



Responsabilidad jurídica médica

Agustín Borja Pozo
Juan Antonio García Amado

Responsabilidad

j u r í d i c a m é d i c a

Responsabilidad jurídica médica

AGUSTÍN BORJA POZO
JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO
(COORDINADORES)

Responsabilidad jurídica médica

© Autores:

Agustín Borja Pozo
Docente de la Universidad Católica de Cuenca
Juan Antonio García Amado
Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de León, España.
Doctor Honoris Causa de la Universidad Católica de Cuenca, Ecuador y
profesor invitado de grado y posgrado.

© Universidad Católica de Cuenca

© Editorial Universitaria Católica de Cuenca

Primera edición: 30 de junio de 2022

ISBN: 978-9942-27-162-4

e-ISBN: 978-9942-27-161-7

DOI: <http://doi.org/10.26871/Edunica.978.9942.27.161.7>

Editor: Dr. Ebingen Villavicencio Caparó

Edición y corrección: Dra. Nube Rodas Ochoa,
Mariagusta Correa, Mtr. Manuel Felipe Álvarez Galeano

Diseño y diagramación: Dis. Alexander Campoverde Jaramillo

Diseño de portada: Dis. Alexander Campoverde Jaramillo

Impreso por Editorial Universitaria Católica (EDÚNICA)

Dirección: Tomás Ordóñez 6-41 y Presidente Córdova

Teléfono: 2830135

E-mail: edunica@ucacue.edu.ec



Esta obra cumplió con el proceso de revisión por pares académicos bajo la modalidad de doble par ciego.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de la obra sin permiso por escrito de la Universidad Católica de Cuenca, quien se reserva los derechos para la primera edición.

CONTENIDO

CAPÍTULO I

Problemas en la interpretación del consentimiento informado en el Ecuador: conceptualización y formas de aplicación **13**

Agustín Borja Pozo. MGS

CAPÍTULO II

Problemas de autoría y participación en la actividad médica en equipo **33**

Miguel Díaz y García Conlledo

CAPÍTULO III

La prohibición del tratamiento de datos relativos a la salud de las personas y sus excepciones (análisis del art. 9 RGPD y su implementación en el ordenamiento jurídico español a través de la Ley Orgánica 3/2018) **53**

Helena Díez García

CAPÍTULO IV

Responsabilidad médica y pérdida de oportunidad **121**

Juan Antonio García Amado

CAPÍTULO V

Negligencias médicas en anestesiología y responsabilidad civil del anestesista **151**

Pilar Gutiérrez Santiago

CAPÍTULO VI

Exclusión de la responsabilidad penal en las intervenciones médicas: causas de justificación y de exclusión de la tipicidad **253**

Diego-M. Luzón Peña

CAPÍTULO VII

Implicaciones bioéticas y constitucionales alrededor de la reproducción asistida: disputas y controversias sobre la donación de esperma y óvulos **265**

Diego Idrovo

CAPÍTULO VIII

La delgada línea roja entre la medicina curativa o asistencial y la medicina voluntaria o satisfactiva hacia una unificación de régimen jurídico **281**

Marta Ordás Alonso

CAPÍTULO IX

El Estado ecuatoriano como garante del derecho a la salud y su incumplimiento en la gestión de la política pública respecto de la provisión de medicamentos de calidad **321**

Diego Ormaza

CAPÍTULO X

La ineficacia de la garantía de no repetición relacionada con la responsabilidad jurídica médica en Ecuador **345**

Camilo Pinos Jaén

CAPÍTULO XI

Decisiones quirúrgicas en la mesa de operaciones: cuando el paciente no puede consentir **371**

Javier de Vicente Remesal

CAPÍTULO XII

Wrongful conception: su posible aplicación en el Derecho ecuatoriano **407**

Marcela Paz Sánchez

CAPÍTULO XIII

La Responsabilidad penal del médico especialista y del “intrusista” en procedimientos estéticos **433**

CAPÍTULO XIV

Consentimiento informado en la normativa ecuatoriana y su importancia para determinar las obligaciones de medio y de resultado en cirugía estética **459**

Ana Fabiola Zamora Vázquez

CAPÍTULO XV

Responsabilidad extracontractual de la administración pública sanitaria **475**

Marcelo Aguilera

CAPÍTULO II

Problemas de autoría y participación en la actividad médica en equipo



Miguel Díaz y García Conlledo

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de León (España)*

Introducción

El título que encabeza estas reflexiones es tan amplio e interesante que da para escribir uno o varios libros, no ya por las dificultades y multitud de problemas que plantea en general la doctrina de la autoría y la participación, sino porque el ámbito general de la responsabilidad penal en el ejercicio de la profesión médica es a su vez de una gran complejidad.

* El presente trabajo se enmarca, entre otros, en el proyecto de investigación PID2019-108567RB-C21 (AEI), del que soy Investigador Principal junto a la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales, y en las tareas de la Unidad de Investigación Consolidada (UIC) 166 de Castilla y León y del Grupo de Investigación de la Universidad de León DPULE, que dirijo. Las citas se reducen al máximo y a menudo a trabajos míos o de otros autores en que se pueden encontrar ulteriores referencias. Cualquier pretensión de exhaustividad o de amplitud en las citas está totalmente excluida.

Aislar los problemas de la autoría y la participación en este ámbito de otros de vital importancia resulta prácticamente imposible. Piénsese, sin tener en cuenta los

delitos de la Parte Especial, en cuestiones como, entre otras, la imputación objetiva, el riesgo permitido, el principio de confianza (o, en general, la justificación y la atipicidad, con sus distintas repercusiones en el tema), el error y la imprudencia o la omisión¹, que tienen implicaciones también para los problemas de autoría y participación. No me es posible ponerlas aquí de relieve en concreto, aunque en el evento origen de esta publicación se tratan varias de ellas.

Pero es que, además, existen diferencias entre las especialidades médicas que también influyen (por la normativa que las regula, con distinta atribución de competencias, o por la propia forma de actuación que cada una supone) en el tratamiento de la autoría y la participación en la actividad médica. Los estudios se centran sobre

¹ Existen múltiples trabajos en español que tratan alguno de estos temas. Por citar solo, y sin ánimo de exhaustividad, monografías u obras colectivas que aborden conjuntamente todos o varios de los problemas mencionados (cito básicamente las españolas, con alguna excepción), v. ROMEO CASABONA, *El médico ante el derecho: la responsabilidad penal y civil del médico*, 1986; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, 3ª ed., 2002 (1ª, 1989); JORGE BARREIRO, A., *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990; FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, 1997; GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, 3ª ed., 2013 (1ª, 1997); MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ/DE LORENZO Y MONTERO, *Los médicos y el nuevo Código Penal*, 1997 GARCÍA ANDRADE, *Reflexiones sobre la responsabilidad médica*, 1998; RODRÍGUEZ JORDÁN, *Mala praxis médica. responsabilidad penal, civil y administrativa*, 2ª ed., 1999; HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, 2001; SÁNCHEZ-CARO/ABELLÁN, *Imprudencia y negligencia en la profesión médica*, 2001; GARCÍA HERNÁNDEZ, *Elementos de derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis*, 2002; GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 2ª ed., 2008 (1ª, 2003); MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ/DE LORENZO Y MONTERO, *El médico y el farmacéutico ante el Código Penal*, 2003; VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales sanitarios*, 2003; LOMBANA VILLALBA, *Derecho penal y responsabilidad médica*, 2007; MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, 2009; DELGADO BUENO (dir.), *Tratado de medicina legal y ciencias forenses*, 5 tomos, 2011; LLEDÓ YAGÜE/MORILLAS CUEVA (dirs.), *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional*, 2012; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*, 2012; CAMAS JIMENA (coord.)/GÓMEZ RIVERO/SALLERO CROVETTO/SUCH MARTÍNEZ, *Responsabilidad médica*, 2013; LLAMAS POMBO (dir.), *Estudios sobre responsabilidad sanitaria, un análisis interdisciplinar*, 2014; SILVA SÁNCHEZ/GUANES NICOLI/BALBUENA PÉREZ, *Responsabilidad penal por la mala praxis médica*, 2016; KUDLICH/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Cuestiones actuales del Derecho penal médico*, 2017; CESANO, *La responsabilidad penal médica: mala praxis: aspectos sustantivos y procesales*, 2018; DE LORENZO APARICI/MONTALVO REBUELTA, *Responsabilidad profesional sanitaria*, 2020; VALLEJO JIMÉNEZ, *Problemas de la responsabilidad penal de los especialistas en psiquiatría, cirugía estética, ortopedia y traumatología. Supuestos prácticos*, 2022.

todo en la actividad médico (o sanitario)-quirúrgica, con las distintas especialidades implicadas, por ser los supuestos en que más frecuentemente se plantean problemas de responsabilidad penal. También aquí haré básicamente referencia a este ámbito, pero no deben descartarse en otros².

Me limitaré a seleccionar algunos problemas, por tanto, a modo de introducción al complejo tema.

Concepto de autor del que se parte

Entre los penalistas, es de sobra conocida mi concepción de la autoría (y de la participación) que he desarrollado en múltiples trabajos, por lo que aquí me limitaré casi a enunciarla³.

Partiendo de un concepto restrictivo de autor y procurando ser coherente con su ventaja de mejor adecuación al Derecho penal propio de un Estado de Derecho y a la concepción de la autoría como realización del tipo, defiendo la llamada teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, fundada por LUZÓN PEÑA⁴ y que hemos desarrollado sobre todo él mismo y yo (a veces de forma conjunta⁵), debiendo

² Por poner un solo ejemplo, el ámbito de la actividad médico-psiquiátrica. V., p. ej., dentro de él el trabajo de una especialista como VALLEJO JIMÉNEZ, La responsabilidad penal por imprudencia del médico psiquiatra ante el suicidio del paciente con trastorno mental, en: *Nuevo Foro Penal (NFP)* 79 (2012), 56 ss., con ulteriores referencias.

³ Citaré solo dos de mis trabajos, distantes en el tiempo (aunque son muchos más los que he publicado): DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991; *Un diálogo crítico con Claus Roxin y su teoría de la autoría*, en: *Cuadernos de Política Criminal (CPC)*, 2017, 5 ss.

⁴ En diversos trabajos. Por primera vez, LUZÓN PEÑA, *Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales* (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1984), en *Revista de Derecho de la Circulación*, 1984, 275 ss. (*Derecho Penal de la Circulación*, 2ª ed., 1990, 81 ss.); y, sobre todo, en *La “determinación objetiva del hecho”: observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)* 1989, 889 ss. (*DPCirc.*, 2ª, 1990, 105 ss.; *Estudios Penales*, 1991, 197 ss.).

⁵ LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría*, en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá. Número extraordinario en Homenaje al Prof. Dr. Don Luis García San Miguel*, volumen VIII, curso 1998-1999, 2000, 53 ss.; *Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale*, en: *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, 575 ss.; *Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría*, en: *Derecho Penal Contemporáneo (DPC). Revista Internacional (Bogotá, Colombia)* 2 (2003), 89 ss.

mencionarse para su entendimiento en los hechos imprudentes, especialmente importantes en esta sede, la obra de Roso Cañadillas⁶. Se han adherido a ella muy diversos autores, dentro y fuera de España, de modo que puede decirse que se trata de una doctrina minoritaria aún, pero amplia⁷. No obstante, no descartamos que en determinados supuestos puedan regir criterios adicionales o alternativos de autoría.

⁶ ROSO CAÑADILLAS, Autoría y participación imprudente, 2002 (esta autora ha publicado numerosos trabajos más sobre el tema, en algún caso con cambio de opinión en aspectos relevantes de la materia).

⁷ Así, si afán de exhaustividad, Agustín JORGE BARREIRO, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, 1990, 124; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL, Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia: comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989, en: Poder Judicial (PJ) 27 (1992), 209; Alberto JORGE BARREIRO, La imprudencia profesional, en: Cuadernos de Derecho Judicial (CDJ) 1993-1, 247; CALDERÓN CERESO, Autoría y participación en el delito imprudente. Concurrencia de culpas, en: CDJ 1993-1, 28; GONZÁLEZ RUS, Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría, en: CDJ 1994-39, 86 ss., 97 ss.; PAREDES CASTAÑÓN, en: PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos, 1995, 148 ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, La complicidad en el delito, 1997, 397 ss.; ROSO CAÑADILLAS, La concurrencia de imprudencias: Sus efectos en la teoría del delito, en: PJ 46 (1997), 281; y en su ya citada (y con ulteriores referencias) Autoría y participación imprudente, 2002, *passim*; GÓMEZ TOMILLO, Libertad de información y teoría de la codelincuencia, 1998, 217 s., 229 n. 276, 271 n. 396; OLAIZOLA NOGALES, El delito de cohecho, 1999, 174; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, El caso de la colza: la responsabilidad de la administración (comentario a la STS de 26 de septiembre de 1997), en: Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPCr) 3 (1999), 367 n. 10; Algunas reflexiones acerca del problema causal y la auditoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados, en: Documentos penales y criminológicos (Managua), Vol. 1 (2001), 75; Imprudencia, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), Enciclopedia Penal Básica (EPB), 795; GARCÍA ÁLVAREZ, La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular, 1999, 158 ss., 200 ss., 355 ss.; DURÁN SECO, Reflexiones sobre la coautoría en los supuestos del tirón, en: Tribunales de Justicia y Audiencias Provinciales 2000-19, 20, 24 s.; La coautoría en Derecho penal: aspectos esenciales, 2003, 266 ss.; BOLEA BARDON, La cooperación necesaria: análisis dogmático y jurisprudencial, 2004, 47 s. (al menos en cuanto a la insuficiencia de un dominio negativo en la coautoría y la necesidad de uno positivo, si bien para afirmar que la coautoría exige intervención en fase ejecutiva, en la línea de ROXIN, mientras yo creo que, incluso en fase ejecutiva, hay actuaciones -importantes- que solo suponen dominio negativo y resultan insuficientes para fundamentar coautoría); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN, Segundo comentario, en: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN (coord.), Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor, 2004, 68; GARCÍA MOSQUERA, La estafa de seguro, 2006, 254 s.; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, 2012, 337 ss., 360 ss., 373 ss.; La coautoría con imprudencia desde la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho. Una reinterpretación del papel del acuerdo para reforzar el carácter objetivo de la teoría, en: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña 23 (2019), 373 ss.; RODRÍGUEZ MESA, Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en

materia de autoría y participación, en: Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja (REDUR) 11 (2013), 110 ss.; FRANCÉS LECUMBERRI, El delito de falsedad documental societaria y la contabilidad creativa, 2017, 253 ss.; PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, Reflexiones y críticas sobre el pensamiento de la acumulación, en: La Ley Penal 128 (2017), 27 s. n. 61. Claras simpatías por nuestro criterio, en materia de delitos imprudentes, muestra SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, La “codelinuencia” en los delitos imprudentes en el Código Penal de 1995, 2001, 46 ss. (v., por ejemplo, 46 n. 44); También fuera de España se ha acogido nuestra tesis; por ejemplo, en Colombia ARAMBURO CALLE, La delincuencia en la empresa: problemas de autoría y participación, en NFP 68 (2005), especialmente 101 s.; SUÁREZ SÁNCHEZ, Autoría, 3ª ed., 2007, *passim* (por ejemplo, 24, 264, 390 s.); ESCOBAR VÉLEZ, La responsabilidad penal por productos defectuosos, 2012, 99 ss. (la obra se publica en España y se refiere al Derecho español); Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial, Tesis doctoral (Universidad de León, defendida por tanto, en España), 2019, *passim*; CADAVID QUINTERO, Imprudencia punible y actividad médico-quirúrgica, Tesis doctoral (Universidad de Salamanca, defendida, por tanto, en España), 2013, 412 s.; TORRES CADAVID, La responsabilidad penal del asesor fiscal (publicada en España), 2019, especialmente 374 ss.; La responsabilidad penal del asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria del art. 305 CP español. La aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro, NFP 90, (2018), 83 ss.; La autoría en los delitos especiales mixtos, un análisis a través del delito de defraudación tributaria, en: De Vicente Remesal, J./Díaz y García Conlledo, M./ Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario. Vol. I, 2020, 1137 (publicado en España); VALLEJO JIMÉNEZ, Problemas de la responsabilidad penal de los especialistas en psiquiatría, cirugía estética, ortopedia y traumatología. Supuestos prácticos, 2022, 35; en Perú, ALPACA PÉREZ, Delitos Tributarios y Aduaneros, 2015, 578 s. n. 1193. Muy próximo, si bien partiendo de la concepción significativa de la acción de VIVES ANTÓN, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, La autoría en Derecho penal, 2019 (entre otros trabajos). Incluso un autor no claramente cercano a nuestra tesis como SILVA SÁNCHEZ, El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales, 1997, p. 107, parece señalarla como criterio válido de autoría (al menos en el contexto de los delitos imprudentes). Cercana es la posición del “acceso al tipo” y el “control del suceso típico” que defiende DÍEZ RIPOLLÉS, Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal, en: CDJ 1996-27, 217 ss. (= en: RDPCr 1 -1998-, 25 ss.). También muestra simpatías por nuestra tesis, si bien acaba considerándola demasiado estrecha en la contemplación de la coautoría, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, La responsabilidad penal del coautor, 263 ss., 460 s. Y, en todo caso, hay autores que señalan la compatibilidad de nuestra propuesta con la regulación de la autoría y la participación en el CP español vigente; así, por ejemplo, sin pronunciarse claramente por uno u otro criterio de autoría (aunque sí por un concepto restrictivo de autor también en el delito imprudente), PÉREZ MANZANO, Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995, 1999, 73 n. 109. Otros autores, no compartiendo plenamente el criterio, advierten aspectos positivos en él: por ejemplo, GÓMEZ RIVERO, La inducción a cometer delito, 1995, 342 ss., admitiendo el criterio en los delitos imprudentes, pero no como el único; HERNÁNDEZ PLASENCIA, La autoría mediata en Derecho Penal, 1996, especialmente 342 s., en relación también con la imprudencia; SÁNCHEZ LÁZARO, Intervención delictiva e imprudencia, 2004, 68 ss., quien, desde su posición normativizadora, crítica el carácter excesivamente fenomenológico de nuestra posición (y otras), si bien señala (68) que ella, “dentro de las de carácter fenomenológico, constituye, a nuestro juicio, la más sugerente de las realizadas hasta ahora para los

Para nosotros es autor quien, con su actuación, determina objetiva y positivamente el acontecer típico, decide el si y el cómo de este (al máximo nivel, si se quiere). Los partícipes (inductores y cooperadores o cómplices, necesarios o no) no determinan de ese modo el hecho.

Hace años calificué esta teoría de variante heterodoxa de la del dominio del hecho⁸, dominante en Alemania y muchos otros países, pero ya también en España, cuyo máximo exponente e impulsor es sin duda Roxin. Sin embargo, hay quien considera que ya no es una variante, sino algo totalmente distinto. Ello me parece una cuestión más bien terminológica o clasificatoria sin demasiado interés.

Sea como sea, nuestra tesis se diferencia de la más depurada concepción de la teoría del dominio del hecho, en mi opinión la de Roxin, sobre todo en dos puntos⁹:

Entendemos que la determinación debe ser objetiva, esto es, la propia actuación del sujeto debe resultar determinante para el hecho, con independencia de que el sujeto la dirija a controlarlo o siquiera sea consciente de ello; por el contrario, los partidarios del dominio del hecho¹⁰ (y algunos de los autores que valoran esta tesis desde otras posiciones, como, por ejemplo, Gimbernat Ordeig¹¹) no conciben este sin voluntad de dominio¹² o, al menos (en los autores menos exigentes, como el propio Roxin¹³), consciencia de dominio (en buena medida por ello y para evitar confusiones, hemos renunciado a titular nuestra tesis como del dominio objetivo del hecho, aunque entendemos que ello sería perfectamente posible). Con ello no negamos que la configuración subjetiva del supuesto, existiendo diversos intervinientes, no pueda influir en la determinación de la autoría (por ejemplo, en la fundamentación de una

delitos imprudentes"; GIL GIL, Artículo 12, en: GÓMEZ TOMILLO, Comentarios prácticos al Código Penal, 2015, 157 s. (para la codelincuencia imprudente).

⁸ DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, LA autoría en Derecho penal, 1991, 603 s., 625 ss.

⁹ También discrepo de la excelente y brillante construcción roxiniana en otros puntos de diversa trascendencia: v. un resumen de todos ellos en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Un diálogo crítico con Claus Roxin y su teoría de la autoría, en: CPC, 2017, 5 ss.

¹⁰ V. referencias a la doctrina tradicional del dominio del hecho en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría en Derecho penal, 1991, 573 s. n. 125.

¹¹ GIMBERNAT ORDEIG, Autor y cómplice en Derecho penal 1966, 126 s.

¹² Por citar un autor especialmente relevante, aunque son legión los que exigen voluntad de dominio del hecho: WELZEL, Das deutsche Strafrecht, 11^a ed., 1969, 98 s. (Derecho Penal alemán, Parte General, 2^a ed. castellana, 1976, traducida por BUSTOS RAMÍREZ/YÁÑEZ PÉREZ, 142 s.)

¹³ ROXIN, Täterschat und Tatherrschaft, 9^a ed., 2015 (1^a, 1963), 316, 331 s. (Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, traducción de CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 2016, 308, 322 s.).

autoría mediata), pero no lo hará en el sentido indicado. Esta primera diferencia no es baladí, sino de gran importancia general y, en concreto, en el tema que nos ocupa, pues hace que nuestra tesis permita una diferenciación entre autores y partícipes también en los hechos imprudentes o culposos (de cualquier clase), sin estar abocados, como acaba sucediendo a los defensores de la teoría del dominio del hecho, a un concepto unitario de autor en este ámbito de la imprudencia, de modo que, en contradicción con las distinciones que consideran indispensables en los hechos dolosos, sostienen que en los imprudentes son autores todos aquellos que contribuyan causalmente (y, en la actualidad, dándose la imputación objetiva) al resultado (o al hecho). Entre quienes distinguen autoría y participación en los hechos imprudentes o culposos, ya es más polémico si y cómo se debe castigar la participación imprudente. En este punto sigo a Luzón Peña¹⁴ y entiendo que la participación imprudente es impune (cuando ello conduzca a consecuencias materialmente intolerables, debe ser el legislador el que establezca excepciones, fundamentalmente a través de la técnica de los delitos de peligro) en mi opinión (y en buena medida también en la de Luzón Peña) básicamente por razones de política criminal perfectamente compatibles con la ley vigente, que no puedo desarrollar aquí¹⁵. El propio Roxin¹⁶ ha considerado plausible nuestra posición, aunque señala que prefiere restringir el castigo de las conductas imprudentes de favorecimiento mediante la imputación objetiva, lo que creo, desde luego, no supone una restricción como la nuestra ni en naturaleza ni en amplitud^{17 18}.

¹⁴ LUZÓN PEÑA, Estudios Penales, 1991, 212 ss.; Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., 2016, Cap. 18, nm. 43 ss., entre otros lugares.

¹⁵ Y que se refieren básicamente a la menor gravedad de la imprudencia, la excepcionalidad de su castigo y el carácter extensivo de la tipicidad y con ello de la responsabilidad penal de los preceptos que regulan las formas de participación, que sumarían un conjunto de argumentos que hablaría en contra del castigo de la participación imprudente.

¹⁶ ROXIN, Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Traducción y notas por LUZÓN PEÑA (dir., con cols.)/PAREDES CASTAÑÓN/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL, 2014, § 25, nm. 9 (y n. 15).

¹⁷ V. al respecto DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, CPC 123 (2017), 16.

¹⁸ Aunque no puedo detenerme aquí, esta posición es compatible con ordenamientos que no exigen expresamente dolo en la participación (p. ej., España o Colombia), pero creo que también con otros que sí lo exigen (en mi opinión para que resulte punible, como sucede, p. ej., en Alemania o Perú). Aunque la regulación de la codelinuencia en el COIP ecuatoriano no me parece afortunada, debo reconocer que el segundo párrafo del art. 43 de ese cuerpo legal (“No cabe complicidad en las infracciones culposas”) puede interpretarse como favorable a nuestra tesis (aunque podrían haber otras interpretaciones).

En segundo lugar, entendemos que el dominio o determinación debe ser positivo¹⁹ o, si se prefiere, del máximo nivel, no siendo suficiente un mero dominio negativo (dicho de otra forma, importante pero de menor entidad), con el que se conforman los defensores de la teoría del dominio del hecho, aunque casi nunca admitan que se trata de un dominio negativo (hay excepciones como la de Valdágua²⁰), en mi opinión por un mal entendimiento del sentido que le damos al término, que he intentado aclarar en diversos trabajos, pues, ciertamente, puede resultar polisémico y hasta ambiguo. Estas diferencias se reflejan básicamente en sede de coautoría, resultando en nuestro caso un concepto de coautor bastante más estricto que el que se deriva de la concepción dominante (aun en sus versiones más restrictivas como la de la tesis del dominio funcional del hecho, enunciada por Roxin²¹ y de gran éxito, también en España y en otros países). Considero que ello es una ventaja por la coherencia que supone con el concepto restrictivo de autor y la adscripción de la autoría a la realización del tipo. Desde la posición mayoritaria, el propio Roxin²² ha reconocido como ventaja de mi concepción esto último, si bien ha señalado que ello llevaría a consecuencias materiales insatisfactorias en el Derecho alemán (y en otros), pues la exclusión de figuras importantes (con dominio negativo del hecho y que actúan en fase ejecutiva) de la coautoría supondría calificarlas de cooperador o cómplice simple, con la consiguiente rebaja obligatoria de pena (§ 27 StGB), al no existir en el Derecho penal alemán una figura participación, en concreto de cooperación o complicidad necesaria como la que se contiene en el art. 28, segundo inciso, b) del CP español, cuya pena se equipara a la del autor. Probablemente tiene cierta razón Roxin, pero entiendo que la solución pasa por modificar el StGB y no por traicionar las premisas de que se parte, extendiendo la coautoría (aunque sea limitadamente, como es el caso de Roxin) allí donde un auténtico concepto restrictivo de autor no lleva a los resultados que se consideran materialmente más adecuados. Esta diferencia también resulta especialmente relevante en la materia de la responsabilidad penal médica o sanitaria.

¹⁹ Entre otros muchos trabajos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ¿Es necesaria la cooperación necesaria?, en: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, 2002, 657 ss.; *Cooperación necesaria y complicidad*, en: EPB, 2002, 313 ss.; CPC 123 (2017), 31 ss.

²⁰ VALDÁGUA, *Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten*, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 98 (1986), 871.

²¹ Entre otros trabajos, ROXIN, *Taterschaft*, 9^a, 2015, 275 ss. (*Autoría y dominio del hecho*, 2016, 269 ss.), Cap. 12, nm. 392 ss.; PG II, 2014, § 25, nm. 188 ss.

²² ROXIN, PG II, 2014, § 25, nm. 256.

Advertencia sobre el código penal ecuatoriano

El anterior planteamiento resumido de mi concepción de la autoría y, en realidad, también la mayoritaria de los partidarios de la teoría del dominio del hecho y, en general, todas las que parten de un concepto restrictivo o, al menos, restringido de autor, compatibles con la mayoría de las legislaciones penales de nuestro ámbito jurídico, pueden presentar problemas²³ a la vista de la regulación de la autoría y la participación en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador (COIP), en concreto en sus arts. 41 a 43.

Sorprende que un texto legal tan reciente (data de 2014) contenga una regulación tan alejada de las de otros países de la misma tradición jurídica, especialmente las no muy antiguas. Singularmente llamativa es la amplitud con la que concibe, al menos nominalmente, la autoría mediata²⁴ (aunque también la coautoría)²⁵.

No me adentraré aquí en una valoración de esa regulación, decidiendo, por ejemplo, si apunta a un concepto unitario funcional de autor con alguna limitación o si permite una interpretación (no fácil, desde luego) desde las premisas del concepto restrictivo de autor que muy mayoritariamente se considera preferible. Sea como sea, lo que sí parece recomendable para una mayor claridad es una reforma legislativa en la materia que vincule claramente la regulación ecuatoriana a esas premisas. Me consta que son muchos quienes en Ecuador propugnan esa reforma, incluso desde las instituciones²⁶.

En todo caso, advierto que las referencias a la autoría mediata y a la coautoría que se manejan en lo que sigue coinciden con la concepción general propia de un

²³ A veces, hay coincidencias en el COIP con lo que propongo, como sucede con la exclusión del castigo de la complicidad en la culpa o imprudencia, ya señalada, si se interpreta como creo debe hacerse.

²⁴ Aunque, curiosamente y como sucede a menudo cuando ese intenta hacer una descripción amplia y exhaustiva, el tenor literal del art. 42.2 COIP deja fuera de la autoría mediata -o, al menos hace difícil su inclusión- un supuesto clásico de esta como es el de creación o aprovechamiento de un error en el sujeto de delante por el de detrás.

²⁵ No son estos los únicos aspectos llamativos; por citar solo un ejemplo más: la referencia a una conducta omisiva al definir la “autoría directa”.

²⁶ Aunque la concreción de la propuesta no se ha producido, incluso se me llegó a pedir asesoramiento, como miembro un grupo de penalistas ecuatorianos y españoles, para esa reforma, que abarcaría también otros aspectos nucleares de la Parte General del COIP. Si esta iniciativa se hubiera llegado a concretar, habría sido un honor aportar mis conocimientos para una eventual mejora de este.

concepto restrictivo de autor (más allá de teorías que los concreten), como, respectivamente, realización del hecho (típicamente antijurídico) a través de otro que actúa como instrumento (autoría mediata) y realización conjunta de ese hecho (coautoría)²⁷.

Problemática centrada sobre todo en la imprudencia o culpa

Aunque mencionaré alguna hipótesis de actuación dolosa, es evidente que la inmensa mayoría de casos en que puede haber responsabilidad penal médica se producen en el ámbito de actuaciones imprudentes o culposas (descuidadas, negligentes) de médicos o sanitarios.

Ello significa, además de lo dicho respecto de la relevancia de defender una u otra concepción de la autoría y de la impunidad de la participación imprudente, que, para que una conducta imprudente de un médico o sanitario constituya delito, además de ser de autoría (salvo que pueda encuadrarse en algún delito especialmente previsto al efecto), debe encajar en alguno de los preceptos del CP que excepcionalmente castigan hechos imprudentes²⁸.

Autoría y participación en el ejercicio de la medicina: otros presupuestos

Todo lo dicho hasta aquí puede entenderse como presupuestos en el tratamiento de la problemática de la autoría y la participación en el ejercicio de profesiones

²⁷ Curiosamente, conocidos penalistas ecuatorianos, si bien, como es lógico, exponen la regulación del COIP, realizan a menudo explicaciones de la autoría y la participación desde un punto de vista parecido al sostenido en general en otros países y básicamente desde un concepto restrictivo de autor. Solo a modo de ejemplo, v. ZAMBRANO PASQUEL, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito, 2017, 565 ss. (v., p. ej., cómo caracteriza al “autor mediato”: 571 ss., si bien más dudosa es su inclusión del inductor, instigador o determinador en el “autor intelectual”: 568 ss.).

²⁸ En España, en el caso de los delitos graves y menos graves en que se castiga, exigiendo siempre además culpa o imprudencia grave; en el de los delitos leves en que se tipifica, del mismo modo, salvo en casos excepcionales muy concretos en que basta la imprudencia menos grave –homicidio y lesiones graves–, resultando atípica la comisión por cualquier otra clase –en cuanto a gravedad– de imprudencia. No me corresponde a mí desarrollar aquí esta importante idea, ni otras como la de la cualificación por tratarse de imprudencia profesional que prevén algunos tipos.

sanitarias. Pero aún hay más. En especial, destacaré dos cuestiones, aunque al menos la primera la apunté ya en mis reflexiones introductorias:

Distinguir entre autores y partícipes es verdadera o especialmente relevante cuando la responsabilidad no queda excluida por otras causas, en particular, por el principio de confianza. Pues, si la tipicidad de la conducta de un sujeto, sea cual sea el orden sistemático más correcto de análisis, queda excluida por la aplicación de ese principio (que desempeña su papel de manera diferente según las distintas constelaciones de casos²⁹) pierde importancia la cuestión de si es autor o partícipe.

Por otro lado, es relevante, aunque no determinante, en nuestra problemática la clásica distinción entre división horizontal y vertical del trabajo (médico). Aunque no me voy a detener en explicar en detalle ambos tipos de relaciones, resumiré que la primera se produce cuando los intervinientes guardan entre sí una relación de igualdad, fundamentalmente por formación académica y jerarquía, mientras que en la segunda los intervinientes están en relación de supra y subordinación basada sobre todo en los dos criterios citados³⁰. Una prueba más de la mencionada complejidad del tema y de la interrelación de los diversos ámbitos de problemas la ofrece el hecho de que, como he apuntado, ya el principio de confianza opera de manera diferente en ambos tipos de división del trabajo y relación.

Por fin y sin afán de agotar el capítulo de presupuestos, diré que, habiéndome pronunciado por la atipicidad e impunidad de la participación imprudente, conviene señalar que tal falta de responsabilidad penal no implica necesariamente falta de otro tipo de responsabilidad jurídica (por ejemplo, pero no solo, civil), aunque tampoco necesariamente determina la existencia de otra responsabilidad, como es lógico (de hecho, será frecuente que no haya responsabilidad jurídica de ningún orden).

Supuestos de autoría mediata

Prescindiré de la discusión de supuestos de autoría inmediata unipersonal en la actuación médica, pues en ello los problemas no son normalmente de autoría, sino que se relacionan con algunos de los otros elementos de la responsabilidad penal ya mencionados. Más concebibles son supuestos problemáticos de autoría (inmediata)

²⁹ V., por todos, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, 2012, especialmente 216 ss.

³⁰ Por muchos, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, 2012, principalmente 183 ss.

yuxtapuesta, paralela concurrente. complementaria o, en terminología más habitual, pero menos precisa, accesoria. No obstante, los problemas que plantean no son solo ni a menudo primordialmente de autoría, sino, sobre todo, de imputación objetiva, por lo que no me referiré a ellos o lo haré solo marginalmente³¹.

La autoría mediata (la realización “a través de otro”, de un instrumento, como se recoge en el art. 28, primer inciso CP español, aunque sin darle nombre, y en otros CP³²) va a producirse normalmente en supuestos de división vertical del trabajo (sanitario).

Como supuesto de autoría mediata de un médico probablemente el más citado en la doctrina de la autoría y la participación sea uno que nunca o prácticamente nunca se produce en la práctica³³: un médico ruega, ordena o da la instrucción, dentro de sus competencias, a un colega (así lo formula Roxin, aunque creo que sería más claro que se tratara de un integrante del personal de enfermería) de poner inyección como parte del tratamiento de un enfermo. El médico, que pretende la muerte del paciente, ha sustituido el medicamento de la inyección por un veneno necesariamente letal a corto plazo. El colega o sanitario de enfermería, que, por lo demás, puede ampararse en el principio de confianza, no sabe ni tiene por qué saber cuál es el contenido real de la inyección. Nos hallamos aquí, según doctrina prácticamente unánime, ante una autoría mediata de homicidio (en sentido amplio, pues, en concreto, se trataría de un asesinato) del médico por creación o utilización de error (de tipo invencible) del colega o miembro del personal sanitario de enfermería. Lo único que se discute es si este, indudablemente exento de responsabilidad penal, es a su vez autor de la muerte del paciente. Para quienes entendemos que se puede hablar de autores no penalmente responsables y partimos del criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho, no cabe duda de que es autor (su acción es determinante) inmediata (en terminología más usual, pero seguramente no más correcta, directa³⁴) del hecho.

³¹ Sobre la llamada autoría accesoria (denominación más frecuente, aunque probablemente no la más adecuada), paralela, concurrente, complementaria o yuxtapuesta (esta última es la que propone el autor que cito a continuación en primer lugar y que resulta mucho mejor que la habitual), v. por todos LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 3^a, 2016, Cap. 15, nm. 15; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria, en: EPB, 2002, 176 s.

³² Recuerdo las peculiaridades que en este y otros puntos de la regulación de la autoría y la participación presenta el COIP (v. su amplísimo concepto de autoría mediata en el 42.2, incluyendo sorprendentemente la inducción, determinación o instigación, pero, con todo, haciendo difícil el encaje de algún supuesto clásico de autoría mediata, como ya he señalado).

³³ ROXIN, Täterschaft, 9^a, 2015, 331 (Autoría y dominio del hecho, 2016, 322 s.).

³⁴ Esa denominación utiliza el COIP en su art. 42.1.

No es sin embargo este caso paradigmático (y muy poco común en la práctica) el único en que puede plantearse o discutirse una autoría mediata dolosa. Citaré, sin ánimo de exhaustividad, otro, que se ha sostenido en la jurisprudencia alemana (y por ello discutido en la doctrina germana) y que es relativamente poco conocido entre nosotros. Así el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), en una sentencia de 1994³⁵, conocida como del auxilio a morir, que podría inscribirse en esa senda, trata, entre otras muchas cuestiones, una de autoría. El hijo y el médico de una paciente habían dado al personal auxiliar sanitario la orden o instrucción de suspender el tratamiento y ya por ello fueron considerados por el BGH como autores mediatos del homicidio (en sentido amplio) en su caso existente, aunque el personal sanitario no obedeció la instrucción u orden e incluso evitó la muerte. Se lee: “A la vista de ... , por una parte, la facultad de dar órdenes de que hicieron uso como hijo y tutor titular de su representación o como médico que la estaba tratando, así como, por otra parte, del papel subordinado, fundamentalmente sujeto a las instrucciones u órdenes, de los auxiliares a que se recurrió, no puede caber duda alguna del criterio subjetivo de la voluntad de autor y del requisito objetivo del dominio del hecho de ambos acusados”. Parece (y así lo interpreta el propio Roxin³⁶), que la sentencia estaba pensando (al menos en parte) para fundamentar tal autoría mediata en la extensión a supuestos como este de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, construcción, absolutamente genial y de amplia recepción (en doctrina, pero también en jurisprudencia, a veces en casos muy conocidos) en distintos países, de Roxin³⁷.

Como es sabido, muy resumidamente, esa construcción, pensada para supuestos de transmisión de instrucciones u órdenes no estrictamente vinculantes, sin coacción o engaño, en el aparato organizado de poder del Estado nacionalsocialista alemán y extensible a otros aparatos (mafias, organizaciones criminales, etc.), entiende que la autoría mediata de quien da la orden o instrucción se basa en que, pese a que su

³⁵ BGHSt 40, 257.

³⁶ PG II, 2014, § 25 nm. 105; Täterschaft, 9^a, 2015, 749 (Autoría y dominio del hecho, 2016, 701).

³⁷ Expuesta por primera vez en ROXIN, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, en: Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) 1963, 193 ss., e inmediatamente después en Täterschaft, 9^a (recuérdese que la 1^a ed. es de 1963), 2015, 242 ss. (las pp. son las mismas de la primera ed., a las que se añade un anexo sobre el estado actual de la cuestión, que en el tema que tratamos se halla en las pp. 736 ss.) (Autoría y dominio del hecho, 2015, 237 ss., y anexo sobre el estado actual 689 ss.). Posteriormente la ha desarrollado en diferentes trabajos. Mi resumen y valoración de la célebre construcción roxiniana los he realizado en diversos trabajos, de los que citaré solo uno: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Actuación en el marco de un aparato organizado de poder: ¿autoría o participación?, en: Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig, 2017, 509 ss.

cumplimiento y la ejecución del hecho han de pasar por la voluntad libre y consciente de otro u otros, la configuración del aparato (organización) y la existencia de múltiples sujetos que son eslabones de él que están altamente dispuestos a cumplir la orden o instrucción (fungibilidad del “instrumento” y alto grado de disponibilidad al hecho) garantizan que esta se cumplirá, con independencia de que uno u otro de los posibles ejecutores se niegue, pues siempre habrá otro que lo haga. En definitiva, gracias a la organización y la fungibilidad de transmisores y ejecutores de la orden o instrucción (con alta proclividad a cumplir la instrucción), quien la da puede estar seguro de su cumplimiento, sin necesidad de coacción o engaño y sin necesidad de conocer siquiera al concreto ejecutor. La brillantez y solidez de la construcción es grande³⁸. No obstante, aun con algunas dudas, hasta el presente he negado la autoría mediata en esos supuestos y afirmado participación (no importa ahora de qué clase y sin excluir supuestos de autoría de distinta naturaleza según la configuración del supuesto), porque encuentro que la seguridad del sujeto de atrás en el cumplimiento de la orden puede darse también en otros supuestos generalmente calificados de inducción y porque he preferido trazar una frontera común a toda autoría mediata en la actuación, libre y consciente (“vidente”) del sujeto de delante, de manera que además no se establezca una autoría mediata con un fundamento tan distinto a los otros supuestos más tradicionales, de manera que se facilite la aplicación jurisprudencial de estos, venciendo del todo las reticencias que a veces se perciben incluso hoy.

Pero, aun si se acepta la construcción roxiniana de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, hay que afirmar, contra lo que pretende un sector doctrinal minoritario³⁹ en relación con la actividad empresarial y en concordancia con lo que sostiene contra este el propio ROXIN⁴⁰, que esta es inaplicable a organizaciones que no operan (con carácter general) al margen del Derecho, pues en ellas (aunque

³⁸ Y su valor político-criminal (y hasta como muestra de valentía personal), pues supuso pasar de considerar a todos los eslabones de la cadena autores, frente a su calificación mayoritaria de cómplices por la jurisprudencia alemana de la época, sobre la base de teorías subjetivas de la autoría. Tan innovadora y “molesta” pareció a algunos la construcción de ROXIN que una prestigiosa revista alemana rechazó publicar el trabajo en que la exponía por vez primera. Afortunadamente, otra, la decana de las revistas jurídico-penales alemanas, el GA, lo publicó. V. al respecto MUÑOZ CONDE, La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado, *Revista Penal* 31 (2013), 171 s.

³⁹ V. simplemente los citados por ROXIN, *Täterschaft*, 9^a, 2015, 748 n. 775 (Autoría y Dominio del Hecho, 2016, 701 n. 775), quien señala que son minoría, y mayoría los que se muestran en contra (v. n. 776).

⁴⁰ Por ejemplo, en ROXIN, *PG II*, 2014, § 25 nm. 117 (pp. 116 s.). Mi opinión, entre otros lugares, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EH-Mir Puig*, 2017, 516 s.

hubiera fungibilidad de ejecutores, que no siempre la hay) el sujeto que da la orden o instrucción antijurídica (sin coacción o engaño) no puede esperar su cumplimiento, sino precisamente lo contrario: que los eslabones de la organización (no desvinculada del Derecho, como una empresa que no sea una mera pantalla para una organización criminal, sino que opere normalmente dentro de la legalidad) se nieguen a cumplir esa orden. Ello es especialmente claro en el ejemplo relacionado con la medicina que hemos tomado de la jurisprudencia alemana, en que es más que dudoso que hubiera fungibilidad en el personal sanitario auxiliar y, desde luego, que se pudiera esperar de este que cumpliera la instrucción claramente antijurídica del médico (y el hijo), pues en un hospital, que no actúa desvinculado del Derecho, lo que hay que esperar es que los miembros de la organización no obedezcan órdenes o instrucciones antijurídicas. Tan es así que en la realidad los responsables del servicio asistencial o sanitario no solo no cumplieron la instrucción, sino que evitaron la muerte de la paciente. Por ello, el BGH condenó a los sujetos de atrás, como autores mediatos ... ¡de una tentativa de homicidio (en sentido amplio)!, lo cual, por lo demás, supone una contradicción con los propios postulados y resultados de la construcción de Roxin. No hubo autoría mediata, sino inducción (no seguida de efecto). Ello resulta aún más claro si no se acepta, como es mi caso, la construcción de la autoría mediata que nos ocupa. No puedo detenerme aquí en las posibilidades de castigo de la inducción intentada, que dependen además en mayor medida que otras cuestiones del Derecho positivo en que nos movamos.

Si pasamos al terreno de la imprudencia y nos fijamos en las relaciones verticales, es sin embargo mucho más fácil observar supuestos más realistas de autoría mediata (imprudente) del superior jerárquico: si el médico manda a la enfermera poner la inyección letal, en la creencia errónea, con error vencible, de que el contenido de la inyección es el medicamento indicado para el tratamiento, será autor mediato de un homicidio culposo o imprudente del paciente, pues se puede entender que la enfermera, amparada en el principio de confianza, no tiene deber de examinar si el contenido de la inyección es el correcto y opera como un instrumento (ni siquiera imprudente a su vez).

Pero la autoría mediata puede darse a la inversa en este tipo de relaciones: en un error vencible, el asistente de quirófano pasa al médico un instrumento quirúrgico que no ha sido desinfectado y que producirá la muerte del paciente. Aquí es el médico el que debe confiar en el asistente y no tiene que examinar el estado del material quirúrgico, resultando el asistente autor imprudente (por su determinación objetiva superior) del hecho del homicidio del paciente, del que no responderá el cirujano.

Naturalmente las variantes pueden ser muchas y complicadas y aquí solo puedo apuntar soluciones que merecerían mayor discusión. Así, si en el primer supuesto, la

enfermera se da cuenta de que el contenido de la jeringuilla es un veneno letal y, pese a ello, no hace nada y pone la inyección, entiendo que pasa a ser autora inmediata dolosa de un homicidio o asesinato, sin que, contra lo que opina un sector del funcionalismo extremo, pueda evitar la condena amparándose en que actuaba dentro del papel o rol de su competencia (no puedo desarrollar esta idea, pero creo que incluso está fuera de él). Ha dejado de ser un instrumento. El médico pasaría a ser un inductor o cooperador (dejemos ahora de lado esta cuestión) imprudente o culposo en el hecho, en mi opinión, por lo tanto, impune.

O, en el caso, inverso, si el médico se percata de que el instrumental quirúrgico que recibe del asistente está gravemente infectado, sucedería algo similar, con autoría inmediata dolosa del cirujano.

Más complicación, para acabar con esta somera aproximación a una constelación de casos, se produce cuando, en el primer supuesto, la enfermera, y en el segundo el médico, debieron advertir, aunque no lo hicieron, el error de la otra persona y salieron de la esfera del principio de confianza, por ejemplo, por la obviedad del error (por ejemplo, el inyectable era de un color y una textura radicalmente distintos al indicado o el bisturí estaba manchado de sangre o contenía restos de materia orgánica). Aquí habría que distinguir y analizar muy bien el concreto supuesto (examinando, entre otras cosas y por ejemplo, la forma y el grado de culpa o imprudencia de cada uno), pero tiendo a pensar como hipótesis general (provisional y que someto a discusión) que podría haber una coautoría imprudente de los dos intervinientes.

Supuestos de coautoría

La coautoría (que se caracteriza por la realización “conjunta” del hecho, como se desprende del primer inciso del art. 28 CP en España), se producirá preferentemente en relaciones de división horizontal del trabajo médico o sanitario.

Obviamente, se pueden concebir supuestos de coautoría dolosa, más bien de laboratorio, en el que dos sanitarios de similar nivel de formación y jerarquía se ponen de acuerdo (de manera expresa o tácita) para realizar conjuntamente la acción típica determinante del suceso: dos cirujanos que operan conjuntamente acuerdan coser cada uno una arteria del paciente de modo que solo la acción de ambos provoca la muerte de este (no sé siquiera si el ejemplo posee corrección técnica médica, solo busco la evidencia plástica) o dos médicos prescriben al paciente, de común acuerdo, dos medicamentos cuya combinación resulta altamente lesiva para la salud, como ellos sabían y pretendían. Si en estos ejemplos, suprimimos el acuerdo

(requisito de la coautoría, pero no exclusivo de ella ni suficiente para ella) y cada cual busca la muerte o lesión del paciente, podremos encontrarnos ante autorías yuxtapuestas (o paralelas o concurrentes o complementarias o o accesorias) de ambos, que plantean problemas de otra índole (relacionados sobre todo, como ya he dicho, con la imputación objetiva). Y, naturalmente, en estos y en otros casos, cabe concebir conductas de participación: inducción (alguien les da la idea), cooperación o complicidad necesaria –donde esta exista, como en España– (dispone el complejo quirófano e instrumental necesario para la concreta acción) o no (ayuda a los hechos con actos anteriores o simultáneos de menor importancia).

La concurrencia puede ser también (con acuerdo o sin él) de conductas omisivas o de una combinación de conductas comisivas y omisivas: dejar de coser, omitir una operación claramente indicada, etc. En caso de conductas solo omisivas, lo primero que habrá que determinar es si estamos ante omisiones puras o supuestos de comisión por omisión, lo que nos lleva a un complejo problema que aquí no puede abordarse. Pero en estos casos, normalmente la coautoría, si hay acuerdo, o la autoría yuxtapuesta, si no lo hay, se producirá cuando el deber de actuación de ambos profesionales sanitarios era compartido y de igual rango (se trata de un criterio de autoría distinto –o con rasgos adicionales– al de la determinación objetiva y positiva del hecho). Cuando se trata de omisiones de conductas derivadas del incumplimiento de deberes diferentes, las posibilidades serán muy variadas y no cabe en el espacio de que dispongo, hacer siquiera un bosquejo de ellas y su calificación, sucediendo algo similar en los supuestos de combinaciones de conductas activas y omisivas.

Pero nuevamente aquí el campo más frecuente en la práctica será el de la imprudencia. Cuando, por ejemplo, la combinación de la conducta descuidada de un anestesista y un cirujano (que actúan en división horizontal del trabajo) produce la muerte o la grave lesión del paciente cabrá hablar de coautoría culposa o imprudente (que no necesariamente ha de ser simultánea, sino que podrá ser también sucesiva) de ambos si existe el vínculo del acuerdo. Evidentemente, el acuerdo no se produce aquí dirigido a la comisión de un delito, sino que debe recaer sobre la propia actuación imprudente. En el caso de los equipos médicos (por ejemplo, entre cirujano y anestesista), cabría suponer que ese acuerdo es institucional, debiendo presuponerse, porque la actuación es necesariamente conjunta, sin que sea preciso un acuerdo expreso o tácito más concreto. Planteo esta idea para la reflexión, sin estar del todo de acuerdo con voces autorizadas⁴¹ que exigen un acuerdo, expreso o tácito,

⁴¹ Como la de RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, 2012, especialmente 396 ss.

sobre la concreta actuación, no conformándose con la conciencia de que se actúa con otros. Mi discrepancia es, sin embargo, no tan grande como pudiera parecer: en relaciones tan formalizadas como las que pongo como ejemplo, creo que necesariamente se va a producir un acuerdo sobre la actuación concreta (si no es así, no habrá coautoría); para otros casos, probablemente tiene razón y es más garantista la exigencia de acuerdo sobre la actuación concreta, pero creo que en muchos de esos casos la conciencia de la actuación en común también supondrá un acuerdo tácito.

Si, por el contrario, no hay acuerdo sobre la acción imprudente, nos hallaremos ante una autoría yuxtapuesta imprudente en lo que tradicionalmente se llama concurrencia de culpas o imprudencias. Como líneas generales para determinar la solución en este caso, sigo la propuesta de Luzón Peña⁴², que me parece especialmente acertada, si bien necesita de un desarrollo que, desde luego aquí no puede producirse ni siquiera mínimamente. Este autor señala tres fases: en primer lugar, sobre la base fundamentalmente del criterio de la determinación objetiva del hecho, habrá que analizar qué conductas serían de autoría y cuáles de mera participación o favorecimiento imprudente, pues estas segundas quedarían fuera de la órbita de la responsabilidad penal según lo explicado anteriormente. En segundo lugar, habría que determinar a cuál o cuáles de las conductas de autoría les puede ser imputable objetivamente el resultado o el hecho (imposible resulta aquí la explicación de los criterios de imputación objetiva); aquellas a las que no lo sea alcanzarán a lo sumo el grado de tentativa, siendo así que, salvo tipificación expresa (a través de delitos de peligro concreto), la tentativa culposa o imprudente resulta impune. Por fin, en las conductas de autoría a las que sea imputable el resultado o el hecho, habrá que observar si la relación entre ellas implica una modificación de los riesgos que implicaba cada una por separado (cosa que no siempre sucederá); si se quiere (aunque esto requeriría explicaciones complejas aquí imposibles), habrá que determinar distintos grados de imputación objetiva (esta forma de expresarlo es mía), si los hubiera, lo que podría servir de base racional a la a menudo intuitiva, pero también a menudo materialmente acertada (si se extrae del plano causal a que con frecuencia la lleva la práctica de modo erróneo) “degradación de la imprudencia” (en su caso), a la que a menudo se refiere la jurisprudencia española.

Naturalmente, en el caso de contribuciones imprudentes también pueden darse las modalidades omisivas y las combinaciones de comisión activa y omisión que antes

⁴² Entre otros lugares y resumidamente, LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 3^a, 2016, Cap. 18, nm. 90 ss.

se mencionaron. Baste aquí decir que, si se trata de omisiones puras, rara vez estará tipificada la comisión imprudente. No es posible extender aquí más la explicación.

A modo de conclusión

Todo lo anterior no son más que pinceladas o líneas directrices muy generales. Debe tenerse presente que en un tema tan complejo como explicábamos al principio no cabe esperar soluciones mágicas o excesivamente simplificadoras (no cabe en realidad en ningún tema jurídico-penal ni seguramente jurídico en general). La riqueza de supuestos es tan grande que no cabe más que apelar a la manida fórmula, que no quiero sirva aquí de mera excusa para mi falta de mayor concreción, de la atención a la configuración del caso concreto.

No puedo, por tanto, profundizar más en este lugar y vuelvo a emitir a las obras de los especialistas, pero quiero concluir aquí realizando una reivindicación del trabajo de una dogmática jurídico-penal seria (que no ignore, eso sí, los fines a los que sirve ni se desligue de toda reflexión político-criminal⁴³) frente a propuestas aparentemente simplificadoras, que no suponen más que un retroceso en la interpretación y la aplicación de la ley penal y una merma de garantías para el ciudadano.

⁴³ Reivindico, por tanto, una dogmática como la que propuso ya hace muchos decenios ROXIN, sistemáticamente por vez primera en *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973 (1ª, 1970) (Política criminal y sistema del Derecho penal, traducción e introducción de Muñoz Conde, 1972). Mi opinión sobre todo ello puede verse (en español) en mi breve (y necesariamente simplificado trabajo), DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Reivindicación de la (buena) dogmática, en: De Vicente Remesal, J./Díaz y García Conlledo, M./ Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario. Vol. I, 2020, 129 ss.



Responsabilidad jurídica médica

se publicó en la ciudad de Cuenca, Ecuador, en junio de 2022, en la Editorial Universitaria Católica (EDUNICA), de forma digital e impresa con un tiraje de 100 ejemplares.