

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL EN EL ÁMBITO SANITARIO

por Lorenzo Peña
Madrid. 2005-12-03¹

Índice

- 00.— Introducción
 - 01.— Noción genérica de causa de justificación en el ámbito jurídico-penal
 - 02.— Deslinde entre causas de justificación y causas de exculpación
 - 03.— Fundamento de las causas de justificación
 - 04.— Las causas de justificación determinan la licitud de la conducta
 - 05.— El elemento extralegal o supralegal presente en la concepción jurídica-general de la no-antijuridicidad
 - 06.— La autorización legal de conductas típicamente prohibidas y el principio de permisión (lo que no está prohibido está permitido)
 - 07.— Prueba de la coextensividad de tres criterios generales sobre la concurrencia de una causa de justificación
 - 08.— ¿Qué justifican las causas de licitud? La conducta, activa u omisiva, dolosa o imprudente
 - 09.— El ámbito de las causas de justificación no abarca las acciones imprudentes. (Especial atención al terreno sanitario)
 - 10.— La ausencia de causas de justificación no puede formar parte del tipo
 - 11.— La concurrencia de una causa de justificación y la indemnización por ilícito civil: conductas simultáneamente lícitas e ilícitas
 - 12.— El consentimiento no es una causa de justificación
 - 13.— Atipicidad de las acciones que resultan lícitas en virtud del consentimiento del sujeto pasivo
 - 14.— ¿Es la salud un bien disponible? El problema de los tratamientos satisfactivos
 - 15.— La creencia errónea de un médico de que concurre una causa de justificación
 - 16.— ¿Comete el cirujano lesiones por imprudencia profesional?
 - 17.— El caso particular de los injertos y transplantes
- Anejo: Insubsumibilidad de las operaciones quirúrgicas bajo el tipo de lesiones
-

§00.— Introducción

La conducta terapéutica de los profesionales de la sanidad suele discurrir —como la de los demás hombres y mujeres— dentro de los cauces marcados por el ordenamiento jurídico; y, cuando se sale de ellos, la infracción suele ser de índole civil o administrativa.²

Sólo excepcionalmente encontramos comportamientos que pueden caer bajo el castigo del derecho penal, porque (siempre, pero más desde Beccaria) éste tiene una vocación de intervención mínima, de autolimitación, de *ultima ratio*, de manera que un Estado de derecho coarta y restringe su propio *ius puniendi*, por el valor de la libertad, dado

¹ Esta monografía es propiedad intelectual de su autor, Lorenzo Peña Gonzalo, quien, por esta nota, se reserva plenamente todos los derechos de copia que le otorga la ley, salvo el siguiente que transfiere a los lectores. Permito cualquier copia íntegra y literal del escrito, preservando el nombre del autor y esta nota y sin ninguna otra limitación. Con esa misma condición, permito su libre reproducción y difusión por cualquier medio. Está, en cualquier caso, disponible en el URL: <http://jurid.net/lp/ms/>.

Esta monografía forma parte del trabajo del autor como alumno del curso de doctorado «Derechos fundamentales del paciente y responsabilidad en el ámbito sanitario» impartido por los Profs. Agustín Jorge Barreiro y Manuel Cancio Meliá (año lectivo 2005-2006). Fecha de redacción de la monografía: 20051203. Agradezco mucho a Txetxu Ausín sus comentarios a una versión anterior de este ensayo.

² A la espera de que se llegue a constituir una rama aparte del ordenamiento jurídico que sea el Derecho sanitario.

que al Derecho penal le está reservado el castigo de privación de libertad (como punición directa o derivada).

Por todo lo cual rigen en el derecho penal y en el procesal-penal reglas que restringen su aplicabilidad: el principio de tipicidad (con la prohibición de la extensión analógica), el de legalidad de delitos y penas, el de irreversible presunción de inocencia, el de acusación (nadie puede ser condenado sin haber sido previamente acusado) y el de exención de doble riesgo acusatorio (*ne bis in idem*).

En el quehacer profesional de médicos y demás personal sanitario surgen a veces conductas que, o están tipificadas como infracciones penales, o la conciencia social estima que deberían estarlo (y de ahí que intente su subsunción bajo un tipo de delito existente, aunque a menudo sin éxito racional en ese intento).

Mas, para que se produzca una infracción penal, no basta con que una conducta del médico, del enfermero o de cualquier otro profesional sanitario caiga bajo un tipo de comportamiento genéricamente prohibido por el CP. Eso constituye la tipicidad penal. Pero la prohibición genérica (típica) de una figura conductual no implica la prohibición concreta de cada conducta subsumible bajo esa figura. Interpónese para evitarlo la concurrencia de una causa de justificación, cuando la hay.

¿Cómo afectan las causas de justificación a las conductas profesionales sanitarias subsumibles bajo una figura comportamental típicamente prohibida por el CP?

Estudio ese problema en esta monografía, en la cual voy a sostener, argumentativamente, nueve tesis:

- 1ª) Las causas de justificación penal son causas de licitud de la conducta típica y, por lo tanto, no sólo eximen de la antijuridicidad penal, sino que califican a las conductas en cuestión como no-antijurídicas en general.
- 2ª) Sin embargo, en los casos en los que el propio CP preceptúa la obligación de reparación a los perjudicados por una conducta típica (art. 109.1 y 118), hay un ilícito civil, lo cual significa que la conducta típica viene así dualmente calificada por la ley como lícita (en algún grado) y también ilícita (en algún grado). Ninguna conducta típica en la que sea lesionado un bien ajeno es nunca totalmente lícita en todos los aspectos.
- 3ª) Sólo hay —y sólo puede haber— tres causas de justificación (que están recogidas entre las eximentes del art. 20 del CP): estado de necesidad, legítima defensa, y cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho; y ninguna otra. La lista es —y tiene que ser— definitivamente cerrada, porque sólo esos tres casos son materializaciones del principio del mal menor. En rigor, el estado de necesidad es la causa genérica, que refleja un balance axiológico entre el desvalor de la acción y del resultado del hecho y el del hecho alternativo así evitado.
- 4ª) La prohibición material y la formal coinciden. La prohibición formal es tan susceptible de graduación como la material. Por eso la causa de justificación puede ser parcial o total; unas circunstancias justifican más que otras.
- 5ª) Las causas de justificación tienen una escasísima aplicabilidad en el ámbito sanitario, donde las conductas presuntamente delictivas suelen ser imprudentes, porque la

imprudencia nunca puede estar amparada en una causa de justificación, ya que, de darse ésta, no se incurriría en negligencia alguna. Imprudencia es violación de la norma objetiva de cuidado —norma difusa, enraizada en una diversidad de usos, pautas deontológicas, la *lex artis*, un corpus amplio y flexible que exime de imprudencia los casos de estado de necesidad o de cumplimiento de un deber prioritario o ejercicio legítimo de un derecho.

- 6^a) El consentimiento no es nunca causa de justificación. Cuando un bien es disponible por su titular, el consentimiento en ser desposeído de él excluye la tipicidad. Cuando es indisponible, el consentimiento no excluye nada. En otros casos el consentimiento no se exige para preservar un bien (disponible o indisponible) sino como elemento esencial de una relación libre (p.ej. relaciones sexuales); en esos casos también el consentimiento excluye el tipo (delitos contra la libertad sexual).
- 7^a) Concretamente es falsa la afirmación de que el consentimiento del paciente sea una causa de justificación de la conducta del médico y del cirujano que, de no mediar tal consentimiento, se subsumiría en el delito de lesiones (arts 147ss). Esa afirmación es falsa porque operar no es lesionar. El ámbito de protección de la norma (Título III del Lib. II del CP) es el de agresiones contra la salud e integridad corporal, no el de conductas típicamente orientadas a mejorar o preservar la salud o el bienestar del sujeto pasivo.
- 8^a) Ni siquiera comete delito de homicidio o de lesiones el médico (anestésista, cirujano, etc.) cuya imprudencia profesional determine (o contribuya a determinar) un fracaso del tratamiento terapéutico. Para que esa conducta fuera punible sería menester que viniera tipificada aparte en el CP.
- 9^a) Igualmente, los tratamientos médicos realizados sin el preceptivo consentimiento del paciente sólo podrían ser tipificados como infracciones penales si existiera el tipo penal de tratamiento médico arbitrario (y, en ese caso, sí podrían entrar en juego causas de justificación, porque serían tipos dolosos).

§01.— Noción genérica de causa de justificación en el ámbito jurídico-penal

Las causas de justificación son las exenciones de prohibición penal que establece la ley cuando concurren determinadas circunstancias en virtud de las cuales la acción u omisión resulta ser lícita (desde el punto de vista penal) aun perteneciendo a una figura de acción u omisión tipificada como falta o delito por el Código Penal.

Para que haya, pues, falta o delito —desde una mirada objetiva— es menester que se dé una acción u omisión que cumpla la doble condición de estar tipificada como tal en la legislación penal y de no poder ser subsumida bajo ninguna de las exenciones a las que llamamos ‘causas de justificación’, que son precisamente las situaciones en las que el ordenamiento jurídico considera que está justificada tal acción u omisión.³

³. Para evitar confusiones, aclaremos que eso que calificamos de ‘mirada objetiva’ ya incluye un elemento subjetivo, el de la intención del autor; pero todavía no la reprochabilidad o achacabilidad jurídica de la acción u omisión.

Naturalmente no es suficiente esa mirada objetiva, sino que hace falta, además, examinar la acción u omisión desde el punto de vista subjetivo del autor, para saber si éste es culpable o no. Cuando se suma la culpabilidad a la delictuosidad objetiva, tenemos delito; pero todavía no forzosamente tenemos un caso de aplicabilidad de la pena, porque hay unos pocos tipos de circunstancias en los que la ley penal establece causas de impunidad. Conste que, aunque en tal o cual ordenamiento puedan darse casos difíciles de clasificar, conceptualmente es diverso el género de las excusas absolutorias del de las causas de inculpabilidad. Aún mayor diversidad se da —y eso entra en nuestra consideración actual— entre las causas de justificación y las de inculpabilidad.

Desde el punto de vista legislativo, las causas de justificación y las de inculpabilidad vienen frecuentemente calificadas como ‘eximentes’. La dogmática jurídico-penal, desde el siglo XIX, ha analizado el concepto de delito para desglosar las notas de ese concepto, gracias a lo cual se ha captado, doctrinalmente, la diferencia entre causas de inculpabilidad y causas de justificación.

Es verdad que el deslinde conceptual fue estorbado por la tendencia que prevaleció durante un tiempo a ubicar el dolo (o la imprudencia) sólo en la culpabilidad, y no en el tipo. En aquel tiempo (a grandes rasgos, antes de la segunda guerra mundial) había una inclinación a relegar a la culpabilidad todos los factores subjetivos de la acción u omisión penalmente ilícita, sobre la base del equivocado prejuicio de que esa acción u omisión sería tipificable por sus elementos fácticos, como meros eventos o acaecimientos. Sin embargo, desde avances paralelos de la reflexión jurídica y filosófica se ha visto después que un hecho humano es una acción u omisión sólo en relación con un elemento subjetivo de intención o voluntariedad (como ya lo había anticipado Aristóteles).

Así Donald Davidson, en un clásico estudio sobre eventos y acciones,⁴ señaló diferencias esenciales entre un mero acontecimiento fáctico y un hecho del hombre, paralelamente a los avances de la ciencia del derecho penal, particularmente en Alemania, donde —en la pluma de Hans Welzel y muchos otros autores— se mostraba que puede haber varias acciones que constituyan tipos diversos de acción aun siendo externamente describibles de un solo y mismo modo, ya que las diferencias salen a la luz cuando se consideran las intenciones de los sujetos (y también, habría que añadir, la falta de tales intenciones) e incluso ciertos elementos normativos.

§02.— Deslinde entre causas de justificación y causas de exculpación

Conviene insistir más en el deslinde entre las eximentes de culpabilidad y las eximentes de prohibición —o sea, las causas de justificación. Una eximente de culpabilidad determina que una acción u omisión de suyo delictiva o penalmente ilícita no se impute al sujeto por una circunstancia subjetiva de éste que, sin embargo, no ha impedido que fuera el autor de la acción u omisión, estando ésta tipificada y no viniendo amparada por ninguna causa de justificación.

⁴ Donald Davidson, *Actions & Events*, Oxford: Clarendon, 1980.

En cambio, las causas de justificación determinan que, desde el punto de vista del Código penal, la acción u omisión es lícita (y no sólo que no resulte jurídicamente achacable a su autor).

Con otras palabras, el ordenamiento jurídico-penal estima, en caso de concurrencia de una causa de justificación, que la acción u omisión no vulnera la ley. El desvalor de la acción o del resultado del hecho (activo u omisivo) viene compensado por la concurrencia de esa causa de justificación que introduce una valoración opuesta.

Es importantísimo comprender el enorme significado del reconocimiento de la licitud penal de una conducta. Un hecho lícito tipificado como falta o delito no puede justificar un contrahecho opuesto. Si un hombre va a matar a un agresor en legítima defensa propia (por haber sido víctima de una agresión no provocada contra su vida y no tener otro medio de repelerla), el agresor no puede ampararse en esa misma causa (legítima defensa) para justificar el homicidio de dicho hombre. Además, el artículo 14.3 del Código Penal establece consecuencias jurídicas para el desconocimiento de la ilicitud de una conducta (error de prohibición), que no se aplican para nada al error sobre la culpabilidad.⁵ (Nadie se beneficiará de ninguna atenuación ni exención por creerse erróneamente inimputable.) Por consiguiente no es, en absoluto, cuestión de palabras el distingo entre causas de justificación (o de licitud) y causas de inculpabilidad.

El actual Código Penal no deslinda las causas de justificación de las de inculpabilidad. Polemizando con la obra de Cuello Calón, Jiménez de Asúa critica el Código Penal promulgado por la dictadura de Miguel Primo de Rivera en 1928, «código faccioso», por haber clasificado a las eximentes en causas de inimputabilidad y causas de justificación (arts. 55 a 61).⁶ Jiménez de Asúa aduce que la ley no debe penetrar en los debates de la ciencia.

Sea así o no, se entiende que el legislador se guíe por un sentido práctico y no entre en tales análisis.

Así, las eximentes enumeradas en el artículo 20 del Código Penal son: la alteración psíquica, la intoxicación plena, la grave alteración en la conciencia de la realidad, el miedo insuperable, la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho. Pertenecen claramente a la esfera de la culpabilidad cuatro de ellas (perturbación mental o estado transitorio de efecto similar, así como el miedo), no

⁵ La Sentencia de Tribunal Supremo de 1991118 (ponente D. José A. de Vega) sobre transfusiones de sangre contaminada en un Hospital de Bellvitge establece con claridad que la terminología correcta no es la ya anticuada de «error de hecho» y «error de derecho», sino la de «error de tipo» y «error de prohibición» y que el segundo abarca tanto al error sobre la norma prohibitiva cuanto a la equivocación sobre causa de justificación (error de prohibición indirecto). Ese error sólo puede ser causa de exculpación teniendo «en cuenta los condicionantes psicológicos y culturales del agente, de un lado, mas también las posibilidades de recibir instrucciones y asesoramiento o acudir a medios que permitan conocer la transcendencia jurídica de la acción, de otro»

Si, en lo tocante a infracciones penales por negligencia profesional, parece increíble que el acusado pueda exculparse alegando un error de prohibición de la norma objeto de cuidado (pues justamente estaba —en cualquier supuesto pertinente— obligado a conocerlo), menos se ve cómo podría alegar una creencia en una causa de justificación, como si pudiera haber causa justificatoria de una imprudencia profesional.

⁶ V Luis Jiménez de Asúa, *Principios de derecho penal, La ley y el delito*. Buenos Aires: Ed. Sudamericana, 1990 (reimpr. de la 3ª ed. de 1958), p. 281.

determinando la licitud de la conducta. Las restantes causas son, en principio, de licitud, aunque en algunos casos (p.ej. en ciertos supuestos de estado de necesidad) es verosímil (y se ha sostenido en la doctrina) que tengamos una causa de inculpabilidad, no una causa de justificación —aunque más abajo sostendré que siempre son causas de justificación.

§03.— Fundamento de las causas de justificación

La sistematización de las causas de justificación ha suscitado un gran debate. El Conde Alejandro de Dohna las halla en el principio de licitud de un medio justo para alcanzar un fin conforme con el Derecho (un fin justo). Jiménez de Asúa ve la raíz en el principio del deber preponderante o del interés prevalente; Noll en el principio de ponderación de valores; Cerezo no cree en la posibilidad de sistematización, si bien aduce que el principio de ponderación ha de complementarse en todo caso con el de dignidad de la persona humana.⁷

Por las razones expuestas más abajo, el autor de estas páginas suscribe la tesis de Noll, aunque también acepta el principio del deber prevalente y el de tomar el estado de necesidad como causa genérica.⁸

Para Jescheck no cabe, en rigor, una teoría unitaria de las causas de justificación salvo si se construye sobre un principio totalmente abstracto y, por ende, necesariamente formal en extremo, como la pretensión preferente del bien, o la fórmula del conde de Dohna «medio adecuado para un fin reconocido por el Derecho», o la ponderación de valores. A pesar de que Jescheck⁹ se muestra tan escéptico frente a las teorías unificadoras, les brinda sin embargo una atención que, en definitiva, pone en cuestión ese mismo escepticismo. Reconoce Jescheck que todas las causas de justificación involucran una contranorma que implica una ponderación legislativa de fines y de resultados, de bienes tutelables, intereses y de valores plasmados en la propia acción u omisión. Así, todas las causas de justificación arrancan de la noción de antijuridicidad material y, en virtud de la intervención de la contranorma, hacen desaparecer o compensan, plenamente o en gran parte, tanto el injusto del resultado como el del hecho en sí mismo.

Suscribimos esas reflexiones, y ellas nos llevan a no compartir el escepticismo de Jescheck. Sus propias aclaraciones han puesto de manifiesto que la raíz común no es puramente formal, sino, al revés, material, aunque sí sea abstracta (como corresponde a todo principio general del Derecho).

Donde tal vez se manifiesta la discrepancia que me separa de Jescheck sobre la posibilidad o el interés dogmático de una teoría general unitaria de las causas de

⁷. V. todas las referencias en José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español*, Madrid: Tecnos, 1997-8, vol. II, pp. 194-6.

⁸. Cuando la colisión de deberes es jurídicamente insoluble, la doctrina mayoritaria juzga que estamos ante una causa de exculpación, no de justificación; v. H.H Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducido por D. José Luis Manzanera Samaniego, p. 456. El autor de estas líneas pone en duda ese enfoque. Si dos deberes entran en colisión de tal modo que jurídicamente no puede decirse que uno de ellos prevalezca, entonces, puesto que todo lo obligatorio o debido es lícito, los dos cursos de acción son igualmente lícitos; luego ambos son lícitos; luego cualquiera de los dos es lícito, o sea justificado. No hay mera causa de exculpación.

⁹. *Op cit.*, pp. 291-2.

justificación está en la posibilidad o no de una lista cerrada de las eximentes de ilicitud penal. Para Jescheck el elenco ha de quedar abierto.¹⁰ También Jiménez de Asúa defendía la posibilidad de eximentes por analogía.

Creemos que no es así. El elenco es cerrado, sin que quepan eximentes por analogía. Cualquier ponderación de valores jurídicamente merecedores de tutela ha de atribuir licitud a una conducta sólo en virtud de: o bien un estado de necesidad; o bien legítima defensa; o bien una colisión de deberes o una expresa autorización legal (eximentes 4ª, 5ª y 7ª del art. 20 del CP). El legislador podrá variar la formulación, y en el futuro (*de lege ferenda*) deberá hacerlo.¹¹

No podemos imaginar nada que, sin ser subsanable en esas tres modalidades previstas por la ley, pueda constituir una causa de justificación que haga lícitas ciertas conductas típicamente prohibidas por la ley penal.

A la pregunta, pues, de si la lista de causas de justificación se establece por mera enumeración —según las vamos hallando por la experiencia del quehacer humano— o si, al revés, compartiendo alguna nota, pueden deducirse, como casos particulares, de un rasgo común, respondo que es verdadero lo segundo.

El rasgo común de las causas de justificación es siempre éste: que, presente la circunstancia que sirve de base a una causa de justificación, el desvalor de la acción o del resultado (o de ambos) se compensa por un valor, que consiste en evitarse así una acción o un resultado de mayor desvalor. Y ello es concorde con la línea axiológica de la moderna dogmática jurídico-penal. La razón, pues, de que se dé una causa de justificación es la evitación del mal mayor, el conflicto de males.

Eso hace que el estado de necesidad (tener que evitar un mal mayor o igual) venga a ser como un tipo genérico de causa de justificación, al paso que las restantes causas de justificación son especificaciones —que el legislador ha querido dejar expresamente sentadas para prevenir la duda—: así, la legítima defensa (pues dejar consumarse con éxito una agresión injusta siempre tiene más desvalor que la acción necesaria para evitar ese resultado); así, también, el cumplimiento de un deber (ya que incumplirlo tiene más desvalor que la acción u omisión que se realiza por cumplirlo).

Es menos claro que el ejercicio (legítimo) de un derecho propio se vea revestido de más valor que el desvalor de la acción u omisión típica, pero sin duda los casos contemplados por la ley —y la jurisprudencia— están suficientemente delimitados para que así sea.

¹⁰. V. Jescheck, *op cit.*, p. 293.

¹¹. P.ej. restringiendo el estado de necesidad, que en su formulación actual es una excluyente *passe-partout* que se presta al abuso; o, alternativamente, especificando casos particulares de legítima defensa o de colisión de deberes.

§04.— Las causas de justificación determinan la licitud de la conducta

La antijuridicidad penal se definió en un sector doctrinal italiano¹² como la prohibición de una conducta por la ley penal, con lo cual la no-antijuridicidad penal de suyo no diría nada sobre si la conducta es o no lícita según otras ramas del ordenamiento. Jiménez Huerta rechaza tal punto de vista,¹³ aduciendo que confunde los conceptos de tipicidad y antijuridicidad.

Alfonso Reyes Echandía se adhiere al parecer de los dos autores italianos criticando la objeción de Jiménez Huerta.¹⁴ Alega que la antijuridicidad que interesa al derecho penal es un juicio de valor sobre la conducta descrita en el tipo penal, y no en otro ordenamiento, sin que por ello se vengan a confundir tipicidad y antijuridicidad penal, ya que la primera es sólo la descripción abstracta que de una conducta hace el legislador en tanto en cuanto piensa que pone en peligro bienes jurídicos merecedores de protección especial, al paso que la antijuridicidad es un juicio concreto del juez sobre un comportamiento también concreto que se ajusta a la descripción típica vulnerando el bien jurídicamente tutelado.¹⁵

Frente a la tesis de los dos citados autores italianos y de Reyes Echandía, el autor de estas páginas se adhiere a la objeción de Jiménez Huerta. En efecto: la no-antijuridicidad penal no estriba sólo en el ajuste de un hecho humano concreto a un tipo según lo constatare el juicio concreto del juez, sino que consiste en que ese ajuste no venga compensado o contrarrestado por una relación entre dicho hecho y una norma de autorización, que puede ser penal o extrapenal. Cuando una norma jurídica atribuye a una conducta la calidad de lícita, se la atribuye a todos los efectos y para todas las ramas del ordenamiento, incluida la penal.

Así pues, la antijuridicidad penal comporta dos notas conceptuales

1ª) ajuste del comportamiento incriminado al tipo penal

2ª) no ajuste de ese comportamiento a una norma (penal o extrapenal) de autorización.

Entre los comportamientos que son penalmente ilícitos (típicos y no amparados por ninguna norma de autorización legal) y los que son lícitos a secas (lícitos para todas las ramas del ordenamiento) se halla un grupo intermedio de conductas, que no son penalmente antijurídicas pero sí antijurídicas —estando prohibidas por otros sectores del ordenamiento (civil, laboral, administrativo, fiscal, etc.) Ahora bien, esas conductas del grupo intermedio son los comportamientos atípicos, nunca conductas típicas.

Nuestra argumentación nos lleva a rechazar la teoría penalística de la antijuridicidad. La antijuridicidad penal no se constituye sólo por la prohibición penal sino por la prohibición penal más la no-autorización en ningún sector del ordenamiento. De ahí que la antijuridicidad penal no sea exclusivamente penal o constituida de manera autónoma en el

¹². Crispigni: *Diritto penale italiano*, vol. II, ristampa della 2ª edizione, Milán: Giuffrè Editore, 1952, p. 14.

¹³. V. Mariano Jiménez Huerta, *La antijuridicidad*, México: Imprenta Universitaria, 1952, p. 21, nota.

¹⁴. V. Alfonso Reyes Echandía, *Antijuridicidad*, Bogotá: Temis, 1997, 4ª ed.

¹⁵. *Op cit.* p. 18.

Derecho penal. El derecho penal está al servicio de la vida social en su conjunto, que viene regulada y encauzada por el ordenamiento jurídico como un todo.

No podemos compartir la argumentación del maestro colombiano que sustenta la teoría penalista de la antijuridicidad en la premisa correcta de que el concepto de lo antijurídico ha de estar inmediatamente referido a conducta típica del derecho penal. Sin duda es así. El problema está en la no-antijuridicidad penal. Un comportamiento no será penalmente ilícito si, y sólo si, cumple una u otra de estas dos condiciones:

1ª) no es penalmente típico

2ª) está autorizado por algún sector del ordenamiento.

Esa argumentación nos lleva a suscribir el concepto extrapenal de no-antijuridicidad que fue elaborado por el conde Alejandro de Dohna,¹⁶ para el cual es la totalidad del ordenamiento jurídico la que permite establecer el deslinde entre las actividades penalmente antijurídicas y las que no lo son.¹⁷

§05.— El elemento extralegal o supralegal presente en la concepción jurídica-general de la no-antijuridicidad

Como todo ordenamiento jurídico comporta siempre una referencia —explícita o implícita— a valores superiores —y así sucede, mucho más, en nuestros ordenamientos constitucionales modernos, en un Estado social y democrático de Derecho—, una conducta que tienda a un fin justo por un medio justo —o sea, que tienda a obtener un bien jurídicamente protegido por un medio que no vulnera la ley— tiene siempre una presunción de licitud. De ahí que el ejercicio legítimo de un derecho —que es una de las causas de justificación penal— pueda estribar, no sólo en la realización de una conducta expresamente autorizada en alguna rama del ordenamiento, sino también en cualquier comportamiento que tienda a materializar un bien jurídico protegido por un medio que no esté prohibido. Cuando se produzca colisión entre ese comportamiento y la tipificación penal, habrá, en el choque, que atender a las características preponderantes, o sea llevar a cabo una ponderación de valores y de desvalores.

Así, supongamos que un médico trata a un paciente para aliviar su sufrimiento, lo cual es un bien jurídicamente protegido, y el tratamiento es lícito, pero que, de resultas del mismo se acelera la muerte del paciente causada por la enfermedad que padecía. Según la argumentación doctrinal que hemos abrazado, vemos ahí una causa de justificación (e incluso varias), porque el médico está actuando en el ejercicio legítimo de un derecho (y también de un oficio), para materializar un bien jurídico (el no-sufrimiento) por un medio no prohibido. Si la muerte del paciente fuera causada por el tratamiento, el medio estaría penalmente prohibido (por el art. 138 del CP; de haber consentimiento reforzado, estaríamos ante la eutanasia del art. 134.4). Pero, si la muerte está causada por la enfermedad que sufría el paciente y el tratamiento no ha determinado la existencia de tal muerte sino sus

¹⁶. La tesis del conde de Dohna se halla en Alexander Graf zu Dohna, *La estructura de la teoría del delito*, Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1958, p. 44.

¹⁷. Vid. Reyes Echandía, *op. cit.*, p. 13.

accidentes (el *cómo* y el *cuándo*), la acción del médico es lícita, a pesar de que expresamente no hay norma del ordenamiento jurídico que autoriza una conducta así descrita.

Ello nos lleva a integrar en la concepción jurídica-general de la no-antijuridicidad un elemento extralegal o supralegal, que fue sostenido por Mayer con la adhesión de Jiménez de Asúa, según la cual, para determinar si un comportamiento es antijurídico, hay que acudir a la norma de cultura cuando la ley no haya definido en sus contornos precisos si la conducta se halla justificada.¹⁸

En realidad ese concepto supralegal de juridicidad como conformidad con la norma de cultura es integrable en el concepto legal genérico porque el ordenamiento jurídico avala la norma de cultura y la incorpora, positivizándola, ya sea explícita o implícitamente. Mucho más un ordenamiento que asume los principios jurídicos promulgados por el pueblo-colegislador, y los valores inspiradores de la convivencia y la paz, como el bienestar y la libertad. Pero incluso un ordenamiento pre-moderno que no asuma expresamente el acatamiento a principios y valores no dejará de manifestar, de algún modo, que los presupone e incorpora tácitamente, porque, si no, sería inviable que funcionara como ordenamiento regulador de la convivencia social.

De ahí que lo que estamos sustentando no esté en contradicción con la tesis de Hans Welzel de que la antijuridicidad es un juicio negativo de valor, emitido, no por el juez, sino por el ordenamiento jurídico, y que la sentencia del juez vendrá sólo a expresar y ratificar.¹⁹

Lo esencial estriba, pues, en lo axiológico. Es penalmente antijurídica la conducta típica cuyo desvalor (de acción o de resultado) supera al valor; no lo es ni la conducta no típica, ni aquella que, siéndolo, tiene un valor jurídicamente relevante que supera a su propio desvalor o al desvalor del resultado.

Como lo señaló Hans Welzel,²⁰ lo antijurídico es un comportamiento, no un tipo; el tipo es una figura conceptual bajo la cual caen conductas concretas, siendo éstas antijurídicas si, además de caer bajo el tipo, lesionan valores jurídicos sin incorporar otros que compensen esa lesión.

§06.— La autorización legal de conductas típicamente prohibidas y el principio de permisión (lo que no está prohibido está permitido)

Como lo dice J.M. Valle Muñiz²¹ la causa de justificación opera sobre una conducta típicamente prohibida, o sea: «la justificación no parte de situaciones jurídicamente neutrales, sino ya desvaloradas por su adecuación al tipo».

¹⁸. V. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. III, 4ª ed., Buenos Aires: Losada, 1977, §1259, p.1012.

¹⁹. V. *Derecho penal alemán*, trad. J. Bustos y S. Yáñez, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 77.

²⁰. *Op. cit.*, p. 76.

²¹. José Manuel Valle Muñiz, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, Barcelona: PPU, 1994 p. 73.

Cualquier conducta que venga, en lo singular y concreto, reputada lícita por la concurrencia de una causa de justificación es, de todos modos, un comportamiento perteneciente a un tipo prohibido y, por ende, siempre incorporador de un desvalor que el ordenamiento jurídico ve con reprobación. Esa es también una razón para no comulgar con la teoría de los elementos negativos del tipo, que no puede dar cuenta de ese desvalor jurídicamente relevante.²²

Eso determina también que, en materia procesal, no opere del mismo modo la presunción de inocencia. Presúmese legalmente la no comisión de la conducta típica, pero no puede presumirse legalmente la concurrencia de una causa de justificación, sino que ésta ha de demostrarse por quien desee estar amparado por ella, como también habrá de demostrarse, eventualmente, la creencia (errónea) de que concurría una causa de justificación (creencia exculpatoria o —si era un error vencible— atenuante de la culpabilidad).

La colisión de deberes del médico constituye la causa de justificación más frecuente. El médico está obligado a ponderar los deberes en conflicto según el valor jurídicamente tutelado por cada uno de ellos. Los casos más conflictivos y angustiosos son los de confrontación de deberes similares y en los que no hay cómo valorar un bien más que otro pese a estar en mutuo conflicto.

Jescheck²³ aduce el ejemplo del médico jefe que se enfrenta a este dilema: hállese conectado a la única máquina de corazón y pulmón del hospital local un paciente sin esperanza clínica, y viene ingresado un herido grave con buenas expectativas de supervivencia. Frente a frente se yerguen el derecho del recién hospitalizado a un tratamiento curativo y el del anterior a que no se efectúe contra él una acción letal. El desvalor del resultado de la inacción es mayor que el de una acción de intercambio de pacientes, pero el desvalor de la acción es mayor que el de la omisión. Naturalmente puede haber diversas variantes de situaciones así, que no pueden por menos de producirse dada la escasez de recursos médico-quirúrgicos, la cual, lejos de desaparecer con el progreso tecnológico, habrá de agravarse en el futuro, al surgir medios terapéuticos cada vez más perfeccionados y caros frente a presupuestos sanitarios que la ciudadanía se resiste a dejar crecer al mismo ritmo.

A la prohibición genérica de un tipo de conducta las causas de justificación siempre enfrentan, pues, una autorización legal —explícita o implícita— de un comportamiento determinado tomado en su singularidad, autorización fundada en la concurrencia de ciertas circunstancias. La eximente establecida en el segundo disyunto del n° 7° del art. 20 del CP es una especificación residual de lo que, en rigor, es una disposición general, que ampara a todas las causas de justificación.

Sin embargo, hay una particularidad de esa disposición del segundo disyunto de la eximente 7ª del art. 20. Mientras que la legítima defensa o el estado de necesidad vienen categorizados expresamente por el legislador penal (en los números 4° y 5° del art. 20) como causas de justificación, y lo propio sucede con el cumplimiento de deberes en caso

²². V. *infra*.

²³. *Op cit.*, p. 329.

de colisión deóntica (primer disyunto de la eximente 7ª del mismo art), la autorización legal del segundo disyunto está afectada por un problema.²⁴

Sabemos que, en un estado de Derecho, se cumple el principio de permisión, que es una regla de inferencia lógico-jurídica en virtud de la cual lo que no se demuestra prohibido ha de presumirse lícito («lo que no está prohibido está permitido»). No puede haber, en un Estado de Derecho, comportamientos meramente «no prohibidos» cuya realización estaría jurídicamente desprotegida a pesar de no vulnerar prohibición legal alguna. No podemos admitir esa zona de nadie, ni desde luego la admite nuestro ordenamiento jurídico, que expresamente castiga penalmente (art. 172) al que, sin estar legítimamente autorizado, impida a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o lo compela a efectuar lo que no quiere, «sea justo o injusto». Está claro que, en nuestro ordenamiento, todo lo no prohibido está permitido y protegido contra las coacciones ajenas por el valor superior de la libertad individual.

Pero, si todo lo no-prohibido está permitido, no se puede inferir de la no prohibición de una conducta por leyes extrapenales su licitud frente a la prohibición penal de un tipo o figura conductual bajo el cual cae. Para deducir esa licitud es menester ponderar los valores involucrados, y se rechazará como ilegítimo el ejercicio de un derecho que incurra en un abuso y que pretenda así burlar la prohibición penal típica.

En suma, la lógica jurídica nos lleva a entender correctamente el alcance de los operadores, y concretamente el de negación. En el segundo disyunto de la eximente 7ª del art. 20 del CP el ejercicio legítimo de un derecho significa: el ejercicio de lo que la ley declara como no prohibido, o cuya no-prohibición se puede deducir de otros preceptos legales sin que en la deducción intervenga el principio de permisión.

§07.— Prueba de la coextensividad de tres criterios generales sobre la concurrencia de una causa de justificación

Nuestra reflexión nos lleva a subsumir todas las causas de justificación bajo tres conceptos genéricos, ofreciendo así tres conceptos intensionalmente diversos, pero cuya coextensionalidad es, creemos, demostrable.

- 1º) Es una causa penal de justificación el que una conducta penalmente típica se realice en el ejercicio legítimo de una autorización legal explícita o implícita (y es implícita la conducta ajustada a la norma axiológicamente asumida por la sociedad e incorporada a los principios y valores reconocidos en el ordenamiento). Así, el ejercicio legítimo de un derecho es un caso genérico siendo las demás causas casos específicos.
- 2º) Es una causa penal de justificación de una conducta penalmente típica el que se realice para evitar un mal mayor que el producido si era el único medio de evitarlo o si racionalmente el agente no podía, en las circunstancias del caso, prever o usar otro medio menos grave. (El estado de necesidad es así el caso genérico.)

²⁴. V. Jescheck, *op cit.*, p. 299, 2º párrafo.

3º) Es una causa de justificación de una conducta penalmente típica una ponderación axiológica por la cual el valor de la acción y del resultado supera al desvalor que fundamenta la tipificación penal.

Creemos que extensionalmente coinciden los tres conceptos. En efecto: cuanto cae bajo el tercero (preponderancia axiológica) cae bajo el primero (autorización legal explícita o implícita, al menos en un Estado social de derecho) y bajo el segundo (si tiene ese rasgo axiológico, entonces la vulneración de bien protegido se lleva a cabo para proteger otro mayor).

También se demuestra que lo que cae bajo el primer concepto cae asimismo bajo el segundo y bajo el tercero. Cae bajo el segundo porque, siendo el ejercicio legítimo de un derecho, su no realización se saldaría en la no materialización de un valor jurídicamente protegido (ya que, si no, el ejercicio del derecho no sería legítimo, sino abusivo, o sea tal que no reportaría al agente más provecho que daño a un tercero). Y también cae bajo el tercero, porque, de darse el ejercicio legítimo de un derecho, en él y en su resultado se plasma un valor (que explica su licitud), suficiente para superar el desvalor que fundamenta la tipicidad (ya que, si no, no sería ejercicio legítimo).

Por último, lo que caiga bajo el tercer concepto caerá igualmente bajo el primero y el segundo. Caerá bajo el primero porque, si tiene esa estructura axiológica ponderativa, tiene que venir amparado en un ordenamiento jurídico que asuma esos valores. Y caerá bajo el segundo porque, ante el dilema, la conducta será el medio racionalmente necesario para evitar un mal mayor, ya que, si no fuera así, no habría una preponderancia del valor de la acción y del resultado superior al desvalor en virtud del cual se ha establecido la tipificación penal de esa figura comportamental.

De lo cual se sigue también un concepto unitario de antijuridicidad. La doctrina mayoritaria distingue entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material. La visión más tradicional de la antijuridicidad era formal, como contradicción entre la conducta y el Derecho.²⁵ Esa concepción sufrió los embates críticos de Kelsen, para quien un acto no es violación del derecho puesto que no hay contradicción entre que se produzca el acto y que tenga vigencia la norma jurídica.²⁶ El concepto formal de antijuridicidad ha concitado la adhesión de buena parte de la doctrina italiana.²⁷

Frente a esa antijuridicidad puramente formal o lógica se ha aducido la existencia de una antijuridicidad material o axiológica cuya primera formulación la habría proporcionado el propio Carl Binding con su noción de *Normwidrigkeit*, en tanto en cuanto la norma sería más que la ley. Han sido Mayer y Jiménez de Asúa quienes hablan de antijuridicidad como colisión entre la conducta incriminada y la norma cultural. Los desarrollos posteriores se encaminaron más por sendas directamente influidas por la filosofía de los valores de Nicolai Hartmann (como el finalismo de Hans Welzel).

²⁵. Ya Carrara —todavía antes de usarse la terminología moderna— y, sobre todo, E. von Beling; cf. Reyes Echandía, pp. 8-9 y p. 35.

²⁶. Cf. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. García Máynez, 2ª ed., México: Imprenta Universitaria, 1958, p. 62.

²⁷. Así, Manzini y Bettiol; v. Reyes Echandía, p. 35.

A pesar de las durísimas críticas a las que se ha sometido, ese enfoque ha ganado terreno, por lo menos en la medida en que la doctrina mayoritaria ha ido adoptando una visión dualista del injusto penal, o sea una dualidad de antijuridicidad material y antijuridicidad formal.²⁸

La noción de antijuridicidad material ha sido rechazada bajo las acusaciones —entre otras— de vaguedad, confusión entre el ideal legislativo y el resultado de la legislación,²⁹ inseguridad jurídica y deslegalización (y judicialización). Creemos que la línea axiológica de Hans Welzel ha acabado por imponerse,³⁰ desentrañando el doble desvalor de la conducta materialmente antijurídica: el de la acción y el del resultado.

La concepción dualista de lo injusto penal (la dualidad de antijuridicidad formal y antijuridicidad material) se sostiene en el argumento de que la antijuridicidad formal es cuestión de todo o nada, al paso que la material admite grados. En efecto: el choque entre los valores tutelados por el ordenamiento y el desvalor de la acción y del resultado puede ser mayor o menor; en cambio la contradicción entre A y no-A sería siempre absoluta: si el ordenamiento impone la norma «Está prohibido que A», o sea «Es obligatorio que no-A» y se realiza A, entonces esa colisión (antijuridicidad formal) es absoluta; y, cuando no se da, no se da en absoluto.

Frente a esa tesis sostenemos lo contrario: que la juridicidad formal se da por grados. La tesis de la no-gradualidad se basa en la lógica clásica o aristotélica (bivalente), al paso que hoy muchos lógicos defienden la aplicabilidad y la corrección de lógicas multivalentes que admiten graduaciones (*fuzzy logics*).³¹

§08.— ¿Qué justifican las causas de licitud?

La conducta, activa u omisiva, dolosa o imprudente

La actividad del médico, o de cualquier otro profesional sanitario, para caer bajo el CP, ha de constituir una conducta tipificable y susceptible de venir considerada como antijurídica o lícita, e igualmente como culpable o inculpable.

Para que se trate de una conducta, activa u omisiva, ha de ser un fragmento de vida dominable por la voluntad. Desde los descubrimientos de Hans Welzel —sigamos o no la ortodoxia finalista— admitimos que la voluntariedad de la conducta estriba, de un modo u otro, en la finalidad.³²

²⁸. V. Reyes Echandía, *op cit.*, p. 38.

²⁹. Alegato de Beling, citado por Reyes Echandía, *op cit.*, p. 40.

³⁰. V. *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 92.

³¹. V. del autor de esta monografía el artículo «A Neo-Fregean (Onto)Logical Fuzzy Framework», *Mathematical Research* 20 (Berlin: Akademie-Verlag, 1984), pp. 253-62. ISSN 0138-3019; también: «Razonamiento e inferencia relevante», *Ideas y Valores* N° 106 (abril de 1998, Universidad Nacional de Colombia), pp. 96-121. ISSN 0120-0062.

³². V. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, cit. por Cerezo, *op cit.*, p. 33. Admitir que la voluntariedad estriba, de algún modo, en la intencionalidad no nos lleva a identificarla con ella. Toda conducta dominable por la voluntad tiene, o puede tener, una finalidad; a menudo lo relevante jurídico-penalmente es que esté faltando la finalidad exigida por la norma.

En la óptica finalista la finalidad abarca no sólo las consecuencias perseguidas por el autor de la conducta, sino también aquellas que éste considera necesariamente unidas a la realización de ese fin; no abarca, en cambio, las consecuencias previstas por el agente como posibles, ni siquiera las previstas como probables (aunque aquí entramos en la zona fronteriza entre imprudencia y dolo eventual); pero Welzel extiende también la finalidad a las consecuencias previstas como posibles cuando el agente confía en que se producirán (o, en la traducción de Cerezo ‘aquellas previstas por él como posibles y con cuya producción contaba’).³³

Es obvio que Welzel llevó a cabo una revolución doctrinal en el ámbito de la ciencia del Derecho penal, puesto que, a partir de los años 50, sus planteamientos son insoslayables, y la mayor parte de la doctrina en varios países —entre ellos España— es parcial o totalmente tributaria de las aportaciones del finalismo. Pero también es cierto que, al igual que otras grandes corrientes anteriores, con desmesuradas pretensiones, el finalismo puede haber fracasado, al buscar una sintetización difícil de alcanzar.

Se han señalado, en efecto, varios puntos débiles de la concepción finalista, como son que el dolo sea expulsado de la culpabilidad (a diferencia de la doctrina precedente), lo cual acarrea dificultades para una teoría adecuada de la culpa.³⁴ Y, sobre todo, que no puede proporcionar una concepción unitaria de la conducta, ya que no puede proponer un enfoque igual para los delitos de acción dolosos, los de omisión dolosos, y los imprudentes (activos u omisivos).

Welzel, en su evolución, fue alternando varios expedientes para hacer frente a esa dificultad (como el de la finalidad potencial). En los tipos imprudentes los finalistas³⁵ exigen sólo el nexo causal entre la acción finalista y la realización del tipo, ya que en esos tipos el Derecho no se ocupa de los fines del agente u omitente sino de la forma de ejecución de su conducta en relación con aquellas consecuencias socialmente no deseadas que el autor confía en que no se produzcan o en cuya producción ni siquiera piensa; el tipo comprende ‘aquellas acciones (acontecimientos dirigidos) que han infringido el cuidado necesario en el tráfico (para evitar tales consecuencias)’.³⁶

Tomemos nota de eso, pues en la praxis médica la mayoría de los comportamientos incriminados lo son por imprudencia, lo cual nos hace plantearnos el problema de la finalidad que tuvo el agente u omisor y la que hubiera podido o debido tener.

Esas limitaciones de la teoría finalista han impulsado la puesta en pie de la teoría unitaria, uno de cuyos adalides es Jescheck (el concepto social de acción).

³³. *Op. cit.*, p. 34.

³⁴. Cf. Jescheck, *op cit.*, p. 219: ‘el dolo [...] [c]omo determinante de la dirección del comportamiento constituye la pieza central del injusto típico de la acción, pero como resultado del proceso de formación de la voluntad del autor, perteneciente a la culpabilidad, es también un componente de ésta’. Reyes Echandía (*op cit.*) también se suma a esa doble ubicación del dolo, tanto en el tipo como en la culpabilidad.

³⁵. Como lo dice Cerezo, *op. cit.*, p. 35.

³⁶. *Ibid.*, p. 35.

Parte Jescheck³⁷ de que la inobservancia del cuidado objetivamente debido no es un elemento de la acción finalista, sino que se determina por el resultado causado.³⁸ Jescheck desarrolla un potente concepto social de la acción,³⁹ que parte de las aportaciones de Welzel pero va más allá: ‘Acción es comportamiento socialmente relevante’. La conducta socialmente relevante es un comportamiento activo o pasivo del hombre susceptible de dominio voluntario, tanto si efectivamente se ejerce ese control de la voluntad como si no se ejerce, siempre que ese comportamiento activo o pasivo corresponda a las expectativas sociales (acción u omisión esperada).

Ese concepto unitario ha sufrido acerbadas críticas.⁴⁰ Cerezo⁴¹ formula dos:

- 1^a) El concepto social de la acción no puede cumplir el papel deseado de brindar un concepto de una de las notas de la noción de delito, la de acción, sin involucrar a las demás notas (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad). Un análisis conceptual de una noción es su descomposición en notas independientes, ninguna de las cuales presupone a las otras. Y para eso no serviría el concepto social de acción. Cerezo señala, con razón, que es discutible la neutralidad valorativa del concepto social de acción, al ser el criterio de la previsibilidad objetiva un elemento esencial del concepto del peligro concreto para determinar el cuidado objetivamente debido.
- 2^a) Ese concepto social de acción es puramente abstracto, no incluyendo la categoría esencial de la finalidad, y no permitiendo así conocer la índole de la acción concreta realizada, lo cual lo priva de toda conexión íntima, funcional, con las otras notas del concepto de delito.

La segunda crítica me parece excesiva, porque la finalidad no es ajena a la intencionabilidad de la conducta. La norma exige ciertas finalidades y excluye otras. No basta con no tener malas intenciones (o finalidades).

Por lo que respecta a la primera crítica, es evidente que es dificultad asedia al concepto de acción; pero es una dificultad sólo si se quiere, a toda costa, hacer de ese concepto una nota conceptual que no prejuzgue ni involucre de modo alguno otros conceptos combinados en la intensionalmente compleja noción de la infracción penal.

Pero es esa ambición misma la que constituye una pretensión analítica excesiva. La raíz de tal intento está en un plan de dilucidación conceptual de raigambre aristotélica: definir por género próximo más diferencia específica, respetando el constreñimiento de que ni el concepto de género involucre al de la diferencia ni viceversa. Es una pretensión excesiva y seguramente inviable, porque las nociones humanas suelen presentarse en

³⁷. Citado por Cerezo, *op.cit.*, p. 36.

³⁸. Esto último es problemático en los delitos de peligro, especialmente los de peligro abstracto, salvo que digamos que éste es un resultado.

³⁹. H.H Jescheck, *op cit.*, pp. 200-203.

⁴⁰. V., p.ej., Giorgio Marinucci, *El delito como ‘acción’: Crítica de un buen dogma* (Madrid: Marcial Pons, 1998, Trad. de J.E. Sáinz-Cantero), obra consagrada a una refutación del concepto unitario de la acción.

⁴¹. *Op. cit.*, p. 43.

estructuras mucho más imbricadas. Lo que hace falta no es esa perfecta pulcritud sino una dilucidación que proyecte luz. Y la teoría analítica del delito lo hace al definirlo como conducta típica, antijurídica y culpable, aunque no se logre definir ninguna de las tres notas de manera que no prejuzgue a ninguna de las otras tres.

Para el propósito de la presente monografía estas reflexiones nos llevan a preocuparnos por saber qué conducta de los facultativos médicos u otros profesionales de la medicina es la que, siendo típica, va a venir eventualmente amparada por una causa de justificación y, así, incluida en el ámbito de la no-antijuridicidad. Creo que la teoría unitaria o social nos da una pauta razonable.

Vamos a considerar conductas. Una conducta es un trozo de vida, de cierta duración (instantánea o, generalmente, corta, pero a veces de tracto más prolongado), sujeto o sujetable a la voluntad del individuo humano y que tiene una relevancia social porque incide en los vínculos sociales de ese individuo con los demás y porque guarda unas relaciones de ajuste o desajuste con las expectativas sociales. Así, podemos subsumir bajo ese común denominador de *conducta* o de *comportamiento* tanto la acción de un médico como su inacción, tanto la acción u omisión imprudente como la intencional, e incluso un cúmulo de acciones y omisiones encadenadas que formen una unidad.⁴²

Así, cada vez que examinamos una omisión en el Derecho sanitario (como cuando el médico se abstiene de ordenar un análisis, una exploración, un examen de cualquier índole, o de utilizar ciertos antisépticos requeridos por la *lex artis*, o de prescribir ciertos remedios, etc.), ¿qué es lo que estamos enjuiciando? En principio una inacción del médico, o sea el hecho de que no realizó las acciones en cuestión. Pero, como lo dice Mir Puig,⁴³ en cada omisión concurre un comportamiento humano positivo; hay infracción penal cuando el sujeto de ese comportamiento lo realiza en lugar del comportamiento exigido por la ley penal.

Se ha objetado⁴⁴ que lo típico e ilícito en las omisiones no es la acción que se realiza en lugar de la que se omite, sino la omisión de ésta última, por lo cual ese enfoque no aportaría ningún esclarecimiento pertinente desde la dogmática jurídico-penal.

Me parece equivocada esa objeción, porque lo que determina que en las omisiones y en los delitos por imprudencia haya una vulneración de la ley es que el sujeto de la conducta omisiva o imprudente hace algo que podría no hacer cumpliendo la ley.

Así, si el médico —sin estar amparado por una causa de justificación— realizara una conducta penalmente típica (normalmente por imprudencia), vulneraría la ley, la cual no le exige un imposible sino una conducta posible, a saber: no llevar a cabo esa actividad profesional si no tiene la pericia y la capacidad anímica necesaria para actuar con el cuidado

⁴². Otra cosa es que el legislador opte por un enfoque atomista o no; el derecho penal de nuestros días es, en general, atomista, y rehusa tipificar conductas no consideradas como átomos comportamentales; sin embargo, eso suscita dificultades en muchos casos y ha llevado al abandono del delito preterintencional. Es posible que, *de lege ferenda*, se considere algún día, como alternativa razonable, la de un enfoque no atómico sino molecular, o sea: tal que tipifique conductas, siendo una conducta un trozo de vida que puede consistir en una serie de acciones u omisiones íntimamente ligadas entre sí.

⁴³. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Barna: Bosch, 1982, pp. 52ss.

⁴⁴. P.ej., Cerezo, *op. cit.*, p. 39, n. 53.

debido, o si no conoce suficientemente la *lex artis* o la deontología médica. Lo ilícito puede ser una mera imprudencia, y puede ser una omisión por negligencia o descuido. Pero esa imprudencia y esa omisión no son entes flotantes, sino que están radicados y materializados en un ente real, que es el ejercicio profesional del médico sin respetar esa *lex artis* y esa deontología profesional.

Así, en la omisión del médico (dolosa o imprudente) lo mismo que en la acción imprudente hay una conducta con algún elemento activo que está bajo el dominio de la voluntad del médico. Éste tiene siempre la opción de no ejercer la medicina si no tiene competencia adecuada, o no ejercer tal rama de la ciencia médica, o no ejercer tal actividad terapéutica, o no encargarse de tal función, si no sabe o no puede hacerlo respetando la *lex artis* y la deontología médica. Eso sí, ese planteamiento se condice mal con el atomismo o puntualismo predominante en los tratamientos legislativos de nuestros días.

§09.— El ámbito de las causas de justificación no abarca las acciones imprudentes. (Especial atención al terreno sanitario)

Un grave problema es el de cómo afectan las causas de justificación a las acciones u omisiones imprudentes, que constituyen la casi totalidad de las infracciones penales en el ámbito sanitario.

Una dificultad en la teoría de la acción finalista (de la que nos apartamos, prefiriendo la teoría social de la acción) es que —según Welzel—, si el resultado de la acción pertenece a ésta en las acciones dolosas típicas, en cambio no parece pertenecer ni a la acción imprudente ni a la omisión dolosa (ni tampoco, claro, a la omisión imprudente).

El resultado pertenece a la acción dolosa porque en ella el autor quería ese resultado (dolo directo de primer grado) o, como mínimo (dolo directo de segundo grado), sabía que se produciría sin que ello lo inhibiera de ejecutarlo.

El resultado no pertenece a la omisión dolosa porque la omisión no produce el resultado, que se sigue de sus propias causas, aunque el autor de la omisión la realice a sabiendas de que así no se evitará tal resultado.⁴⁵ Y el resultado no pertenece a la acción imprudente porque ésta es una acción u omisión en la que el autor no actúa ni para conseguir ese resultado ni siquiera a sabiendas de que se producirá, sino sólo por descuido, que puede ser consciente (consciente de que se da el riesgo, pero nada más que el riesgo) o inconsciente (cuando no se cae en la cuenta de ese riesgo, debiendo haberse caído en ella).

Así, según el finalismo, la acción dolosa típica e ilícita tiene un desvalor que se vincula al del resultado; en cambio, el desvalor de la acción u omisión imprudente sólo viene contemplado por el ordenamiento jurídico-penal cuando concurre el desvalor del resultado (exceptuados los delitos de peligro injusto), aunque ese resultado no ha sido

⁴⁵ Lo de que la omisión no produce el resultado es de sentido común, pero entra en contradicción con la teoría de la causalidad frecuentemente aceptada entre los penalistas —incluidos los seguidores de Welzel—, a saber: la equivalencia de las condiciones, o sea la verdad del condicional subjuntivo correspondiente (A causa a B si y sólo si, en el caso de que A no hubiera tenido lugar, tampoco hubiera acaecido B). Cae fuera de los límites de esta monografía discutir la teoría de la causalidad relevante en el ámbito jurídico-penal. El lector comprenderá que la rechazamos puesto que afirmamos que la omisión no causa el resultado.

causado por la omisión ni tampoco entraba en la intención del agente imprudente (ni en su intención propiamente dicha ni en su previsión del resultado de su acción).

Parecen más fácilmente solucionables esos problemas cuando nos apartamos de la teoría finalista de la acción y abrazamos la teoría social de la conducta. Lo que cuenta para la tipicidad de la conducta es la intencionabilidad, la posibilidad de dominio de la voluntad respondiendo a unas expectativas sociales y a una exigencia de la norma jurídica. Eso sí, hay que seguir reconociendo que el concepto de causas de justificación se ideó pensando en las acciones dolosas —y, en menor medida, en las omisiones dolosas—. Para los casos de imprudencia es sumamente problemático hablar de causas de justificación.

Descartada la legítima defensa,⁴⁶ plantéase, p.ej., cómo puede amparar el estado de necesidad a una acción u omisión imprudente, y más concretamente en el ámbito sanitario. La imprudencia estriba en la infracción de la norma objetiva de cuidado. Y la norma de cuidado no puede abarcar situaciones en las que se dé el estado de necesidad. O sea, en tales casos la causa de justificación considerada (el estado de necesidad) sería, más bien, un delimitador del ámbito de aplicabilidad de la norma de cuidado, o una causa de exención de la norma de cuidado.

Así, supongamos que un médico se halla simultáneamente ante dos llamadas urgentes de sendos pacientes, A y B, sin que nada le indique cuál de las dos situaciones es más grave. El estado de necesidad de tener que atender a A justifica la inatención a B (o su postergación); omisión dolosa (no imprudente) y, por ende, típica. Pero, sin lugar a dudas, justificada por el estado de necesidad, ya que nada indicaba de antemano que el paciente así desatendido estuviera en situación más grave que el atendido.

Pensemos que, por atender una llamada urgente angustiada, el médico omite una guarda o una ronda de rutina en el sanatorio, con lo cual no evita la lesión de una persona hospitalizada (que se hubiera evitado probablemente de efectuarse esa guarda). Podríamos pensar que hay ahí un caso de imprudencia punible. Para que podamos decir que esa imprudencia la ha cometido el médico llevado por ese estado de necesidad y que éste era de tal envergadura que justifica la imprudencia, es menester imaginar que era (*ex ante*) previsible un grave peligro sanitario en el originador de la llamada (o un allegado suyo) mayor que el peligro previsible para las personas hospitalizadas; y, una de dos: o bien la norma contempla estos casos amparando la salida del médico (y entonces no hay imprudencia); o bien no la consiente (y entonces no cabe justificación por estado de necesidad).

⁴⁶ Los casos de legítima defensa en el quehacer médico parecen ser casos en rigor extrasanitarios. El entorno clínico puede ser, como cualquier otro, escenario de agresiones —perpetradas por profesionales de la salud, por pacientes o por terceros—; pero, hasta donde han alcanzado mis reflexiones, no asoman casos posibles de legítima defensa que imaginablemente constituyan causas de justificación de conductas profesionales. Podemos imaginar a un médico de guardia que, teniendo que ir a atender a un paciente, es agredido por un tercero; defendiéndose de la agresión, desatiende —en lo que dura el incidente— al paciente. Creo que está muy claro que en tal caso no está incumpliendo la norma de cuidado, porque ésta impone una diligencia en circunstancias normales, no en circunstancias de alarma. Sería diverso si, p.ej., para evitar que le roben el coche retrasara atender a un paciente en peligro de muerte o graves secuelas. Pero dudo que sea subsumible un hecho así bajo la calificación de imprudencia o negligencia; sería una omisión dolosa (a pesar de que el medio empleado —omitir la asistencia al paciente o postergarla— sería en ese supuesto necesario para repeler la agresión, el robo del coche propio). Y, naturalmente, esa omisión dolosa sería una omisión impropia, e.d. una comisión por omisión. En resumen, la legítima defensa (propia o ajena) parece poco o nada relevante en el ámbito de la medicina.

En resumen, el estado de necesidad en sentido estricto entra, evidentemente, como causa de justificación en el ámbito sanitario, igual que en cualquier otro, pero sólo en las acciones u omisiones dolosas, no en las imprudentes. No hay imprudencia por estado de necesidad.

Tampoco puede incurrirse en acción u omisión imprudente por cumplir un deber (art. 20.7º) ni siquiera por ejercer legítimamente un derecho, cargo u oficio, a menos que la norma de cuidado sea inaplicable. Porque, en tanto en cuanto se esté cumpliendo un deber, o se esté ejercitando legítimamente un derecho (y, por lo tanto, se esté ejerciendo ese derecho sin incurrir en abuso), lo que se está haciendo se ajusta a derecho y es lícito; luego la norma objetiva de cuidado no impondrá un comportamiento incompatible.⁴⁷

Pensemos en un médico que, en el cumplimiento de su deber profesional, está atendiendo a un paciente, por lo cual desatiende a otros o no acude a una llamada urgente. Una de dos: o en el estado de conocimiento de ese facultativo, los datos le permiten *ex ante* prever una mayor gravedad del originador de la llamada, o no es así. Si sí, entonces, al seguir atendiendo al primer enfermo, no lo hace cumpliendo su deber, porque su deber profesional es actuar con competencia y diligencia médica, y no impone seguir atendiendo a un paciente desatendiendo a otros más graves o que necesiten atención más urgente. En cambio, si nada hace suponer que la llamada viene causada por una necesidad de atención más perentoria, al posponer acudir a esa llamada el médico no está incurriendo en imprudencia alguna, ni habría, por consiguiente, que acudir a justificar la imprudencia (que no se da) por el cumplimiento de un deber.

Aunque menos contundentemente, podemos argumentar de manera parecida en el caso del ejercicio (legítimo) de un derecho. Supongamos que el médico está disfrutando de sus vacaciones cuando es requerido para atender a un enfermo. Una de dos: o el requerimiento sucede en circunstancias en las que la deontología profesional no obliga al facultativo a intervenir, o no es así. Si sucede en tales circunstancias, no hay delito ni falta, porque la norma de cuidado no obligaba al médico a atender ese caso. En cambio, si no sucede en circunstancias que eximan al médico de intervenir, su no intervención no puede ampararse por el art. 20.7º. (Aparte de que la abstención probablemente sería una omisión dolosa —es más una comisión por omisión, en virtud del art. 11.a.)⁴⁸

⁴⁷. Que las reglas de diligencia profesional tienen siempre como supuesto de aplicación la no concurrencia de circunstancias justificatorias se desprende claramente de la Sentencia del Tribunal Supremo 19861007 (ponente Benjamín Gil Sáez) sobre imprudencia médica, Fundamento de Derecho 2º: para que haya imprudencia punible es menester que la acción u omisión incriminada se haya llevado con inobservancia de normas, disposiciones o reglas de cautela, diligencia y prudencia, requeridas por las circunstancias del hecho, lugar y tiempo determinado, tendentes a prever y, en consecuencia, a evitar un daño o perjuicio en el patrimonio jurídico ajeno. Desde luego la citada Sentencia no enumera entre las condiciones del delito imprudente en el ámbito sanitario la ausencia de causas de justificación. Pero, además, la citada enunciación de la imprudencia indica claramente que no se da tal cuando las circunstancias del hecho no lleven —según el cúmulo difuso de reglas de cuidado objetivo— a una intervención eficaz para conjurar el peligro.

⁴⁸. Que, en un sentido lato, la omisión puede «causar» un resultado (aunque sería mucho más correcto decir que es causalmente relevante para la producción del resultado) lo dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1991 (Sentencia de Casación sobre despacho de medicamentos deteriorados), Fundamento de Derecho 19º: «Como consecuencia de ese «no-hacer» se practicaron las donaciones y transfusiones expresadas más arriba con sangre incontrolada y, lo que es peor, en algún caso contaminada con el virus del Sida». Puesto que «el acusado tenía el deber de actuar, vigilando el material médico, la sangre donada y la sangre transfundida, deber que nacía de la relación contractual por él asumida con un cúmulo importante de obligaciones y facultades para dirigir, desde su cargo, toda la infraestructura del centro médico», su inacción

Por todo ello, vemos inaplicables las causas de justificación a las acciones u omisiones imprudentes. La imprudencia se define siempre como infracción de una norma objetiva de cuidado, norma que remite a un cúmulo de reglas explícitas o implícitas entre cuyos supuestos de hecho está la no concurrencia de circunstancias que sirven de base a las causas de justificación.

§10.— La ausencia de causas de justificación no puede formar parte del tipo

Ello nos hace ver un motivo para discrepar de la teoría de los elementos negativos del tipo formulada por los profesores Enrique Gimbernat Ordeig y Diego M. Luzón Peña. Según tal punto de vista, cada figura de delito (o falta) tipificada en el Código Penal se entiende siempre como una expresión abreviada, cuya enunciación completa requeriría que se explicitara la no concurrencia de las circunstancias que sirven de base a lo que generalmente se denominan ‘causas de justificación’. O sea, ese enfoque doctrinal subsume la antijuridicidad en la tipicidad: no habría nunca acciones típicas no antijurídicas.

De aceptar ese planteamiento, podríamos ahorrarnos, en buena medida, el estudio separado de las causas de justificación, integrándolas oportunamente en la descripción correcta y completa de los tipos. Obedecería a razones de economía enunciativa el estilo seguido por los códigos de agrupar las causas de licitud en un artículo especial.

Muchas han sido las objeciones formuladas contra ese enfoque, sin que sea éste el lugar adecuado para enfrascarnos en la controversia.

Sin embargo, de la argumentación precedente se deduce que las causas de justificación son inaplicables a los delitos o faltas imprudentes (por quedar subsumidas en el tipo). Muy diverso es el caso de los delitos y faltas por dolo, en los que la acción u omisión penalmente sancionada no remite a ninguna norma deontológica o de otro tipo (cuando no se trate de normas penales en blanco). Un homicidio doloso lo es por consistir en dar muerte a otro a sabiendas, sin que sea menester buscar una norma de cuidado ni nada similar para determinar si el agente actuó en conformidad con ella.

Los preceptos penales sobre acciones u omisiones imprudentes son siempre leyes penales en blanco, que remiten a una regla objetiva de cuidado cuya determinación depende del contexto, las costumbres, la *lex artis*, el estado del conocimiento y su difusión y la presencia o ausencia de circunstancias excepcionales o de obstáculos impeditivos.

Con la teoría de los elementos negativos del tipo se esfumaría la diferencia que defendemos en este escrito. Paréceme, pues, que esa teoría tiene —además de otros— el inconveniente de que no permite marcar bien una de las diferencias esenciales entre las infracciones dolosas y las imprudentes.

§11.— La concurrencia de una causa de justificación y la indemnización por ilícito civil: conductas simultáneamente lícitas e ilícitas

Precisando la noción de causa de justificación (frente a causa de exculpación), dice Luis Jiménez de Asúa⁴⁹ que las primeras eximen no sólo a los autores, sino también a los cómplices y encubridores; que excluyen legalmente el rechazo violento por el afectado (no podrá ésta ampararse, a su vez, en la legítima defensa para repeler la acción ajustada a una causa de licitud); y, en tercer lugar, que excluyen que los afectados hayan de ser indemnizados sobre la base de la ilicitud penal de la conducta así amparada.

Este tercer tema es tan importante que vamos a detenernos en él. Cuando proceda indemnización, tendrá que ser por una responsabilidad civil extracontractual. La doctrina mayoritaria parece inclinarse a que, en tales casos, la responsabilidad extra-contractual (art. 1902 del CC) será no-culposa. Pese a una abundante jurisprudencia *contra legem*, hemos de rechazar tajantemente que quepa en nuestro ordenamiento una responsabilidad extra-contractual exclusivamente objetiva y no culposa, porque así lo impide el tenor claro del art. 1902 y por imperativos de justicia, así como por un principio general del Derecho de que nadie ha de responder por caso fortuito o fuerza mayor.⁵⁰

¿Por qué se tiende a pensar que,⁵¹ cuando los hechos típicos amparados por una causa de justificación penal dan lugar al pago de indemnización civil al sujeto pasivo perjudicado (según la regla 3ª del art. 118 del CP), ello ha de ser en virtud de una responsabilidad objetiva no-culposa? La razón es que, si consideramos que el hecho es culposo, tendremos un ilícito civil; ahora bien, la causa de justificación penal no determina la mera no-ilicitud-penal, sino la licitud. El operador de negación ‘no’ tiene ahí el alcance, no de afectar a ‘ilicitud-penal’, sino sólo a ‘ilicitud’.

⁴⁹. *op cit.*, p. 307.

⁵⁰. El inagotable tema de la responsabilidad no culposa ha dado lugar a una copiosísima literatura. Para Albaladejo, ‘como excepción a la regla general que preside la materia en nuestro derecho civil (en el Código Civil y fuera de él), se acoge tal responsabilidad objetiva en amparo de quienes sufran los daños que los antedichos riesgos puedan provocar’ (*Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, Barcelona: José Mª Bosch Editor, 1997, Vol. 2, p. 502). Sin embargo todos los ejemplos que aduce incluyen imprudencia. Así, quien no pueda conducir sin ajustarse a todas las reglas de cuidado objetivas y subjetivas tiene la opción de no conducir. Nadie conduce desconociendo la probabilidad que tiene de hacer correr un grave riesgo a terceros al menor descuido; así, asume un especial deber de diligencia extrema, por lo extremo del peligro a cuya causación se entrega voluntariamente. Ello ya determina un desvalor inicial de su comportamiento sólo exonerable de responsabilidad si prueba haberse atendido, esmerada y escrupulosamente, a todas las reglas objetivas y subjetivas de precaución. Quien no conduce no causará daño alguno a terceros en la conducción. Y nadie tiene obligación de conducir vehículos motorizados (uno puede escoger un oficio en el que le impongan esa tarea o condición). Lo mismo se aplica a la navegación aérea, a la caza y a los demás supuestos. No hay obligación de cazar. En realidad, la jurisprudencia *contra legem* que creó la responsabilidad objetiva lo hizo para amparar a víctimas de conductas imprudentes (comportamientos de peligro de empresarios y profesionales, las más veces), eximiendo así al perjudicado de la carga de la prueba de la negligencia del demandado. Propósito loable, pero que no justifica una triquiñuela falaz, cuya aceptación nos llevaría a sostener que cada quien responde frente a terceros incluso por caso fortuito o fuerza mayor. V. Castán Tobeñas, *Derecho civil especial común y foral*, t. IV, «Derecho de obligaciones», Madrid: Reus, 1969 (9ª ed. rev. por J. Calvillo), p. 850. V. también Christian Lapoyade Deschamps, *Droit des obligations*, Ellipses, 1998, pp. 152ss; Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de Derecho civil*, II: «Derecho de obligación», vol 2, Madrid: Dykinson, 1999, pp. 493ss (sobre el caso fortuito y la fuerza mayor). V. también en el *Diccionario Jurídico*, Espasa (Madrid, 2002) el art. «Responsabilidad extracontractual», secc. III, p. 1278.

⁵¹. Cerezo, *op. cit.*, p. 191-2, n. 18, y p. 261.

La rama jurídico-penal del ordenamiento reputa justificada una conducta sólo cuando la reputa lícita, y por ende cuando —al excluirla de la prohibición penal— la incluye, a la vez, en el conjunto de las conductas lícitas. De otro modo la causa de justificación no sería tal, sino sólo una exclusión de penalidad o de relevancia penal. Y prueba de que es más que eso es justamente que la causa de justificación siempre involucra una ponderación de valores jurídicamente protegidos; y —en varias de las eximentes— lo que se aduce es una autorización legal ejercida legítimamente o un deber impuesto por el ordenamiento (con la regla lógico-jurídica de que lo obligatorio es también lícito).

Respetando ese parecer, discrepamos de él. Creemos que en tales casos una misma conducta es calificada por el ordenamiento, a la vez, como lícita e ilícita. Ilícita por la prohibición civil del art. 1902, en relación con la regla 3ª del art. 118 del CP. Lícita por la causa de justificación que sea del caso.

Y es que cualquier lógica jurídica correcta y adecuada debe prever que hay conductas dualmente calificadas por el ordenamiento jurídico. En realidad la posibilidad de que el ordenamiento jurídico contemple un hecho a la vez como lícito y como ilícito surge siempre que admitamos una antinomia deóntica; y (pasado el período idealizador, en el cual se quiso vivir en una tradición heredada de la jurisprudencia de conceptos, cual era el caso del normativismo kelseniano) esa admisión se ha ido generalizando como una resignación a lo inevitable, por múltiples motivos en los que no cabe entrar (entre otros la multiplicidad de fuentes del Derecho cuya armonía no puede estar garantizada *a priori*). Si una regla jurídica impone como obligatorio A y otra impone B y A impide o impediría B, entonces, puesto que lo obligatorio es *a fortiori*, lícito, B es lícito, pero vendría impedido por A. Por la regla de no-vulneración (está prohibido cuanto impida a otro ejercer un derecho), A será, pues, un hecho ilícito, aun siendo también lícito, por ser obligatorio.

Notemos que, si bien la tesis que acabo de sentar puede parecer absolutamente contraria a la doctrina, no ya mayoritaria sino casi unánime, no deja de tener en la ciencia del Derecho penal española un precedente en el parecer de Enrique Gimbernat Ordeig sobre el estado de necesidad en caso de conflicto de bienes de igual magnitud axiológica. Frente a la común teoría de la diferenciación (según la cual el conflicto entre males iguales no conlleva la no-antijuridicidad sino sólo la inculpabilidad), Gimbernat sostiene que en el conflicto entre intereses iguales el sujeto actúa amparado por una causa de justificación y su conducta es lícita. Ello determina que, frente al que actúe en estado de necesidad, en un conflicto de intereses iguales, su oponente pueda también actuar en estado de necesidad.

Refiérese expresamente Gimbernat⁵² a la teoría de H. Meyer de la existencia de conductas jurídicamente neutrales, indiferentes al Derecho, o sea ni lícitas ni prohibidas; ve una base de verdad en ese enfoque, pero lo rechaza. Para él eso es falso, pero sí hay conductas lícitas no valoradas positivamente por el Derecho.

Lo que sucede es que de esa opinión de Gimbernat se sigue que hay conductas lícitas e ilícitas: lícitas por estar realizadas en estado de necesidad, e ilícitas porque son coacciones (del art. 172) contra el ejercicio de una acción lícita de otro.

⁵². Gimbernat, «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Madrid: Civitas, 1990, pp. 218ss.

Podemos ejemplificar esas disquisiciones con un ejemplo en el ámbito sanitario. Imaginemos un enfermo en un sanatorio que, en situación de emergencia pulmonar, obtiene su enganche a una máquina de respiración activada por decisión del responsable del ala A de la planta de pulmón, pero, a la vez, otro paciente del ala B obtiene lo mismo de su responsable, habiendo una sola máquina, y surgiendo una desavenencia entre los responsables sobre las reglas de prelación para tales conflictos. La acción del responsable del ala B de adelantarse impide el enganche del enfermo del ala A, de resultas de lo cual fallece, pero salva la vida del enfermo del ala B, sin que nada determine un mayor bien jurídico de la vida de uno u otro, ni esté claro si es mayor o menor el desvalor de la acción (adelantarse) que lo sería el de la correspondiente omisión (esperar a que zanje el conflicto el Director del sanatorio, ausente en ese momento, inacción que habría redundado en la muerte de ambos).

La doctrina mayoritaria vería en esa acción del médico una causa de exculpación. Gimbernat seguramente una causa de justificación, pero es difícil escapar a la conclusión de que entonces el hecho es, a la vez, lícito e ilícito (acaso en igual medida, o acaso más lo uno o lo otro en virtud de ciertos parámetros adicionales). Sea como fuere, hay, a nuestro juicio, un ilícito civil.

§12.— El consentimiento no es una causa de justificación

El problema de si el consentimiento es una causa de justificación ha dado lugar a algunas discusiones aunque al parecer la doctrina mayoritaria sostiene que sí lo es. Sin embargo, nuestro CP no lo incluye entre las eximentes del art. 20.

Dada la importancia primordial —desde el punto de vista del derecho sanitario— de todo lo relacionado con el consentimiento del paciente, hemos de indagar un poco más el asunto. En lo tocante a las cuestiones del Derecho de la salud ¿es el consentimiento una causa de justificación de una actividad médica que, de no mediar tal conformidad, sería delictiva o, al menos, antijurídica y típica?

No lo pensamos así por dos razones. La primera es que el consentimiento no es una causa de justificación. Si la ha dejado de lado el legislador al enumerar las eximentes, es porque no exime. De hecho (y, dejando de lado el problema del ámbito sanitario) hay que buscar con lupa los ejemplos en los que los códigos reconocen un efecto justificante al consentimiento del sujeto pasivo. Y esos ejemplos se pueden explicar como casos de exclusión del tipo o como causas de exculpación.

Cerezo⁵³ examina las cuatro fundamentaciones que se han propuesto para proponer el consentimiento del sujeto pasivo como causa de justificación. Parecen endeble todos esos fundamentos (ausencia de interés, renuncia a la protección, desaparición del objeto de protección y ponderación del valor de libre actuación de la voluntad y el desvalor de la

⁵³. V. *op cit.*, p. 346.

acción). El ordenamiento jurídico protege penalmente ciertos bienes por su valor social. Algunos de ellos son bienes de libre disponibilidad del titular.⁵⁴ Otros son renunciables.

Cuando son renunciables, el CP dispone que la renuncia efectiva haga desaparecer el tipo. Tal sucede, p.ej., con los delitos contra la honra, que se suelen aducir, como ejemplo más elocuente de la fuerza justificatoria del consentimiento. El art. 215.3 exige de responsabilidad criminal al culpable de injuria o calumnia mediante el perdón de la persona ofendida. Ese tenor es compatible con varias interpretaciones, desde la que destipifica el delito hasta la que ve en el perdón una mera excusa absolutoria, una causa de no-punibilidad (por ser un delito privado, perseguible sólo a instancia de parte, por lo cual el perdón puede verse incluso como un ingrediente de procesabilidad).

Rechaza Jiménez de Asúa⁵⁵ —a nuestro juicio con razón— que el consentimiento sea una causa de justificación, aduciendo lo mismo que acabamos de decir con otras palabras: hay derechos alienables e inalienables. El consentimiento destruye el tipo en los primeros, y no justifica una vulneración del bien jurídico en los segundos.

En particular la integridad física no es un bien disponible, por la sencilla razón de que el derecho a la salud y al bienestar no es un derecho de libertad. Hay dos clases de derechos: de libertad y de bienestar. Los primeros son derechos que exigen deberes ajenos de abstención y en los cuales el titular o sujeto activo tiene la potestad de conservarlos o renunciar a su ejercicio o disfrute. Los segundos imponen a otros deberes de prestación, y por lo tanto el sujeto activo del derecho adquiere un deber correlativo de no malgastar esa ayuda ajena. La libertad es un derecho de bienestar (no de libertad; nadie es dueño de someterse voluntariamente a esclavitud). La salud y el bienestar requieren ayuda social y esa dependencia nos impone, como contrapartida, un deber de no arruinar gratuitamente nuestra salud ni, menos, destruir alegremente nuestra integridad física.

De ahí que el CP considere que el consentimiento de la víctima no destruye (art. 159) la tipicidad del delito de lesiones, sino que sólo disminuye la culpabilidad.⁵⁶ Nadie tiene derecho a conceder a otro el derecho a cortarle una mano por bravuconería, apuesta, o la razón que sea, porque ese atentado acarrea un grave desvalor social y una grave pérdida para la comunidad.

Autores que, como Jescheck, admiten el consentimiento como causa de justificación no lo hacen extensivo ni a la vida ni a la salud⁵⁷ por ser presupuestos fundamentales para el cumplimiento de la mayoría de las tareas que el hombre tiene en la comunidad. Aunque no creo que sea ésa la formulación correcta,⁵⁸ sí creo que la salud y, sobre todo, la integridad física es un bien de cuya preservación somos responsables ante la sociedad, que

⁵⁴. Como, p.ej., la vida según lo ha sostenido el autor de estas líneas en otro escrito —si bien esa libertad no es ilimitada y está sujeta a ciertos deberes para con el yo futuro y para con los demás. V. «Libertad de vivir», *Isegoría*, Nº 27 (Madrid, 2002), pp. 131-149. ISSN 1130-2097. [En colaboración con Txetxu Ausín.]

⁵⁵. *Op.cit.*, pp. 286-7.

⁵⁶. Podríamos pensar que también disminuye la antijuridicidad, pero desde luego no la anula.

⁵⁷. V. Jescheck, *op cit.*, p. 341.

⁵⁸. Ni, *de lege ferenda*, creo que sea correcto aplicarla a la vida.

nos ayuda a preservarlos y que se verá agraviada y perjudicada si toleramos atentados sin motivo válido.

Pasando al problema específicamente médico, ya decía Jiménez de Asúa que el consentimiento del paciente no es (frente a lo que sostenía la jurisprudencia alemana) la causa de justificación de las intervenciones médico-quirúrgicas (como no lo son el supuesto derecho profesional del médico ni el estado de necesidad): ‘el médico ni lesiona ni mata, sino que opera, lo que excluye, por el verbo activo diferente, que exista adecuación típica en el caso, salvo si la muerte del intervenido se causó por impericia’.⁵⁹ Aunque Jiménez de Asúa restringe demasiado los casos de delito imprudente del médico, el hecho es que —como lo dijo también en otro lugar nuestro gran penalista ‘amputar no es mutilar; incidir operatoriamente no es herir; sujetar no es golpear’.⁶⁰ La terapia médico-quirúrgica no es una conducta contraria a la integridad corporal o a la salud o a la vida; por ende, no es típica.

§13.— Atipicidad de las acciones que resultan lícitas en virtud del consentimiento del sujeto pasivo

El consentimiento es penalmente relevante para las actuaciones médicas —ya lo sea para eximir la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad—, salvo en los casos en los que la *lex artis* permite prescindir del mismo por razones de urgencia (Ley General de Sanidad y ley 41/2002 sobre autonomía del paciente, art. 9.2, apartados (a) y (b)).⁶¹

¿Cuál es el alcance del consentimiento del paciente?⁶² Pensemos en la donación de órganos para trasplante entre vivos (de la cual me ocupó en el §17 de esta monografía). El problema estriba en que la integridad física no es un bien libremente disponible. El ordenamiento jurídico permite su disposición en casos absolutamente excepcionales, y ello con muchísimas cautelas, una de las cuales es que quien sufra la merma en su integridad física esté ligado por un vínculo especial al beneficiado (y vea así preservado su propio interés).

⁵⁹. *op cit.*, p. 316.

⁶⁰. Citado por Reyes Echandía, *op cit.*, p. 232.

⁶¹. Los dos supuestos en los cuales el art. 92 de la Ley 41/2002 exime a los facultativos de obtener el consentimiento del paciente son los de riesgo para la salud pública y riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del propio enfermo, sin que sea posible conseguir la autorización de éste.

⁶². Ya hay jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el consentimiento requerido en virtud de la Ley 41/2002. P.ej. Sentencia 20050929 (civil), siendo ponente D. José A. Seijas Quintana. Evidentemente la transgresión del art. 8ss de la citada ley sobre el consentimiento informado constituirá una imprudencia profesional del personal médico, pero, como el consentimiento no es causa de justificación en el ámbito sanitario (sino causa de no-tipicidad en determinados casos), esa jurisprudencia no tiene relevancia para el estudio de las causas de justificación en el ámbito sanitario; todo lo más, si se demuestra que un tratamiento negligente se ha cometido en virtud de vulnerarse lo preceptuado por la ley 41/2002 sobre el consentimiento (cosa harto inverosímil), entonces, sólo entonces, si, además, se cree (contrariamente a nuestra opinión) que las operaciones fracasadas por negligencia médica constituyen lesiones u homicidios imprudentes (arts 142.3 y 152.3), si todo eso se da, podremos decir que el incumplimiento de las reglas de la Ley 41/2002 será un fundamento de acusación penal en tales casos. Nuestras razones para no creerlo se exponen detalladamente en esta monografía.

La autorización de los trasplantes entre vivos (por el art. 156 CP) no significa, pues, que estemos ante un bien disponible; ni, por consiguiente, puede el consentimiento ser el principio y fin del asunto. Lo que inspira a la legislación es el deseo de que el desvalor del resultado (un semejante nuestro mermado en su integridad corporal) sea menor que el desvalor así evitado (la muerte de un ser querido) y que el afectado también se beneficie personalmente (aunque sea de modo indirecto) de la prevención de ese mismo desvalor (lo cual sucede si se salva la vida de un hijo o cónyuge, p.ej.).⁶³

Tiene una raíz profunda la eliminación del consentimiento del elenco de causas de justificación jurídico-penal —postulada en este escrito y acorde con la opción del legislador español al promulgar el art. 20 del CP—, a saber: reconocer la atipicidad de las conductas que serían ilícitas sin consentimiento del sujeto pasivo y que son lícitas con ese consentimiento. Trátase siempre de bienes jurídicos que son disponibles por su titular o de bienes jurídicos que estriban en ese consentimiento.

Un ejemplo de los primeros es la tranquilidad doméstica o de propiedad. Quien entra en casa de alguien sin hacerlo contra la voluntad de éste está excluido por el art. 202 del tipo de allanamiento de morada. Quien toma un objeto con el consentimiento del dueño no comete hurto, porque el art. 234 sólo tipifica así el tomar o usar muebles sin la voluntad del dueño.

Ejemplo de males que sólo son tales cuando son conductas realizadas contra la voluntad del sujeto pasivo son las relaciones sexuales. La relación erótica no es considerada como un mal en nuestro ordenamiento jurídico. Puede que, al revés, en general sea un bien jurídico, como un componente del bienestar (calidad de vida) o de la felicidad humana, que goza de positiva valoración social y cultural y para cuya salvaguardia están diseñados diversos artículos del CP. Sin embargo, unas relaciones sexuales impuestas sí constituyen un atentado contra la libertad sexual en virtud del título VIII del Libro II del CP.⁶⁴

Por cualquiera de los dos fundamentos, los hechos lícitos en virtud del consentimiento son atípicos. Al sostener ese punto de vista, suscribimos la teoría de la adecuación social,⁶⁵ según la cual las acciones ejecutadas con el cuidado debido y situadas por completo en el marco del orden de vida en comunidad conformado históricamente no pueden incluirse en ningún tipo delictivo ni siquiera cuando conlleven peligros para bienes jurídicos protegidos jurídico-penalmente. Como lo dijo Welzel⁶⁶ los tipos penales sólo caracterizan, por su materia de prohibición, acciones que se apartan considerablemente del

⁶³. No es razonable en este punto proponer modificación alguna *de lege ferenda* antes de un estudio detallado de la praxis quirúrgica y todas las circunstancias que la rodean.

⁶⁴. El CP añade cautelas para invalidar el consentimiento en una gama de supuestos amplísima y, probablemente, desmesurada y obsesivamente desbordada más allá de toda delimitación razonable, con un claro abuso del *ius puniendi*. Paradójicamente esa protección jurídica del bien de la libertad sexual puede transformarse en una prohibición de relaciones sexuales libres bajo supuestos en los que el legislador pone bajo sospecha la genuina libertad de una de las partes, generalmente la femenina. Por eso *de lege ferenda*, varios artículos de ese Título sólo patentizan una morbosa obsesión por el tema sexual en un legislador demasiado pendiente de las algaradas mediáticas; algunos de ellos son inaplicables y otros causarían tal injusticia que ningún juez los aplicará.

⁶⁵. V. Jescheck, *op cit.*, pp. 227-8.

⁶⁶. Cit. *ibid*, n. 24.

orden de vida en comunidad conformado históricamente. Circunscribe a esa tarea porque ni el legislador quiso prohibir conductas socialmente adecuadas ni tiene autoridad para hacerlo en un Estado constitucional de Derecho.

Hay, sin embargo, conductas que pertenecen a un tipo prohibido pero que, en lo singular, vienen legalmente consideradas lícitas por la concurrencia de una causa de justificación. Mas las causas de justificación tienen esa vocación de excepcionalidad y de concurrencia singular. Su reconocimiento no elimina la prohibición general del tipo. Una conducta lícita pero perteneciente a un tipo prohibido es un comportamiento de un género típicamente vulnerador del orden jurídico, aunque en el caso concreto ese particular comportamiento no lo sea por una colisión de intereses jurídicamente protegidos. Y, por las razones ya expuestas, no nos parece que el consentimiento pueda desempeñar ese papel.

§14.— ¿Es la salud un bien disponible? El problema de los tratamientos satisfactivos

Hemos sostenido que la vida es un bien disponible, pero, en cambio, no lo es la salud ni, menos aún, la integridad física. Justamente lo contrario opina, en ambos puntos, Francisco Muñoz Conde.⁶⁷ Muñoz Conde reconoce que resulta extraño que el consentimiento de la víctima justifique una grave lesión que se le produzca, pero aduce que una operación de cirugía estética sólo se justifica por el consentimiento, pues no es curativa. Abre esto un doble debate. *De lege ferenda* la tesis ahí expresada por Muñoz Conde parece ser la de que debería permitirse cualquier atentado consentido que no sea mortal, incluyendo prácticas sadomasoquistas y flagelaciones mutuas, y que en el ámbito médico también es el consentimiento lo que ha de constituir eximente de ilicitud, en virtud del valor de la libertad individual. No podemos estar más en desacuerdo en ambos extremos. La libertad individual tiene límites, por la responsabilidad de cada miembro de la comunidad y la deuda de gratitud para con la ayuda que cada uno de nosotros recibe en un Estado social de Derecho en el que nos beneficiamos de servicios públicos. A diferencia del Prof. Muñoz Conde creemos, en cambio, que la vida sí es el reducto de la libertad y un bien disponible (con limitaciones).

El segundo debate que se abre con esa consideración de Muñoz Conde es lo concerniente a los tratamientos satisfactivos, o sea los que tienden a producir una satisfacción del paciente y no su curación.

En realidad no hay ningún límite claro. Cuando, víctimas de un accidente, acudimos a las urgencias médicas y recibimos puntos de sutura, deseamos que la costura se haga del modo menos lesivo para nuestra apariencia física; de haber algún modo de disimular la cicatriz, sin duda consideraremos que forma parte de la *lex artis* terapéutica el emplear ese modo. Igualmente las intervenciones odontológicas y estomatológicas vinculan inseparablemente aspectos estrictamente de protección a la salud —en un sentido estrecho— con otros de mantener una buena apariencia del paciente, o una buena dicción, lo cual puede ser importante si es un profesional de la palabra (locutor, abogado, predicador, profesor, político, etc.).

⁶⁷. V. Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 125.

Si forma parte de la actividad curativa preservar aspectos positivos de apariencia física (o restaurarlos a su estado precedente tras un síndrome o un proceso de deterioro), no está claramente ajena a esa actividad la mejora del físico, al menos cuando ésta no sea una cuestión de capricho o gusto personal ni tenga consecuencias nocivas.⁶⁸

En resumen,⁶⁹ la salud es más que la mera ausencia de enfermedad (y es también relativo qué sea una enfermedad), consistiendo en un deterioro del bienestar físico por razones ancladas en la condición corporal del individuo. Aumentar o mejorar ese bienestar forma parte de la tarea terapéutica ampliamente entendida y, por lo tanto, al menos así han de conceptuarse todos los cuidados paliativos (que, produciendo alivio, decrecen el malestar, o sea aumentan lo poco que ya quede de bienestar) y algunos de los tratamientos de medicación y cirugía satisfactivas (aquellos que producirían una mejora del bienestar del individuo a ojos de cualquier persona con capacidad normal de apreciación y que no sean meramente efecto de un antojo). Por último ha de tenerse en cuenta que muchos tratamientos tienen varios efectos, uno de ellos estético y otro estrictamente curativo (p.ej. operaciones para corregir una desviación congénita de tabique nasal).

Todo ello nos lleva a dar una presunción de índole terapéutica a los tratamientos satisfactivos (dentro de los límites ya expresados) y, por ende, a someter a la misma pauta la responsabilidad penal del médico y, en concreto, las causas de justificación penal.

§15.— La creencia errónea de un médico de que concurre una causa de justificación

A pesar de lo difícil que es determinar en el ámbito sanitario (donde los delitos suelen ser por imprudencia) una aplicabilidad de las causas de justificación,⁷⁰ vamos a plantearnos qué sucede si, pese a nuestros reparos, un médico cree que se da una causa de justificación cuando no se da, o viceversa. ¿Estamos ante un error de prohibición? Sin duda es así según la doctrina mayoritaria.⁷¹ La licitud penal de una conducta estriba en una disyunción de dos condiciones:

1^a) que no sea típica;

2^a) que, siéndolo, esté amparada por una causa de justificación.

Incorre en error de *prohibición* (no en error de derecho como se decía en otro tiempo) el que esté equivocado sobre una u otra de esas dos condiciones. No nos interesa aquí el caso de quien cree erróneamente que una conducta es típica.

⁶⁸. Como pueden tenerla operaciones de mamas agrandatorias y otras similares, que sólo complacen un gusto arbitrario. Por contraste, piénsese en operaciones de cirugía que permiten a una mujer o a un hombre tener labios; o en el reciente injerto de tejido facial operado en Francia. Nos parecería absurdo rehusar a tales intervenciones el genuino carácter de actividades terapéuticas.

⁶⁹. Lo dice la OMS, aunque exagere.

⁷⁰. Según lo hemos visto, no es fácil hablar de imprudencia o impericia en que se incurra por un estado de necesidad o por el cumplimiento de un deber o por el ejercicio legítimo de un derecho, cargo u oficio.

⁷¹. P.ej. Cerezo Mir; v. también Jescheck, *op cit.*, p. 297. En este punto, el autor de la presente monografía se suma a la doctrina mayoritaria.

P.ej., puede el médico creer que tiene un deber deontológico de abstenerse de recetar un producto al que una revista científica ha juzgado peligroso, cuando, sin embargo, es el único remedio accesible para tratar a un enfermo con una dolencia; de resultas de esa no-administración del fármaco, el paciente sufre una lesión. Ahí estaríamos ante una comisión por omisión dolosa del art. 147 del CP. Pero, sin embargo, ha habido un error de prohibición, pues el médico creía que era lícito ajustarse a lo que él creía (equivocadamente) ser una parte de la *lex artis* (estar atento a las revelaciones y alertas que aparezcan en la literatura científica, aunque todavía no hayan encontrado la general corroboración de los estudiosos del tema).

En tales casos habrá que aplicar el art. 14.3 del CP, determinando una inculpabilidad si el error era invencible, o una aminoración de la culpabilidad si era vencible; y, en este caso, rebajando la pena en uno o dos grados.

Así, los errores de prohibición que afecten a las reglas de cuidado profesional sanitario pueden incidir en las conductas activas u omisivas dolosas. Igualmente el conocimiento de una causa real de justificación también ampara la conducta dolosa: el médico que, por atender a un enfermo más grave o a varios, desatiende (a sabiendas) a otro; o el que, para alertar a los responsables de un peligro contra la salud pública, desobedece (dolosamente también) la obligación de secreto profesional; o el que, por cumplir una citación judicial, se abstiene de acudir a su trabajo (otra omisión dolosa), a sabiendas de que podría haber enfermos que requiriesen su auxilio.⁷²

Cuando se da una causa de justificación, la acción u omisión es lícita. El comportamiento del médico en esos supuestos es legal, se ajusta al ordenamiento jurídico. En los supuestos que hemos contemplado, de no concurrir esas causas de justificación, tendríamos una conducta dolosa (de alguno de los tipos contemplados en el CP; como mínimo una omisión del deber de socorro —arts. 195 y 196 del CP). La acción u omisión dolosa amparada por una causa de justificación es, pues, no sólo inculpable, sino carente de desvalor intrínseco, aunque eso no elimina el desvalor del resultado. Lo que pasa es que, habida cuenta de todo, la conducta dolosa justificada tiene un balance valorativo positivo.

Pero, cuando el médico cree, erróneamente, que concurre una causa de justificación para una conducta dolosa, su comportamiento es antijurídico, sólo que él lo ignora, por lo cual no es culpable o es menos culpable. La ausencia de causas de justificación es objetiva y determina que la conducta del médico tenga un desvalor jurídicamente censurado.

Las causas de justificación, lo mismo que el tipo de lo injusto, son susceptibles de graduación. En algunos casos se dan plenamente, pero en otros no. Igual que hay conductas que caen en mayor o en menor medida bajo una figura de delito tipificada en el CP, también hay unas situaciones en las que concurren más que en otras las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación. Tenemos así conductas injustas (por no estar plenamente justificadas), pero tales que unas son más injustas que otras (chocan más con el ordenamiento jurídico y, por ello, están más prohibidas).

Así, volvemos al médico que, por atender a unos pacientes, omite (dolosamente) auxiliar a otros. Suponiendo que haya un baremo objetivo consensuado profesionalmente que

⁷². Para que sea causa de justificación suponemos que concurren circunstancias muy graves en la citación judicial, que hacen de ésta una prioridad de interés público.

indique cuáles casos o conjuntos de casos son más urgentes que otros, la apreciación, a bote pronto, será siempre difícil y dudosa. Si el médico incurre en error, su omisión será típica e ilícita, pero también inculpable o menos culpable de lo que sería si perpetrase el dolo a sabiendas de su ilicitud. P.ej., si el médico sabe que el enfermo al que decide atender está menos grave o que corre menos peligro pero decide, así y todo, asistirlo en vez de auxiliar a los más graves, incurre en un delito omisivo doloso (conducta antijurídica y culpable).

También cabe el dolo eventual, cuando el médico acude a auxiliar a un enfermo desatendiendo a otros más graves a sabiendas de la probabilidad de que éstos sufran así un mal mayor, esperando que éste no suceda, pero, en todo caso, sin que la probabilidad de ese suceso motive su decisión (*recklessness, insouciance*, indiferencia).

Seguramente también tendríamos un dolo eventual si el médico optara por una de las llamadas de auxilio sin reflexionar cuál es más grave. No es una mera conducta imprudente. Es una conducta en la cual una de las opciones puede ser una omisión dolosa amparada por una causa de justificación. El médico opta por una opción sin sopesar los factores de los que tiene conocimiento. Su actuación, en uno de los dos casos, está justificada objetivamente, pero eso no puede ampararlo porque él no conocía esa causa de justificación. En el otro caso su actuación constituye un delito por dolo eventual.

Seguramente lo mismo cabría decir si el médico echa a suertes la opción, o se deja guiar por su corazonada, salvo que las circunstancias del caso hagan imposible ningún género de averiguaciones previas que sirvan de premisas a una inferencia racional. Sin embargo, en este último vaso tenemos una dificultad. El médico no puede averiguar cuál es la necesidad prioritaria, y opta por una u otra sin razón, a sabiendas de que, si opta bien, su acción es lícita; y, si opta mal, ilícita. Si opta mal, no obstante, no puede estar amparado por la creencia equivocada en una causa de justificación, pues no tenía esa creencia. Luego no habría causa de exculpación (o no la habría con tal fundamento).

No es, seguramente, ninguna hipótesis inverosímil ni una mera especulación filosófica, sino una encrucijada decisional que puede darse a menudo, porque el profesional de la medicina muchas veces tiene que decidir un rumbo de acción en un abrir y cerrar de ojos y ante información muy insuficiente y escasamente fiable, sin tiempo ni margen de ponderación ni de averiguación ulterior.

§16.— ¿Comete el cirujano lesiones por imprudencia profesional?

Las actuaciones del cirujano sólo pueden ser subsumidas bajo el delito de lesiones del art. 147ss del CP si se desgajan de su contexto práctico, si se toman como acciones aparte, cuando en verdad son componentes de una conducta más compleja que tiende a la curación. Eso lo señala Gómez Rivero.⁷³ Para calificar la conducta del facultativo hay —se dice— que atender al resultado; si éste es exitoso, estamos ante una preservación de la integridad, la vida o salud del paciente (o, habría que añadir, ante un alivio, siendo el alivio un elemento del bienestar y, por lo tanto, un componente de la salud según la definición de la OMS). Pero el fracaso no puede transformar una operación en un delito de lesiones.

⁷³. V. M^a del Carmen Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 257.

Como lo dice gráficamente Gómez Rivero, no es un delincuente el cirujano cuyo paciente muere en la mesa de operaciones.⁷⁴

¿Qué sucede cuando el fracaso de la intervención o del tratamiento se ha producido, en parte, a causa de una negligencia, de una violación de la *lex artis*, de una impericia de alguno de los facultativos partícipes? Si existe un amplio sector doctrinal⁷⁵ que considera siempre típica la actuación quirúrgica, hay multitud de autores para los cuales es penalmente ilícita toda intervención quirúrgica fracasada cuyo desenlace negativo se ha debido —total o parcialmente— a negligencia o impericia. Algunos van más lejos y consideran incluso que hay delito de lesiones en cualquier intervención quirúrgica, incluso exitosa, que haya infringido la *lex artis* o que se haya efectuado sin el consentimiento válido requerido por la ley.⁷⁶

Otros autores descartan radicalmente que la actividad quirúrgico-terapéutica pueda caer bajo el delito de lesiones, con lo cual operar sin consentimiento del paciente constituiría un delito contra la libertad (coacción o detención ilegal). Algunos estiman,⁷⁷ *de lege ferenda*, que el legislador debería preceptuar, expresa y separadamente, la responsabilidad penal de las profesiones médicas. Es ésa la consideración que ha llevado a incorporar el delito de tratamiento médico arbitrario en el CP austríaco y en el portugués.⁷⁸

Concuerdo con la argumentación de Gómez Rivero en rechazar de plano la asimilación de la actividad médica a las lesiones, porque, además, de hacerlo, habría que contemplar el agravante del empleo de instrumentos peligrosos.⁷⁹

La insubsumibilidad de la actividad médico-quirúrgica de tipo curativo o paliativo bajo el delito de lesiones es, pues, aceptada por un sector doctrinal para los casos de éxito y para los de fracaso cuando los facultativos se han atendido a la *lex artis*. La dificultad surge cuando esa *lex artis* ha sido conculcada, y tal conculcación ha jugado algún papel causal (por efecto o por defecto) en el infortunio resultante.

La falta de consentimiento hacer de la intervención médico-quirúrgica, según Gómez Rivero,⁸⁰ un atentado contra la libertad del enfermo. A mi juicio es ésa la solución correcta, independientemente de la conveniencia, *de lege ferenda*, de una modificación del CP español siguiendo el ejemplo de los códigos austríaco y portugués. La falta de

⁷⁴. *Op cit.*, p. 258.

⁷⁵. Y la jurisprudencia alemana: v. Gómez Rivero, *op cit.*, p. 259, n. 387.

⁷⁶. V. la lamentable Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1996 condenando a un cirujano por delito de lesiones físicas por haber ligado las trompas a una mujer sin su consentimiento informado para evitar un riesgo concreto en caso de embarazo.

⁷⁷. V. Gómez Rivero, p. 263.

⁷⁸. V. Gómez Rivero, *op cit.*, p. 264.

⁷⁹. Jeringuilla o bisturí; *ibid.* p. 265.

⁸⁰. *Op cit.*, p. 269.

consentimiento puede ser una infracción de la *lex artis*,⁸¹ pero, según lo dice Gómez Rivero,⁸² el problema está en que la falta de consentimiento no puede constituir un factor coadyuvante al fracaso de la operación, porque, de producirse, éste no tiene causalmente nada que ver con que el paciente haya consentido o no.

Llevando más lejos la misma argumentación sostengo que ni siquiera en caso de fracaso del tratamiento provocado por una negligencia o una violación de la *lex artis* estamos ante un delito de lesiones imprudentes del art. 152, pese a lo que prevé el art. 152.3 del CP, precepto claramente pensado para ese caso. Pero la *mens legislatoris* no puede por sí sola determinar el contenido normativo de los preceptos. Y en este caso la sistemática del código impide que prevalezca la intención del legislador.

El art. 152, en efecto, tipifica como delito de lesiones por imprudencia el causar por imprudencia alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores (147 y ss). Si el ejercicio del arte médico —aunque sea, en parte, no ajustado estrictamente a todas las reglas de la deontología profesional— no puede nunca constituir un caso de lesiones típicas, sea cual fuere el resultado (éxito o fracaso), tampoco puede constituirlo por imprudencia aplicando el art. 152, puesto que el tenor de este artículo sólo autoriza a perseguir las conductas imprudentes que produzcan una de las lesiones que, causadas por dolo, se han castigado en los arts 147ss. Así pues, una de dos: o sostenemos que el médico causa por dolo lesiones previstas en el Título III del Libro II del CP (ya sea siempre —tipicidad de cualquier operación quirúrgica—, ya sea al menos cuando la operación salga mal, lo cual constituiría su injusta imputación objetiva); o bien, al revés, negamos eso, y entonces no podemos coherentemente sostener que la imprudencia médica puede causar esas lesiones, pues, en la hipótesis, no habría tales.⁸³ (En el Anejo de esta monografía explícito más el argumento central de esta sección.)

Naturalmente puede extremarse la hipótesis y llegarse a supuestos de grosero intrusismo profesional y de tan brutal serie de negligencias o de impericia gravísima que no estemos ante una genuina intervención médico-quirúrgica. En tal supuesto, desde luego, estaríamos, entre otros, ante un delito de lesiones, porque lo que se está ejerciendo ya no es la ciencia médica, ni siquiera de manera imperfecta, sino una suplantación.

Cuando no sea así, no vemos cómo subsumir el fracaso médico-quirúrgico resultante de negligencias hospitalarias o facultativas en el delito de lesiones. Sería, *de lege ferenda*, deseable la creación de un tipo específico de infracción penal por negligencia sanitaria gravísima, pero, mientras eso no tiene lugar, vemos muy problemático subsumir la negligencia profesional con resultado negativo para el paciente en el tipo de lesiones.

Lo dicho nos lleva a descartar la busca de causas de justificación en tal supuesto, ya que no creemos en su tipicidad.

De manera general, nos parece preferible en esos casos acudir a la vía civil.

⁸¹. Opinión del Prof. Agustín Jorge Barreiro, cit. por Gómez Rivero, *op cit.*, p. 270, n.414.

⁸². *Op cit.*, p. 271.

⁸³. La jurisprudencia no avala la tesis sustentada en esta monografía de que el tratamiento terapéutico realizado sin éxito a causa de negligencia o impericia no constituye nunca un delito de lesiones del art. 152.3. V. por todas la Sentencia del Tribunal Supremo (ponente Luis Román Puerta Luis) 19960229 sobre delito de «lesiones por imprudencia profesional».

§17.— El caso particular de los injertos y trasplantes

Un problema especial para la relevancia jurídico-penal del ejercicio de la medicina es el de los injertos y trasplantes. El CP de 1995 dedica a ese asunto el art. 156, lo cual significa que figura en el Título III del Libro II, el dedicado al delito de lesiones. El mencionado art. 156 también abarca otros supuestos (esterilizaciones y cirugía transexual), de los cuales no me ocuparé en esta monografía.

La ubicación tiene sentido y fundamento. El donante de órganos sufre una lesión—incluso una lesión gravísima, subsumible en el art. 149 (pérdida de un órgano principal).⁸⁴

El donante, en el trasplante, no se beneficia de un tratamiento médico, sino que padece sus consecuencias en beneficio de un tercero. Por ende, a pesar del propósito terapéutico de la intervención total, el donante sí sufre una agresión consentida contra su salud y su integridad corporal. De ahí que el Código aborde ese supuesto como un genuino caso de lesiones.

En rigor, el art. 156 establece una exención del tipo de lesiones. No se trata de una eximente de antijuridicidad. Lo que sucede es que el tipo de lesiones, genéricamente definido en los arts 147ss, no estaba concebido pensando en situaciones como el trasplante de órganos. Una vez que éste es posible y admitido—bajo rigurosas condiciones— por el ordenamiento jurídico, plantéase el problema de si es típico; y, de serlo, si lo que tenemos es un caso de juridicidad o sólo de inculpabilidad.

No creo solución correcta decir que el art. 156 excluye la culpabilidad, porque el ordenamiento jurídico ampara y legaliza esas prácticas, sometiéndolas a detallada regulación. Luego, como mínimo, el consentimiento previsto en el art. 156 sería una causa de justificación.

Pero, en realidad, si el médico que opera un trasplante *inter vivos* extrae un órgano del donante, eso forma parte de una conducta más amplia, que es la de extraer el órgano injertándolo en el receptor. Como trozo o ingrediente de esa conducta más amplia, el elemento puramente extractivo deja de ser típico, porque el ordenamiento jurídico lo va a ver, no como una acción por sí misma, sino como parte de una conducta, una parte no desgajable.

Por eso el art. 156 habla del trasplante, no de la extracción con vistas a un trasplante.

Si la extracción de un órgano—en el marco de un trasplante quirúrgico— fuera una lesión del art. 149, podría ser justificada por la eximente 5ª del art. 20—el estado de necesidad—, toda vez que el mal causado (la pérdida de órgano del dador, siempre que se dé su consentimiento y se observen las estrictas condiciones médicas que la regulan) es un mal menor que el que se ocasionaría sin la donación (seguramente la muerte del receptor o, como mínimo, una gravísima pérdida de su calidad de vida). Por otro lado, tienen que

⁸⁴. El CP no contempla aquel trasplante e injerto de tejidos que no supone para el donante pérdida de órgano (transfusiones sanguíneas, trasplante de médula, etc), que es difícil subsumir en tipo penal alguno si se realiza sin el válido consentimiento o sin respetar íntegramente la *lex artis*.

cumplirse las condiciones de esa eximente: que el necesitado no tenga obligación legal de sacrificarse (de morir para que el dador del órgano no sufra detrimento de su integridad corporal) y que esa situación no haya sido provocada por el cirujano (ni por el beneficiario de la donación).

No obstante, es enteramente artificial esa construcción, porque el art. 156 no da pie para ninguna interpretación que no sea la de destipificar la extracción de órgano dentro de un trasplante ajustado a la norma legal.

Si, de todos modos, nos obstináramos en pensar que en la donación de órganos para trasplante se incurre en el tipo del art. 149, entonces difícilmente podríamos admitir que fuera el mero consentimiento del afectado (del dador) lo que eximiera de la antijuridicidad.

La eximente de ilicitud penal no sería, en tal caso, el mero consentimiento, sino un cúmulo de circunstancias: el ajuste a las reglas de la praxis quirúrgica, la finalidad terapéutica y el cumplimiento de las estrictas condiciones de admisibilidad legal para esas operaciones —una de las cuales es el consentimiento válido del donante.

Sea como fuere, resulta difícil sostener que sea aquí el consentimiento lo que justifica legalmente una conducta, por lo demás, típica.⁸⁵ El consentimiento es requerido como una condición de no-tipicidad en virtud del art. 156 CP.

¿Podría, sin embargo, venir justificado por un consentimiento posterior del donante? El art. 156 no dice expresamente que el consentimiento haya de ser previo, pero, al exigir que sea válido, y al requerir que se efectúe «con arreglo a lo dispuesto en la Ley», está claro que se trata de una norma penal parcialmente en blanco, cuyo contenido ha de rellenarse por la Ley General de Sanidad (14/1986), la Ley 41/2002 y la ley 30/1979 reguladora de los trasplantes de órganos, así como las demás leyes, reglamentos y preceptos deontológicos, todo lo cual determina la necesidad del consentimiento previo y escrito.

Por eso dice M^a del Carmen Gómez Rivero que⁸⁶ el afectado ha de emitir su voluntad antes de la intervención médica, en la medida en que la finalidad del consentimiento es legitimar a un tercero para que realice una actividad que, de otra forma, habría de reputarse lesiva a la integridad física.

En el caso que nos ocupa ello parece sobradamente claro, pero hemos de preguntarnos qué sucedería si —pese a la falta de un consentimiento previo ajustado a todas las reglas de validez— se efectúa el trasplante y el originador del órgano trasplantado expresa después su conformidad. ¿Cabría perseguir al médico por el art. 149 del CP, con una pena de 6 a 12 años de prisión? ¿Cabría, en ese caso, ver en el consentimiento posterior un atenuante? Esto nos parece imposible en el marco del CP español por un cúmulo de

⁸⁵. Un problema diverso es el trasplante a partir de un cadáver. Esto suscita un problema filosófico, porque la definición de la muerte legal ha introducido un concepto de defunción diferente del tradicional, que era el que presidía las figuras de homicidio y de lesiones con resultado de muerte, y en definitiva resulta tremendamente chocante e inverosímil decir que nuestros antepasados, cuando hablaban de la muerte, hablaban de otra cosa. Sea como fuere, y al margen de ese problema, está la cuestión de la tipicidad de la extracción de un órgano, que en este caso sería un hecho del tipo previsto en el art. 526 (profanación de cadáver); en efecto: esa extracción falta al respeto debido a la memoria del finado; no es menester que sea con ánimo de ultraje (éste sólo lo exige ese artículo para otros actos, como dañar las lápidas).

⁸⁶. *Op.cit.*, p. 67.

razones, muchas de ellas obvias (como la de que estamos ante un Derecho penal de acción). En tal caso habría que acudir a una eximente de estado de necesidad (art. 20.5º), tal vez rebajado a la categoría de atenuante (circunstancia primera del art. 21 en relación con el art. 68). Si aun así siguiera siendo injusta la consecuencia jurídica, el tribunal juzgador habrá de acudir al art. 4.3 con una petición de indulto.

Sea ello como fuere, es de lamentar, *de lege ferenda*, que nuestro CP no regule en un capítulo separado los delitos contra la vida y la salud perpetrados en el ejercicio de la medicina, porque sólo en él podrían tipificarse conductas lesivas, dolosas o imprudentes (o mixtas, o cometidas por dolo eventual), con una clara enumeración de supuestos típicos, una exclusión precisa de los atípicos, y una expresa contemplación de causas de justificación específicas (si las hay) y de causas de exculpación.

Mientras eso no suceda, es discutible o hasta inverosímil cualquier subsunción del proceder médico-quirúrgico en los tipos del CP; el resultado sería la despenalización total de la responsabilidad médica; lo cual puede ser deseable, desde cierto punto de vista,⁸⁷ siempre que estuviera mejor regulada la responsabilidad no-penal (civil y administrativa), ofreciendo así mayor seguridad jurídica.

Para concluir estas consideraciones sobre los trasplantes, citemos la opinión del jurista colombiano Mauricio Luna Bisbal:⁸⁸ En los trasplantes el receptor no sufre daño alguno, al paso que la extirpación de órgano en el otorgante no conculca el ordenamiento jurídico por el consentimiento dado por él, que hace desaparecer el interés jurídico del Estado para mantener el órgano en su organismo originario, desapareciendo así —por sustracción de materia— el choque de intereses jurídicos propio de toda causa de justificación e ineluctablemente la conducta del cirujano se desplaza al campo de la atipicidad.

Aunque estoy de acuerdo con esa conclusión, mi razonamiento es muy diferente, pues no creo que la integridad corporal sea un bien disponible ni, por ende, que sea el consentimiento lo que haga desaparecer el interés jurídico de su conservación. El consentimiento, para mí, es —en este caso— una mera condición necesaria de esa conducta médica; la solución estriba en tomar tal conducta, el trasplante, como un todo, en lugar de como una mera secuencia de conductas jurídicamente separadas.

Anejo: Insubsumibilidad de las operaciones quirúrgicas bajo el tipo de lesiones

Voy a explicitar más mi argumento a favor de que las intervenciones médico-quirúrgicas fracasadas no deben considerarse nunca lesiones (la lesión tipificada por el art. 147ss del CP) ni siquiera cuando el infortunio se ha producido por una imprudencia profesional (violación de la regla objetiva de cuidado).

El cirujano efectúa cortes, ablaciones, extracciones; esos componentes de su conducta terapéutica serían, en otro contexto, acciones dolosas lesivas (rajar, cortar, seccionar, herir, arrancar partes del cuerpo de un ser humano).

⁸⁷. Y, en todo caso, correspondería a la preferencia o inclinación del autor de estas páginas.

⁸⁸. *Trasplantes. Bases para una legislación*, Bogotá: Temis, 1974, p. 49.

Si la operación tiene éxito, no sólo habrá redundado en más salud para el paciente de la que hubiera tenido sin la operación, sino que ni siquiera atendemos a esa ponderación del valor del resultado (frente al de un curso alternativo de hechos o acaecimientos), sino que, de antemano, viene descartada tal ponderación simplemente porque la conducta cae fuera de los tipos penales (y, además, ha resultado satisfactoria para el paciente).

Cuando la operación ha fracasado, pero se ha realizado con prudencia (ajuste a la regla objetiva de cuidado, que incluye la *lex artis*), la misma razón de no-tipicidad nos lleva a no pretender achacar al cirujano un delito de lesiones (aunque la operación haya estribado en extirpación de un riñón, amputación de una pierna o un brazo, etc., o sea casos en sí gravísimos de merma de la integridad corporal).

El problema se ciñe entonces a este tercer caso: una operación fracasada cuando el fracaso se hubiera evitado con una mayor diligencia profesional de los facultativos que han intervenido.

Así, supongamos que a un enfermo de cáncer se le ha extirpado un pulmón, con la esperanza de atajar así la propagación del mal, cuando un examen correcto habría revelado la existencia de metástasis que determinan la inutilidad de la operación, ya que, de todos modos, estando desahuciado el paciente, la operación sólo ha agravado su sufrimiento y malestar en el período terminal de su vida.

En tal supuesto ¿podemos calificar a la extirpación de una lesión imprudente sólo porque haya habido negligencia o impericia? ¿O sólo por el fracaso o la inutilidad de la operación? ¿O por una combinación de ambos factores?

Ninguna de las tres respuestas es satisfactoria.

- No lo es la primera, porque la imprudencia no hace que lo que no cae bajo un tipo pase a caer bajo él. Si la intervención quirúrgica no es una agresión contra la integridad física si se hace con diligencia, tampoco puede serlo si se hace con negligencia o impericia (salvo que sea tal que propiamente no quepa subsumir la conducta bajo el denominador de la sanidad, p.ej. en caso de intrusismo flagrante y grave).
- Ni vale la segunda respuesta, porque sería incurrir en una burda imputación objetiva.
- Ni vale la tercera respuesta, porque cuando ninguno de dos factores es una causa de tipicidad, su conjunción sólo puede ser causa de tipicidad cuando, efectivamente, existe una figura conductual tipificada que expresamente conceptúe así tal conjunción. (Si no, estaríamos en la extensión analógica de los tipos delictivos.)

Por ende, las intervenciones fracasadas por culpa del cirujano u otro profesional sanitario no son lesiones imprudentes del art. 152 del CP, a pesar de que la intención del legislador (patentizada por el numeral 3 de dicho artículo) era la de que vinieran subsumidas en ese tipo delictivo.

Si el legislador quiere que se castiguen tales prácticas, habrá de tipificarlas aparte y de manera clara. Mientras tanto, queda la vía civil.

Tales son mis opiniones que, con gusto, someto a otras mejor fundadas.