; GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 2^a ed., 2008, pp. 269, 270, 271, 272, 273 y 274; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, 2^a ed., 2002, p. 505.

PEÑARANDA RAMOS ha expuesto unos ejemplos con el fin de destacar la relevancia penal de la ausencia del consentimiento en el tipo de las lesiones. Se trata de dos supuestos juzgados por el TS en los que se confirmó la obligación de indemnizar las lesiones ocasionadas y la responsabilidad criminal por un delito de lesiones dolosas, respecto de «dos ginecólogos que, sin recabar el consentimiento de la afectada, esterilizaron a sus pacientes, mediante una ligadura de trompas, al observar, mientras les realizaban una cesárea, la existencia de diversas patologías uterinas que podrían entrañar un grave peligro para su vida en caso de quedar nuevamente embarazadas»; véase PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho penal, (Parte Especial)*, 2003, p. 360. Desde mi punto de vista, la pregunta que se plantea, en primer término, en estos ejemplos no es la relevancia de la ausencia del consentimiento de las pacientes afectadas, sino si se puede considerar que la afección del bien jurídico integridad corporal y salud al realizar estas esterilizaciones, resultó consustancial al logro de una utilidad social centrada en el restablecimiento de la salud de las dos pacientes intervenidas, que se había puesto en peligro por la práctica de una cesárea. En estos supuestos el argumento decisivo para afirmar la tipicidad de unas lesiones corporales radica en que con estas esterilizaciones se ha producido una afección excesiva del bien jurídico integridad corporal y salud, por encima de lo que es consustancial a la realización de una cesárea en pacientes embarazadas que presentaban diversas patologías uterinas, porque como se indica en las sentencias del TS que resolvieron tales casos, las afectadas podrían haber decidido evitar nuevos embarazos por otros medios.

mejoría o en el restablecimiento de su salud, y para la cual es absolutamente necesario afectar el bien jurídico integridad corporal y salud tal y como se ha expuesto. Desde luego el paciente es el primer interesado en alcanzar el adecuado desarrollo de una actividad médico-quirúrgica curativa, por lo que se requiere que ponga a disposición de la indicada actividad el bien jurídico aludido y que acepte voluntariamente su afección consustancial al logro de dicha utilidad social general. Por este motivo la actividad médico-quirúrgica curativa deberá ajustarse a la regulación establecida para el desarrollo de este tipo de actividades y aquí entra en escena el consentimiento del paciente. Sin embargo, en mi opinión, el consentimiento no decide la adecuación social de una conducta en el sentido indicado, porque la valoración general positiva del desarrollo de una actividad médico-quirúrgica curativa, fundamentada en la mencionada ponderación de intereses con los elementos que la integran, permanece aun cuando no consienta o no pueda consentir el sujeto. Otro tema es la relevancia que se haya que otorgar a lo que cada paciente valore en torno a los beneficios de la realización de una intervención médico-quirúrgica y la asunción de los riesgos de la misma. Es posible que esta valoración particular no coincida con la valoración general que culmina en la adecuación social de la intervención, pero en tal supuesto dicha valoración general no se modifica. A mi juicio lo decisivo es reconocer al paciente que su valoración particular en torno a los beneficios de la realización de una intervención médico-quirúrgica y la asunción de los riesgos de la misma es importante para examinar la licitud de esta intervención, aunque no tanto como para que influya esa valoración particular en el límite que traza lo tolerable y lo no tolerable por el orden social en el ámbito de las lesiones corporales. En este límite tiene preeminencia la valoración general con los elementos apuntados. Si en una intervención médico-quirúrgica curativa falta el consentimiento del paciente, lo más adecuado es, como indica *Romeo Casabona*, plantear una responsabilidad civil porque desde el punto de vista penal sería incluso discutible que concurren todos los elementos del tipo de un delito contra la libertad, como por ejemplo del delito de coacciones⁹³, o plantear una responsabilidad disciplinaria.

3. El reconocimiento de la libertad de método entendida como la capacidad del médico de elegir, entre las intervenciones disponibles, la que más conviene a su paciente en el sentido indicado supone asimismo, como expresamente ha apuntado *Romeo Casabona* que «por *lex artis* no debe entenderse necesaria y únicamente las reglas aceptadas por la generalidad en ese sector profesional, pues hay también que aceptar aquí la libertad de método o procedimiento... Esta idea es la única compatible con el progreso de la ciencia y de su consideración en sí misma como tal»⁹⁴. Una libertad de método así definida puede quedar integrada en la *lex artis* y ser acorde con el deber objetivo de cuidado.

⁹³ Véase ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional», 2005, p. 232.

⁹⁴ Véase ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, 1985, p. 70. En el mismo sentido, JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, pp. 45 y ss.; ESER, *ZStW* (97), 1985, p. 12; JUNG, *ZStW* (97), 1985, pp. 47 y ss.

3.3. El límite social de los medios y modos de ejecución de una acción finalista. En especial la formación del deber objetivo de cuidado

En este primer nivel de la adecuación social que estamos analizando hay que centrarse en la utilidad social que se persigue a través de la utilización de los bienes jurídicos, por lo que el sistema de los bienes jurídicos estará condicionado por la decisión adoptada en torno a la misma. En un mundo sujeto a múltiples riesgos en abstracto, prácticamente, cada conducta alberga uno y prohibir la realización de tales conductas que dispongan a cada riesgo conduciría a un amordazamiento absoluto de la libertad de acción. En este sentido no pueden prohibirse en absoluto las acciones socialmente adecuadas y en concreto las intervenciones médico-quirúrgicas valoradas socialmente adecuadas. En la medida, sin embargo, en que también las acciones socialmente adecuadas pueden producir afecciones excesivas de los bienes jurídicos, es decir, por encima de lo que es consustancial al ejercicio de dicha clase de acciones, las acciones socialmente adecuadas asimismo deben pasar por un juicio diferente posterior al de la adecuación social, que representa un nivel distinto e independiente de valoración del comportamiento. Podemos afirmar que la acción socialmente adecuada se desarrollará en un ámbito de riesgo permitido cuando en la ponderación que se lleva a cabo en este nivel confronta el interés social en la utilidad social de la acción y las posibles afecciones de bienes jurídicos no consustanciales al ejercicio de aquella actividad, pero *ex ante* imprevisibles. En tales supuestos lo que se pondera ya no es la utilidad social en sí de la acción, sino que lo que se pondera es *el interés en la protección de los bienes jurídicos con los medios y modos de ejecución de la actividad socialmente adecuada*. Por esta razón las acciones socialmente adecuadas también están sometidas a un determinado deber objetivo de cuidado⁹⁵, que establece un ámbito o nivel de riesgo permitido diferente del anterior en el que se enjuicia la corrección de la acción socialmente adecuada en cuanto a los medios y modos de ejecutar una clase determinada de acciones finalistas socialmente adecuadas⁹⁶.

En efecto, de la realización de una acción finalista determinada pueden derivarse además de las consecuencias comprendidas en la voluntad de realización del autor, otras consecuencias de un modo meramente causal. En la medida en que tales consecuencias supongan una lesión innecesaria del mismo bien jurídico involucrado en la ponderación o en otros bienes jurídicos, debe establecerse un deber objetivo de cuidado o de prudencia como punto de referencia de los medios y modos a los que debe atenderse la ejecución de una acción determinada socialmente adecuada para evitar su producción, en nuestro caso, para evitar que de la realización de una acción finalista determinada no dirigida a la producción de esa lesión innecesaria, pueda derivarse causalmente, sin embargo, ese resultado⁹⁷. Este deber objetivo de cuidado pretende

⁹⁵ Véase CEREZO MIR, *Curso*. II, 6^a ed., 1998, p. 160: «el Derecho exige para realizar las diversas acciones de la vida social una determinada diligencia o cuidado».

⁹⁶ Véase GRACIA MARTÍN, «Zur Struktur von "sozialadäquaten Handlungen"», 2008, p. 220.

⁹⁷ Al respecto fue muy claro WELZEL, «los delitos culposos se basan también en que la acción humana es una obra: la voluntad que partiendo del fin, selecciona los medios de la acción, necesarios para la consecución del mismo, tiene que atender también en la selección y utilización de los medios a las consecuencias que éstos puedan producir, junto al fin o en su lugar. En este punto interviene el ordenamiento jurídico y ordena que en la realización de toda acción que pueda tener como consecuencia (no querida) la lesión de un bien jurídico, se

favorecer un marco de movimiento y de correcto aprovechamiento en el uso de los bienes jurídicos para conseguir la utilidad social de ciertas actividades y evitar así unos perjuicios innecesarios en el bien jurídico involucrado en la ponderación o en otros bienes jurídicos⁹⁸. Como ha indicado nuestro Tribunal Supremo en aquellas actividades permitidas por su utilidad social, «el riesgo socialmente permitido ha de estar controlado por la adopción de una serie de medidas que lo enmarcan para que no exceda de lo imprescindible»⁹⁹, de manera que, por ejemplo, cuando se realiza una intervención médico-quirúrgica es obligado extremar las precauciones en torno a la esterilización adecuada en la utilización del instrumental quirúrgico, para evitar infecciones en el paciente, o en torno al control de las transfusiones de sangre que sea necesario emplear durante dicha intervención quirúrgica, para evitar la transmisión de enfermedades a aquellos pacientes que reciben las mencionadas transfusiones¹⁰⁰. También puede suceder que a pesar de estar

observe “el cuidado necesario en el tráfico” para evitar dichas consecuencias». Véase WELZEL, *El nuevo sistema*, 4^a ed., 1964, p. 69.

⁹⁸ WELZEL considera que las normas de cuidado exigen «en la selección y utilización de los medios la aplicación de una medida mínima de dirección final: “el cuidado necesario en el tráfico”, con el fin de evitar efectos concomitantes no queridos y socialmente no deseados». «El ordenamiento jurídico exige, sin embargo, que tales acciones sean dirigidas también con “el cuidado necesario en el tráfico” con el fin de evitar efectos concomitantes no deseados»; véase WELZEL, *El nuevo sistema*, 4^a ed., 1964, p. 30. RUDOLPHI considera que «la tarea del legislador es, por consiguiente, delimitar el número de consecuencias perjudiciales socialmente a través de la lucha contra formas de conducta que presentan un grado de peligrosidad que supera la medida permitida, teniendo en cuenta la medida necesaria y adecuada para el logro de una meta de protección social. Así el sentido y el fin de las normas de cuidado en el tráfico viario es mantener una distancia menor lateral determinada en el adelantamiento, evitar la maniobra de adelantamiento que muestre el grado de peligrosidad que exceda la medida permitida para reducir el número de accidentes de adelantamiento por una medida socialmente determinada como soportable»; véase RUDOLPHI, *SK*, 6^a ed., 1995, comentario previo al § 1, n^o 66, pp. 39 y 40. REYES ALVARADO considera que «mediante la previa formulación de normas de cuidado tiene sentido la aceptación social de actividades arriesgadas, porque de esa manera se hace exigible el cumplimiento de precauciones que permiten disfrutar de los beneficios de ciertas actividades peligrosas no eliminando todo riesgo, sino reduciéndolos a un mínimo que permita considerarlos como parte de lo que suele ser denominado “el riesgo general de la vida”»; véase REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 1994, p. 92. CORCOY BIDASOLO considera que «las reglas generales de cuidado... expresan únicamente principios de experiencia sobre la ligazón de concretas formas de conducta con concretos peligros características de ellas y sobre las medidas idóneas para eludir estos peligros. Su función específica no es la determinación de una forma de conducta para la evitación de una realización típica, como hace de forma inmediata la norma de cuidado –norma penal–, sino la exclusión de peligros abstractos que, según la experiencia, pueden conducir a la realización típica». Para esta autora «el deber objetivo de cuidado tiene como finalidad evitar riesgos previsibles individualmente y, por tanto, penalmente relevantes»; véase CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 1989, pp. 112 y 324. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 278: «de esta manera las normas de diligencia sólo pueden pretender con sentido la evitación o reducción de determinados riesgos en tanto en cuanto sean generalmente eficaces para reducirlos o evitarlos mediante el establecimiento de un deber. Presupuesto, por tanto, del fin de la norma es su *aptitud general* para la consecución de dicho fin»; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, 1988, pp. 96 y ss.; PUPPE, «Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung - Anmerkung BGH, NJW 1982, 292», *JuS*, 1982, p. 663; KINDHÄUSER, *GA*, 1994, p. 199. Este principio ha sido reconocido, por ejemplo, por la STS de 23 de mayo de 1996 (RJ 4555) al hacer referencia al criterio del fin de protección de la norma de cuidado.

⁹⁹ Véanse las STS de 18 de enero de 1995 (RJ 136) y de 5 de septiembre de 2001 (RJ 8340).

¹⁰⁰ La concreción del deber objetivo de cuidado puede realizarse atendiendo a lo dispuesto en disposiciones reglamentarias de carácter técnico sobre, por ejemplo, la utilización del instrumental médico-quirúrgico. Sin

descritas algunas complicaciones y de ser conocido su porcentaje de aparición, es posible que no existan medidas eficaces de prevención, por lo que en tales casos una actuación diligente del médico debe limitarse a la utilización de una técnica correcta¹⁰¹ que garantice la utilidad social de la actividad médico-quirúrgica.

De todo ello se deduce también que es justamente esta ponderación la que exige que en la base de la determinación del cuidado objetivamente debido exista una acción finalista¹⁰², porque sólo se puede enjuiciar como socialmente adecuada a una determinada acción que tenga como meta la producción de la concreta utilidad social. Si se hace referencia a una determinada dirección de la voluntad es posible advertir los riesgos típicos de la acción, es decir, la producción de resultados objetivamente previsibles¹⁰³. Por lo tanto, en la formación del deber objetivo de cuidado sólo puede haber una acción finalista con respecto a la que la norma de cuidado, en función de los resultados objetivamente previsibles típicos de dicha acción y del resultado de la ponderación de intereses en torno a la utilidad típica y al riesgo típico de tal acción, establece los límites objetivos a los que han de ajustarse tanto los medios utilizados como los modos de ejecución de la acción finalista. En el caso concreto una acción finalista de esa clase será contraria al cuidado si los medios y/o el modo de ejecución puestos en práctica se desvían de la dirección finalista cuidadosa exigida por la norma¹⁰⁴. Nos encontramos con un curso extenso de una acción finalista

embargo, se puede infringir el cuidado objetivamente debido sin infringir esta clase de disposiciones reglamentarias si la *lex artis* establece una forma de actuación distinta. Véase ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional», 2005, pp. 211 y ss.

¹⁰¹ Véase expresamente ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, 1985, p. 92.

En este sentido podemos indicar la STS (Sala de lo Civil), de 7 de junio de 1994 (RJ 4897), en la que se juzgó la responsabilidad de un médico que intervino quirúrgicamente a una paciente, para la extirpación de un lipoma en la pierna izquierda. A las setenta y dos horas de la intervención se agravó el estado de la paciente de forma súbita por una infección en la herida por la bacteria denominada "*Clostridium Perfringens*", que precisó más tratamientos quirúrgicos de desbridamiento y limpieza, la instauración de un lavado continuo, la administración de fuertes dosis de antibióticos y finalmente una intervención de cirugía plástica. El TS consideró que el médico informó debidamente a la paciente de los riesgos previsibles e inevitables de la intervención quirúrgica inicial y estimó que el médico se ajustó a la diligencia debida, definida por las reglas del arte médico. Además se señala que «no existen medidas de asepsia hospitalaria capaces de erradicar la tantas veces mencionada bacteria de un quirófano».

¹⁰² Véanse GRACIA MARTÍN, «Recensión al libro de Luzón Peña, Diego-Manuel, Curso de Derecho penal, Parte General, I. Ed. Universitas, S. A., Madrid, 1996», *RDPCr*, n.º 5, 2000, p. 373; ABRALDES, «La acción finalista: base insustituible del cuidado objetivamente debido», en HIRSCH/CEREZO/DONNA (dirs.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, 2005, pp. 332 y ss.

¹⁰³ Desde otro punto de vista SÁNCHEZ LÁZARO también ha puesto de manifiesto que «la teoría del fin de protección de la norma evidencia que los riesgos típicos en tanto que son los únicos que se encuentran en la base de elaboración de la norma de cuidado, constituyen el presupuesto lógico de su aplicación»; véase SÁNCHEZ LÁZARO, «Hacia la superación de la teoría de la imputación objetiva del resultado. Traducción de una concepción personal de lo injusto en términos de imputación», *ADPCP*, 2005, pp. 433 y 434.

¹⁰⁴ Véanse WELZEL, *El nuevo sistema*, 4^a ed., 1964, p. 69, cuando afirma que «el contenido decisivo de lo injusto de los delitos culposos consiste, por ello, en la divergencia entre la acción realmente emprendida y la que debía haber sido realizada en virtud del cuidado necesario en el tráfico»; y CEREZO MIR, *Curso*, II, 6^a ed., 1998, p. 36, cuando afirma que «en los tipos de los delitos imprudentes se compara precisamente la dirección finalista de la

que es el objeto de la valoración y en el que cabe realizar una pluralidad de fragmentos susceptibles de configurar cada uno de ellos el objeto de una unidad de valoración jurídico penal independiente que, sin embargo, están relacionados. Así el fin de la acción y los medios o modos de ejecución están íntimamente entrelazados¹⁰⁵, de modo que la valoración jurídica de los medios y modos de realización de la acción por el deber objetivo de cuidado depende también del fin de la acción, pues una diferencia de fines puede suponer precisamente una modificación de la valoración jurídica de unos mismos medios y formas objetivos de realización de la acción o modificar el contenido del deber de cuidado¹⁰⁶. Se vuelve a manifestar en este punto que la realización de una acción finalista –o su omisión– es el elemento básico de la valoración jurídica, por lo que deberemos dirigir nuestra atención a toda la realidad que es el contexto en el que surge lo penalmente típico¹⁰⁷.

acción realizada con la dirección finalista exigida por el Derecho». Como ha indicado GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de dogmática penal*, 2006, pp. 280 y 281: «las normas de cuidado, pues, pretenden determinar a la voluntad de realización no a que tome una dirección que conduce directamente a un fin específico o a que su concreta puesta en práctica en la dirección que conduce directamente a un fin específico –que es jurídicamente irrelevante, valioso, o cuya producción se fomenta e incluso se impone como obligatoria– se haga con medios y de modos o formas a partir de los cuales puede suponerse que no se producirán las consecuencias jurídico penalmente relevantes que son objetivamente previsibles a partir de una puesta en práctica de la finalidad de la acción con otros medios o de otros modos y formas».

¹⁰⁵ Véanse en este sentido GRACIA MARTÍN, *RDPCr*, n^o 5, 2000, p. 373 y CEREZO MIR, *Curso*, II, 6^a ed., 1998, p. 36, nota 35 frente a LUZÓN PEÑA que considera que el modo de ejecución de la acción es «totalmente independiente de la finalidad»; véase LUZÓN PEÑA, *Curso*, I, 1996, p. 256; ABRALDES, «La acción finalista: base insustituible del cuidado objetivamente debido», 2005, pp. 339 y ss.; REGIS PRADO/MENDES DE CARVALHO, *Teorías de la imputación objetiva del resultado. Una aproximación crítica a sus fundamentos*, 2007, pp. 234, 235 y 236.

¹⁰⁶ Véase GRACIA MARTÍN quien afirma al respecto que «la conducción de una ambulancia a una velocidad superior a la establecida con carácter general para el lugar de tránsito, con invasión del sentido contrario de circulación y sin detención de la marcha en cruces con semáforo cerrado (medio y manera objetiva de realización) puede ser una conducta no desvalorada y, por tanto, conforme con la norma de cuidado actualizable en el caso concreto si el fin de la acción es el traslado urgente de un accidentado en peligro de muerte, pero esa misma e idéntica conducta objetiva, es decir, considerada en sus elementos externos, estará desvalorada y será contraria a la norma de cuidado si, por ejemplo, el fin de la acción del conductor, que estaba utilizando la ambulancia de modo privado fuera de su horario de trabajo, era divertirse, probar su destreza y habilidad, o librarse de un atasco para llegar a tiempo a un espectáculo»; véase GRACIA MARTÍN, *RDPCr*, n^o 5, 2000, p. 373.

¹⁰⁷ GIL GIL, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, 2007, pp. 220 y 221, en la nota 660 de la p. 219 estima que gran parte de los casos que RUEDA explica como ejemplos de adecuación social deben ser trasladados a la justificación y me atribuye una confusión entre atipicidad y justificación. Creo que en mi exposición he distinguido entre el ámbito de lo adecuado socialmente o de lo soportable (atípico) por el orden social y el ámbito de la justificación. Como desarrollo en mi trabajo, RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 310 y ss., en relación con las acciones socialmente adecuadas convendría destacar ahora una nota importante: que su realización implica necesariamente la afección de un bien jurídico que es inmanente al cumplimiento de una función determinada establecida con carácter general, de modo que en estas situaciones se presupone que la vida social se desarrolla en los términos habituales y según un orden condicionado socialmente. Esta nota también está presente en las acciones justificadas tal y como vamos a ver a continuación, si bien es cierto que ambas –las acciones socialmente adecuadas y las amparadas por una causa de justificación– se presentan en dos situaciones cualitativamente distintas. El orden social de los bienes jurídicos se protege a través de las normas de determinación que consisten en mandatos o prohibiciones y que presuponen que el orden social se encuentra en un estado de normalidad. Sin

En este apartado también es necesario indicar algunos problemas que se plantean la hora de determinar el deber objetivo de cuidado en los supuestos en que ha habido un error o fallo técnico en Medicina. El error o fallo técnico es un concepto científico que supone un defecto en la aplicación de métodos, técnicas o procedimientos en las distintas fases de actuación de un médico (exploración, diagnóstico, indicación, realización del tratamiento)¹⁰⁸. Un error de tales características se puede producir en Medicina sin que implique necesariamente una infracción del deber objetivo de cuidado¹⁰⁹, «ya que puede tener un origen fortuito, tener su causa en las propias insuficiencias de la Medicina como ciencia o puede ser un riesgo o complicación propia

embargo, el orden social que parte de una concepción funcional y dinámica de los bienes jurídicos, en ocasiones, se encuentra en una situación de anormalidad por la irrupción de circunstancias sobrevenidas y, en estos casos, exige la realización de determinadas acciones que no pueden ejecutarse sin afectar necesariamente a algún bien jurídico. En el ámbito de la justificación el ordenamiento jurídico autoriza la realización de unas acciones socialmente necesarias y faculta a algunos individuos a emprender estas acciones de una manera adecuada a sus fines sociales, de modo que el ordenamiento jurídico crea y mantiene, con sus normas y preceptos permisivos, un orden valioso de la vida social, ya que las causas de justificación, como ha afirmado JESCHECK constituyen proposiciones jurídicas que no se dirigen en primer lugar a la justificación de algo prohibido, sino que deben servir a fines propios y de más alcance [véase JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5^a ed., 1996, p. 324]. Así algunas las causas de justificación tienen como fin impulsar el funcionamiento de la vida social en la comunidad, como sucede, por ejemplo, con el cumplimiento de un deber o con el ejercicio legítimo de un derecho, cargo u oficio. Sin embargo, las acciones justificadas suponen la realización de una conducta que aunque se dirige a la producción de un resultado valioso para el orden social, abarca también necesariamente la situación de hecho descrita en un tipo penal y que puede generar al mismo tiempo riesgos para otros bienes jurídicos, por lo que es preciso limitar el uso de los bienes jurídicos involucrados en el ejercicio de estas acciones a lo estrictamente necesario. Sólo cuando la realización de esta acción típica es necesaria para la producción de un resultado valioso para el orden social surge un juicio de valor que conduce a la permisión correspondiente, de modo que —como señaló Armin Kaufmann— la tipicidad de una acción es un *prius* lógico de su justificación, es decir, que la causa de justificación se vincula a la tipicidad ya existente [véase ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, 1954, p. 256.]. Como se puede apreciar, entonces, la necesidad de la lesión de un bien jurídico reaparece de nuevo en las causas de justificación, en virtud de la cual se concede una “libertad” de acción de naturaleza especial con un permiso especial que autoriza la realización de acciones típicas. Los preceptos permisivos a los que nos estamos refiriendo, autorizan la realización de conductas con las que se pretende alcanzar exclusivamente el fin estricto que se considera socialmente valioso y que sobrepasan el límite de riesgo o de lesión que ha sido admitido por el legislador como soportable y que por ello en general son peligrosas para la estabilidad social. Como la autorización sólo admite la realización del tipo que sea estrictamente necesario, deben existir, por fuerza, otras normas, mandatos o prohibiciones que prescriben los límites de ejercicio de la acción necesaria. La necesidad de la lesión del bien jurídico es “moderada” a través de normas objetivas de cuidado: estas normas se cuidan de que en situaciones de justificación no haya más lesiones o peligros sobre el bien jurídico que las estrictamente necesarias. Entonces, teniendo en cuenta estos presupuestos y en este ámbito, se puede afirmar que en las situaciones de justificación existe siempre un ámbito de riesgo permitido que delimita el margen de tolerancia de un riesgo típico para el bien jurídico involucrado en la situación de justificación que, sin embargo, aparece como estrictamente necesario para alcanzar el concreto y preciso fin de la causa de justificación.

¹⁰⁸ Véanse ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA, «La responsabilidad profesional del médico en el Derecho español», 1993, p. 106; ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional», 2005, p. 210.

¹⁰⁹ Véanse ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA, «La responsabilidad profesional del médico en el Derecho español», 1993, p. 107; ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional», 2005, p. 210.

del acto médico ejecutado»¹¹⁰, por lo que este concepto, como ha puesto de relieve *Romeo Casabona*, no implica aún una valoración jurídica. La valoración jurídica en torno a si un error o fallo técnico ha supuesto una infracción del deber objetivo de cuidado debe realizarse tras su constatación¹¹¹, y para ello al realizar la ponderación de intereses como se ha indicado, hay que centrarse en la valoración de la experiencia común de la época sobre los cursos causales, por ejemplo, sobre técnicas quirúrgicas, administración y efectos de los fármacos, etc. (saber nomológico) y confrontar la adecuación del comportamiento del médico a dicho saber nomológico imperante en el momento en el que se ha constatado dicho error¹¹². Si en esta valoración el comportamiento del médico responde al estado actual del conocimiento nomológico, no se puede constatar una infracción del deber objetivo de cuidado por parte del facultativo aunque haya existido un error o fallo técnico. En estos casos nos encontramos ante un supuesto de error invencible que no puede dar lugar a una responsabilidad penal¹¹³.

Para concluir debemos realizar unas consideraciones que se deducen de la exposición efectuada hasta el momento. Por un lado, la acción socialmente adecuada que usa y consume un bien jurídico con una finalidad valorada socialmente no es una acción peligrosa para el bien jurídico que se está utilizando¹¹⁴, como ha concluido *Kindhäuser*. Para *Kindhäuser*, en un primer nivel nos encontramos con las acciones socialmente adecuadas que se caracterizan porque no comportan ningún riesgo y, precisamente, por su no peligrosidad están permitidas. El concepto de adecuación social se equipara, según su opinión, al mínimo de seguridad social aceptado. Estos comportamientos socialmente adecuados no superan el mínimo de seguridad porque el autor lo garantiza a través del cuidado y, en el caso de los delitos de comisión, a través de la evitación de perjuicios inadecuados de la capacidad para prevenir daños típicamente relevantes. Se trata de acciones socialmente adecuadas porque, a su juicio, no tienen aquella propiedad que dispone a un perjuicio de la capacidad para evitar o impedir un daño¹¹⁵. Por otro lado, en abstracto sí es correcto el planteamiento que afirma que para determinar el cuidado objetivamente debido hay que tener en cuenta las consecuencias objetivamente previsibles de la acción¹¹⁶. Ahora bien, en concreto se plantea la cuestión de si una acción que se mantiene dentro del deber objetivo de

¹¹⁰ Véase el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 12 de noviembre de 2008 (RJ 202454).

¹¹¹ Véase ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional», 2005, p. 210.

¹¹² Como destacó BOCKELMANN, *Strafrecht des Arztes*, 1968, p. 88, la valoración jurídica sobre el comportamiento del médico sólo puede fundamentarse sobre la situación de la ciencia médica en el momento de la realización de dicho comportamiento.

¹¹³ Véase SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, pp. 12 y ss. en torno al error de diagnóstico como integrante del tema más general del error o fallo técnico.

¹¹⁴ Por lo tanto no me parece correcta la denominación, utilizada por WOLTER, de riesgo socialmente adecuado que incluye los riesgos permitidos, los mínimos y los aceptados socialmente; véase WOLTER, «Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad», en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (dirs.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, 1999, p. 13.

¹¹⁵ Véase KINDHÄUSER, *GA*, 1994, p. 197, nota 1; p. 215, y nota 60.

¹¹⁶ Véase CEREZO MIR, *Curso*, II, 6^a ed., 1998, p. 167 con referencias.

cuidado es una acción peligrosa. Un numeroso sector doctrinal como, por ejemplo, *Cerezo Mir*¹¹⁷, *Martínez Escamilla*¹¹⁸, *Burgstaller*¹¹⁹, *Reyes Alvarado*¹²⁰ o *Romeo Casabona*¹²¹, dan por supuesto que existen acciones que pese a que se mantienen dentro del deber objetivo de cuidado, son peligrosas. Esto me parece, sin embargo, cuestionable si diéramos por válidos los argumentos según los cuales existen acciones peligrosas pero que en función de la ponderación de intereses se permiten, estaríamos reconociendo que en aquellas actividades en las que se establece un determinado cuidado objetivamente debido, resultaría indiferente que se lesionara el bien jurídico que ocasionalmente se viera involucrado en la realización de aquellas actividades siempre y cuando se hubiera observado el cuidado objetivamente debido¹²². Esto no puede ser así, sin embargo, pues el deber objetivo de cuidado se establece precisamente con el fin de evitar la producción de esos resultados. Cuando se realiza una intervención médico-quirúrgica es

¹¹⁷ Véase CEREZO MIR, *Curso*, II, 6^a ed., 1998, p. 168: «nuestro Derecho positivo,... permite el desarrollo de innumerables actividades peligrosas – tráfico motorizado, explotaciones de minas, canteras, centrales nucleares, etc. – siempre que se observen determinadas normas de cuidado».

¹¹⁸ Véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 135: «riesgo permitido es aquel que acompaña a un comportamiento realizado observando las reglas establecidas con el fin de mantener la peligrosidad de la acción dentro de un determinado nivel», [cursiva en el original] por lo que «la expresión de “riesgo permitido” por ser de utilización consolidada, resulta útil para aludir al fenómeno de la existencia de conductas atípicas a pesar de su peligrosidad»; véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, pp. 139 y 140.

¹¹⁹ Véase BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, 1974, p. 40: «en casi todos los ámbitos de nuestra vida moderna son sencillamente inevitables formas de conducta peligrosas» por lo que el Derecho no puede «impedir en general puestas en peligro, sino sólo limitarlas en una medida razonable».

¹²⁰ Véase REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 1994, p. 94: «la construcción de edificios aun bajo la observancia de estrictas medidas de seguridad suele acarrear la lesión o muerte de personas que trabajan en la obra, así como la reglamentaria fabricación y cuidadosa puesta en funcionamiento de automotores genera diariamente un elevado número de lesionados y muertos en las calles y carreteras del mundo entero, y la diaria ejecución de intervenciones quirúrgicas acordes con la técnica médica produce con frecuencia lesiones y muertes, conductas estas que sin embargo no merecen reproche alguno en cuanto siendo actividades desarrolladas de acuerdo con normas de cuidado preestablecidas no exceden el límite del riesgo permitido».

¹²¹ Véase ROMEO CASABONA, «Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas», en EL MISMO, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*, 2005, p. 180: «numerosas actividades –y en particular las profesionales– comportan un evidente peligro para ciertos bienes jurídicos especialmente valiosos, como son la vida y la salud de las personas o su patrimonio; sin embargo, esas actividades no pueden ser prohibidas de forma absoluta si no se quiere paralizar el progreso tecnológico y el bienestar que genera su aplicación. Significa esto que en todo comportamiento que es peligroso por su propia naturaleza puede admitirse un cierto límite de riesgo por debajo del cual no podría afirmarse que el autor ha infringido el deber de cuidado y por tanto, no podría imputársele el resultado, en el caso de producirse; es decir, el baremo del deber de cuidado objetivo admite en su configuración la asunción de un riesgo, que será mayor o menor de acuerdo con la importancia de los bienes jurídicos potencialmente sometidos a la esfera de esa conducta y a la intensidad del peligro que entraña la conducta en sí misma en el sector de la vida social de que se trate».

¹²² Aquí estoy manejando un concepto de peligro estricto y no uno general y vulgar relativo a riesgos imprevisibles. Sobre este concepto de peligro estricto, vinculado sólo a las circunstancias fácticas del caso concreto que sean conocidas o cognoscibles en general y de su confrontación con la experiencia acerca de cómo se desenvuelven los acontecimientos, véase mi trabajo RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 142 y ss.

necesario emplear un determinado tipo de anestesia para cuya aplicación a un paciente es necesario cumplir unos estándares para la valoración preoperatoria con la realización de pruebas complementarias preoperatorias, unos estándares de monitorización básica intraoperatoria y unos estándares en los cuidados postanestésicos que tienen como objetivo afrontar todo tipo de situación previsible que conduzca al fallecimiento del paciente, según la evolución de la tecnología y de la práctica médica. Si se establece el deber objetivo de cuidado en estos parámetros es porque dada la experiencia se conoce que si la acción se mantiene dentro de estos límites cuando aparezca una situación previsible que ponga en peligro la vida del paciente, se puede evitar la producción del resultado de muerte del paciente.

En consecuencia si se observa el cuidado objetivamente debido la acción ya no es peligrosa porque el deber objetivo de cuidado persigue eliminar el riesgo de producción de resultados objetivamente previsibles en abstracto y, por lo tanto, lo no desaprobado es lo que no es peligroso. Como señala Hirsch, «si en una sociedad los comportamientos son adecuados al cuidado y, por consiguiente, se desarrollan en el marco de la normalidad social, entonces, según la interpretación social, aquel actúa dentro de esos límites no se comporta peligrosamente. Si un conductor conduce de modo completamente correcto, nadie podrá decir de él que actúa de forma peligrosa... Por ello, en los casos de comportamientos adecuados al cuidado ya debería negarse propiamente la peligrosidad de la acción de conducir y de otras similares»¹²³. Entonces, se pone de manifiesto que en este contexto en el que la doctrina estima que estamos ante acciones peligrosas pero no prohibidas, no existe ningún peligro porque si se supone el estado normal de las circunstancias adaptadas al cuidado, la acción no es peligrosa¹²⁴. En efecto, si en la ejecución de una acción socialmente adecuada, como lo es la actividad médico-quirúrgica curativa que exige involucrar el bien jurídico integridad corporal y salud de una persona, se ve involucrado otro bien jurídico de forma ocasional y absolutamente imprevisible, por ejemplo, la vida con la consiguiente producción del resultado de muerte en una intervención quirúrgica por la aplicación de una anestesia que ha causado en un paciente reacciones adversas o idiosincrásicas, que no se pueden prever ni evitar y respecto de las cuales no es posible aplicar ninguna medida, no puede calificarse dicha intervención como peligrosa, salvo que se haga desde el punto de vista del estéril concepto de peligro entendido como riesgo general de la vida. En Medicina tales reacciones adversas o idiosincrásicas de la anestesia se consideran accidentes cuantificados estadísticamente *en abstracto*, pero no están vinculados a situaciones y perfiles concretos de determinados pacientes. Si partimos de estas consideraciones, y si los estudios realizados sobre un paciente que va a ser intervenido quirúrgicamente muestran absoluta normalidad, se puede concluir *en el caso concreto* que una intervención quirúrgica sobre dicho paciente no es una acción peligrosa por la aplicación de una anestesia. En relación con estos resultados absolutamente imprevisibles se puede negar, con Luzón Peña, que la acción «sea directamente lesiva, no es una

¹²³ Véase HIRSCH, «Zur Lehre von der objektiven Zurechnung», en ESER/SCHITTENHELM/SCHUMANN (Hrsg.), *Festschrift für T. Lenckner zum 70. Geburtstag*, 1998, p. 137.

¹²⁴ Véase al respecto RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 142 y ss.

acción que con seguridad va a producir la lesión del bien jurídico»¹²⁵, y quedan, por ello, excluidos de la ponderación que da lugar al establecimiento de un determinado cuidado objetivo. Los resultados son objetivamente previsibles a partir de la puesta en práctica de unos determinados medios y modos de ejecución de la acción, pero cuando los medios y modos puestos en práctica por el sujeto se mantengan dentro del cuidado objetivamente debido, entonces los resultados ya no serán objetivamente previsibles.

3.4. Criterios que fundamentan en la ponderación de intereses la medida de lo tolerable

La admisión de las acciones socialmente adecuadas se fundamenta en un esquema valorativo previo que repercute en la ponderación de intereses y en virtud del cual se establece la medida de lo tolerable¹²⁶. En este nivel el principal problema surge cuando se trata de establecer un criterio válido de valoración que sirva de base a dicha ponderación. El criterio más utilizado en la doctrina para establecer el límite de lo soportable (atípico) y lo no soportable (típico) por el orden social, es el de la determinación de la relación coste/beneficio¹²⁷. En la ponderación de intereses comprendida bajo este criterio se incluyen, sin embargo, por la doctrina que lo acepta una serie de institutos jurídico penales diferentes en Derecho penal, que hacen referencia tanto a las causas de justificación —el estado de necesidad justificante del artículo 20, n.º 5 donde el mal causado tiene que ser menor que el que se trataba de evitar y la conducta no implique un grave atentado a la dignidad de la persona humana¹²⁸ o la legítima defensa del artículo 20, n.º 4¹²⁹— como a los supuestos donde se excluye la realización del tipo¹³⁰. La distinta ubicación sistemática de estas ponderaciones se decide en función de cuáles sean las circunstancias que haya que ponderar: si lo

¹²⁵ Véase LUZÓN PEÑA, *Curso*, I, 1996, p. 643.

¹²⁶ PAREDES CASTAÑÓN ha señalado que el contenido material concreto del deber de conducta sólo puede deducirse de una ponderación de todos los intereses concurrentes jurídico-penalmente relevantes, y a la hora de llevar a cabo tal ponderación debe tenerse en cuenta un esquema valorativo previo a partir del cual se derivan o no normas de determinación de conductas según principios de eficacia y necesidad. Véanse PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, p. 490 y ss.

¹²⁷ La aceptan expresamente, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, pp. 497 y ss.; SCHÜNEMANN, *JA*, 1975. p. 575 y 576, quien constata las exigencias de cuidado a través de una valoración en la que el interés en la ejecución de una acción peligrosa se pondera frente a la indemnidad del bien jurídico puesto en peligro por dicha acción. ROXIN, *Strafrecht, AT*, I, 4ª ed., 2006, 11/66 y 67; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios*, 4ª ed., 1997, p. 190; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, pp. 91, 101 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*, 2003, p. 78; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, PG*, 7ª ed., 2007, pp. 294 y 295; SILVA SANCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, pp. 11 y 12.

¹²⁸ Véase CEREZO MIR, *Curso*, II, 6ª ed., 1998, p. 190. JAKOBS también ha señalado que «la fundamentación del riesgo permitido está emparentada, en esta medida, con la ponderación de intereses en el estado de necesidad»; véase JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., 1991, p. 200, [trad. p. 243].

¹²⁹ Véase MAIWALD, «Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs "erlaubtes Risiko"», 1985, pp. 418 y ss. Véase también la exposición del riesgo permitido como causa de justificación efectuada por PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1985, pp. 63 y ss.

¹³⁰ Véase una exposición de las características generales del instituto del riesgo permitido en la teoría de la imputación objetiva en mi trabajo RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 220 y ss.

que se pondera son circunstancias extrañas al tipo en las cuales se ha realizado la acción típica la ponderación se realizará en el ámbito de la justificación (antijuridicidad); si en cambio la ponderación que se lleva cabo se proyecta sobre afecciones de bienes jurídicos que son consustanciales al ordenado funcionamiento de la vida social, dicha ponderación se ubicará en el ámbito de la tipicidad como criterio de valoración de la conducta como típica o por el contrario como socialmente adecuada y por ello no típica. De este modo como ha apuntado en nuestra doctrina *Paredes Castañón*, «mediante esta valoración de la situación de cada interés en los casos de concurrencia con otros, se estará obteniendo algo fundamental para la ponderación final: estaremos determinando ya la relación coste/beneficio de cada una de las situaciones de concurrencia posible (traducido a términos materiales: de cada uno de los niveles posibles de protección para cada uno de los intereses concurrentes). Y de nuevo se podrán tener en cuenta tanto los datos absolutos como los datos de coste y de beneficio marginales, para los casos de incremento o disminución del nivel de protección del interés»¹³¹.

Pues bien, al respecto ya han surgido opiniones en contra de la concepción mecanicista del cálculo costes/beneficios, rechazándose expresamente por algunos autores¹³². En el ámbito de las actividades médico-quirúrgicas podemos indicar los siguientes argumentos para rechazar dicha concepción mecanicista.

1) En primer lugar, a través de esta concepción mecanicista del cálculo costes/beneficios se da entrada en el instituto del riesgo permitido¹³³ a criterios naturalísticos, estadísticos o matemáticos como las probabilidades estadísticas de producción de un resultado, que se muestra insuficiente para delimitar lo soportable (atípico) y lo no soportable (lo típico) por el orden social. Esta crítica se muestra especialmente clara cuando analizamos la permisión de determinadas intervenciones médico-quirúrgicas en las que es absolutamente necesario involucrar de forma consustancial un bien jurídico, como la vida o la salud y la integridad corporal de un paciente, con un resultado favorable. En tales supuestos la ponderación que da lugar a la valoración positiva de tales intervenciones no se realiza en función de unos costes/beneficios, porque no existe tal coste sobre el bien jurídico, al realizarse esa intervención médico-quirúrgica para salvar la vida del paciente o restablecer su salud y al conseguirse ese fin. Ello es así incluso aunque nos encontremos ante una actividad médico-quirúrgica que haya producido unos resultados desfavorables previsibles. Tampoco se aprecia una ponderación en función del coste/beneficio de aquella actividad médico-quirúrgica que produce unos resultados desfavorables imprevisibles. En este caso la valoración positiva de tales intervenciones debe tomarse en función de la ponderación de todos los intereses en juego entre los cuales no puede tenerse en cuenta la posible afección del bien jurídico que se ha producido, por ejemplo, la muerte del paciente si no ha sido consustancial a la realización de una determinada intervención médico-quirúrgica. Lo que prima en la valoración

¹³¹ Véase PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, p. 498.

¹³² Véase la exposición que realizo en mi trabajo RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 294 y ss.

¹³³ Téngase en cuenta que estos autores utilizan la denominación del riesgo permitido para referirse a casos que hemos ubicado en la adecuación social.

positiva de este tipo de intervenciones es la posibilidad de desarrollo del bien jurídico afectado de forma consustancial en la realización de una acción socialmente adecuada que pretende lograr una utilidad social, como sucede con los bienes jurídicos vida e integridad corporal y salud en la realización de una actividad médico-quirúrgica curativa, que reportará un efecto positivo con carácter general en la vida social, sin efectuar necesariamente una lectura en términos de costes/beneficios. Por este motivo en la delimitación de lo soportable y lo no soportable por el orden social realizada por el legislador no pueden desempeñar ningún papel las probabilidades de lesión de otros bienes jurídicos distintos de los que están presupuestos en la misma ponderación. Si por alguna circunstancia especial hubiera que tener en cuenta que, necesariamente, debe involucrarse un bien jurídico distinto, consecuentemente se produciría una modificación de los presupuestos de los que parte esta ponderación. Entonces, la simple probabilidad de lesión de un bien jurídico es algo ajeno a la ponderación que subyace detrás del instituto de la adecuación social, por lo que no puede ser un criterio útil para perfilar los límites de la conducta típica.

2) Por otro lado, *Jakobs y Reyes Alvarado* también han añadido a este criterio de ponderación un ulterior criterio que se basa en la consideración de que si bien es cierto que, en una sociedad de libertades sólo puede generarse la permisión de un riesgo, si el beneficio de la actividad correspondiente tiene una fundamentación plausible para quien potencialmente ha de soportar los costes, lo que no puede hacerse es fundamentarse la libertad de comportamiento a expensas de los demás. Por lo que quienes deben soportar los costes han de tener un carácter anónimo en el momento en el que la actividad tenga lugar¹³⁴. También de forma parecida considera *Kindhäuser* que «en la cuestión de la tolerabilidad de formas de conducta peligrosas, con otras palabras, no deben desempeñar ningún papel peligros concretos para víctimas concretas»¹³⁵. En mi opinión, lo decisivo no es el carácter anónimo de quien ha de soportar los costes de una actividad permitida, sino que lo decisivo son los presupuestos concretos que deben concurrir en la ponderación en función de la cual se valoran una determinada clase de acciones como socialmente adecuadas por ser socialmente útiles. En el ámbito médico-quirúrgico lo relevante es que el paciente de la intervención médico-quirúrgica presente unas determinadas características propias¹³⁶, por las que se autoriza dicha intervención para restablecer su salud.

Por último conviene señalar que en el planteamiento de la ponderación de intereses no es correcta la utilización del criterio de valoración utilidad/dañosidad en la delimitación de lo soportable (atípico) por el orden social¹³⁷ y que da lugar a la adecuación social, porque no se

¹³⁴ Véase JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 2^a ed., 1991, p. 201 [trad. pp. 244 y 245]. Exige también la absoluta indeterminación de las potenciales víctimas REYEZ ALVARADO, *Imputación objetiva*, 1994, p. 92.

¹³⁵ Véase KINDHÄUSER, *GA*, 1994, p. 218.

¹³⁶ Véase HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, 2001, p. 60.

¹³⁷ Por su parte, FRISCH considera que el planteamiento de la ponderación de intereses no debe reducirse a una genérica evaluación de ventajas y desventajas sino que implica determinar en el caso concreto, por un lado, «si la desaprobación de una determinada forma de conducta cargada de riesgo en el marco de la libertad de acción aparece como medio necesario, apropiado o adecuado para la conservación de determinados bienes». Por otro lado, «si parece necesario y adecuado para el poder de validez y la inviolabilidad de la norma reaccionar frente a

contempla la dimensión funcional y dinámica del sistema de los bienes jurídicos, ya que no toda afección de los mismos es considerada perjudicial o dañina¹³⁸. Efectivamente mediante el recurso a este criterio no se valora correctamente la necesidad de la afección del bien jurídico que es consustancial a un orden condicionado socialmente, ya que en este nivel la utilización del bien jurídico reportará un efecto positivo con carácter general en la vida social si se ajusta a la función a la que esté adscrita.

3.5. ¿La valoración del riesgo depende de la estandarización de la situación en la que actúa el sujeto?

Vamos a analizar una interesante posición doctrinal que determina si un riesgo es o no permitido con base en criterios eminentemente normativos que se caracterizan por estandarizar la situación concreta en la que se encuentra el sujeto que actúa en la valoración del riesgo. Los representantes de esta postura son, por un lado, *Paredes Castañón* que se basa en la definición de estas posiciones en la ponderación de intereses; y, por otro lado, *Jakobs* y *Reyes Alvarado*, quienes señalan estos criterios normativos ajenos a la ponderación de intereses o a la figura del hombre prudente.

a) *Paredes Castañón* apunta que dentro de la realidad del tráfico jurídico se identifican una serie de posiciones normativamente caracterizadas que se definen en virtud de las facultades y deberes atribuidos a las mismas por el ordenamiento jurídico. Estas posiciones se caracterizarían socialmente por cumplir con determinadas funciones dentro del sistema social (roles). Por lo cual el contenido del deber de conducta se establece en relación a dichas posiciones jurídicas, y se exige para cada posición jurídica un determinado grado de diligencia que el sujeto ha de ejercitar en el cumplimiento de dicho deber. En la definición de estas posiciones desempeña un papel importante la ponderación de intereses a realizar en dos fases: una primera fase donde se obtendría una definición general del nivel de riesgo permitido; y una segunda fase donde se llega a la definición del grado de diligencia correspondiente al sujeto que ocupe una determinada

las creaciones de riesgos desaprobadas en la presentación de los delitos de resultado con una *pena*». Véase FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten*, 1988, p. 80. Con esta argumentación se ponen de manifiesto dos cuestiones. La primera es que tampoco da criterios *materiales* sino formales, y por ello circulares, para indicar cuándo la creación de un riesgo es desaprobada [también en este sentido REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 1994, p. 109]. La segunda cuestión es que el criterio de desaprobación puramente formal se ofrece desde el sostenimiento de la naturaleza secundaria del Derecho penal. Véase FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten*, 1988, p. 112. Considero que en estos supuestos no puede perderse de vista el carácter valorativo del Derecho penal que se manifiesta precisamente en la función de valoración que se lleva a cabo a través de esta ponderación realizada en el tipo. Véase CEREZO MIR, *Curso*, I, 5^a ed., 1996, pp. 59 y ss.

¹³⁸ Cuando se hace referencia al coste en la determinación del riesgo permitido, en realidad, no se están pensando en casos de menoscabos necesarios en bienes jurídicos para realizar una función social, como se puede contemplar en esta argumentación de CORCOY BIDASOLO, quien afirma que «el coste: qué bien jurídico-penal se está poniendo en situación de desamparo ya sea por el peligro, en sí mismo, o por la probabilidad de lesión –en el mismo sentido, que el principio de proporcionalidad en el estado de necesidad obliga a valorar, como premisa básica, el valor del bien jurídico afectado–»; Véase CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, p. 101.

posición jurídica¹³⁹.

b) *Jakobs* y *Reyes Alvarado* parten de un esquema de interpretación configurado por las expectativas dirigidas al portador de un rol, cuyo concurso es imprescindible para que puedan adquirir un significado socialmente vinculante las acciones individuales¹⁴⁰. El punto nuclear en la exposición de *Jakobs* es la definición del rol en el que la expectativa no se rige «por la individualidad, sino por el estándar que por lo general puede alcanzarse. Por consiguiente se trata de un juicio objetivo, de un juicio del titular de un rol que en el desempeño del mismo puede realizar la actividad de modo socialmente adecuado»¹⁴¹. Para este autor, «el rol del sujeto cuyo juicio resulta determinante ha de obtenerse por medio de una generalización de las facultades de las que disponen las personas de las que se espera que participen en la actividad en cuestión. La base del enjuiciamiento la constituye lo que conoce el titular de dicho rol acerca de la situación correspondiente. Su juicio sobre el proceso, con base en reglas comunicativamente relevantes y no especulativas, es el juicio dominante»¹⁴². Así las expectativas garantizadas jurídicamente sólo se ven defraudadas por una conducta objetivamente peligrosa, sin tener en cuenta los aspectos individuales y, como estas expectativas se dirigen a portadores de un rol, el requisito mínimo de una defraudación es el quebrantamiento de un rol¹⁴³. La propuesta normativa de *Reyes Alvarado* se caracteriza asimismo porque en su opinión «mientras una persona se comporte como de él se espera la sociedad en desarrollo del rol que en un momento determinado esté desempeñando, su conducta carece de interés para el Derecho penal... Lo que debe tenerse en cuenta es que lo que marca el interés del Derecho penal por un determinado comportamiento no es un componente objetivo o subjetivo desde la óptica de las ciencias naturales, sino la ejecución del mismo en la forma como se espera de una persona en desarrollo de determinada actividad social. Lo que en una visión normativista de la teoría del delito debe ser considerado como el aspecto objetivo de la misma, es precisamente el análisis de la conducta del ser humano en cuanto ser social, de tal manera que si ella coincide con las expectativas que se esperan de esa persona en desarrollo de una concreta actividad social, será irrelevante para el Derecho penal»¹⁴⁴.

En definitiva la estandarización del comportamiento aparece, entonces, como un criterio de valoración de la conducta y en función del mismo se determinará cuándo existe un riesgo

¹³⁹ Véase PARADES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, pp. 340 y ss. Frente a esta posición, véanse las críticas de CEREZO MIR, *Curso*. II, 6^a ed., 1998, p. 169, nota 46; SCHILD, «Soziale und rechtliche Verantwortung», *JZ*, 1981, p. 598.

¹⁴⁰ Véase JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996, pp. 97 y 98.

¹⁴¹ Véase JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996, p. 133.

¹⁴² Véase JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996, p. 135.

¹⁴³ Véase JAKOBS, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», 1997, p. 303.

¹⁴⁴ Véase REYES ALVARADO, «La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito», *Revista General de Derecho Penal* (9), 2008, p. 18. Una exposición más amplia de la concepción de este autor está expuesta en su trabajo *Imputación objetiva*, 1994, pp. 113 y ss. Véase también la exposición de ARCE AGGEO, *Sistema del delito. Una visión del Derecho penal desde la teoría de los sistemas y la ontología del lenguaje*, 2006, pp. 292 y ss.

permitido o no permitido. Los problemas en torno a la utilidad de este criterio surgen porque resulta muy discutible que la valoración del riesgo se realice únicamente en función de la estandarización del comportamiento. Este criterio se muestra insuficiente a la hora de valorar la permisión o la prohibición del riesgo porque *no explica con claridad qué circunstancias influyen decisivamente en dicha permisión o prohibición*. Como ya pusieron de manifiesto Peñaranda/Suárez/Cancio es cuestionable que la idea de rol utilizada por *Jakobs* en este ámbito pueda aportar claridad al problema, porque «el rol como mucho es una abreviatura del ciudadano modelo en cada contexto»¹⁴⁵. Lo importante en este ámbito es determinar qué circunstancias influyen en la permisión o en la prohibición de un comportamiento.

El propio *Jakobs* expone un claro ejemplo que nos ilustra sobre la insuficiencia de atender sólo a una estandarización del comportamiento en la valoración de una conducta: «un médico no puede cometer una tentativa de homicidio mediante la inyección de una solución estéril de suero fisiológico mientras *sepa* que es suero fisiológico lo que inyecta, pues forma parte de su rol el conocimiento de la inocuidad de esa sustancia, aunque en el caso concreto se equivoque; por consiguiente actuando en su rol no puede hacerlo con dolo típico, al faltar la representación típicamente relevante de una lesión producida por esa sustancia (estaríamos ante una mera representación putativa)»¹⁴⁶. Ahora bien, ¿no existe dolo típico y por lo tanto tampoco una tentativa porque el médico ha actuado conforme a su rol? *Jakobs* señala que «mientras *sepa* que es suero fisiológico lo que inyecta, pues forma parte de su rol el *conocimiento de la inocuidad* de esta sustancia, aunque en el caso concreto se equivoque». En este supuesto para determinar este “no quebrantamiento del rol de médico” se necesita tener en cuenta esta circunstancia concreta: que el médico sepa que el contenido de la inyección es suero fisiológico. En la valoración de este comportamiento, sin embargo, no se encuentra en primer plano que el médico se comporte conforme a su rol de médico, sino el conocimiento de la inocuidad de la sustancia que inyecta al paciente. Este es el dato que importa para excluir una responsabilidad dolosa. Por otro lado, la base del enjuiciamiento no siempre se constituye por lo que conoce el titular de dicho rol acerca de la situación correspondiente como afirma *Jakobs*. Ya hemos indicado anteriormente que en la valoración de una actuación imprudente el juicio del espectador objetivo tiene una virtualidad constitutiva, esencial para lo injusto, cuando las circunstancias fundamentadoras del peligro típicamente relevante para el bien jurídico que son para él cognoscibles, son desconocidas por el autor. Por esta razón, precisamente, el juicio del espectador objetivo tiene aquí valor fundamentador de lo injusto y de la responsabilidad ya que es la conciencia del peligro que

¹⁴⁵ Véanse PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs», en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 64.

Véanse, además, las críticas de PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, p. 263, nota 29, para quien la idea de una separación absoluta de roles parece excesivamente formalista, y ajena a la realidad del funcionamiento del sistema social, puesto que en éste las normas reguladoras ya tienen en cuenta que los sujetos ostentan necesariamente distintas posiciones jurídicas en el mismo. También CORCOY BIDASOLO califica esta tesis de «excesivamente formal»; véase CORCOY BIDASOLO, «Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva», *ADPCP*, 1996, p. 311. Véase las críticas de PUPPE, *NK*, comentario previo al § 13, n^o 144, 145, 146, 1995, pp. 83 y 84.

¹⁴⁶ Véase JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996, p. 136. Subrayado añadido.

puede aprehenderse con base en lo cognoscible por el espectador objetivo la que hace posible interpretar el hecho como uno penalmente relevante¹⁴⁷. En la valoración de un comportamiento imprudente se encuentra en primer plano la conciencia del peligro que puede aprehenderse con base en lo cognoscible por el espectador objetivo.

3.6. *¿La capacidad individual – excepcional o superior e inferior– influye en la determinación del deber de cuidado?*

Finalmente surge la pregunta de si es necesario incluir en la determinación del deber de cuidado la capacidad individual de la persona que desarrolla una determinada actividad socialmente útil como la actividad médico-quirúrgica curativa. Si repasamos el proceso de determinación del cuidado objetivamente debido que permite establecer las medidas oportunas de cuidado, en función de los resultados lesivos que se quieren evitar y que debe concretarse a partir de la ponderación de intereses que traza el límite de lo soportable (esto es lo atípico) y lo no soportable (esto es lo típico) por el orden social, entre los intereses y circunstancias que intervienen en dicha ponderación no ha aparecido la capacidad individual de la persona que actúa. El resultado de esta ponderación, como se ha expuesto, nos va a establecer la medida objetiva del cuidado, es decir, el límite social de los medios y modos de ejecutar una determinada clase de acciones, en virtud del cual se permite con carácter general el desarrollo de determinadas actividades sociales. En efecto se trata de un límite social y, por lo tanto, objetivo que marca un estándar de comportamiento recíproco¹⁴⁸ en función de la necesidad de protección de los bienes jurídicos, cuando deben involucrarse consustancialmente en la consecución de determinadas utilidades sociales valoradas positivamente. Este límite social no puede variar por el hecho de encontrarnos ante una persona dotada de unas determinadas capacidades superiores o inferiores en la realización de una actividad social¹⁴⁹, ya que si este elemento hubiera de tenerse en cuenta se vería seriamente afectado el funcionamiento de la vida social en la comunidad, basado en el adecuado uso y consumo de bienes jurídicos que configura el orden social. Este propio límite social dicta que si una persona no puede observarlo, debe de abstenerse de actuar en ese campo y si actúa infringe el deber objetivo de cuidado. Esto implica que el médico antes de iniciar un tratamiento médico-quirúrgico debe examinar sus cualidades y el límite de sus posibilidades para llevar a cabo la correspondiente intervención¹⁵⁰. Si, por el contrario, el cirujano que interviene es un médico dotado de capacidades excepcionales por su inteligencia, experiencia y habilidad, que desde un punto de vista subjetivo puede observar un cuidado superior al objetivamente establecido con carácter general, valora ante un paciente que si se le aplica lo dispuesto en la *lex artis* fallecerá, pero estima que tiene posibilidades de salvación si aplica una determinada técnica que dadas sus excepcionales capacidades sólo él puede desarrollar con éxito

¹⁴⁷ Véase *supra*.

¹⁴⁸ Véase HIRSCH, «Sobre lo injusto del delito imprudente», *RDPyCr.* (16), 2005, p. 219.

¹⁴⁹ En relación con los conocimientos superiores del sujeto que actúa deben tenerse en cuenta en el juicio de previsibilidad objetiva, que recordemos es el presupuesto lógico para determinar el cuidado objetivamente debido.

¹⁵⁰ Véanse, JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, p. 50; ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, 1985, p. 74.

y no actúa de ese modo, habrá respetado el límite social y objetivo que marca un estándar de comportamiento recíproco en función de la necesidad de protección de los bienes jurídicos, cuando deben involucrarse consustancialmente en la consecución de determinadas utilidades sociales valoradas positivamente, pero es responsable de un homicidio en comisión por omisión dolosa¹⁵¹, al no haber impedido o evitado en este caso particular el fallecimiento del paciente si tenía realmente esa capacidad.

4. El recurso a la persona inteligente y sensata en la determinación del deber objetivo de cuidado en la actividad médico-quirúrgica

Sin embargo, la *lex artis* no es siempre y en todo caso la única fuente para determinar el cuidado objetivo en la actividad médico-quirúrgica. Como hemos indicado anteriormente, en el desarrollo de las actividades médico-quirúrgicas se pueden presentar situaciones muy diversas y complejas que es necesario determinar, para poder establecer el límite social de los medios y modos de ejecución de una actuación médico-quirúrgica valorada como socialmente útil. En la valoración de estas situaciones hemos partido, en primer lugar, de supuestos semejantes o “típicos” caracterizados porque tienen en común una serie de elementos, factores o circunstancias a partir de los cuales debe establecerse dicho deber objetivo de cuidado, en función de una ponderación de intereses. En tales supuestos el criterio de determinación del deber objetivo de cuidado que alude a la ponderación de intereses es aplicable a estas situaciones típicas, en las que se conocen todos los presupuestos y todas las circunstancias necesarias para llevar a cabo dicha ponderación de intereses de la que surgirá un deber objetivo de cuidado, que en la actividad médico-quirúrgica se contempla en la *lex artis*. Pero, por otro lado, también hay que destacar la existencia de supuestos “atípicos” caracterizados porque alguno de sus elementos, factores o circunstancias se presentan de una forma distinta a los casos “típicos” y para los cuales la *lex artis* no ha descrito un procedimiento de actuación. En tales supuestos la *lex artis* no es válida para determinar el deber objetivo de cuidado¹⁵². Incluso la vinculación al deber objetivo de cuidado en estos casos “atípicos” puede requerir hasta un alejamiento de la *lex artis* generalmente aceptada para los casos “típicos” en función de unas determinadas circunstancias. La pregunta que se plantea es ¿cómo se determina el deber objetivo de cuidado en las mencionadas situaciones “atípicas”?

A mi juicio, en tales situaciones hay que recurrir a la figura de la persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social que se coloca en el lugar del médico para enjuiciar la corrección de la conducta realizada por dicho médico, de manera que *infringirán el cuidado objetivamente debido aquellas acciones de cuya realización se abstendría una persona inteligente y sensata*¹⁵³. Como ha afirmado recientemente *Abraldes*, «desde la finalidad perseguida por el autor,

¹⁵¹ Véase CEREZO MIR, *Curso*. II, 6^a ed., 1998, p. 163. Además como añade este autor, sólo si el cirujano no ha previsto, aunque podía haberlo hecho dada su capacidad excepcional, la complicación mortal o la posibilidad de evitarla, la conducta será impune.

¹⁵² Véanse ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA, «La responsabilidad profesional del médico en el Derecho español», 1993, p. 107.

¹⁵³ Véase la propuesta efectuada por CEREZO MIR, *Curso*. II, 6^a ed., 1998, pp. 168 y 169, quien sigue el modelo original propuesto por WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11^a ed., 1969, pp. 132 y 133; EL MISMO: «Fahrlässigkeit und

corresponde determinar si el hombre inteligente y sensato se hubiera abstenido de la conducta modal desarrollada, en cuyo caso corresponderá afirmar la desatención del cuidado objetivo exigido para esa situación». El método propuesto «se ajusta de mejor modo al propósito inspirador de su creación, por cuanto evidencia que en toda posición concreta existen, frecuentemente, diversas modalidades de actuación cuidadosa»¹⁵⁴. En esta valoración la figura de la persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social también debe aprehender las valoraciones extrasistemáticas de la conducta como las proporcionadas por el criterio de la adecuación social y que se centran en la situación de absoluta necesidad en la que para el logro de la utilidad social que consiste en mejorar o restablecer la salud de un paciente, determinados bienes jurídicos como la vida, la salud y la integridad corporal se encuentran involucrados de un modo consustancial en la realización de una intervención médico-quirúrgica en esa situación atípica. Estas valoraciones extrasistemáticas deben tenerse en cuenta no sólo en las situaciones típicas, sino además en las situaciones atípicas en las que sobreviene alguna circunstancia distinta de las que configuran una situación típica inicial. Seguidamente dicha figura también tiene que determinar si la acción concreta desarrollada se adecua al límite objetivo al que han de ajustarse tanto los medios utilizados como los modos de ejecución de la acción finalista, en función de los resultados objetivamente previsibles típicos de dicha acción y en función del resultado de la ponderación de intereses en torno a la utilidad social de la actividad médico-quirúrgica y al desvalor de los riesgos de la misma vinculados a la necesidad de su realización en el nuevo caso concreto. Si la persona inteligente y sensata no se habría abstenido de realizar dicha intervención en el caso concreto, la acción médico-quirúrgica realizada no infringirá, por tanto, el cuidado objetivamente debido.

El criterio de determinación del cuidado objetivamente debido en estas situaciones atípicas y que se centra en la valoración efectuada por una persona inteligente y sensata no es incompatible con el criterio de determinación del deber objetivo de cuidado que alude a la ponderación de intereses expuesta, porque una persona inteligente y sensata no se abstendría de realizar una acción determinada que, según la ponderación de todos los intereses y circunstancias que concurren comúnmente en las situaciones típicas, sea considerada socialmente útil y correcta con carácter general en la *lex artis*. Nos encontramos ante dos criterios complementarios¹⁵⁵, que sirven

Verkehrsdelikte», *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, p. 326. ROMEO CASABONA, «La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional», 2005, p. 211 utiliza la expresión “profesional prudente”. Sin embargo, como ha indicado convincentemente ABRALDES si en la determinación del cuidado objetivamente debido se utiliza la figura del hombre prudente o respetuoso del Derecho se incurre en una repetición de principios: «podría alegarse que puede verse en la prudencia una alusión al cuidado debido, y con ello se estaría razonando en círculo: respetaría el cuidado debido un hombre prudente, cuya caracterización de prudente respondería, precisamente, a la observancia del cuidado debido. Es por ello que el sector de la doctrina propulsor de este modelo ha encontrado, acertadamente en mi opinión, un criterio fundamental delimitado por estas dos pautas, cuales son la inteligencia y sensatez»; véase ABRALDES, *El principio de confianza. Parámetro para la determinación del cuidado objetivamente debido*, 2005, pp. 132 y 133.

¹⁵⁴ Véase ABRALDES, *El principio de confianza. Parámetro para la determinación del cuidado objetivamente debido*, 2005, p. 135.

¹⁵⁵ GIL GIL, sin embargo, concluye que son un mismo criterio cuando indica que «el resultado de esta ponderación es lo que conocemos por “lo que haría el hombre inteligente y sensato de la misma profesión u oficio” que en

para determinar el cuidado objetivamente debido en situaciones diversas: el criterio que alude a la ponderación de intereses se centra en los denominados casos semejantes o típicos, que tienen en común una serie de elementos a partir de los cuales debe establecerse dicho deber objetivo de cuidado. Sin embargo, el criterio que alude a la persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social debe utilizarse en dicha determinación en otro tipo de situaciones como, por ejemplo, en los supuestos atípicos, es decir, en aquellos en los que alguno de sus elementos, factores o circunstancias se presentan de una forma distinta a los casos típicos y para los cuales la *lex artis* no ha descrito un procedimiento de actuación.

5. La infracción del deber objetivo de cuidado en el delito imprudente

Como hemos expuesto con anterioridad, el deber objetivo de cuidado prescribe el límite social de los medios y modos de ejecutar una clase determinada clase de acciones finalistas, por el que ha de discurrir la acción necesaria para conseguir la utilidad social de ciertas actividades y evitar así unos perjuicios innecesarios en el bien jurídico involucrado en la ponderación que traza el límite entre lo soportable y lo no soportable por el orden social, o en otros bienes jurídicos. Cuando estamos en presencia de una acción que ha quedado excluida del tipo en el indicado nivel de la ponderación que traza el límite entre lo soportable y lo no soportable por el orden social, el deber objetivo de cuidado pretende mantener el ejercicio de esta acción dentro de los límites en que es atípica y, además, advierte que si tales límites son superados, esta acción penetrará en la esfera de lo no soportable por el orden social. Este deber objetivo de cuidado que estamos examinando está situado en el ordenamiento jurídico general y, por ello, la infracción del cuidado objetivamente debido da lugar a la antijuridicidad de la acción¹⁵⁶. Este criterio de la infracción del cuidado objetivamente debido puede aplicarse, entonces, a cualquier acción contraria al ordenamiento jurídico¹⁵⁷. Sin embargo, la antijuridicidad de una conducta, por sí sola, no nos da información acerca de la tipicidad del comportamiento ya que esta infracción del cuidado objetivamente debido indica que dicho comportamiento está en contradicción con la totalidad del ordenamiento jurídico, pero no significa aún que sea jurídico-penalmente relevante. Dada la complejidad del sistema del deber objetivo de cuidado y dado que toda acción mediante la que se participa en las relaciones sociales está sometida a tal deber de cuidado, parece obvio que no sería conforme con los principios político-criminales de intervención mínima, de *ultima ratio* y de fragmentariedad del Derecho penal la atribución de relevancia penal a toda acción contraria a

realidad se refiere al hombre inteligente y sensato que emprende esa concreta actividad y que en cada situación de la misma respeta todas las normas objetivas de cuidado que la regulan». Véase GIL GIL, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, 2007, pp. 281 y 282.

¹⁵⁶ Así ya desde un punto de vista histórico concibieron la observancia del cuidado objetivamente debido como una causa de justificación, MAYER, *Strafrecht. AT*, 1953, pp. 186 y 187; originariamente ENGISCH, *Untersuchungen*, 1930, p. 278, aunque después abandona su concepción del riesgo permitido como causa de justificación y la traslada al ámbito de la tipicidad; véase, EL MISMO, «Der Unrechtstatbestand im Strafrecht», en CAEMMERER, *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages*, 1960, p. 417, nota 42 y 418; EL MISMO, *Die Idee der Konkretisierung*, 1953, pp. 278 y 279. Véanse además los numerosos autores citados por GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, 1990, p. 62.

¹⁵⁷ Véase GRACIA MARTÍN, *Comentarios*, p. 58.

cuidado de la que, además, se derive la lesión de un bien jurídico. En efecto, la antijuridicidad de una conducta sólo tiene relevancia jurídico penal si ha sido objeto de selección por el tipo como injusto penal específico, y para que a una conducta se le atribuya la cualidad de una conducta típica en el delito imprudente son necesarios ulteriores criterios de imputación de responsabilidad. Por esta razón en el delito imprudente la infracción del cuidado objetivamente debido es sólo el primer elemento de la tipicidad y como no es suficiente para distinguir lo ilícito penal de lo ilícito de otros sectores del ordenamiento jurídico, son necesarios, además, posteriores criterios de imputación de responsabilidad por un delito imprudente, en concreto, que el resultado sea consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido y que pertenezca a la clase de resultados que pretendía evitar la norma de cuidado infringida¹⁵⁸.

6. Bibliografía

ABRALDES (2005), «La acción finalista: base insustituible del cuidado objetivamente debido», en HIRSCH/CEREZO/DONNA (dirs.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, pp. 313 y ss.

- (2009) *El principio de confianza. Parámetro para la determinación del cuidado objetivamente debido*, Tesis Doctoral inédita.

ARCE AGGEO (2006), *Sistema del delito. Una visión del Derecho penal desde la teoría de los sistemas y la ontología del lenguaje*, Editorial Universidad, Buenos Aires.

BACIGALUPO ZAPATER (1997), *Principios de derecho penal. Parte general*. Akal/Iure, 4^a ed., Madrid.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (1982), *El delito de lesiones*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982.

BLANCO CORDERO (1997), «Relevancia penal de la omisión o del exceso de información médica terapéutica», *Actualidad Penal*, pp. 575 y ss.

BOCKELMANN (1968), *Strafrecht des Arztes*, Georg Thieme Verlag, Stuttgart, 1968.

BURGSTALLER (1974), *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrsachen*.

BURKHARDT (1996), «Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung-Zugleich ein Beitrag wider die "Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven"-», en WOLTER/FREUND (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, pp. 99 y ss.

CASTALDO (1997), «La concreción del «riesgo jurídicamente relevante», en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, J. M^a Bosch editor, Barcelona,

¹⁵⁸ Véase CEREZO MIR: *Curso*, II, 6^a ed., 1998, pp. 160 y ss., con referencias bibliográficas. Véase también un análisis de estos criterios y otros propuestos por la doctrina en el marco de la teoría de la imputación objetiva del resultado, en el trabajo de ROMEO CASABONA: «La imputación objetiva del resultado y la responsabilidad penal médico-sanitaria», texto inédito.

pp. 233 y ss.

CEREZO MIR (1996), *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. I, Introducción*, 5^a ed., Ed. Tecnos, Madrid.

- (1998), *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. II, Teoría jurídica del delito*. 6^a ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1998.

- (1964), *Notas a su traducción de WELZEL, El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 4^a ed., Ediciones Ariel, Barcelona.

COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN (1999), *Derecho penal, Parte General*, 5^a ed. conforme al Código penal de 1995, Tirant lo blanch, Valencia.

CORCOY BIDASOLO (1989), *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. PPU, Barcelona.

- (1996), «Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva», *ADPCP*, pp. 289 y ss.

- (1999), «Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», en CEREZO MIR ET AL. (eds.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al profesor doctor Don Ángel Torío López*, Editorial Comares, Granada, pp. 261 y ss.

- (1999), *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Tirant lo blanch, Valencia.

DE VICENTE REMESAL/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «El médico ante el Derecho penal: consideraciones sobre la imprudencia profesional, inhabilitación profesional y el trabajo en equipo», en PÉREZ ÁLVAREZ (ed.), *Universitas vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, p. 154 y ss..

DÍEZ RIPOLLÉS (1997), «Títulos I a VI y faltas correspondientes», en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (coords.), *Comentarios al Código penal, Parte Especial, I*, Tirant lo blanch, Valencia.

DÖLLING (2007), «Soziale Adäquanz und soziale Systeme», en DANNECKER/LANGER/RANFT/SCHMITZ/BRAMMSEN (Hrsg.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Carl Heymanns Verlag, München, pp. 219 y ss.

DONATSCH (1987), *Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt*, Schulthess Polygraph. Verl., Zürich.

DUTGGE (2001), *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Mohr Siebeck, Tübingen.

- (2003), «§§ 1-51 StGB» en JOECKS/MIEBACH (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I*, Verlag C. H. Beck München.

ENGISCH (1930), *Untersuchungen über Vorsatz und Fährlässigkeit im Strafrecht*. Berlin 1930. Nueva impresión en Aalen 1964.

- *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Carl Winter,

Universitätsverlag, Heidelberg, 1953.

- (1960), «Der Unrechtstatbestand im Strafrecht», en CAEMMERER (Hrsg.), *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages*, Mueller, Karlsruhe, tomo I, pp. 401-437.

ESER (1985), «Medizin und Strafrecht: Eine schutzgutorientierte Problemübersicht», *ZStW* (97), pp. 1 y ss.

- (2006), en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27^a ed., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2006.

FEIJÓO SÁNCHEZ (2000), «El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas», *RDPyCr.*, número extraordinario 1.º, pp. 93 y ss.

- (2001), *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del "fin de protección de la norma de cuidado"*, J. M^a Bosch, Barcelona.

FIORE (1966), *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Morano Editore, Napoli.

FRISCH (1973), *Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, Duncker & Humblot, Berlin.

- (1988), *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg.

- (1983), *Vorsatz und Risiko*, Carl Heymanns Verlag, Köln.

GALLAS (1955), «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen», *ZStW* (67), pp. 1 y ss.

GARCÍA RIVAS (1999), «La imprudencia "profesional": Una especie a extinguir», en CEREZO MIR ET AL. (eds.) *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al profesor doctor Don Ángel Torío López*, Editorial Comares, Granada, pp. 369 y ss.

GIL GIL (2007), *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Atelier, Barcelona.

GIMBERNAT ORDEIG (1990), *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

- (1999), «Recensión al libro de Cerezo Mir, J.: Curso de Derecho penal español, Parte General, vol. I, Introducción, 5^a ed., Tecnos, Madrid, 1996; vol. II, Teoría jurídica del delito, 6^a ed., Tecnos, Madrid, 1998», *RDPyCr.*, n^o 3, pp. 391 y ss.

GÓMEZ BENÍTEZ (1980), *El ejercicio legítimo del cargo. Discrecionalidad administrativa y error en Derecho penal*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones, Madrid.

- (1983), «Sobre la teoría del bien jurídico. (Aproximación al ilícito penal)», *RFDUCM*, n^o 69, pp. 85 y ss.

GÓMEZ RIVERO (2008), *La responsabilidad penal del médico*, 2^a ed., Tirant lo blanch, Valencia.

GRACIA MARTÍN (1985), *El actuar en lugar de otro en Derecho penal. I. Teoría general*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza.

- (1994), «Política criminal y dogmática jurídica del Proceso de Reforma Penal en España (y II)», *AP*, nº 18/2, pp. 345 y ss.
- (1996), «El "iter criminis" en el Código penal español de 1995», en DÍEZ RIPOLLÉS (dir.), *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, pp. 259 y ss.
- (1997), DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (coord.), *Comentarios al Código penal, Parte Especial, I, Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant lo blanch, Valencia.
- (2000), «Recensión al libro de Luzón Peña, Diego-Manuel, Curso de Derecho penal, Parte General, I. Ed. Universitas, S. A., Madrid, 1996», *RDPyCr.*, nº 5, pp. 363 y ss.
- (2004), «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito», *RECPC* 06-07, pp. 1 y ss.
- (2006), *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona.
- (2008), «Zur Struktur von "sozialadäquaten Handlungen" und ihre sachlogische Eingliederung im Verbrechensaufbau», en SIEBER/DANNECKER/KINDHÄUSER/VOGEL/WALTER (Hrsg.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen –*, *Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag, pp. 205 y ss.

HAVA GARCÍA (2001), *La imprudencia médica*, Tirant lo blanch, Valencia.

- (2002), *La imprudencia inconsciente*, Comares, Granada.

HIRSCH (1962), «Soziale Adäquanz und Unrechtslehre», *ZStW* (74), pp. 78 y ss.

- (1998), «Zur Lehre von der objektiven Zurechnung», en ESER/SCHITTENHELM/SCHUMANN (Hrsg.), *Festschrift für T. Lenckner zum 70. Geburtstag*, C. H. B. Verlagsbuchhandlung, München, pp. 119 y ss.
- (2005), «Sobre lo injusto del delito imprudente», *RDPyCr.*, nº. 16, pp. 207 y ss.

HUERTA TOCILDO (1983), *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Tecnos, Madrid.

JAKOBS (1972), *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Walter de Gruyter, Berlin.

- (1991), *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York. [Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción De J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, 1995].
- (1996), *La imputación objetiva en derecho penal*, (Trad. Manuel Cancio Meliá), Civitas, Madrid.
- (1997), «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, (Trad. E. Peñaranda Ramos), Ed. Civitas, pp. 293 y ss.

JESCHECK/WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5^a ed., Duncker-Humblot, Berlín.

JORGE BARREIRO (1990), *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Tecnos, Madrid.

- (1995), «Nuevos aspectos de la imprudencia jurídico-penal en la actividad médica: La culpa en el equipo médico-quirúrgico», en *Responsabilidad del personal sanitario: actas del seminario conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994*, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, pp. 361 y ss.

JUNG (1985), «Außenseitermethoden und strafrechtliche Haftung», *ZStW* (97), pp. 47 y ss.

Armin KAUFMANN (1954), *Lebendiges und Totes in Bindinds Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen.

KIENAPFEL (1966), *Das erlaubte Risiko im Strafrecht*, Klostermann, Frankfurt am Main.

KINDHÄUSER (1985), «Anmerkung zum Urteil des OLG Karlsruhe von 20.11.1984, Karlsruhe», *JR*, pp. 479 y ss.

- (1994), «Erlaubtes Risiko und Sorgfaltwidrigkeit», *GA*, pp. 197 y ss.

KLUG (1961), «Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem», en BOCKELMANN (Hrsg.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Vandenhoeck-Ruprecht, pp. 249 y ss.

KUHLEN (1989), *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaft*, Heidelberg.

LUZÓN PEÑA (1995), «Causas de atipicidad y causas de justificación», en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, pp. 21 y ss.

- (1996), *Curso de Derecho penal. Parte General*, I. Ed. Universitas, S.A., Madrid.

MAIWALD (1985), «Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs "erlaubtes Risiko" für die Strafrechtssystematik», en VOGLER/HERMANN (Hrsg.), *Festschrift für H. H. Jescheck zum 70 Geburtstag*, Duncker & Humblot, pp. 408 y ss.

MARAVER GÓMEZ (2009), *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Civitas, Madrid.

MARTÍNEZ ESCAMILLA (1992), *La imputación objetiva del resultado*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, Madrid.

MAYER (1953), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Kohlhammer, Stuttgart-Köln 1953 y Stuttgart et al. 1967.

MIR PUIG (2008), *Derecho Penal, Parte General*, 8^a ed., Editorial Reppertor, Barcelona.

MÜNZBERG (1966), *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Juristische Abhandlungen, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (2007), *Derecho Penal, Parte General*, 7^a ed., Tirant lo blanch,

Valencia.

NIESE (1954), *Streik und Strafrecht*, Mohr, Tübingen.

PAREDES CASTAÑÓN (1995), *El riesgo permitido en Derecho penal. (Régimen jurídico penal de las actividades peligrosas)*, Ministerio de Justicia e Interior. Secretaría General Técnica. Centro de publicaciones, Madrid.

PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ (1997), «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs», en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Ed. Civitas, Madrid.

PEÑARANDA RAMOS (2003), en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho penal, (Parte Especial), Volumen I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

PREUß (1974), *Untersuchungen zum erlaubten Risiko*, Duncker & Humblot, Berlin.

PUPPE (1982), «Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung - Anmerkung BGH, NJW 1982, 292», *JuS*, 1982, p. 663

- (1995), en NEUMANN (Gesamtred.), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1^a ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.

- (2007), «La justificación de la intervención médica curativa», *InDret* (1), Barcelona (www.indret.com).

REGIS PRADO/MENDES DE CARVALHO (2007), *Teorías de la imputación objetiva del resultado. Una aproximación crítica a sus fundamentos*, Ara Editores, 1^a ed., Perú.

REYES ALVARADO (1994), *Imputación objetiva*, Ed. Temis, S. A. Santa Fé de Bogotá, Colombia.

- (2008), Y.: «La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito», *Revista General de Derecho Penal*, n^o. 9, pp. 1 y ss.

ROMEO CASABONA (1981), *El médico y el Derecho penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona.

- (1985), *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Secretaría General Técnica, Servicio de publicaciones, Madrid.

- (2005), «La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional», en EL MISMO, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*, Comares, Granada, pp. 197 y ss.

- (2005), «Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas», en EL MISMO, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*, Comares, Granada, pp. 171 y ss.

- (inédito), «La imputación objetiva del resultado y la responsabilidad penal médico-sanitaria».

ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA (1993), «La responsabilidad profesional del médico en el Derecho español», en ROMEO CASABONA (ed.), *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales, XXII^o Coloquio de Derecho Europeo*, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, pp. 99 y ss.

ROXIN (2006), *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I. Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4^a ed., C. H. Beck, München.

RUDOLPHI (1995), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1, Allgemeiner Teil*, 6^a ed., A. Metzner Verlag, Frankfurt am Main.

RUEDA MARTÍN (2001), *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, J. M^a Bosch, Universidad Externado de Colombia, Barcelona.

- (2008), «Análisis de la moderna teoría de la imputación objetiva en el delito doloso desde la perspectiva crítica del finalismo», *Cuestiones actuales del sistema penal. Crisis y desafíos*, Ara Editores, Perú, pp. 237 y ss.

SACHER (2005), «¿Rasgos normativos en la teoría de la adecuación social de Welzel?», en HIRSCH/CEREZO/DONNA (dirs.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, pp. 573 y ss.

- (2006), *Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand*, Duncker & Humblot, Berlin.

SÁNCHEZ LÁZARO (2005), «Hacia la superación de la teoría de la imputación objetiva del resultado. Traducción de una concepción personal de lo injusto en términos de imputación», *ADPCP*, pp. 421 y ss.

SANCINETTI (1995), *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Temis, Santa Fe de Bogotá - Colombia.

- (1996), *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.

SCHILD (1980), «Soziale und rechtliche Verantwortung», *JZ*, p. 597 y ss.

SCHÜNEMANN (1975), «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit- und Gefährdungsdelikte», *JA*, pp. 435 y ss., 511 y ss., 575 y ss., 647 y ss., 715 y ss., 787 y ss.

SILVA SÁNCHEZ (1999), *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, J. M. Bosch Editor, Barcelona.

STRATENWERTH/KUHLEN (2004), *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, 5^a ed., Carl Heymanns Verlag, München.

STRUENSEE (1987), *Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts*, *JZ*, pp. 53 y ss.

- (1990), *Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität*, *ZSTW* (102), [Dolo de causar y causalidad putativa, *ADPCP*, 1990, pp. 933 y ss. Traducción de J. L. Serrano González de Murillo].

VILLACAMPA ESTIARTE (2003), *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

WELZEL (1939), «Studien zum System des Strafrechts», *ZStW* (58), pp. 491 y ss.

- (1956-69), *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*. Walter de Gruyter & Co. Berlin, 5^a ed. (1956)-11^o (1969).

- (1964), *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 4^a ed., Traducido por J. Cerezo Mir. Ediciones Ariel. Barcelona.

- (1975), «Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte», *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin, pp. 315 y ss.

WOLTER (1977), «Adäquanz- und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektive Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeit», *GA*, pp. 257 y ss.

- (1981), *Objektive und personale Zurechnung, von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionale Straftatsystem*, Duncker & Humblot, Berlin.

- (1994), «La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal», en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal. Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho penal en homenaje al Profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor "Honoris Causa" por la Universidad Complutense de Madrid*. Centro de Estudios Judiciales. Madrid, pp. 65 y ss.

- (1999), «Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad», LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (dirs.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Mc Graw Hill, Madrid, pp. 1 y ss.

ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR (2002), *Derecho Penal, Parte General*, 2^a ed., EDIAR, Buenos Aires-Argentina.

ZIELINSKI (1990), «§§ 1-21» en WASSERMANN (Gesamthrg.), *Reihe Alternativkommentare. Kommentar zum Strafgesetzbuch in Lieferungen*, Band 1, Luchterhand, Bonn.

Tabla de sentencias citadas

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 1 ^a , 7.6.1994	RJ 4897	Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa
STS, 2 ^a , 18.1.1995	RJ 136	Excmo. Sr. Joaquín Delgado García
STS, 2 ^a , 23.5.1996	RJ 4555	Excmo. Sr. José Augusto de Vega Ruiz
STS, 2 ^a , 3.10.1997	RJ 7169	Excmo. Sr. Roberto García-Calvo y Montiel
STS, 2 ^a , 25.5.1999	RJ 5253	Excmo. Sr. Joaquín Martín Canivell
STS, 2 ^a , 26.2.2001	RJ 1340	Excmo. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo
STS, 2 ^a , 5.9.2001	RJ 8340	Excmo. Sr. Joaquín Delgado García
STS, 2 ^a , 29.11.2001	RJ 1787	Excmo. Sr. José Aparicio Calvo-Rubio
AAP, Secc. 1 ^a , 12.11.2008	RJ 202454	Ilmo. Sr. Lorenzo del Río Fernández