



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**La responsabilidad penal de los especialistas  
médico-quirúrgicos: Análisis de las  
negligencias médicas en Derecho Penal  
Español**

Autor: Pedro López Vázquez de Parga  
5º E-5, Derecho y Relaciones Internacionales  
Derecho Penal  
Tutor: Alberto Rodríguez-Mourullo Otero

Madrid  
Abril 2022

A mis padres, los dos mejores cirujanos que conozco

**Resumen:**

La medicina es una ciencia inexacta y fortuita que avanza vertiginosamente. El Derecho penal ha de intervenir con carácter fragmentario, solo penando aquellas conductas graves, realizadas por los profesionales médico-quirúrgicos, que constituyan un considerable desvalor de la acción. La jurisprudencia y la doctrina han analizado el delito imprudente, proponiendo soluciones tanto a su configuración, como al contenido de sus elementos esenciales. Este trabajo propone un modelo típico heterodoxo para la responsabilidad penal por delitos imprudentes, el cual pretende resolver las cuestiones irresueltas discutidas hasta el momento. En primer lugar, se analiza el deber de cuidado, tanto su definición como contenido y naturaleza, por ser el elemento central del delito imprudente. Posteriormente, se concreta este deber de cuidado en la profesión médico-quirúrgica; se explica así el contenido y valor jurídico-penal de la *lex artis*, así como nuevas terminologías como la *lex artis ad hoc*. Del mismo modo, se analiza el compartimento de la culpabilidad en el delito imprudente y la necesidad de un elemento intelectual como de uno volitivo para calificar una conducta como imprudente. Por último, se analiza la problemática de la reciente clasificación tripartita del delito imprudente (leve, menos grave y grave).

**Palabras clave:**

Imprudencia médica, intervención médica, deber de cuidado, Derecho penal, *lex artis*, riesgo.

**Abstract:**

Medicine is an inexact and fortuitous science undergoing rapid progress. Criminal law must intervene in a fragmentary manner, only penalising those serious conducts carried out by medical-surgical professionals that constitute a considerable disvalue deed. Jurisprudence and doctrine have analysed the imprudent offence, proposing solutions both to its configuration and to the content of its essential elements. This paper proposes a heterodox typical model for criminal liability for negligent offences, which aims to resolve the open questions discussed to date. Firstly, the duty of care is analysed, both in terms of its definition and its content and nature, as it is the central element of the imprudent offence. Subsequently, this duty of care is applied to the medical-surgical profession, explaining the content and legal-penal value of the *lex artis*, as well as emerging terminologies such as the *lex artis ad hoc*. Likewise, an analysis is made of the compartment of culpability in the imprudent offence and the need for an intellectual element as well as a volitional one in order to classify conduct as imprudent. Finally, the problematic of the recent tripartite classification of negligent offences (minor, less serious and serious) is analysed.

**Keywords:**

Medical malpractice, medical intervention, duty of care, Criminal Law, *lex artis*, risk.

## Índice

<b>CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>5</b>
1. OBJETO E INTERÉS.....	5
2. OBJETIVOS .....	6
3. METODOLOGÍA.....	7
4. PLAN DE EXPOSICIÓN .....	7
<b>CAPÍTULO 2: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA IMPRUDENCIA MÉDICA EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL</b> .....	<b>8</b>
1. LOS COMIENZOS DE LA RELACIÓN MEDICINA Y DERECHO.....	8
1. REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD MÉDICO-QUIRÚRGICA EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL.....	10
<b>1.1. La actividad médico-quirúrgica en el Código Penal</b> .....	10
<b>1.2. La imprudencia profesional</b> .....	11
1.2.1. <i>Antecedentes legislativos</i> .....	11
1.2.2. <i>Naturaleza</i> .....	12
<b>CAPÍTULO 3: APROXIMACIONES DOCTRINALES AL DELITO IMPRUDENTE EN EL ÁMBITO MÉDICO-QUIRÚRGICO</b> .....	<b>14</b>
<b>CAPÍTULO 4: ESTRUCTURA DEL DELITO IMPRUDENTE EN LAS NEGLIGENCIAS MÉDICAS</b> .....	<b>19</b>
1. INJUSTO PENAL .....	19
<b>1.1. Delitos imprudentes relevantes para las profesiones médico-quirúrgicas</b> ....	19
<b>1.2. Infracción del deber de cuidado</b> .....	20
1.2.1. <i>Concepto</i> .....	20
1.2.2. <i>Fuentes del deber de cuidado: valor jurídico-penal de las normas extrapenales</i> .....	21
a. Valor jurídico-penal .....	22
b. Toma de postura.....	23
1.2.3. <i>Deber objetivo o subjetivo de cuidado</i> .....	24
a. Valoración crítica de las posturas objetivas y subjetivas.....	25

b. Posturas intermedias .....	29
c. Toma de postura.....	31
<b>1.3. Lex artis .....</b>	<b>33</b>
1.3.1. Concepto .....	33
1.3.2. La libertad de método .....	35
1.3.3. Valor jurídico-penal.....	37
<b>1.4. Imputación objetiva .....</b>	<b>39</b>
1.4.1. Toma de posición .....	40
2. CULPABILIDAD .....	41
3. GRADUACIÓN DE LA IMPRUDENCIA .....	43
<b>CAPÍTULO 5: CONCLUSIONES .....</b>	<b>44</b>

**Listado de Abreviaturas:**

<b>CP:</b>	Código Penal.
<b>DRAE:</b>	Diccionario de la Real Academia.
<b>Pte:</b>	Ponente.
<b>RJ:</b>	Número Registro base de datos Aranzadi.
<b>ROJ:</b>	Número Registro base de datos CENDOJ.
<b>STC:</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional.
<b>STS:</b>	Sentencia del Tribunal Supremo.
<b>TC:</b>	Tribunal Constitucional.
<b>TS:</b>	Tribunal Supremo.

## CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN

### 1. OBJETO E INTERÉS

La creciente complejidad tecnológica y técnica de las actividades humanas ha obligado al Legislador a ampliar la protección de determinados bienes jurídicos como la vida y la integridad física, no solo pensando su lesión sino también su puesta en peligro<sup>1</sup>. Por ello, las sociedades actuales establecen una serie de pautas de cuidado que pretenden limitar los resultados lesivos sobre estos bienes jurídicos. De este modo, la incriminación de conductas imprudentes jugaría – siguiendo el argumento – un papel esencial en la prevención (y, en su caso, la sanción) de los incumplimientos más graves de las citadas reglas y deberes<sup>2</sup>.

Las denuncias por presuntas imprudencias médicas con resultados lesivos para el paciente han aumentado de manera progresiva en el orden penal. La profesión médica ha evolucionado desde una posición omnipotente, infalible y, sobre todo, “incuestionable” a una posición crítica, donde el paciente exige una creciente calidad de los servicios médicos. Del mismo modo, el CP actual tipifica como delitos imprudentes conductas que tienen una especial incidencia en el ámbito sanitario<sup>3</sup>. Este escenario fáctico y legal ha provocado una incertidumbre entre los profesionales médicos que se ha originado en la adopción de medidas preventivo-asegurativas como la medicina defensiva, lo que puede provocar una “paralización” del desarrollo y progreso en este campo de la ciencia<sup>4</sup>.

Esta problemática justifica la realización de la este trabajo, donde se analizan y valoran las actividades de profesionales médico-quirúrgicos en aquellos casos que puedan presentar una relevancia jurídico-penal, principalmente, a través de conductas imprudentes. La verificación del estado de la cuestión de la responsabilidad penal en este tipo de conductas es necesaria para poder individualizar acciones concretas de esta área de actividad. Esta cuestión no es baladí dado que ciertos elementos del delito imprudente como la infracción del deber de cuidado revisten una especial dificultad en la profesión médica, por ser una práctica

---

<sup>1</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. *Responsabilidad penal en el ejercicio de las actividades médico-sanitarias. Criterios para delimitar la responsabilidad penal en supuestos de intervención conjunta de los profesionales sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 22.

<sup>2</sup> OBREGÓN GARCÍA, A. y GÓMEZ LANZ, J. *DERECHO PENAL. PARTE GENERAL: ELEMENTOS BÁSICOS DE TEORÍA DEL DELITO*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 267.

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. *op. cit.*, p. 29.

<sup>4</sup> ROMEO CASABONA, C.M. *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal*. Comares, Bilbao-Granada, 2020, p. 74.



caracterizada por lo imprevisible y lo fortuito. Es imperante una correcta diferenciación entre las conductas antijurídicas y aquellas que son fruto de lo imprevisible y trágico derivado de las negligencias negligente proceder médico-quirúrgico (v.gr. las transfusiones de sangre contaminada o los esperpénticos errores de diagnóstico).

## 2. OBJETIVOS

Pese a su carácter excepcional, la imprudencia ha adquirido una considerable importancia en el Derecho Penal contemporáneo. Así, autores como ROXIN hablan de un incremento enorme en la preocupación por este tipo de delitos, “a menudo desatendido antiguamente”<sup>5</sup>. La figura del dolo suele ser relegada a un papel secundario (respecto al dolo) en la Teoría Jurídica del Delito, tanto en las concepciones clásicas como en las personales del injusto. La imprevisibilidad de la ciencia médica ha generado, más concretamente, que la delimitación de la responsabilidad penal del profesional médico-quirúrgico ha sido una cuestión relevante doctrinal en los últimos años. Las teorías divergentes o ambiguas y las sentencias del Tribunal Supremo, en ocasiones contradictorias, han dificultado la identificación y el diseño de un modelo que permita profundizar en los elementos para la delimitación de la responsabilidad penal del profesional médico-quirúrgico y uniformizar la jurisprudencia del Alto Tribunal.

Esta investigación pretende repasar las teorías precedentes sobre la imprudencia, centrándose en las negligencias médicas, para intentar definir su naturaleza jurídica en virtud de lo expuesto en el CP y en la jurisprudencia y ofrecer una concepción más clara del “deber de cuidado” en la praxis médica como núcleo central de la imprudencia. Asimismo, es necesario analizar el término *lex artis* y su vinculación al deber de cuidado. Así, para determinar la adecuación de la conducta de un profesional médico al riesgo permitido es necesario determinar si se ha respetado la *lex artis*, a pesar de que la tendencia es a una *lex artis ad-hoc*, debido a la variabilidad y continúa reforma de la ciencia de estudio<sup>6</sup>.

Por otro lado, el Código penal de 1995 (LO 10/2005 de 23 de noviembre) incorporó el sistema de *numerus clausus* (esto es, de tipificación cerrada y excepcional), favoreciendo el principio de legalidad, con un mejor ajuste al carácter fragmentario del Derecho penal y al principio de *ultima ratio*, a diferencia de anteriores legislaciones penales que acudían al sistema

---

<sup>5</sup> OBREGÓN GARCÍA, A. y GÓMEZ LANZ, J., *op. cit* p. 262.

<sup>6</sup> LUZÓN PEÑA, D.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3a edición, Valencia. 2016, p. 283.

de incriminación genérica de la imprudencia (*numerus apertus o crimen culpae*), v.gr. el art. 565 del CP 1973, a tenor del cual todos los delitos podían ser potencialmente cometidos con dolo o imprudencia<sup>7</sup>. La Ley Orgánica 1/2015 del 30 de marzo, aporta una nueva clasificación de las infracciones criminales en delitos graves, menos graves y leves, lo que supone la desaparición de las faltas, y, del mismo modo, añade la imprudencia menos grave, suprimiendo los delitos por imprudencia leve<sup>8</sup>. Esta clasificación ha dificultado más la labor del juzgador en la delimitación de la frontera entre imprudencia grave y menos grave, al no proporcionar criterio alguno para su distinción, problemas que ya eran evidentes en la distinción anterior entre imprudencia grave y leve.

### 3. METODOLOGÍA

El método empleado en esta investigación será el método cualitativo. Así las cosas, este método permite desarrollar preguntas e hipótesis a lo largo de la recolección y análisis de datos. Estas actividades permiten descubrir las preguntas más importantes a tratar y, así, poder refinarlas y responderlas conforme avanza el proceso. De esta forma, nos encontramos con una acción indagatoria dinámica y doble, que se mueve en ambos sentidos, donde el proceso varía dependiendo de la investigación y es mejor hablar de un proceso circular a uno estrictamente lineal. Por tanto, se describirán las distintas posiciones doctrinales y se sugerirá una posición hipotética para la delimitación de la responsabilidad penal médico-quirúrgico llevándola a la práctica jurisprudencial, con el objetivo de comprobar el estado de la cuestión y analizar los elementos más trascendentales del delito, y así dar mayor uniformidad e integración a las imprudencias médicas. Para ello, se utilizarán fuentes doctrinales, tanto artículos científicos como obras monográficas, que se pondrán en contraste con la fructífera doctrina jurisprudencial para establecer diferencias y similitudes con las teorías reinantes y poder sugerir nuevas que se ajusten más al modelo del CP.

### 4. PLAN DE EXPOSICIÓN

El trabajo seguirá el siguiente orden. En un primer capítulo, se analizará la evolución histórica de la imprudencia médica en el Derecho Penal Español, para así poner de manifiesto las diferentes aproximaciones al delito imprudente y, en especial, las negligencias médicas por

---

<sup>7</sup> OBREGÓN GARCÍA, A. y GÓMEZ LANZ, J., *op. cit* p. 264.

<sup>8</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal (BOE 30 de marzo de 2015).

parte de la doctrina. Tras ello, se sugerirá una estructura del delito imprudente basada en la mayor coherencia con los dictados del Código Penal y se procederá a un análisis pormenorizado de sus elementos más importantes (el deber de cuidado y la *lex artis*) y cómo se configura su contenido en el ámbito médico-quirúrgico, especialmente atendiendo a situaciones problemáticas en la jurisprudencia. El deber de cuidado se analizará desde las tesis objetivas y subjetivas, pero siempre manteniéndose en el núcleo de la modalidad imprudente. Posteriormente, se profundizará en el concepto y contenido de *lex artis* en las profesiones médico-quirúrgicas, su aplicación práctica y el valor jurídico de la misma como presupuesto de la infracción del deber de cuidado exigido, siendo necesaria una consideración de una *lex artis* aplicada a cada caso concreto y a las circunstancias que rodean el supuesto de hecho: una *lex artis ad-hoc*. A largo del análisis del injusto penal, se añadirán las consideraciones de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo para determinar cuál es la estructura del delito imprudente preferida por el mismo y sugerir interpretaciones complementarias que mejoren el modelo. Por último, ante la nueva clasificación del Legislador fruto de la reforma de 2015 con la incorporación de la categoría de imprudencia “menos grave”, se analizarán también las principales herramientas con las que cuenta el juzgador para determinar la clasificación de la imprudencia como grave o menos grave. Aspecto este último de vital importancia para determinar el grado de infracción de la norma de cuidado.

## **CAPÍTULO 2: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA IMPRUDENCIA MÉDICA EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL**

### **1. LOS COMIENZOS DE LA RELACIÓN MEDICINA Y DERECHO**

La medicina comienza en el Neolítico, entre los “pueblos primitivos” que habitaban el planeta entre el 10000 y 5000 a.C. La figura del profesional médico-quirúrgico, dentro de las culturas occidentales, se basa en un “sanador especializado”, chamán de fuerzas de la naturaleza y el inframundo, detentador de poderes y saberes, complementados con una “farmacia” a base de hierbas medicinales. La fuerte sacralización de actividad curativa convierte al “médico” en un ser intocable, exento de responsabilidad, ocupando una posición distinguida en la estructura social<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> LAÍN ENTRALGO, *Historia de la medicina*, 1944, 8 ss.; citado en: RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. *op. cit.* 36

La cultura asirio-babilónica (4000 a 539 a.C.) supone un progresivo abandono de la concepción de la enfermedad como una “impureza moral”, y la consiguiente separación de la enfermedad del contexto religioso; la figura del médico comienza un proceso de desacralización y el paciente comienza a demandar la exigencia de una responsabilidad personal por los errores fatales causados sobre su figura. Será el Código de Hammurabi la primera manifestación formal de exigencia de responsabilidad médica en un texto legal, donde se reconocen ciertas faltas que pueden ser cometidas por el médico y las sanciones que llevan aparejadas<sup>10</sup>.

La medicina griega y su posterior integración en el Imperio romano suponen un cambio de paradigma en la concepción del arte médico: se evoluciona de un empirismo místico y *cuasimágico* a una medicina eminentemente técnica, basada en la experimentación y la razón, aplicando un método científico. Los médicos mantenían una gran consideración social. Destacan las figuras de HIPÓCRATES – “el padre de la medicina” –, que con *Juramento Hipocrático* inaugura esta racionalización del método médico, y GALENO, que recopila todos los saberes médicos griegos y romanos hasta su muerte. A pesar de que cultura griega y romana son una o, más bien, una es continuidad de la otra, en el plano jurídico se encuentran grandes diferencias entre la Hélade y la obra de Hipócrates, que se asemeja más a un Código Deontológico más que a una verdadera norma jurídica, y el consolidado Derecho Romano, que contempla– como hacía el Código de Hammurabi – normas relativas a la responsabilidad del médico por conductas negligentes que causen un daño en el paciente como Instituciones, Libro IV, Títulos III al VIII y Digesto, 9, 2, 7, 8<sup>11</sup>.

Durante la Alta Edad Media, es el mundo árabe el responsable del continuo desarrollo de la medicina con las figuras de AVERROES y AVICENA y el judío MAIMÓNIDES, el cual elabora un código deontológico de importancia equiparable al de su antecesor griego. Aunque en la cultura cristiana durante esta época se recuperó una imagen del médico asociada a la religión, que se vio exacerbada con la creación de las escuelas catedráticas y las consiguientes Universidades, la responsabilidad del médico no regresó a una situación divina y de indemnidad. Por el contrario, “la actitud del legislador medieval ante la responsabilidad

---

<sup>10</sup> El precepto 219 establece: “Si un médico ha tratado una herida grave al esclavo de un plebeyo con el punzón de bronce y lo ha matado devolverá esclavo por esclavo”.

<sup>11</sup> LAÍN ENTRALGO, *op. cit.* 16.

profesional del médico no fue precisamente suave” y así lo demuestra el Fuero Juzgo y las Partidas de Alfonso X (Séptima Partida, Título VIII, Ley VI)<sup>12</sup>.

La Baja Edad Media supone el verdadero inicio de la profesionalización del médico: el médico se seculariza definitivamente y es la razón la única capaz de explicar y curar la enfermedad. Con el Renacimiento y la Ilustración, el profesional médico-quirúrgico se forma en las Universidades, produciéndose un auge tanto de la ciencia como de su enseñanza (con la aparición de “Cofradías” y “Colegios”)<sup>13</sup>.

Con la llegada del mundo contemporáneo, la medicina toma ciertas características distintivas que permanecerán hasta la actualidad como la aparición de las especialidades y las mayores exigencias de responsabilidad de los profesionales médicos por parte de la población en general. A nivel jurídico, desaparecen las disposiciones legales específicamente dirigidas al profesional sanitario y se sustituyen por normas de aplicación general que rigen para todos los ciudadanos y para todas las profesiones. No obstante, se conservan determinados delitos pensados exclusivamente para esta profesión como ocurre con el aborto<sup>14</sup>.

## 1. REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD MÉDICO-QUIRÚRGICA EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

### 1.1. La actividad médico-quirúrgica en el Código Penal

El CP recoge numerosos preceptos que de una forma más o menos directa inciden en la actividad médico-quirúrgica. Aparecen ciertos delitos que se configuran como comunes pero que, por su dificultad técnica y los conocimientos y aptitudes necesarios para su consumación, en realidad solo podrán ser cometidos por profesionales sanitarios<sup>15</sup>. Son ejemplos de este primer grupo los “delitos relativos a la manipulación genética”, donde es evidente que solo son los profesionales sanitarios los posibles sujetos activos del delito. Junto a ellos, también deben tenerse en cuenta los delitos de aborto y de lesiones al feto que, si bien también pueden ser realizados por otros sujetos no profesionales, suelen ser estos el sujeto activo y el Legislador los estaba contemplando en el momento de su redacción como se extrae de sus consecuencias penales (“inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria”). Aparecen también otros delitos que se refieren específicamente a la profesión médico-quirúrgica como el delito

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, 37.

<sup>13</sup> *Ibid.*, 38

<sup>14</sup> *Id.*

<sup>15</sup> *Ibid.*, 60.

de omisión de asistencia sanitaria del art. 196 CP, la sustitución de niños en el posparto del 220.5 CP o la expedición de certificados médicos falsos del art. 397 CP.

Dicho esto, el CP no se pronuncia respecto a la verdadera actividad de la profesión médico-quirúrgica, esto es, el tratamiento médico, entendido como “conjunto planificado de medios que objetivamente se requiere como un plan terapéutico para curar o aliviar una lesión”<sup>16</sup>. Dado que no existe ningún precepto legal específico para aquellos supuestos en los que la actividad realizada pueda ser considerada un “tratamiento médico curativo” (al contrario que en otros países como Portugal donde el art. 150.1 CP define este concepto y consagra su naturaleza atípica y el apartado .2 contiene un tipo específico para el tratamiento médico imprudente que ponga en peligro la vida o la salud del paciente), es el intérprete el que debe decidir, atendiendo a la concreta redacción legal del delito de lesiones, si aquel constituye una conducta subsumible en el tipo. Así, a pesar de no existir preceptos específicamente dirigidos al tratamiento médico, estas conductas no quedan al margen del CP. La importancia de los bienes jurídicos sobre los que inciden normalmente obliga a que aquellos tratamientos médicos que causen imprudentemente una lesión o el fallecimiento del paciente serán subsumidos en el delito de homicidio imprudente o en el de lesiones, dependiendo del caso. Además, estos preceptos tienen consecuencias penales adicionales cuando son realizados por un profesional médico-quirúrgico pues ambos artículos incluyen un “subtipo agravado” para aquellos casos de “imprudencia profesional”. Se añade a la pena privativa de libertad una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo del sujeto penado. A pesar de que esta imprudencia profesional puede ser aplicada a otras profesiones como la construcción o el transporte, es obvio que la medicina es una profesión en la que el error puede tener resultados más cercanos a la muerte y lesiones físicas. No cabe por tanto dudar que el Legislador, cuando introdujo esta figura en 1995, estaba fundamentalmente pensando en las profesiones médico-quirúrgicas.

## **1.2. La imprudencia profesional**

### **1.2.1. Antecedentes legislativos**

La Legislación española introdujo por primera vez la imprudencia profesional a través del Decreto de 23 de diciembre de 1944, por el que se aprueba y promulga el Texto Refundido

---

<sup>16</sup> Real Academia Española, *Tratamiento médico*, DRAE (disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/tratamiento-medico>; última consulta 13/04/2023).

de CP de 1944, conforme a la autorización otorgada por la ley de 19 de julio de 1944. Contemplada en el párrafo 5.º del art. 565 CP 1944, se trataba de una agravación de la pena básica para los profesionales a motor, con una cualificación de la pena de libertad prevista para el delito común. El precepto adquiere alcance general, más allá de los conductores profesionales a motor, con la reforma del CP del Decreto 691/1963, de 28 de marzo. La LO 3/1989, de actualización del CP, ya en democracia, da una nueva redacción al artículo 565 CP 1944/1973, pero no cambia en lo sustancial al régimen anterior.

La LO 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el nuevo CP, deroga el art. 565 CP 1944, pasando a establecerse un sistema de *numerus clausus* para las imprudencias mediante el art. 12 CP, contemplando la comisión de una imprudencia profesional para determinados casos exclusivamente previstos en el Código. Este sistema de incriminación específica y cerrada presenta ciertas bondades indudables que ayudan a una mayor adecuación de la imprudencia profesional al principio de *ultima ratio* y al carácter fragmentario del Derecho Penal. No obstante, por afectar las imprudencias profesionales del ámbito médico a bienes jurídicos de vital importancia como la vida y la integridad física, esta implantación del sistema *numerus clausus* no limite el número de conductas, sino que aumentan, contemplando la agravación de la imprudencia profesional, junto al homicidio y las lesiones, para el aborto imprudente y las lesiones al feto cometidas por imprudencia (los cuales no se encontraban tipificados con el código anterior). A partir de 1995, la imprudencia profesional da lugar a una pena de inhabilitación profesional que se añade para la pena privativa de libertad (o la multa, dependiendo del caso). La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, no modifica este nuevo modelo implantado en 1995 y se limita a añadir una veintena de preceptos nuevos a la lista de *numerus clausus* de la imprudencia y la imprudencia profesional. Será la última reforma del CP 2015 la que disponga una nueva clasificación de las imprudencias, añadiendo la categoría “menos grave”, además de la imprudencia grave y la imprudencia leve.

### 1.2.2. *Naturaleza*

La condición de “profesional” como razón que fundamenta la imposición de una pena superior a otro sujeto imprudente que no ostenta tal condición supone una aplicación automática de una agravación, incompatible con el concepto personal de injusto y el principio

de culpabilidad<sup>17</sup>. El Tribunal Supremo ha pretendido superar la problemática del carácter objetivo de esta agravación diferenciando entre “culpa del profesional” y “culpa profesional”. Ambas siendo cometidas por un profesional en el ejercicio de sus funciones, pero la primera refiriéndose a la infracción de normas de cuidado comunes y generales y la segunda, a la infracción de normas técnicas y especializadas, encuadradas en la denominada *lex artis*. La infracción de este conjunto de normas que el profesional ha de conocer y dominar debido al ejercicio de su respectiva profesión explica este “plus” de antijuricidad, *vid.* STS 29 de marzo de 1988 (RJ 1988/2124); STS 29 de octubre de 1994 (RJ 1994/8333) y STS 22 de enero de 1998 (RJ 1999/275).

No obstante, la doctrina científica ha rechazado esta interpretación por varios motivos. Así, la frontera entre conocimiento profesional y general es muy difusa, especialmente en el ámbito sanitario, lo que puede provocar la aparición de sentencias contradictorias. Por otro lado, no hay ningún fundamento válido que explique este “plus” de antijuricidad o el carácter especial de las normas infringidas. La infracción de un deber objetivo de cuidado, atendiendo al hombre medio ideal situado en la posición del sujeto que realiza la acción, es un elemento fundamental para calificar una determinada conducta como imprudente. De esta forma, las normas técnicas que el profesional sanitario ha de observar, así como los conocimientos y destrezas imprescindibles para la concreta actuación sobre el paciente, ya son tenidas en cuenta para determinar el valor jurídico-penal de la acción a la hora de determinar si se ha infringido el deber de cuidado. El desarrollo de esta conducta en el ámbito profesional no supone una mayor exigencia del ordenamiento ni *ergo* un más elevado grado de injusto en el comportamiento infractor que en la imprudencia común<sup>18</sup>.

HAVA GARCÍA<sup>19</sup> y VICENTE REMESAL<sup>20</sup> han optado por buscar su fundamentación en criterios preventivos-generales y especiales, siguiendo el cambio legal del CP 1995, ya que la anterior agravación de la pena se ha sustituido por una inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión. Estos autores señalan que no se trata de un “plus de antijuricidad”, sino que la imprudencia grave en el ejercicio de una profesión pone de manifiesto la incapacidad del autor de controlar el riesgo y peligro derivados de su actividad

---

<sup>17</sup> HAVA GARCÍA, E., *La imprudencia médica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 20.

<sup>18</sup> CHOCÁN MONTALVO, J.A., *Deber de cuidado y delito imprudente*, Bosch, Barcelona, 1998, 88

<sup>19</sup> HAVA GARCÍA, *op cit*, p. 21.

<sup>20</sup> DE VICENTE REMESAL, J. y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., “Criterios jurisprudenciales sobre la imprudencia profesional en el ámbito médico”, *Controversia*, vol. 1, 2000, p. 110.



diaria. Esto es, la peligrosidad para la vida o la salud de las personas que supone su actividad diaria debe ser neutralizada a través de la inhabilitación profesional, apartando a esa persona de la fuente de peligro.

Por otro lado, VILLALCAMPO ESTIRARTE<sup>21</sup> sostiene que la razón de la agravación se basa en el tipo de profesión desarrollada cuando se lesiona un determinado bien jurídico, dado que algunos están obligados por su actividad a preservar estos bienes jurídicos, y no en el tipo de norma de cuidado infringida. Por ello, limita la aplicación de esta inhabilitación a imprudencias cometidas por especialistas en el ejercicio de una profesión que tiene como principal objetivo la salvaguarda de estos bienes jurídicos.

Otra gran rama de la doctrina reclama su desaparición<sup>22</sup>. No obstante, la realidad jurídica demuestra que son escasos los supuestos en los que se condena a la inhabilitación profesional, donde determinadas imprudencias se califican como leves o menos graves para evitar la inhabilitación especial. Atendiendo a los fines de la pena, no puede dudarse la importancia y relevancia de esta “agravación” atendiendo a criterios preventivo-generales y especiales.

### **CAPÍTULO 3: APROXIMACIONES DOCTRINALES AL DELITO IMPRUDENTE EN EL ÁMBITO MÉDICO-QUIRÚRGICO.**

Tradicionalmente, la imprudencia ha sido considerada como un subelemento del delito que comparte naturaleza con el dolo y opera subsidiariamente respecto de aquel; con una idéntica posición dogmática y misma naturaleza psicológica<sup>23</sup>. No obstante, mientras las concepciones clásicas y neoclásicas del delito lo han identificado como una forma de culpabilidad, las concepciones personales del injusto lo han integrado en el tipo.

La concepción clásica considera a la imprudencia como una forma de culpabilidad, donde existe una relación psicológica entre el autor y la acción típica y antijurídica. La imprudencia se configuraba como una voluntad de realizar la acción típica por parte del autor, pero no el resultado. Existe, por tanto, una voluntad de peligro, pero no de lesión. Posteriormente, esta

---

<sup>21</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*, Aranzadi, Navarra. 2003, p. 25.

<sup>22</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. *op. cit.*, p. 36

<sup>23</sup> OBREGÓN GARCÍA, A. y GÓMEZ LANZ, J., *op. cit.*, p. 23.

conexión psicológica se basó no en la voluntad de peligro sino en la previsión de producción del resultado: la denominada previsibilidad<sup>24</sup>.

No obstante, esta concepción ha sido profundamente criticada por las dificultades que entraña la diferenciación entre imprudencia inconsciente y consciente. Por un lado, cuando el autor desconoce tanto la acción que realiza como el peligro que entraña, el entendimiento subjetivo de la culpabilidad como conciencia del injusto provocó la negación por parte de un sector de la doctrina del carácter delictivo de la imprudencia debido a la ausencia de culpabilidad<sup>25</sup>. Por otro lado, también es difícil calificar una conducta como imprudente cuando el autor es consciente del riesgo y peligro de su acción y, consecuentemente, actúa conforme a las reglas de cuidado. Estas críticas a la teoría psicológica introdujeron en la doctrina jurídica la teoría normativa de la culpabilidad<sup>26</sup>.

La teoría neoclásica conserva el elemento psicológico de la culpa – considerada como previsibilidad – pero incluye también un elemento normativo: la infracción del deber de cuidado. Se trata, por tanto, de una culpabilidad mixta de naturaleza normativo-psicológica. Es posible considerar esta concepción como un “paso intermedio” entre la imprudencia psicológicamente apreciada de la teoría clásica, y la estricta concepción personal del injusto, basada en elementos normativos del deber de cuidado exclusivamente, teniendo en cuenta las propias diferencias fundamentales entre la teoría jurídica del delito neoclásica y las concepciones personales del injusto<sup>27</sup>.

Las concepciones personales del injusto integran la imprudencia en el tipo (al igual que el dolo). ENGISCH señala que, junto al desvalor del resultado, debe realizarse un juicio de reproche por la infracción de la norma de cuidado. Más allá de la acción causal se hará necesario comprobar que la conducta realizada ha quebrantado una norma previamente establecida<sup>28</sup>. Esto es, se tendrá que determinar si existe un desvalor de la acción, junto al desvalor del resultado: la infracción deber de cuidado (clase y modo de ejecución de la acción),

---

<sup>24</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., *op. cit.* 36

<sup>25</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 75.

<sup>26</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona. 1989, p. 45.

<sup>27</sup> OBREGÓN GARCÍA, A. y GÓMEZ LANZ, J., *op. cit.*, p. 234.

<sup>28</sup> ENGISCH citado en FEIJÓO SÁNCHEZ “Si la norma penal prohibía conductas, la materia de prohibición no podía ser la causación de un resultado, sino la conducta descuidada”. FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *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*, Bosch, Barcelona. 2001, p. 52.

en el caso de la imprudencia. Atendiendo a las circunstancias específicas del sujeto activo, esta parte de la doctrina considera que se debe atender a lo que el autor “debe conocer y evitar”. Bajo esta concepción, el juzgador se interesa por la dimensión normativo-social de la imputación, y no en la puramente moral: “desde el punto de vista normativo, las personas deben responder de las consecuencias de su organización defectuosa[...] el delito imprudente se basa en un reproche por no haber sido (o no haber sido suficientemente) cuidadoso, diligente o precavido”<sup>29</sup>.

Esta teoría y fundamentación dogmática de la imprudencia es la que más ha repetido el Tribunal Supremo en sus sentencias – véase STS 16 de junio de 1987 (RJ 1987,4955), STS 29 de octubre de 1994 (RJ 1994, 8333), STS 1904/2001 (RJ 2001,9074)<sup>30</sup>. Así, se establece una estructura dogmática del delito imprudente formada tanto por un tipo objetivo como un tipo subjetivo. El tipo objetivo incluye la realización de una acción cuyo desvalor radica en la infracción de una norma social de cuidado que obliga a advertir un determinado riesgo o bien evitar que dicho riesgo se concrete en una efectiva lesión y que debe estar admitida en su vertiente imprudente en el tipo delictivo. Por otro lado, el tipo subjetivo

“está integrado también por dos elementos, uno de los cuales es la ausencia de voluntariedad con respecto al resultado dañoso, en tanto el otro es la índole voluntaria de la infracción de la norma de cuidado. Esta infracción, a su vez, se puede realizar de dos formas que dan lugar a las que la doctrina clásica llamó culpa consciente y culpa inconsciente; en la primera se omite voluntariamente el cumplimiento del deber de evitar el riesgo advertido y en la segunda se omite, también voluntariamente, el cumplimiento del deber de advertir el riesgo”<sup>31</sup>.

Las concepciones del injusto analizadas consideran a la imprudencia como una institución subsidiaria del dolo, cuya existencia solo se determinará una vez se haya descartado la existencia de este último. Así, la subsidiariedad se predica tanto del art. 5 (“no hay pena sin dolo o imprudencia”) como del art. 10 CP (“son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes”). No obstante, esta subsidiariedad, señalan OBREGÓN GARCÍA y GÓMEZ LANZ<sup>32</sup>, no es un argumento suficiente como para afirmar que la imprudencia tiene idéntica naturaleza y pertenencia a un determinado elemento del delito. Estos autores establecen que la imprudencia no puede considerarse un elemento subsidiario al dolo (tanto como elemento de

---

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> OBREGÓN GARCÍA, A. Y GÓMEZ LANZ, J. *op. cit.*, p. 236.

<sup>31</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 466/2002, de 15 de marzo [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2002/3923]. Fecha de última consulta: 13 de abril de 2023.

<sup>32</sup> OBREGÓN GARCÍA, A. Y GÓMEZ LANZ, J. *op. cit.*, p. 237.

tipo como forma de culpabilidad) en base a su contenido y el modo en el que se presenta el Código Penal español, sino que se trata de una “clase de infracción penal subsidiaria de la infracción dolosa”. Estos autores establecen dos razones que justifican rechazar la consideración de la imprudencia como un contenido de la voluntad subsidiario del dolo.

A diferencia del del dolo, la falta de cuidado se analiza a través de un juicio objetivo, no de la conexión entre esta y la voluntad del sujeto que la realiza (ya que existen comportamientos descuidados en los que no se aprecia una relación psicológica entre sujeto y acción como un conductor que atropella un peatón por estar distraído mientras conduce). La naturaleza jurídica y etimológica de la falta de cuidado, el componente sustancial de la imprudencia explicaría la conexión entre la imprudencia y una tipicidad “objetiva”. Por otro lado, el legislador utiliza una serie de términos que refuerzan este vínculo entre la imprudencia y este injusto penal, entendido en términos objetivos. El Código Penal alude a la realización “por” imprudencia y no “con” imprudencia, al contrario que el dolo, lo que según estos autores manifiesta esta vinculación a una tipicidad entendida según parámetros objetivos y ajena a la relación psicológica entre el autor y su conducta<sup>33</sup>.

No obstante, aunque comparto la configuración del delito imprudente como una “clase de infracción penal subsidiaria, ya que se incluyen nuevos elementos en la estructura dogmática como el “deber de cuidado”, eminentemente objetivo como ya se ha reseñado, que no tienen ni la misma naturaleza ni ubicación que el dolo en dicha estructura, considero que no es conveniente abandonar el componente subjetivo y psicológico de la imprudencia. A pesar de no ser necesario advertir el peligro concreto ni conocer el cuidado debido, el TS (cf. *supra*) precisa de un elemento volitivo, bien basado en la voluntad consciente de infringir un determinado deber de cuidado o bien basado en omitir voluntariamente el deber de advertir un determinado peligro. Retomando el ejemplo del conductor distraído, es evidente que no existe una conexión psicológica y volitiva directa entre el autor y la acción, pero el conductor voluntariamente omite su deber de advertir los peligros de la carretera en el momento en el que se distrae y continúa conduciendo. El conductor decide seguir conduciendo e ignorar el deber de prestar atención en la carretera, pues son comunes este tipo de accidentes<sup>34</sup>.

Por tanto, se asumirán una serie de características de la imprudencia como forma especial de imputación de responsabilidad penal, una “forma de imputación criminal

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 238.

<sup>34</sup> *Id.*

heterodoxa y alternativa del modelo estándar de imputación”<sup>35</sup>. El modelo de imputación penal de la imprudencia tendrá, de esta forma, una serie de cualidades distintas al modelo de imputación del delito doloso. Por un lado, se incluye el deber de cuidado como elemento objetivo adicional junto a la imputación objetiva en el tipo. Por otro lado, la culpabilidad tiene un contenido sustancialmente distinto en el caso del delito imprudente pues se ha de constatar tanto la ausencia del dolo como realizar ciertas adaptaciones en cuanto a la imputabilidad y a la exigibilidad de una conducta distinta (cf. *infra*). No obstante, se ha de incluir – según lo ya expuesto – también un elemento subjetivo, como así señala la Sala 2.<sup>a</sup> del TS. Esto se hace necesario dado que el elemento cognoscitivo y volitivo de la imprudencia no se refiere tanto a la inobservancia de la normativa de cuidado como señalan los autores, sino que lo que se omite es un paso previo, el deber de advertir el peligro de una acción intrínsecamente “peligrosa”<sup>36</sup>. Como ya se ha señalado, el Derecho autoriza la realización de ciertas conductas que pueden causar un riesgo a determinados bienes jurídicos, estableciendo deberes de cuidado. Cuando un individuo realiza una conducta peligrosa, por la propia naturaleza de la acción debe advertir dicha peligrosidad y actuar conforme dicha comprensión. Esta necesidad la recoge la STS 54/2015, de 11 de febrero<sup>37</sup>, donde señala en su FJ 1 que: “... ciertamente el elemento subjetivo del delito ha de quedar probado, si bien es cierto que la prueba de este último resulta más compleja”. No obstante, también se indica en la sentencia que: “A este elemento volitivo se le asignan los nombres de 'asentimiento', 'asunción', 'conformidad' y 'aceptación', en lo que la doctrina ha considerado como una auténtica disección alquimista de la voluntad, y que en realidad expresa lingüísticamente el grado de debilidad o precariedad con que emerge en estos casos el elemento voluntativo”. Por ello, existirán dificultades para atender a este elemento subjetivo de la culpabilidad.

La principal consecuencia que se puede extraer de esta evolución dogmática es que el epicentro del delito imprudente se va a situar definitivamente en el deber de cuidado, de tal manera que toda la explicación de la imprudencia ha de pasar necesariamente por aquel. Así pues, no existe imprudencia si no se ha dado una infracción del deber de cuidado. Pero la doctrina también ha puesto de manifiesto la necesidad de analizar las restantes modificaciones en el modelo ortodoxo del delito (principalmente, en la culpabilidad y la imputación objetiva).

---

<sup>35</sup> *Id.*

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 239.

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 54/2015, de 11 de febrero [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. ROJ 385/2015]. Fecha de última consulta: 25 de febrero de 2023.

A continuación, se analizará este modelo de imputación del delito imprudente en detalle, con especial atención en las problemáticas, dificultades y discusiones doctrinales de esta modalidad con respecto al delito doloso (el binomio “deber de cuidado”-previsibilidad), así como las implicaciones de este modelo en el caso de las negligencias médico-quirúrgicas como la *lex artis* – cuyo incumplimiento es imprescindible para calificar un conducta como negligencia - o las cuestiones relativas la autoría y participación en las intervenciones quirúrgicas o en los tratamientos médicos e intervenciones médico-quirúrgicas con división horizontal y vertical del trabajo.

## **CAPÍTULO 4: ESTRUCTURA DEL DELITO IMPRUDENTE EN LAS NEGLIGENCIAS MÉDICAS**

### **1. INJUSTO PENAL**

#### **1.1. Delitos imprudentes relevantes para las profesiones médico-quirúrgicas**

El artículo 12 CP establece que “las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”; se constituye así un sistema de *numerus clausus* para las conductas imprudentes. Se considera necesario determinar cuáles son los bienes jurídicos relevantes en el caso de las imprudencias cometidas en el desempeño de funciones médico-quirúrgicas y, posteriormente, identificar los principales tipos penales imprudentes que afectan a estas profesiones, en particular.

VON LISZT define los bienes jurídicos como aquellos intereses vitales jurídicamente protegidos. “El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico”<sup>38</sup>. La vida y la integridad e indemnidad físicas son los bienes jurídicos que se protegen en los tipos penales prudentes más asociados a las negligencias médico-quirúrgicas.

El CP incluye, en primer lugar, como tipo penal el homicidio imprudente en el art. 142, con una pena de prisión sustancialmente menor al delito doloso y estableciendo una diferenciación en su primer y segundo apartado entre la imprudencia grave y la menos grave. Para la imprudencia grave, junto a la pena de prisión, se establece una inhabilitación profesional. La estructura es similar a la de las lesiones imprudentes del art. 152 CP, que

---

<sup>38</sup> VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal*, trad. L. Jiménez de Asúa, Reus, Madrid, 1999., p. 6.

diferencia entre imprudencia grave y menos grave, estableciendo de manera adicional la “inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión” para la primera.

Por otro lado, también se incluye el tipo imprudente en el delito de aborto y lesiones al feto de los artículos 146 y 158 CP, respectivamente. Como señala la jurisprudencia, la diferenciación entre aborto o lesiones al feto y homicidio se hará atendiendo a un criterio temporal: el inicio de las labores del parto supone el nacimiento para el orden penal. Al contrario que en el homicidio y las lesiones del 152 CP, solo está penada la imprudencia grave (que conllevará la inhabilitación especial por imprudencia profesional).

Por último, también son reseñables otros delitos imprudentes que, aunque no se correspondan con los casos paradigmáticos de la imprudencia en el ámbito de las profesiones médico-quirúrgicas también aparecen en la jurisprudencia como el secreto profesional (199 CP), la sustitución de niños (220.5 CP, solo imprudencia grave) y la manipulación genética (159.2 CP, solo imprudencia grave).

## **1.2. Infracción del deber de cuidado**

### **1.2.1. *Concepto***

El deber de cuidado constituye la referencia esencial para calificar una determinada conducta como imprudente, de forma que, si de la comparación de la conducta realizada con este baremo resulta que la acción u omisión no se ajusta a dicho nivel de exigencia y cuidado, se concluye que el sujeto no ha obrado diligentemente y su conducta es imprudente. LUZÓN PEÑA<sup>39</sup> califica a la infracción de la norma de cuidado como “el núcleo esencial de la conducta imprudente”, como el “desvalor de acción”.

Consecuentemente, debe analizarse el contenido de este parámetro con el objetivo de garantizar su validez y eficacia. El contenido del deber de cuidado integra dos ámbitos referidos al sujeto que realiza la acción: un ámbito exógeno y un ámbito endógeno. El primero de ellos incluye todos los elementos normativos y fácticos externos al sujeto, aunque no ajenos a su persona. Los elementos normativos son lo que algunos autores<sup>40</sup> denominan “reglas de cuidado”, aquellas reglas o normas extrapenales que ordenan una determinada actividad para reducir y eliminar los riesgos intrínsecos a la misma, y así incrementar la seguridad en su realización. Los elementos fácticos se refieren al tiempo y lugar que rodean a la situación en la

---

<sup>39</sup> LUZÓN PEÑA, D., *op. cit.*, p. 211.

<sup>40</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *op. cit.*, p. 134.

que se desarrolla la conducta, los que constituyen el “contexto” de esta. Por otro lado, el ámbito endógeno incluye todos aquellos conocimientos y capacidades propias que caracterizan al sujeto de la conducta.

### 1.2.2. *Fuentes del deber de cuidado: valor jurídico-penal de las normas extrapenales*

La primera cuestión que se analizará son las “reglas de cuidado”, los elementos normativos del ámbito exógeno. La gran mayoría de las actividades del hombre están reguladas, con mayor o menor precisión, estando ordenadas por reglas de cuidado dado el peligro objetivo para la vida e integridad e indemnidad física que entrañan. Estos conjuntos de normas definen aquello que es preceptivo hacer y aquello no aconsejable o prohibido con el objetivo de permitir el normal desarrollo de estas actividades. Desde el punto de vista jurídico-penal se discute sobre el valor de estas reglas para el Derecho penal, en lo que la doctrina ha llamado la “sociedad del riesgo”. El límite del riesgo permitido es el resultado de un entendimiento social entre la utilidad de la actividad y el perjuicio potencial para las personas.

El límite del riesgo permitido es un concepto valorativo que depende de la sociedad de cada momento. Así pues, la concreción de las reglas de cuidado, que rigen con carácter general en el ejercicio de una actividad profesional, es el resultado de un proceso de valoración social entre la utilidad de la actividad desarrollada y el peligro generado para las personas, aunque no sólo, por el ejercicio de esa actividad. Esta ponderación es la razón de ser, admitida por la doctrina, para explicar el origen de dichas reglas<sup>41</sup>.

Las reglas de cuidado se pueden clasificar atendiendo a su fuente en jurídicas y no jurídicas; según su forma, escritas y no escritas; y atendiendo a su objeto, reglas técnicas y de competencia. Las reglas de cuidado jurídicas son normas escritas que emanan del Estado, lo que HAVA GARCÍA<sup>42</sup> denomina “pautas de cuidado positivadas”, que adoptan la forma de leyes o reglamentos. Esta intervención estatal se produce en ámbitos de actividad cuyos riesgos obligan a establecer un estándar mínimo relativamente sencillo de comportamiento (como el tráfico rodado, transportes, construcción, minería, energía, etc.). No obstante, existen muchos ámbitos de actividad que no están regulados por el Estado, sino que cuentan con normas extrajurídicas más o menos formalizadas y que emanan de consorcios, asociaciones,

---

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>42</sup> HAVA GARCÍA, E., *op. cit.*, p. 123.



federaciones y otros organismos profesionales como los órganos colegiados. Estas, como se ha adelantado, pueden ser escritas como las reglamentaciones de los eventos deportivos o, no escritas, como la *lex artis* del ámbito médico<sup>43</sup>. El Estado opta por no regular jurídicamente estas actividades por considerar que son actividades con un continuo desarrollo técnico.

Por otro lado, las reglas técnicas se centran en la ordenación de la ejecución material de la conducta, estableciendo métodos de actuación a partir de supuestos hipotéticos mientras que las reglas técnicas se centran en el concreto acto realizado, distribuyendo la actividad entre los miembros participantes. En palabras de RODRÍGUEZ VÁZQUEZ<sup>44</sup>, las primeras se preocupan del “cómo, mientras que las segundas se preguntan de “quién” realiza cada actividad. Estas últimas establecen también determinados deberes complementarios de vigilancia, información y coordinación.

#### a. Valor jurídico-penal

Cierto sector doctrinal minoritario – de origen alemán, principalmente – identifica estas “reglas de cuidado” con el concepto penal de “norma de cuidado” – fuente directa del deber de cuidado<sup>45</sup>. Estas reglas son consideradas como fuente directa del deber de cuidado y su infracción supone el nacimiento de la imprudencia. No obstante, la doctrina mayoritaria considera su infracción como un “indicio cualificado” de una falta de cuidado jurídico-penalmente, que será necesario completar con las circunstancias exógenas y endógenas que rodean a la conducta<sup>46</sup>.

Esta consideración relativa e indicaria del valor jurídico-penal de las reglas de cuidado está basado en una serie de razones materiales y formales. En primer lugar, aunque estas reglas se formulan con carácter general frente a peligros habituales en el ejercicio de dicha actividad y su fundamento sea idéntico al de la “norma de cuidado”, la relevancia jurídico-penal de estas reglas es limitada pues difícilmente podrán prevenir todas las situaciones peligrosas potenciales que se presenten a diario en el ejercicio de la actividad o profesión. Del mismo modo, como se señalará más adelante, el avance vertiginoso de la ciencia provoca la rápida obsolescencia en sectores altamente cualificados, donde “los criterios inamovibles de hoy dejan de serlo

---

<sup>43</sup> ROMEO CASABONA, C.M., *El médico ante el derecho*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1990, pp 122 y ss.

<sup>44</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ, V., *op cit.*, p. 175.

<sup>45</sup> *Id.*

<sup>46</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *op cit.*, p. 144.

mañana”<sup>47</sup>. Similarmente, la finalidad de estas reglas es diversa dependiendo del sector, existiendo intereses económico-empresariales o de otras ramas del Derecho, que no interesan al Derecho penal<sup>48</sup>.

Por otro lado, la doctrina penal mayoritaria<sup>49</sup> otorga un mayor valor indiciario a las reglas de cuidado procedentes de los poderes legislativo y ejecutivo que a las normas procedentes de la autorregulación de agentes privados. Así, las primeras están inspiradas por intereses generales y la protección de los ciudadanos, mientras que los poderes privados se guiarán también por sus intereses, los cuales pueden desvirtuar el verdadero fin de las reglas de cuidado. ROXIN<sup>50</sup> manifiesta que la delimitación del riesgo permitido se realiza con una autoridad y objetividad superior por el legislador y *ergo* la vinculación del juez a estas reglas de cuidado será distinta. FRISCH reconoce que puedan existir diferencias entre ambos tipos de reglas, pero confía en la “honradez” de los actores privados, por lo que cumplirían la misma función que las anteriores, ya que se trata de normas basadas en la experiencia, que permiten identificar el grado de previsibilidad de producción de un determinado resultado, y de aceptación y práctica general<sup>51</sup>. Otros autores van más allá y otorgan un valor relativo a las reglas jurídicas de cuidado superior al meramente indiciario y cercano al valor absoluto. La lógica jurídica parece indicar que si un sujeto cumple una determinada normativa de prevención de riesgo no puede exigírsele la responsabilidad derivado de un resultado lesivo. De lo contrario, el sujeto se situaría *de facto* en una posición similar al legislador, obligado a cuestionar la validez y plenitud de la legislación vigente<sup>52</sup>. PAREDES CASTEÑÓN sugiere que, a pesar de que el cumplimiento de las disposiciones legales y administrativas no excluya un determinado reproche por las consecuencias de los actos propios, la “conciencia jurídica socialmente dominante” considera que el obligado debe ejercer su capacidad de cuidado dentro de los límites administrativamente estipulados, salvo casos excepcionales<sup>53</sup>.

#### b. Toma de postura

---

<sup>47</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 2326/1996, de 3 de octubre [versión electrónica - base de datos VLEX. Ref. 17714416]. Fecha de última consulta: 9 de abril de 2023.

<sup>48</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *op. cit.*, p. 122.

<sup>49</sup> ROXIN C., *Derecho penal*. PG, Civitas, Madrid, 1997, pp. 21 y ss.

<sup>50</sup> *Id.*

<sup>51</sup> FRISCH, P. *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, trad. V. Rodríguez Vázquez, Duncker und Humblot, Berlin, 1973, pp. 34 y ss.

<sup>52</sup> *Id.*

<sup>53</sup> PAREDES CASTEÑÓN, J.M., *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, Madrid, 2005, p. 124.

La concreción del deber de cuidado es un proceso que requiere acudir al sector de actividad de la acción jurídicamente relevante, ya que las reglas de cuidado de cada ámbito tienen un nivel de elaboración, reconocimiento y difusión variable. El ámbito médico-quirúrgico está regulado por múltiples reglamentaciones y protocolos de actuación. En muchos casos la infracción de estas normas puede acarrear una sanción disciplinaria o administrativa. Sin embargo, estas regulaciones de la actividad médica no pueden identificarse con la norma penal al completo, ni en sentido positivo ni en sentido negativo. Son especialmente relevantes las reglas de la denominada *Lex artis*, cuya definición y naturaleza serán analizadas más adelante.

El análisis de la infracción del deber de cuidado es un proceso estricto y riguroso, por lo que no se debe supeditar la infracción del “deber de cuidado” a la infracción de las “reglas de cuidado”, ya que no se considerarían todas las circunstancias exógenas y endógenas del sujeto que afectan a la valoración penal de la conducta. Teniendo en cuenta que la intervención del Derecho penal constituye la *ultima ratio* del Derecho sancionador, es razonable que este proceso sea de extremada casuística. Del mismo modo, las razones materiales que obligan a establecer un valor jurídico-penal limitado e indiciario de las reglas de cuidado son evidentes en el caso del ámbito médico-quirúrgico. Los avances en medicina provocan que numerosos protocolos puedan quedar obsoletos en cortos periodos de tiempo. Igualmente, las reglas de cuidado establecen pautas de conducta de aplicación general, pero “la medicina es una ciencia inexacta”<sup>54</sup> y es la reacción biológica de cada enfermo imprevisible a normas previas y establecidas. Por ello, la infracción de las reglas de cuidado en el ámbito médico no supone directamente la infracción del deber de cuidado, ni el respeto de las reglas de cuidado supone el respeto del deber de cuidado. Se sigue, desde esta posición, la opinión doctrinal mayoritaria.

### 1.2.3. *Deber objetivo o subjetivo de cuidado*

La inclusión o no de las capacidades y conocimientos (superiores o inferiores) es una de las cuestiones más polémicas de la concreción del deber de cuidado. ENGISCH señala que la incorporación de la infracción del deber de cuidado al tipo del injusto originó una distinción

---

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 53/1985, de 11 de abril [versión electrónica - BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985]. Fecha de última consulta: 20 de marzo de 2023.

sistemática entre el deber subjetivo<sup>55</sup> y objetivo de cuidado (también en WELZEL<sup>56</sup>). Sobre esta cuestión se pueden diferenciar en la actualidad dos posiciones diametralmente opuestas, aunque su diferencia es más teórica que práctica, como se analizará a continuación. Se trata de una difícil tarea que corresponde al juzgador, el cual deberá estudiar los hechos para dirimir si existe culpa o negligencia, sin valorar cuestiones de orden científico sobre la oportunidad de un determinado tratamiento<sup>57</sup>.

Las dificultades para determinar el valor de los conocimientos capacidades o conocimientos individuales en la configuración del deber de cuidado, se incrementan considerablemente en el ámbito médico-quirúrgico. El ejercicio de esta ciencia está reservado solo a ciertos profesionales que han superado los procesos legalmente establecidos y cuentan con el título correspondiente. De esta forma, la cuestión a analizar en el presente epígrafe es la relación entre el deber de cuidado y los conocimientos y capacidades específicas de los profesionales de este sector de actividad. No obstante, dada la división horizontal y vertical del trabajo en las actividades médico-quirúrgicas, concurren personas con distinta capacidad, preparación y cualificación.

Un ejemplo “arquetípico”<sup>58</sup> de las actividades médico-quirúrgicas del que parten numerosos autores es de aquel cirujano que posee conocimientos superiores o inferiores a la media de su especialidad. Cabe reflexionar sobre si existe una infracción del deber de cuidado cuando un cirujano, con cualidades individuales eminentemente superiores, realiza una determinada intervención quirúrgica que produce la lesión de un bien jurídico del paciente por la no utilización de una determinada habilidad que no ostentan el resto de profesionales de la especialidad. Este mismo planteamiento se extrapola al cirujano *infraformado* que, por no haber desarrollado suficientemente sus capacidades, ocasiona un perjuicio al paciente. La respuesta a estos ejemplos dependerá del valor que se le otorgue a las capacidades y conocimientos individuales en la configuración del deber de cuidado.

#### a. Valoración crítica de las posturas objetivas y subjetivas

---

<sup>55</sup> BINDING lo denomina el deber examen previo. BINDING, K., *La Culpabilidad en el Derecho Penal*, trad. V. Rodríguez Vázquez, Kurzes Lehrbuch, Leipzig, 1919.

<sup>56</sup> WELZEL, H., *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. J. CERZO MIR, Ariel S. A, Barcelona. 1964, p. 75.

<sup>57</sup> BENZO CANO, E., *La responsabilidad profesional del médico*, Escelicer, Madrid. 1994, p. 152.

<sup>58</sup> HAVA GARCIA, *op. cit.*, p. 62.

Las tesis objetivistas entienden el deber de cuidado como un elemento del tipo que se configura como un baremo general de cuidado (denominado por la doctrina el hombre medio ideal<sup>59</sup>, el *bonus paterfamilias*, el hombre diligente, entre otros<sup>60</sup>), sin tener en cuenta las características propias del sujeto concreto. Según ROMEO CASABONA<sup>61</sup>, el cuidado debido será *objetivo y normativo* haciendo referencia al cuidado que sea exigible a todo aquel que vaya a realizar una acción que entrañe cierto riesgo para los bienes jurídicos. No obstante, esta abstracción conlleva cierta subjetivación, atendiendo a las circunstancias que rodean al hecho concreto, como recuerda RODRÍGUEZ MOURULLO<sup>62</sup>. Así, estas circunstancias personales del autor se refieren a este como miembro de un colectivo con unas determinadas pautas de comportamiento, se atiende a capacidades y circunstancias estandarizadas propias de un determinado sector de actividad. En particular, en la actividad médica, el baremo atiende a los estándares y conocimientos vigentes para una determinada especialidad.

Atendiendo a las razones teóricas, la situación de la infracción del deber de cuidado en la tipicidad, como manifestación de la norma penal, se dirige a todos los sujetos por igual; por lo que, en caso de hacer depender la realización del tipo de baremos individualizados, se anula la distinción entre injusto y culpabilidad, rompiendo el sistema estructurado del delito. Por otro lado, desde un punto de vista práctico, la concepción objetiva del deber de cuidado permite atender a las medidas de seguridad vigentes en relación con el hecho imprudente en aquellos casos en los que el sujeto sea inimputable. ROXIN señala que “que el sujeto pudiera evitar su infracción de la norma es una cuestión de culpabilidad, (...) constatable a posteriori; la infracción de la norma (...) no se elimina por deficiencia de rendimiento”<sup>63</sup>.

Esta tesis ha recibido la denominación de “teoría del doble baremo”<sup>64</sup>. El primer baremo pretende determinar la tipicidad de una determinada conducta a través de un análisis objetivo, que excluye las características individuales del autor. Después de haber constatado la existencia de una conducta imprudente y antijurídica, en la culpabilidad se examina si tal mandato podía ser cumplido por el sujeto concreto atendiendo a sus condiciones personales (conocimientos, inteligencia, habilidad, experiencia, etc.). cuidado individual, posible y exigible al autor

---

<sup>59</sup> La psiquiatría ha criticado profundamente esta concepción, ya que cada ser humano cuenta con una personalidad propia, individual e independiente de los demás, derivada de su entorno ambiental y su herencia genética. *vid.*, HIGUERA GUIMERA, J., *La eximente de miedo insuperable en el Derecho Penal Común Militar Español*, Bosch, Barcelona, 1991.

<sup>60</sup> LUZÓN PEÑA, D., *op. cit.*, p. 283.

<sup>61</sup> ROMEO CASABONA, C.M., pp. 233 y ss.

<sup>62</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal. PG*, Civitas, Madrid. 1977, p. 341.

<sup>63</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 247.

<sup>64</sup> *Id.*

concreto, pertenece a la culpabilidad, la infracción del deber general y objetivo de cuidado es una característica de la antijuridicidad de los delitos culposos<sup>65</sup>.

Atendiendo al ejemplo anterior, el cirujano *infracualificado* cometerá una conducta típica y antijurídica si el “cirujano medio ideal” hubiera podido prever y evitar el resultado. No obstante, aunque la conducta sea típica y antijurídica, su punibilidad dependerá de las específicas condiciones del galeno y su motivabilidad o capacidad de respuesta ante el hecho concreto. Por su parte, el cirujano de capacidades extraordinarias no realizará una conducta típica, pues ha actuado conforme a un deber objetivo de cuidado.

En este sentido, este deber objetivo de cuidado se trata de lo que el Tribunal Supremo denomina el factor normativo o externo, “traducido en normas convivenciales y experienciales tácitamente aconsejadas y observadas en la vida social en evitación de perjuicios a terceros, o en normas específicas reguladoras y de buen gobierno de determinadas actividades que, por fuerza de su incidencia social, han merecido una normativa reglamentaria o de otra índole, en cuyo escrupuloso atendimiento cifra la comunidad la conjuración del peligro dimanante de las dedicaciones referidas; hallándose en la violación de tales principios o normas socioculturales o legales, la raíz del elemento de antijuridicidad detectable en las conductas culposas o imprudentes, al provocarse la violación de las susodichas normas exigentes en el deber de actuar de una forma determinada erigida en regla rectora de un sector actuacional”<sup>66</sup>

Por otro lado, el sector subjetivista incluye en la concreción del deber de cuidado los conocimientos y capacidades, sean inferiores y superiores, del autor. Esta concepción surge para afrontar las consecuencias inaceptables – desde el punto de vista de política-criminal – a las que conduce el concepto exclusivamente objetivo de deber de cuidado a la hora de valorar a aquellos especialistas médico-quirúrgicos con conocimientos superiores al “cirujano medio ideal” (cf. supra), pues sus conocimientos individuales superiores hubieran permitido salvar la vida o evitar la lesión del paciente. Se busca determinar si existen elementos subjetivos en la tipicidad, al igual que en el delito doloso. JAKOBS sostiene que “el injusto depende de las capacidades de autor respectivo para evitar la acción porque sus efectos vayan a realizar el tipo”<sup>67</sup>. Así, señala que la norma típica castiga el comportamiento descuidado, no premia el

---

<sup>65</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *op. cit.*, p. 342.

<sup>66</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 4239/1990, de 28 de diciembre [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. ROJ 9862/1990]. Fecha de última consulta: 18 de marzo de 2023.

<sup>67</sup> JAKOBS, G., *Derecho Penal. PG*, trad. J. Cuello Contreras y J. González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995, p. 384.

comportamiento cuidadoso. CORCOY BIDASOLO también apoya esta concepción individualizadora pues considera que la figura del hombre medio resulta arbitraria, subjetiva y difícil de probar. Esta autora manifiesta que “es más inseguro generalizar que partir del individuo en concreto para objetivizar entresacando todo aquello que se exterioriza en la conducta y que es disponible a voluntad por el sujeto”<sup>68</sup>. Por otra parte, la figura del “hombre medio” como una figura abstracta y de difícil concreción, que afecta al principio de seguridad jurídica.

“Individualizar no implica subjetivizar y que generalizando no siempre se objetiviza”<sup>69</sup>. Como ya se ha establecido en el Derecho Constitucional, el deber objetivo de cuidado afecta al principio de igualdad y a la justicia material, pues se estaría tratando como iguales a sujetos que son eminentemente diferentes<sup>70</sup>. Así, el cumplimiento de estos principios supone que el Derecho penal sepa que se está realizando una actividad de alto riesgo y que, por su peligrosidad, exija un determinado cuidado. De lo contrario, se hablaría de una pura responsabilidad objetiva. Para hacer gráfica la posición de estos autores es conveniente regresar al ejemplo arquetípico del cirujano extraordinario y el inexperto. Determinar que la misma conducta realizada es igualmente “típica” afecta al principio de justicia material; pues es evidente la relevancia de las diferencias de formación entre un cirujano *novel*<sup>71</sup> que lleva a cabo una operación muy arriesgada y fracasa en el intento y el *hiperformado* que decide no utilizar sus capacidades individuales, las cuales podrían salvar al paciente. Se trataría de un “trato de favor” recibido por aquellos que poseen cualidades superiores. Consecuentemente, atendiendo a esta concepción, el cirujano extraordinario podrá ser castigado por imprudencia, pese a ser una conducta adecuada para el “cirujano medio”; mientras que el cirujano inexperto no podrá ser castigado por no estar a su alcance la evasión del resultado lesivo.

No obstante, el sector objetivista critica estas tesis individualizadoras por conducir al caos, al carecer de un referente general de conducta que todos los ciudadanos están obligados a seguir. Del mismo modo, sostienen que la inclusión de las cualidades individuales del autor supone una confusión entre el tipo del injusto y la culpabilidad. LUZÓN PEÑA señala que la antijuricidad de una acción es un juicio objetivo-general basado en una concepción objetivo-

---

<sup>68</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *op. cit.*, p. 137.

<sup>69</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., *op. cit.*, p. 144.

<sup>70</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 69/2022, de 2 de junio [versión electrónica - BOE núm. 159, de 4 de julio de 2022]. Fecha de última consulta: 13 de abril de 2023.

<sup>71</sup> A este respecto, *vid.* STS de 28 de diciembre de 1990 (ROJ 9862/1990) (Pte. Soto Nieto); STS de 8 de junio de 1989 (ROJ 3424/1989) (Pte. García Ancos); STS de 15 de enero de 1986 (ROJ 49/1986) (Pte. Latour Brotons).

general de diligencia, mientras que la incapacidad de actuar conforme tal deber de cuidado objetivo es una cuestión de la culpabilidad<sup>72</sup>. Del mismo modo, señalan que lo que verdaderamente afecta al principio de igualdad es el tratamiento discriminatorio, donde se exigen esfuerzos mayores o menores en función de la cualificación del autor de la conducta<sup>73</sup>.

Sin embargo, como pone de manifiesto ROXIN<sup>74</sup>, las diferencias entre posiciones subjetivistas y objetivistas son más teóricas que prácticas. Existe acuerdo entre ambas posiciones respecto a la impunidad de las acciones del sujeto con capacidades inferiores a la media (ya desde el tipo o desde la culpabilidad, a través de la teoría de los dos peldaños). Tampoco existen diferencias prácticas respecto a la imprudencia por asunción o emprendimiento.

Sólo existe una diferencia material en el caso de capacidades superiores a la media, pues conforme al baremo objetivo no es preciso que nadie rinda más de lo que se requiere con carácter general, mientras que la concepción individualizadora exige también el empleo de las superiores capacidades, y en esa medida es por tanto más estricta. Las discrepancias surgirían en el caso de los profesionales *hipercualificados*, pues la teoría objetiva consideraría que su conducta se ajusta al deber de cuidado si respeta el deber de cuidado del “hombre medio ideal”. No obstante, esta diferencia también es aparente, pues ambas concepciones cuentan con mecanismos que posibilitan su punibilidad. Así, las teorías objetivas crean figuras-baremo específicas para determinados sectores especialistas. FEIJOO SÁNCHEZ señala que la doctrina mayoritaria sufre los mismos casos que las posiciones minoritarias que critican, solo que desplazados al juicio de culpabilidad<sup>75</sup>. Los mismos inconvenientes de impunidad se encuentran tanto en la excesiva subjetivización tanto del tipo como de la culpabilidad. De esta forma, las teorías objetivas acuden a la subjetivización de la previsibilidad objetiva que tiene en cuenta los “conocimientos especiales” del autor mientras que las teorías subjetivas utilizan correctivos objetivos como el riesgo permitido. Consecuentemente, la discusión doctrinal entre ambas posiciones adquiere una escasa relevancia práctica, ya que las diferencias casuísticas suelen ser mínimas.

#### b. Posturas intermedias

---

<sup>72</sup> LUZÓN PEÑA, *op. cit.*, p. 67.

<sup>73</sup> *Id.*

<sup>74</sup> ROXIN, C., *op. cit.*, p. 248.

<sup>75</sup> FEIJÓO SANCHEZ, B., *op. cit.*, pp. 72 y ss.



LUZÓN PEÑA es partidario de la concepción objetiva, basada en un deber objetivo-general que utiliza fórmulas similares como el “hombre medio ideal” o el “hombre inteligente y cuidadoso”. No obstante, matiza esta posición, incorporando al baremo objetivo los conocimientos superiores del autor. Si el hombre medio ideal – sumado a los conocimientos especiales – hubiera podido prever la realización del tipo y, a través de sus conocimientos, hubiera podido evitar un determinado resultado lesivo habrá una infracción del deber de cuidado. Este concepto solo incluye los conocimientos superiores, pero no las capacidades especiales. La razón alegada es que mientras que los conocimientos especiales son perfectamente transmisibles entre los profesionales de una determinada actividad; mientras que las capacidades especiales son atributos personales y no transmisibles, por lo que no es posible añadirseles hipotéticamente al mismo<sup>76</sup>.

Otra solución intermedia que se acerca más a las tesis individualizadoras es la de MIR PUIG. A pesar de sostener que el deber de cuidado debe ser un baremo objetivo que va dirigido a todos los sujetos por igual (al igual que la norma penal), este autor sostiene que los conocimientos y capacidades del individuo serán tenidos en cuenta a la hora de analizar la culpabilidad. Este autor coincide con LUZÓN PEÑA en lo relativo a los conocimientos superiores, pero establece un matiz importante para las capacidades superiores. Establece una diferencia entre el profesional que omite voluntariamente emplear sus capacidades superiores y el profesional que omite su empleo por circunstancias ajenas a su voluntad. En el primer caso, se infringiría el deber de cuidado, mientras que, si no consigue ponerlas en práctica por razones que escapan a su voluntad, no se trataría de una conducta imprudente – siempre y cuando se haya obrado dentro de los límites del baremo objetivo del deber de cuidado<sup>77</sup>.

ROXIN incluye en el baremo de cuidado tanto los conocimientos como las capacidades especiales del autor, acercándose aún más a un punto intermedio entre las tesis objetivas y subjetivas. El autor sintetiza su teoría estableciendo que “se ha de generalizar hacia abajo e individualizar hacia arriba”. De esta forma, ROXIN incluye exclusivamente en el tipo los conocimientos y capacidades superiores, mientras que los inferiores habrán de ser analizados en el asiento de la culpabilidad. ROXIN explica la inclusión de estos conocimientos y capacidades superiores señalando que el Derecho penal tiene por objetivo evitar la lesión de bienes jurídicos siempre que sean evitables. Así, no se justifica que un cirujano de primerísima calidad ha actuado conforme al deber de cuidado si se ajusta al estándar mínimo vigente, si el

---

<sup>76</sup> LUZÓN PEÑA, D., *op. cit.*, p. 284

<sup>77</sup> MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2015, pp. 302 y ss.

empleo de sus conocimientos o capacidades superiores hubiera prevenido un resultado mortal o la lesión del paciente<sup>78</sup>.

FEIJOO SÁNCHEZ se aleja de las tesis objetivas y sostiene que la figura del “hombre medio” es un baremo excesivamente abstracto, que no respeta el principio de responsabilidad individual, ya que imputa la infracción de la norma a ese “hombre medio” en lugar de imputársela al sujeto concreto de la conducta. El proceso de valoración penal de la conducta se basa en la predisposición del sujeto concreto a un comportamiento cuidadoso, no en su disposición a comportarse como el abstracto “hombre medio”, lo que exige considerar el contexto y las características del sujeto concreto. Este criterio pretende acercarse a un concepto de justicia material en la que la norma penal motiva a cada sujeto a adoptar el cuidado disponible a su alcance. De esta forma, se le está obligando a aquello que puede dar conforme a su propia capacidad<sup>79</sup>.

La capacidad del autor para ser motivado por la norma se incluiría en el juicio de la culpabilidad, mientras que la capacidad instrumental o habilidad para el control de los riesgos de una determinada actividad se añadirían al concepto de deber de cuidado, en el tipo de injusto. No obstante, las consecuencias prácticas son similares a las defendidas por la doctrina objetivista, pues – en este último caso – es posible exigir responsabilidades en supuestos de imprudencia por asunción. Así, el autor de esta “formulación ecléctica” sostiene que no existe “una polémica entre partidarios de un deber objetivo de cuidado y un deber subjetivo de cuidado como elemento del tipo o entre partidarios de una medida objetiva y una medida subjetiva del cuidado”<sup>80</sup>. Así, la objetividad del juicio de infracción de la norma depende de la propia valoración y no del substrato de la valoración, por lo que – para FEIJOO SÁNCHEZ - la inclusión de los conocimientos y capacidades del autor en el injusto no implica la subjetivización del mismo.

### c. Toma de postura

Las posiciones “puras” del deber de cuidado son objeto de críticas lo suficientemente contrastadas (la abstracción de las posiciones objetivas y la confusión entre tipicidad y culpabilidad en las posiciones individualizadoras) como para ser rechazadas y realizar un análisis más desarrollado de las posiciones intermedias. Sin embargo, surgen problemas en la

---

<sup>78</sup> ROXIN, C., *op. cit.*, p. 1015.

<sup>79</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 65 y ss.

<sup>80</sup> *Id.*

diferenciación entre conocimientos y capacidades. Aunque las definiciones de conocimientos y capacidades sean dispares en la teoría, la interdependencia entre ambos aspectos es constante. Por un lado, los conocimientos de un profesional médico-quirúrgico influyen en sus mayores capacidades de actuación. Por otro lado, los conocimientos de un determinado sujeto pueden basarse en una mayor capacidad de aprendizaje del sujeto activo. Así, autores como CORCOY BIDASOLO<sup>81</sup> propone aunar ambos conceptos bajo el término “capacidad”.

La norma penal no es en enunciado flexible, sino que va dirigida a la generalidad de los ciudadanos. Como señalaban las tesis objetivas, no puede establecerse una norma penal que no señale un determinado comportamiento general y cuidadoso pues, de lo contrario, la subjetivización de la norma implicaría inseguridad jurídica. Se trata de normas que van dirigidas a la generalidad de los ciudadanos, tanto culpables como no culpables, y que se establecen conforme a criterios objetivos y válidos para todos. Dado que el CP no concreta el deber de cuidado exigido para todas las situaciones que ponen en peligro determinados deberes jurídicos, es necesario concretar el deber de cuidado para cada situación.

De esta forma, el deber objetivo de cuidado se ajustará en el caso de los especialistas médico-quirúrgicos al buen profesional de ese sector de actividad, atendiendo al nivel de preparación medio que se supone que debe respetar el autor en esa determinada situación (incluyendo los conocimientos superiores). Por un lado, la transmisibilidad de los conocimientos superiores presupone su objetivación. Así, como ya se ha indicado en el análisis de las “reglas de cuidado”, la Medicina es un área en constante evolución, donde las concretas normas establecidas para un determinado nivel de actividad pueden ser derogadas con la aparición de un nuevo tratamiento. Dicho nuevo tratamiento puede ser aprendido por la generalidad de los profesionales médico-quirúrgicos, por lo que es acertada su inclusión en un concepto objetivo del deber de cuidado. La profesión médica exige una continua actualización de los conocimientos en diagnóstico y tratamiento, por lo que es entendible que los conocimientos superiores de un cirujano *extraordinario* se incluyan en el deber objetivo de cuidado, mientras que el resto de cirujanos medios estarán ante un deber objetivo de cuidado que no incluye tales conocimientos superiores. Por otro lado, me remito a lo establecido por las tesis objetivas para el caso de un profesional como conocimientos inferiores. La norma penal establece un determinado patrón de conducta objetivo para todos los ciudadanos ya que pretende proteger determinados bienes jurídicos, pero posibilitando la realización de

---

<sup>81</sup> *Vid. supra.*

actividades que suponen un riesgo para los mismos. Teniendo en cuenta esta norma penal de aplicación general, se entiende que la conducta del cirujano inexperto es típica y antijurídica (dado que para realizar una determinada operación debería actuar conforme a los conocimientos exigidos para la misma<sup>82</sup>), pero que supone la inimputabilidad en el seno de la culpabilidad, en caso de que tal actuación no derive de una imprudencia por asunción (*vid. infra*). Este razonamiento aplicaría tanto a los conocimientos como a las capacidades inferiores.

No obstante, las capacidades superiores no son adquiridas – como la extraordinaria capacidad visual o una extraordinaria firmeza del pulso – ni son susceptibles de transmisión, por lo que no es posible su generalización a la totalidad de los actores del sector de actividad correspondiente. Al contrario que MIR PUIG, el no emplear determinadas capacidades excepcionales voluntariamente será resuelto en el seno de la culpabilidad, pues si la actuación buscaba un determinado resultado lesivo podrán reconducirse al dolo directo o eventual. En caso de que el autor no use sus capacidades superiores, pero considerando que las capacidades medias son suficientes para evitar el resultado lesivo, no habría una infracción del deber objetivo de cuidado. Otra situación similar es aquel que no utiliza sus capacidades superiores por desconfiar de sus propias capacidades, el autor no infringiría el deber de cuidado pues, en ese caso, obraría diligentemente atendiendo a las concretas circunstancias de la conducta.

### **1.3. *Lex artis***

#### *1.3.1. Concepto*

La expresión *lex artis* ha sido empleada por la doctrina y la jurisprudencia española para identificar las reglas de actuación correctas de un determinado profesional, tanto por las abundantes SSTs<sup>83</sup> como por las SAP. La medicina es una rama del progreso condicionada por procesos causales de la naturaleza y mecanismos biológicos y espirituales, mas también concurren una serie de circunstancias y misterios que hacen que tengamos sentido la *lex artis (lege artis)*, como compendio de ciencia y arte. CORCOY BIDASOLO<sup>84</sup> define esta expresión como el principio que preside las actuaciones de los profesionales liberales donde, dado que las

---

<sup>82</sup> La norma penal posibilita la ejecución de tales actividades dentro del riesgo permitido, por lo que – desde el punto de vista del injusto penal – el mínimo exigido deberá adecuarse a ese riesgo permitido siguiendo criterios objetivos, cuya existencia es independiente de las condiciones particulares del sujeto que lleva a cabo la conducta. Lo mismo aplica para el cirujano con capacidades inferiores.

<sup>83</sup> STS de 26 de junio de 1980 (ROJ 4565/1980); STS de 5 de febrero de 1981 (ROJ 3974/1981); STS de 15 de enero de 1986 (ROJ 49/1986); STS de 27 de mayo de 1988 (ROJ 3994/1998); STS de 3 de octubre de 1997 (ROJ 5836/1997); STS de 1 de abril de 1998 (ROJ 2160/1998); STS de 18 de noviembre de 1998 (ROJ 6831/1998); STS de 25 de mayo de 1999 (ROJ 3629/1999); STS de 19 de julio de 2002 (ROJ 5513/2002).

<sup>84</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *op. cit.*, pp. 34 y ss.

reglamentaciones específicas no son suficientes para la configuración del deber objetivo de cuidado, se emplean normas de cuidado no escritas producto de la experiencia – elaboradas por los propios intervinientes en las actividades de peligro<sup>85</sup>.

El concepto de *lex artis* se ha complementado frecuentemente en la doctrina española y alemana con el uso del término “estándar”, dado que son reglas de aplicación general. VELTEN<sup>86</sup> señala que el estándar médico ha reemplazado a las “reglas del arte médico”, pues la medicina es un campo de continuo desarrollo y estas reglas eran demasiado rígidas e inadecuadas para englobar todos los conocimientos médicos. No obstante, en la actualidad se emplean de manera conjunta. VILLACAMPA ESTIARTE define el “estándar médico” como un “ideal de comportamiento prudente y cauteloso de un miembro del concreto ámbito del tráfico jurídico, esto es, en referencia a la actividad médica, el estándar de un especialista (médico) experimentado”<sup>87</sup>. No se trata de un comportamiento usual, sino de una categoría normativa de actuación correcta y necesaria.

No obstante, al igual que con la expresión *lex artis*, el estándar médico define ese ideal normativo a través de las reglas de conducta propias de la actividad médica. Hart identifica tres elementos del estándar médico: el estado del conocimiento científico, de la experiencia médica y el grado de “aceptación” profesional (que no “consenso”). De esta manera, se trata de un estándar susceptible de variación<sup>88</sup>. Junto al término “estándar”, han ido apareciendo en el lenguaje jurídico otras expresiones como “directrices”, “guías de actuación”, “guidelines”, “estado de la ciencia”, etc<sup>89</sup>.

Todas estas expresiones, incluido el “estándar” médico; pueden ser reconducidas a un único concepto, la *lex artis*. Así, esta puede definirse como el conjunto de reglas técnicas de cuidado de aplicación general, que han sido aprobadas, aceptadas y comprobadas tanto por la comunidad científica como por la experiencia profesional del sector relevante. La elección de este término sobre el resto de propuestas se basa en la preferencia de la mayoría de la doctrina

---

<sup>85</sup> A pesar de que existe una relación entre la *lex artis* y el cuidado objetivo debido, es importante señalar que estos conceptos no son coincidentes. En efecto, aunque seguir las pautas establecidas por la *lex artis* implica observar el cuidado objetivo debido, no siempre se cumple lo contrario. Es decir, el hecho de ajustarse a la *lex artis* no garantiza necesariamente que se cumpla con el cuidado objetivo debido., vid. ROMEO CASABONA, C., *op. cit.*, p.70.

<sup>86</sup> VELTEN, W., *Der medizinische Standard im Arzthaftungsprozess. Eing Beitrag zu Umfang und Grenzen der Darlegungslast von Arzthaftungsklägern bezüglich der Standards medizinischer Heilbehandlung*, Nomos, Baden-Baden, 2001, p. 41

<sup>87</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., *op. cit.*, p. 96.

<sup>88</sup> Vid. HART, D., *Ärztliche Leitlinien: Empirie und Recht professioneller Normsetzung*, Nomos, Berlin, 2000.pp. 10-16.

<sup>89</sup> RODRIGUEZ VÁZQUEZ, V., *op. cit.*, p. 159.

y la jurisprudencia, civil y penal, por este término; lo que permite una mejor comprensión de las cuestiones a debate en el seno de este concepto.

Al tratarse de reglas técnicas<sup>90</sup>, la *lex artis* no incluye las normas de naturaleza deontológica recogidas en el Código de Ética y Deontología Médica aprobado en 1999 por el Consejo General de Colegios Médicos. Estas normas tienen como finalidad establecer pautas de comportamiento abstracto del quehacer médico en relación con otros profesionales y con el paciente; pero su contenido es de carácter eminentemente ético y no ordenan la adecuada actuación del profesional médico-quirúrgico. La doctrina española mayoritaria se decanta por esta opción – VILLACAMPA ESTIARTE<sup>91</sup>, HAVA GARCÍA<sup>92</sup> y ROMEO CASABONA<sup>93</sup>, entre otros. Lo mismo sucede con el “deber de información” y el “consentimiento informado”, donde la información clínica no incide en la ejecución de la intervención sanitaria, sino que atiende a consideraciones éticas. Esta toma de postura no excluye que se pueda derivar una responsabilidad penal por el incumplimiento de estas normas, pero no como incumplimiento de la *lex artis*.

### 1.3.2. *La libertad de método*

El análisis de la definición de *lex artis* evidencia que estas normas han de gozar de una aceptación general dentro del mencionado ámbito de actividad. VELTEN sostiene que para tratarse de un “estándar” debe existir cierto reconocimiento en el círculo de profesionales sanitarios<sup>94</sup>. No obstante, la doctrina mantiene series dudas con respecto a aquellos que tienen competencia para atribuir tal reconocimiento y el grado de acuerdo necesario para tal identificación.

Por un lado, un sector doctrinal considera que la *lex artis* debe incluir las reglas técnicas (esto es, los métodos diagnósticos o de tratamiento) aceptadas por la mayoría de la comunidad expertos médico-quirúrgicos<sup>95</sup>. Esta corriente se ajusta a la utilización del término “estándar”, dada la estabilidad derivada de que esas reglas estén respaldadas por la mayoría del sector. A pesar de que la infracción del estándar médico-quirúrgico no implica la infracción del deber de

---

<sup>90</sup> Estas reglas técnicas se corresponderán con cada una de las fases en las que se divide la intervención médico-quirúrgica, considerando también la rama profesional específica del autor. En el sector médico se identifican cuatro fases: anamnesis, diagnóstico, pronosis y tratamiento.

<sup>91</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *op. cit.*, p. 109.

<sup>92</sup> HAVA GARCÍA, *op. cit.*, pp . 54 y ss.

<sup>93</sup> *Ibid.*, 72

<sup>94</sup> VELTEN, W., *op. cit.*, p. 42.

<sup>95</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *op. cit.*, p. 170.

cuidado, el valor indiciario de la *lex artis* – erróneamente identificadas plenamente, en ocasiones, por la práctica judicial -, esta corriente doctrinal limita considerablemente las facultades de actuación del personal médico. Así pues, alejarse del estándar mayoritario implica actuar fuera de la *lex artis* y ergo asumir con un alto índice de probabilidad la posible calificación como imprudente de la conducta<sup>96</sup>.

Por otro lado, otra posición doctrinal critica esta postura por al menos dos razones. Primero, es extremadamente complejo establecer un estándar general y mayoritario en una ciencia como la medicina, inexacta y de cambio constante. “Lo que teóricamente es seguido por la mayoría de los profesionales sanitarios puede haber quedado obsoleto o simplemente ser una mera apariencia”<sup>97</sup>. Del mismo modo, acuñar un concepto de la *lex artis* limitado a la opinión mayoritaria supondría anular el principio de libertad de método en las profesiones médico-quirúrgicas, fundamental para el constante progreso en esta rama de la ciencia. Por ello, esta parte de la doctrina incluye, junto a las reglas técnicas o métodos de tratamiento mayoritarios, los considerados minoritarios o heterodoxos, eso sí, con ciertos límites<sup>98</sup>.

En mi opinión, coincido con la segunda postura en las críticas de las corrientes que reducen la *lex artis* como la opinión mayoritaria, dado que se ha de primar una medicina de escuela, que comprenda el avance constante de las reglas técnicas en este sector de actividad. Si se atiende a que la *lex artis* está formada por las reglas “aprobadas por la comunidad científica” en un determinado momento, este concepto ha de dar cabida al método curativo utilizado por la escuela médica dominante, pero también por un método minoritario que – al menos – haya sido reconocido como válido por la comunidad científica. Por tanto, no es necesario que el método sea mayoritario, pero sí que haya sido experimentado suficientemente y contrastado por la ciencia médica (se excluye, por tanto, la *paramedicina* y otros métodos curanderos heterodoxos<sup>99</sup>).

El profesional médico-quirúrgico tiene autonomía para seleccionar el método más adecuado y conveniente para cada caso, siempre y cuando no exceda los niveles de riesgo permitidos y cumpla con los deberes de cuidado que le son exigidos<sup>100</sup>. Según una amplia corriente de opinión, los límites a la libertad de elección del método se rigen más por el deber objetivo de cuidado que por la *lex artis*. Se sostiene que, si existe un método concreto que ha

---

<sup>96</sup> *Id.*

<sup>97</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., *op. cit.*, p. 128.

<sup>98</sup> *Id.*

<sup>99</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 50 y ss.

<sup>100</sup> *Ibid.*, 48.

demostrado ser especialmente eficaz para una determinada enfermedad, el médico está obligado a aplicarlo. En otras palabras, si el estado actual del conocimiento no deja dudas sobre cuál es el método apropiado para el caso en cuestión, el uso de cualquier otro método se consideraría una vulneración al principio de actuación más eficaz y a los deberes de cuidado. Por lo tanto, si una determinada posición mayoritaria sigue sin lugar a duda un método con el mayor grado de respaldo, no existe la libertad para optar por otro método<sup>101</sup>.

Sería contrario al deber de cuidado del médico utilizar un método basado en su convicción personal o de un grupo minoritario cuando aún no se ha alcanzado una convicción intersubjetiva suficiente que cuestione el método dominante<sup>102</sup>. Si existen dudas, puede haber dos escenarios: primero, si hay un método mayoritario reconocido por la comunidad científica junto con otros métodos minoritarios y se tiene claridad sobre cuál es el más adecuado, el médico debe elegir el método mayoritario. Segundo, si se ha demostrado la ineficacia de los métodos mayoritarios, pero se desconoce la eficacia y efectos secundarios de los métodos minoritarios, el médico puede elegir el método minoritario.

### 1.3.3. *Valor jurídico-penal*

Cuando se trataron las reglas de cuidado en general, no solo en la actividad médico-sanitaria, la mayoría de la doctrina consideró que tienen un valor indiciario a efectos penales. El cumplimiento de estas reglas no garantiza que se esté actuando conforme al deber de cuidado, ni su incumplimiento significa necesariamente una infracción. Este mismo razonamiento es aplicable a la *lex artis*.

La limitación del valor jurídico-penal de la *lex artis* se debe a varias razones. En primer lugar, y fundamentalmente, por su carácter abstracto. La *lex artis* establece modelos o patrones de actuación potencialmente aplicables en múltiples casos idénticos o semejantes; es, por tanto, una abstracción de la realidad. El carácter universal de la *lex artis* restringe su valor a efectos de la determinación del deber de cuidado, pues se habrá de atender a las circunstancias concretas que, en ocasiones, pueden convertir una regla válida en abstracto en una regla insuficiente, irrelevante o contradictoria con lo que espera el Derecho del profesional médico-quirúrgico<sup>103</sup>. Así, aunque pueda existir un fallo técnico desde el punto de vista técnico – cuya determinación corresponde a los expertos en la materia -, la valoración jurídico-penal de la

---

<sup>101</sup> *Ibid.*, 49.

<sup>102</sup> *Ibid.*, 61.

<sup>103</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *op. cit.*, p. 179.



acción corresponde única y exclusivamente al juez<sup>104</sup>. Será el órgano judicial el encargado de ponderar, junto a la infracción de la *lex artis*, otras circunstancias que rodean al caso, las cuales sumadas de forma razonada darán lugar a la infracción del deber de cuidado y la calificación de la conducta como imprudente. Estas circunstancias son las propias características del paciente, la urgencia de la intervención, las condiciones sociales, económicas, culturales, o hasta religiosas del enfermo o del medio en el que va a ser atendido. Por tanto, es importante distinguir la *lex artis* y deber de cuidado, dada la tendencia doctrinal, con importante aliento jurisprudencial, a asimilar ambos conceptos; principalmente, a través de la generalización de la expresión *lex artis ad hoc*<sup>105</sup>.

MARTÍNEZ CALCERRADA define este concepto como “el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, ciencia o arte médico, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos, estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida”<sup>106</sup>. Aunque es tradicionalmente utilizada en el orden civil, últimamente se observa su progresiva incorporación en el ámbito penal, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, con idéntico significado.

Desde mi punto de vista, el uso de *lex artis ad hoc* en el contexto penal puede causar una confusión entre la *lex artis* como una regla general de cuidado para una actividad específica y el "deber de cuidado", el cual es el resultado de la integración de la *lex artis* junto con otros factores personales y contextuales del médico en cuestión. El deber de cuidado es un concepto subjetivo que corresponde al jurista o al juez en un proceso judicial, mientras que la *lex artis* es una regla indicativa de lo que la comunidad médica considera apropiado para llevar a cabo en una actividad específica, como tratar una enfermedad en particular<sup>107</sup>. Es importante diferenciar entre la *lex artis* y el "deber de cuidado" ya que son conceptos independientes que no deben confundirse. Es necesario establecer una distinción clara entre la responsabilidad del médico y la del jurista (perito y juez) en relación con la determinación de los criterios que

---

<sup>104</sup> ROMEO CASABONA, *op. cit.*, p. 44 y ss.

<sup>105</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 495/2006, de 23 de mayo [versión electrónica - base de datos VLEX. Ref. ECLI 2006/3680]. Fecha de última consulta: 25 de febrero de 2023.

<sup>106</sup> MARTÍNEZ CALCERRADA, L., “Especial estudio de la denominada ‘lex artis ad hoc’ en la función médica”, *AC*, vol. 1986, n. 1, p. 1697.

<sup>107</sup> RODRIGUEZ VÁZQUEZ, V., *op. cit.*, p. 140.

determinan si la conducta de un profesional de la salud es o no imprudente. En resumen, en mi opinión no es recomendable utilizar la expresión *lex artis* ad hoc, al menos en el ámbito del Derecho penal, ya que existe una expresión histórica, "deber de cuidado" (y su fuente, la norma de cuidado), que es suficientemente expresiva y tiene una larga tradición doctrinal.

Además de su abstracción, la *lex artis* adolece en el ámbito jurídico-penal de un carácter temporal<sup>108</sup>. La constante interdependencia del contexto de la actividad sanitaria y la variabilidad de la *lex artis*, sometida a cambios constantes debido a los avances médicos en el sector, limitan la seguridad jurídica y certeza que estas reglas de cuidado pudiesen proporcionar en abstracto. Un intento de otorgar mayor valor a estas reglas de cuidado es el proceso de protocolización<sup>109</sup>, la concreción por escrito de las reglas de la técnica vigentes según el estándar médico en una determinada situación espacio-temporal, con vocación de permanencia. No obstante, los protocolos son más bien para procedimientos muy comunes y específicos y adolecen de los mismos problemas de abstracción y vocación de universalidad reseñados.

#### 1.4. Imputación objetiva

Los partidarios de un concepto científico de causa formularon la teoría de la equivalencia de condiciones (GLASER y BON VURI, *cf.* OBREGON y GÓMEZ LANZ<sup>110</sup>), por lo que el resultado sería imputable objetivamente al autor si suprimida una acción mentalmente, no se produce el mismo. No obstante, esta teoría presentaba demasiado problemas debido a su excesiva extensión e imprecisión (*causa causae est etiam causa causati*). Sin embargo, establecieron que el correctivo subjetivo o correctivo de culpabilidad manifestando que, aun siendo la acción causa del resultado, debería acreditarse una relación psicológica entre sujeto y autor (el dolo o la imprudencia). El adelantamiento de la imprudencia al tipo (tanto en las tesis finalistas como en las concepciones personales del injusto) confluyó con la normativización del tipo objetivo con la teoría de la adecuación. Según esta teoría, la acción causante del resultado típico debía entrañar una tendencia general para producir tales resultados conforme a la experiencia. Ese grado de tendencia suponía la probabilidad de producción el resultado. Para esta parte de la doctrina el concepto de previsibilidad objetiva del deber de cuidado coincide con el criterio de adecuación<sup>111</sup> y la previsibilidad configura la

---

<sup>108</sup> ROMEO CASABONA, J.M., *op. cit.*, p. 239.

<sup>109</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., *op. cit.*, pp. 141 y ss.

<sup>110</sup> OBREGÓN GARCÍA, A. y GÓMEZ LANZ, J., *op. cit.*, pp. 72 y ss.

<sup>111</sup> FEIJÓO SANCHEZ, B., *op. cit.*, pp. 56 y ss.

imprudencia tanto en sentido negativo, su ausencia determina la ausencia de hecho imprudente, como en sentido positivo, es un presupuesto para analizar el cuidado debido.

#### 1.4.1. Toma de posición

La teoría de la adecuación es superada por los partidarios de la(s) teoría(s) de la imputación objetiva (*Objektive Zurechnung*), teoría que maneja actualmente la sala 2ª del Tribunal Supremo y que se considera la más acertada. Al igual que la teoría de la relevancia, adopta un concepto científico de acción, pero distingue entre la relación de causalidad y la imputación objetiva. Un determinado sujeto solo responderá de aquellos resultados *causados* por la misma cuando dicho resultado pueda ser *puesto a cargo* de su autor (cfr. WESSELS, ROXIN, JAKOBS y JESCHECK<sup>112</sup>).

En primer lugar, se requiere como presupuesto necesario una relación de causalidad entre acción y resultado, que se analiza siguiendo el modelo de la teoría de la equivalencia de condiciones (fórmula *conditio sine qua non*). Por tanto, es necesaria una relación de causalidad para comenzar a valorar la imputación objetiva (cfr. FJ 2º STS de 23 de abril de 1992, RJ 1992/6783). Sin embargo, debido a los defectos de amplitud derivados de utilizar exclusivamente la teoría de la equivalencia de condiciones ya reseñados, es necesario comprobar, además, para afirmar la imputación objetiva, que existe una relación de riesgo entre acción y resultado<sup>113</sup>.

Esta relación de riesgo se verificará siempre y cuando la acción sea generadora de un riesgo *ex ante*, considerando el proceso causal. No obstante, algunos autores señalan que este riesgo debe estar desaprobado o no permitido. Los valedores de esta teoría (ROXIN, MIR PUIG) asimilan la imputación objetiva a la infracción del deber de cuidado. Así, las imprudencias derivan de situaciones en las que se supera el umbral de riesgo permitido, por lo que, quebrantado el deber de cuidado, se engendra un riesgo no permitido y, por tanto, es posible afirmar la imputación objetiva. No obstante, para esta opinión, y siguiendo a OBREGÓN y GÓMEZ LANZ, el riesgo permitido no puede asimilarse a la exclusión de imputación objetiva; sino que, en su caso, se podrá justificar la exclusión de la tipicidad de la conducta por un permiso legal genérico para el desarrollo de dicha actividad. La infracción del deber de cuidado y la imputación objetiva del resultado se erigen en cuestiones distintas en el seno del injusto de la infracción imprudente.

---

<sup>112</sup> OBREGÓN GARCÍA, A. y GÓMEZ LANZ, J., *op. cit.*, p. 79. Las cursivas no son mías.

<sup>113</sup> *Id.*

Por otro lado, es necesario realizar un juicio valorativo para comprobar la correlación entre el riesgo y el resultado. Se atiende al grado de probabilidad de producción del resultado fruto del riesgo generado por la acción o, lo que es lo mismo, si el resultado se encuentra en la esfera normal del riesgo generado por la acción. Destaca el principio de confianza en la división horizontal y vertical del trabajo – especialmente, en las intervenciones médico-quirúrgicas -, donde se determinará la exclusión de la imputación objetiva cuando la acción peligrosa se realiza con la confianza de que el resto de intervinientes en el proceso causal se mantendrán dentro de los límites de riesgo permitido<sup>114</sup>.

Este juicio valorativo se adapta al modelo heterodoxo de imprudencia seguido en este trabajo de la siguiente manera: un determinado resultado es imputable objetivamente a su autor siempre y cuando el mismo fuera previsible y evitable para el sujeto<sup>115</sup>. Esto es, que se represente la eventual concurrencia futura del resultado típico (que sea apreciable una suficiente correlación causal entre el riesgo generado y el resultado) o que se evite el resultado desarrollando la acción debida (que exista una relación causal).

## 2. CULPABILIDAD

Atendiendo al modelo delito elegido, la culpabilidad adquiere una diferencia fundamental en el delito imprudente. Así, en primer lugar, la ausencia de dolo es un elemento indispensable para calificar un delito como imprudente. Por tanto, el contenido y configuración de la culpabilidad en este tipo de delitos serán materialmente distinto a los del delito doloso, pues se carece del elemento esencial sobre el que gravita el juicio de reproche característico de este elemento<sup>116</sup>.

Por otro lado, será necesario comprobar los otros dos componentes ortodoxos de la culpabilidad: imputabilidad y exigibilidad de una conducta distinta. La imputabilidad en los delitos imprudentes se afirma siempre y cuando el sujeto goce de la capacidad para advertir el peligro derivado de su acción y actuar conforme a dicha comprensión (esto es, observar el cuidado debido). La doctrina ha diferenciado entre imprudencia consciente e inconsciente: en

---

<sup>114</sup> *Id.*

<sup>115</sup> *Id.*

<sup>116</sup> Cabe recordar el error de tipo invencible donde el sujeto no advierte la naturaleza imprudente de su acción y no es posible que la conociese, aunque el entorno médico-quirúrgico parece difícil.

la primera el sujeto goza de dicha capacidad y efectivamente advierte el peligro; mientras que, en la imprudencia inconsciente el sujeto no advierte efectivamente el peligro<sup>117</sup>.

A pesar de la tradición doctrinal en esta tautología, su relevancia práctica se reduce a su diferenciación del dolo eventual. ROMEO CASABONA<sup>118</sup> sostiene que habrá dolo eventual cuando existe una decisión innecesaria del médico que prevé las posibles consecuencias perjudiciales de su intervención y decide hacerlo. MIGUEL BAJO<sup>119</sup> asume posiciones extremas y estipula que el médico asume el resultado si interviene un paciente, por lo que siempre podría apreciarse dolo eventual. CHOCLÁN MONTALVO<sup>120</sup> sigue una línea similar y asume que, si el sujeto advierte el peligro y continúa su actuación, su comportamiento será siempre doloso y que la atención extremada a las normas de cuidado no es privativa de la imprudencia.

No obstante, la apreciación de dolo eventual por la jurisprudencia está reducida a casos flagrantes y claros (*cf.* STS de 19 de enero de 1972<sup>121</sup>). Las tres teorías preponderantes en la jurisprudencia para identificar la frontera entre imprudencia y dolo eventual son: la teoría de la representación o la probabilidad, la teoría del consentimiento o aprobación y la teoría de la conformidad. La primera atiende al grado de probabilidad de producción del resultado y la segunda atiende a si el sujeto consiente o aprueba la realización de tal resultado. Sin embargo, ambas han de ser rechazadas: la primera por la problemática en las zonas intermedias y la teoría del consentimiento por calificar como imprudentes conductas de gran peligrosidad objetiva pero donde el autor se comporta con un optimismo inaceptable<sup>122</sup>. Por ello, la doctrina mayoritaria y la tendencia jurisprudencial actual en la sala 2ª del TS atienden a la teoría de la conformidad (JESHECK, *vid.* OBREGÓN y GOMEZ LANZ). El sujeto ha de tomarse en serio la realización del tipo – esto es, no descartar la comisión del resultado – y conformarse con dicha posibilidad, resignarse a la posible producción del resultado.

Algunos autores (*vid.* OBREGÓN y GÓMEZ LANZ) critican el requisito volitivo de la culpabilidad imprudente – el cual, aparece con frecuencia en las sentencias de la sala 2ª del TS. Este elemento se basa en “infringir voluntariamente el deber de cuidado” o “querer la conducta

---

<sup>117</sup> OBREGÓN GARCÍA, A. y GOMEZ LANZ, J., *op. cit.*, p. 275.

<sup>118</sup> ROMEO CASABONA, C.M., *op. cit.*, pp. 2 y ss.

<sup>119</sup> MIGUEL BAJO; citado en: ROMEO CASABONA, C.M., *op. cit.*, pp. 5 y ss.

<sup>120</sup> CHOCLAN MONTALVO, J.A., *op. cit.*, pp. 77 y ss.

<sup>121</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 267/1972, de 19 de enero [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. ROJ 234/1972]. Fecha de última consulta: 20 de marzo de 2023.

<sup>122</sup> OBREGÓN GARCÍA, A. y GOMEZ LANZ, J., *op. cit.*, p. 275.

descuidada”<sup>123</sup>. Esta parte de la doctrina considera que dado que no es necesario conocer el peligro concreto de su acción tampoco es posible exigir al sujeto que conozca y, por tanto, quiera el carácter descuidado de su conducta. No obstante, en mi opinión, esta tesis debe ser rechazada por la propia fundamentación del delito imprudente. Como se indicó anteriormente (*vid. supra*), el Derecho permite la realización de conductas peligrosas siempre que se respeten unas determinadas normas de cuidado que minimicen las posibilidades de producción de un resultado lesivo. Aunque una conducta puede aumentar significativamente el riesgo concreto de producción de un determinado resultado – como así se indicó en el apartado de la imputación objetiva, la propia conducta general del médico es peligrosa, aun respetando el cuidado debido. En otras palabras, aunque un médico pueda no advertir un determinado peligro y, por tanto, no es posible que “quiera ser descuidado” respecto en esa conducta concreta, el médico realiza una conducta peligrosa (por entrañar su intervención – *in abstracto* – un peligro general para la integridad física) y sabe que está actuando con un potencial peligro y que, por ello, es preciso adecuarse a una determinada norma de cuidado. La continuación de la conducta peligrosa general – la intervención médico o tratamiento – y no observancia del cuidado debido supone desear la conducta general descuidada. Así, no se trata de querer infringir voluntariamente la norma de cuidado específica, por ejemplo, el tratamiento con penicilina a pacientes alérgicos a este fármaco; sino que se trata de infringir voluntariamente el deber de cuidado al no ser diligente. Aunque esta concepción pueda acercarse a una teoría normativa del dolo, pero adecuada a la imprudencia, el sujeto desea seguir realizando la conducta peligrosa y es conscientemente no diligente porque sabe (o debería saber) que la realización de conductas peligrosas exige el respeto del deber de cuidado.

### 3. GRADUACIÓN DE LA IMPRUDENCIA

Por último, es importante diferenciar entre la imprudencia grave y menos grave. El análisis de los delitos imprudentes en el ámbito médico-quirúrgico incluidos en el CP muestra que, en determinados casos, solo está penada la imprudencia grave – como, por ejemplo, con el aborto o las lesiones al feto – o reduce la calificación de una conducta como imprudencia profesional a las imprudencias graves (acciones que deben haber sido realizadas a título profesional – componente subjetivo – y como inherentes su cometido profesional – componente objetivo -)<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> *Id.*

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 277.

Se trata de un juicio valorativo centrado en la magnitud de la falta de observancia del cuidado debido. Así, una acción será considerada grave o menos grave dependiendo de la infracción de la norma de cuidado y no del resultado (se atiende, por tanto, a este elemento típico adicional exclusivamente). Por otro lado, la peligrosidad de la acción incidirá en la determinación de la gravedad de la imprudencia en la medida en que afecte al grado en el que la conducta del sujeto se aleje del comportamiento diligente – y que servirá de baremo o guía para la medición final de la pena por el órgano judicial<sup>125</sup>.

## CAPÍTULO 5: CONCLUSIONES

Este trabajo de investigación ha pretendido reflejar el estado actual de la cuestión respecto a la delimitación de la responsabilidad penal de los profesionales médico-quirúrgicos, derivado de conductas negligentes o imprudentes. Los diferentes postulados dogmáticos han sido establecidos gracias a la aportación de doctrina y jurisprudencia, facilitando la proposición de soluciones a las problemáticas establecidas a lo largo del presente trabajo. Esto es, la fundamentación de un modelo delito imprudente que se ajuste tanto al tenor del CP como a la jurisprudencia mayoritaria.

PRIMERO. La medicina ha evolucionado vertiginosamente desde una posición *cuasidivina* a una sujeción a responsabilidad penal y civil, por las conductas derivadas de su actuación negligente. Ahora bien, en las últimas décadas se ha producido un incremento de las reclamaciones contra los profesionales médico-quirúrgicos en el desarrollo de su actividad. El delito imprudente es la modalidad típica en la que acontecen la mayoría de las conductas lesivas en el ámbito médico-quirúrgico. Esta “clase de infracción penal subsidiaria a la infracción dolosa” altera la estructura y configuración del modelo estándar del delito doloso. Así, se ha constatado que la valoración del deber de cuidado en el ámbito médico no es algo banal y de escasa importancia. No obstante, también será necesario considerar todas las circunstancias que rodean al supuesto de hecho, pues la Medicina es una ciencia inexacta que evoluciona y cambia constantemente.

SEGUNDO. Las diferentes teorías puras sobre la naturaleza del deber de cuidado adolecen de grandes problemas. Es por ello que se ha asumido una posición intermedia, entre la concepción objetiva y subjetiva del deber de cuidado, donde el deber objetivo de cuidado se

---

<sup>125</sup> *Id.*

ajustará en el caso de los especialistas médico-quirúrgicos al buen profesional de ese sector de actividad, atendiendo al nivel de preparación medio que se supone que debe respetar el autor en esa determinada situación (incluyendo los conocimientos superiores, pero no los inferiores). No obstante, esta interpretación no parece incluir las capacidades (superiores o inferiores) del sujeto activo, pues estas son facultades que carecen de transmisibilidad y, por ende, es muy compleja su objetivación y generalización al común de profesionales de una determinada profesión.

TERCERO. La concreción del deber de cuidado es un proceso que requiere acudir al sector de actividad de la acción jurídicamente relevante, ya que las reglas de cuidado de cada ámbito tienen un nivel de elaboración, reconocimiento y difusión variable. El ámbito médico-quirúrgico está regulado por múltiples reglamentaciones y protocolos de actuación. En muchos casos la infracción de estas normas puede acarrear una sanción disciplinaria o administrativa. Sin embargo, estas regulaciones de la actividad médica no pueden identificarse con la norma penal al completo, ni en sentido positivo ni en sentido negativo. El análisis de la infracción del deber de cuidado es un proceso estricto y riguroso, por lo que no se debe supeditar la infracción de la “deber de cuidado” a la infracción de las “reglas de cuidado”, ya que no se considerarían todas las circunstancias exógenas y endógenas del sujeto que afectan a la valoración penal de la conducta.

CUARTO. La *lex artis* – concreción de las reglas de cuidado en el ámbito médico-quirúrgico – se define como conjunto de normas técnicas de atención general que han sido aprobadas, aceptadas y validadas tanto por la comunidad científica como por la experiencia profesional del campo pertinente. La razón para elegir este término en lugar de otros es porque es el preferido por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia civil y penal, lo que ayuda a una mejor comprensión de los temas discutidos dentro de este concepto. Este conjunto de reglas no incluye ni las reglas deontológicas – por tener otra finalidad – ni el consentimiento informado – que derivará en otro tipo de responsabilidades.

QUINTO. Del mismo modo, se ha concluido una concepción de la *lex artis* que incluye las concepciones y prácticas mayoritarias del sector, pero también ciertos tratamientos innovadores suficientemente experimentados y contrastados. Se ha de defender la libertad de método en una profesión que precisa y clama una evolución constante por parte de sus profesionales. Por ello, el profesional médico tiene la autonomía para elegir el método más adecuado, siempre y cuando cumpla con los deberes de cuidado y no exceda los niveles de



riesgo permitidos. Según una corriente de opinión, la elección del método se rige más por el deber objetivo de cuidado que por la *lex artis*. Si existe un método concreto que ha demostrado ser eficaz para una enfermedad, el médico está obligado a aplicarlo. En resumen, si la mayoría sigue un método respaldado por la ciencia médica, no existe libertad para elegir otro.

SEXTO. El valor jurídico-penal de las reglas de cuidado se limita a un valor indiciario que ha de ser contrastado con el resto de los elementos circunstanciales del delito imprudente, debido a su carácter abstracto y temporal. El cumplimiento de la *lex artis* no garantiza que se esté actuando conforme al deber de cuidado, ni su incumplimiento significa necesariamente una infracción. Se han rechazado las tesis que equiparan la *lex artis* (ad hoc) al deber de cuidado, ya que el deber de cuidado es un concepto subjetivo que corresponde al jurista o al juez en un proceso judicial, mientras que la *lex artis* es una regla indicativa de lo que la comunidad médica considera apropiado para llevar a cabo en una actividad específica, como tratar una enfermedad en particular. Es necesaria una diferenciación de ambos conceptos, pues el deber de cuidado ha de incluir determinados aspectos que se escapan de la esfera de la *lex artis*.

SÉPTIMO. A pesar de la existencia de múltiples teorías respecto a la imputación objetiva, esto es, el elemento restante de la tipicidad, la teoría de la imputación objetiva (*Objektive Zurechnung*), teoría que maneja actualmente la sala 2ª del Tribunal Supremo se considera la más acertada.

OCTAVO. La alteración de la configuración estándar de la culpabilidad en el delito imprudente se reduce fundamentalmente a la ausencia de dolo. La culpabilidad asume un contenido materialmente distinto donde la inimputabilidad se predica respecto de la capacidad de conocer las reglas de cuidado y no de la conducta típica. Del mismo modo, se han establecido las diferencias entre imprudencia consciente e inconsciente, cuya relevancia práctica se reduce a la diferenciación con aquellos casos de dolo eventual. Por otro lado, se ha considerado que la exigencia de un elemento volitivo en la culpabilidad es esencial para conservar la estructura del delito – y ajustarse a la jurisprudencia del TS – pues se pretende concienciar a los individuos sobre la peligrosidad – general e *in abstracto* – de conductas como las intervenciones médico-quirúrgicas.

NOVENO. La introducción del método tripartito (grave, menos grave y leve) para determinar la gravedad de la imprudencia en la reforma del Código Penal español de 1995 ha

sido problemática, dificultando la determinación de su gravedad. La principal dificultad radica en distinguir entre la imprudencia grave y la menos grave. Esta diferenciación es de vital importancia pues se ha constatado que, en ocasiones, solo estará penada la imprudencia grave y, en otras, solo esta acarreará la inhabilitación profesional. En este caso, es importante destacar que la distinción entre estos dos gradientes de imprudencia dependerá de la gravedad de la infracción del deber de cuidado y no debe basarse en la gravedad del resultado. Es esencial recordar que el núcleo central del delito imprudente radica en la violación del deber de cuidado.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

### **1. LEGISLACIÓN**

Decreto de 23 de diciembre de 1944, por el que se aprueba y promulga el "Código Penal, texto refundido de 1944", según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944 (BOE 13 de enero de 1945).

Decreto 691/1963, de 28 de marzo, por el que se aprueba el «Texto revisado de 1963» del Código Penal (BOE 8 de abril de 1963).

Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal (BOE 22 de junio de 1989).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995).

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 31 de marzo de 2015).

### **2. JURISPRUDENCIA**

#### **a. Tribunal Constitucional**

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 53/1985, de 11 de abril [versión electrónica - BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985]. Fecha de última consulta: 20 de marzo de 2023.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 69/2022, de 2 de junio [versión electrónica - BOE núm. 159, de 4 de julio de 2022]. Fecha de última consulta: 13 de abril de 2023.

#### **b. Tribunal Supremo**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 267/1972, de 19 de enero [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. ROJ 234/1972]. Fecha de última consulta: 20 de marzo de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 820/1980, de 26 de junio [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. ROJ 4565/1980]. Fecha de última consulta: 13 de marzo de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 117/1981, de 5 de febrero [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. ROJ 3974/1981]. Fecha de última consulta: 17 de febrero de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 24/1986, de 15 de enero [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. ROJ 49/1986]. Fecha de última consulta: 20 de enero de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 4955/1987, de 16 de junio [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ 1987/4955]. Fecha de última consulta: 20 de enero de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 10856/1988, de 29 de marzo [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ 1988/2124]. Fecha de última consulta: 15 de marzo de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1329/1988, de 27 de mayo [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. ROJ 3994/1988]. Fecha de última consulta: 24 de febrero de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1642/1989, de 8 de junio [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. ROJ 3424/1989]. Fecha de última consulta: 20 de enero de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 4239/1990, de 28 de diciembre [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. ROJ 9862/1990]. Fecha de última consulta: 18 de marzo de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 2009/1993, de 29 de octubre [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ 1944/8333]. Fecha de última consulta: 17 de marzo de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 2326/1996, de 3 de octubre [versión electrónica - base de datos VLEX. Ref. 17714416]. Fecha de última consulta: 9 de abril de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1188/1997, de 3 de octubre [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. ROJ 5836/1997]. Fecha de última consulta: 9 de abril de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 470/1998, de 1 de abril [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. ROJ 2160/1998]. Fecha de última consulta: 15 de marzo de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 726/1998, de 22 de enero [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ 1999/275]. Fecha de última consulta: 20 de enero de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 828/1998, de 18 de noviembre [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. ROJ 6831/1998]. Fecha de última consulta: 15 de enero de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 101/1999, de 25 de mayo [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. ROJ 3629/1999]. Fecha de última consulta: 9 de abril de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1904/2001, de 23 de octubre [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2001/9074]. Fecha de última consulta: 20 de febrero de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 466/2002, de 15 de marzo [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2002/3923]. Fecha de última consulta: 13 de abril de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1351/2002, de 19 de julio [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. ROJ 5513/2002]. Fecha de última consulta: 17 de febrero de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 495/2006, de 23 de mayo [versión electrónica - base de datos VLEX. Ref. ECLI 2006/3680]. Fecha de última consulta: 25 de febrero de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 54/2015, de 11 de febrero [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. ROJ 385/2015]. Fecha de última consulta: 25 de febrero de 2023.

### 3. OBRAS DOCTRINALES

BENZO CANO, E., *La responsabilidad profesional del médico*, Escelicer, Madrid, 1994.

BINDING, K., *La Culpabilidad en el Derecho Penal*, trad. V. Rodríguez Vázquez, Kurzes Lehrbuch, Leipzig, 1919.

CHOCÁN MONTALVO, J.A., *Deber de cuidado y delito imprudente*, Bosch, Barcelona, 1998.

CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1989.

DE VICENTE REMESAL, J. y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., “Criterios jurisprudenciales sobre la imprudencia profesional en el ámbito médico”, *Controversia*, vol. 1, 2000, pp. 91-113.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *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»*, Bosch, Barcelona, 2001.

FRISCH, P. *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, trad. V. Rodríguez Vázquez, Duncker und Humblot, Berlin, 1973.

HART, D. *Ärztliche Leitlinien: Empirie und Recht professioneller Normsetzung*, Nomos, Berlin, 2000.

HAVA GARCÍA, E., *La imprudencia médica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

HIGUERA GUIMERA, J., *La eximente de miedo insuperable en el Derecho Penal Común Militar Español*, Bosch, Barcelona, 1991.

JAKOBS, G., *Derecho Penal. PG*, trad. J. Cuello Contreras y J. González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995.

LUZÓN PEÑA, D., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- MARTÍNEZ CALCERRADA, L., “Especial estudio de la denominada ‘lex artis ad hoc’ en la función médica”, *AC*, vol. 1986, n. 1.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2015.
- OBREGÓN GARCÍA, A. y GÓMEZ LANZ, J. *DERECHO PENAL. PARTE GENERAL: ELEMENTOS BÁSICOS DE TEORÍA DEL DELITO*, Tecnos, Madrid, 2016.
- PAREDES CASTEÑÓN, J.M., *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, Madrid, 2005.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, Bosch, Barcelona, 1958.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal. PG*, Civitas, Madrid, 1977.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. *Responsabilidad penal en el ejercicio de las actividades médico-sanitarias. Criterios para delimitar la responsabilidad penal en supuestos de intervención conjunta de los profesionales sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- ROMEO CASABONA, C.M., *El médico ante el derecho*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1990.
- ROMEO CASABONA, C.M., *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal*, Comares, Bilbao-Granada, 2020.
- ROXIN C.: *Derecho penal. PG*, Civitas, Madrid, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Bosch, Barcelona, 1999.
- VELTEN, W., *Der medizinische Standard im Arzhaftungsprozess. Eing Beitrag zu Umfang und Grezen der Darlegungslast von Arzhaftungsklägern buzüglich der Standards medizinischer Heilbehandlung*, Nomos, Baden-Baden, 2001.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*, Aranzadi, Navarra. 2003.
- VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal*, trad. L. Jiménez de Asúa, Reus, Madrid, 1999.

WELZEL, H., *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. J. CERESO MIR, Ariel S. A, Barcelona. 1964.

#### 4. OTROS RECURSOS

Alfonso X (ed. Gregorio López), *Las Siete Partidas*, BOE. (disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2011-60](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2011-60); última consulta 13/04/2023).

*Código de Hammurabi*. Traducido por L.W. King, The Avalon Project, Yale Law School, 2008 (disponible en: [avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp](http://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp); última consulta 13/04/2023).

Hipócrates, *Juramento Hipocrático* (disponible en: <http://www.saludcapital.gov.co/Documentos%20Comit%20de%20tica/Códigos%20de%20Ética%20Médica/JURAMENTO%20HIPOCRÁTICO%20CLÁSICO.pdf>; última consulta 13/04/2023).

Justiniano, *Instituciones*. Traducido por J.B. Moyle. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Justiniano. *Digesto*. Traducido por C.H. Monro and C. Van Vollenhoven. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Real Academia Española, *Fuero Juzgo*, BOE (disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2015-5](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2015-5); última consulta 13/04/2023).

Real Academia Española, *Tratamiento médico*, DRAE (disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/tratamiento-médico>; última consulta 13/04/2023).