

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, VIRGILIO,
Responsabilidad penal en el ejercicio de
actividades médico sanitarias,
Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo,
Marcial Pons, 2012

GEOVANA ANDREA VALLEJO JIMÉNEZ*

Virgilio Rodríguez Vázquez es profesor contratado doctor de derecho penal en la Universidad de Vigo, ha participado en ponencias y comunicaciones relacionadas con el Derecho médico en congresos de varios países y ha publicado numerosos artículos científicos y capítulos de libro en este ámbito. Este texto que a continuación se presenta es producto de su brillante tesis doctoral “Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias”, merecedora de diferentes premios y reconocimientos.

El principal objetivo que el autor se propone con esta obra es, tomando directamente las palabras del subtítulo, proporcionar los “Criterios para delimitar la responsabilidad penal en supuestos de intervención conjunta de los profesionales sanitarios”. Un objetivo ambicioso que requiere una revisión de las principales categorías dogmáticas del delito imprudente y su posterior aplicación al concreto sector de actividad objeto de estudio.

* Abogada y docente investigadora de la Universidad San Buenaventura - Seccional Medellín.
Contacto: geovanna.vallejo@usbmed.edu.co

Para ello, el autor ha dividido la obra en cinco capítulos, agrupados a su vez en tres grandes partes, además de los apartados iniciales dedicados a índice, abreviaturas e introducción, y los finales dedicados a conclusiones y bibliografía.

En la primera parte, desarrollada bajo el título de “La Medicina ante el Derecho”, Rodríguez Vázquez dedica el capítulo primero a la evolución histórica de la exigencia de responsabilidad al médico y, por extensión, al profesional sanitario, tratando de reflejar, finalmente, el estado actual de la cuestión. En este análisis el autor pone de manifiesto cómo la evolución de la responsabilidad en el ámbito sanitario discurre paralela a la evolución de la propia Medicina (pp. 35 y ss.). Este capítulo sirve para mostrar cómo la exigencia de responsabilidad al médico no es una novedad de nuestros días. Lo novedoso es el grado y el cariz alcanzados en las últimas décadas, hasta el punto de llegar a hablar en la literatura científica de una “crisis de mala praxis médica”¹. Sin embargo, el autor pone de relieve cómo la ausencia de estadísticas relativas a errores médicos y reclamaciones judiciales y extrajudiciales contra los profesionales sanitarios, impide extraer conclusiones tan claras. Tras un estudio personal sobre la situación en Francia, Reino Unido, EE.UU, Alemania, Portugal y España, basado en datos extraídos de la literatura, científica, de las compañías de seguros y de los Ministerios de Sanidad de los respectivos gobiernos, Rodríguez Vázquez concluye que el número de demandas y de reclamaciones, en general, no es exagerado, si se compara, por ejemplo, con el número de intervenciones sanitarias que se pueden llevar a cabo a lo largo de un año en cualquiera de los estados mencionados (p. 53).

Sin estar de acuerdo con voces en exceso alarmistas, no se puede obviar el hecho de que en las últimas dos décadas, sobre todo a partir de los años ochenta, se ha producido un incremento de las reclamaciones contra los profesionales sanitarios en la mayoría de los países occidentales. El autor nos proporciona las razones, que en su opinión, conducen a este incremento, sistematizándolas en tres grandes grupos: razones socioculturales, que tienen que ver fundamentalmente con el desarrollo cultural de la población, concienciación de los usuarios acerca de sus derechos y papel de los medios de comunicación; razones estrictamente médicas, relacionadas con el avance científico-tecnológico de la ciencia médica y, finalmente, razones normativas, referidas a la tipificación de los delitos imprudentes en el Código Penal español de 1995 (sistema de *numerus clausus*), con especial incidencia en el sector sanitario para el que se prevé la llamada “imprudencia profesional” (pp. 53 y ss.).

Esta visión permite afirmar que nos encontramos ante un tema de actualidad, y justifica de entrada y en términos generales su elección como objeto de estudio y, en definitiva, la obra que se presenta al lector.

1 MICHAEL A. JONES, *Medical negligence*, 4.^a ed., London, Sweet & Maxwell, 2008, p. 6.

En la segunda parte de la obra, bajo la rúbrica de “La imprudencia en la actividad médico-sanitaria”, Rodríguez Vázquez se ocupa de analizar los elementos del tipo imprudente, sobre los delitos de homicidio y lesiones, en la actividad médico-sanitaria. En el capítulo segundo, tras un somero repaso de la evolución dogmática de la “imprudencia” (pp. 75 y ss.), analiza pormenorizadamente el “deber de cuidado”, elemento nuclear de la imprudencia, y las peculiaridades (y dificultades) que su determinación presenta en la actividad sanitaria.

El deber de cuidado puede ser definido como el baremo, parámetro, patrón o modelo de actuación que se establece jurídicopenalmente, con el que comparar la concreta conducta realizada en un supuesto de hecho, para afirmar o negar su tipicidad. El problema con el que nos encontramos es que el deber de cuidado no aparece recogido explícitamente en el Código Penal, sino que su concreción, en un proceso judicial, corresponde al Juez. El autor considera que la determinación del contenido del deber de cuidado, ha de tomar como punto de partida las que gran parte de la doctrina denomina “reglas de cuidado” (p. 84). A la explicación de su concepto, fundamento, naturaleza, formas que pueden adoptar y al análisis y valoración del papel que pueden desempeñar dedica la mayor parte de este capítulo.

Las reglas de cuidado, en general, son entendidas como las normas que en determinados sectores de actividad indican “hasta dónde se puede llegar”, qué es preceptivo realizar, y qué es lo prohibido (p. 84). Dedicó especial atención a la clasificación y sistematización de las reglas de cuidado, porque entiende que es un paso previo fundamental de cara a establecer el valor que se les puede atribuir en Derecho penal (pp. 84 y ss.). En relación con el valor jurídicopenal de las reglas de cuidado, Rodríguez Vázquez refleja las diversas opiniones doctrinales existentes al respecto; desde un sector minoritario que las considera fuentes directas del deber de cuidado penalmente relevante, hasta un sector mayoritario que limita su valor a un papel indiciario (pp. 86 ss.).

Este análisis y exposición de las reglas de cuidado en general, tiene como finalidad “preparar” el terreno para su estudio en el ámbito sanitario, en el que son conocidas habitualmente con la expresión de *lex artis*. El autor comienza con una precisión terminológica, que le lleva a estudiar su significado en la doctrina penal, pero también en la ciencia médica, de diversos países, así como las distintas palabras y expresiones (*standard, guidelines, Richtlinien, Leitlinien, Empfehlungen*). Concluye que todas estas expresiones son reconducibles y reconocibles en la expresión “*lex artis*”, que puede ser definida como “conjunto de reglas técnicas de carácter general aprobadas por la comunidad científica y aplicables a la actividad sanitaria” (p. 104). A continuación delimita la naturaleza de las reglas que integran la *lex artis* y se pronuncia sobre el significado de la expresión “aprobadas por la comunidad

científica”, sobre su contenido, y todo ello con la finalidad última de determinar el valor que puedan tener de cara a concretar el deber de cuidado. Respecto a la naturaleza de las normas que forman parte de la *lex artis* expone con rigurosidad si además de reglas técnicas, se incluyen reglas deontológicas, y junto a estas todas las relativas al consentimiento informado². El autor demuestra que la información sanitaria no siempre se vincula al consentimiento, y que, por tanto, sólo una clase concreta de información forma parte de la *lex artis*: la información terapéutica (pp. 105 y ss.), por considerar que ésta “contiene prescripciones técnicas, referidas a la ejecución del tratamiento o a otro tipo de medidas médicas que el médico transmite al paciente delegando así la totalidad o una parte de la intervención sanitaria” (p. 119). No obstante, aunque Rodríguez Vázquez descarta el consentimiento como parte de la *lex artis*, analiza varios aspectos que generan discusión doctrinal en el ámbito médico-sanitario en torno a esta figura, concluyendo que el profesional sanitario que no respeta este presupuesto atenta contra la libertad del paciente, y por lo tanto, incurrirá en un ilícito penal que podría ser un delito de coacciones, aunque sugiere también la inclusión en el CP español de un tipo penal específico entre los delitos contra la libertad, “tratamiento médico arbitrario” (p. 126). También expone las diferentes opiniones doctrinales sobre la relación que debe mediar entre *lex artis* y libertad de método (p. 126). Finaliza esta parte, explicando que el valor penal de la *lex artis*, queda limitado a un papel indiciario, reconociendo que estas reglas parecen tener cada vez más importancia en el plano judicial (p. 135). Se ocupa, precisamente, en detalle, del conocido como “proceso de protocolización”. En relación con este aspecto recoge ejemplos de protocolos sanitarios de distintas especialidades médicas, españolas y alemanas³, fundamentalmente, aunque también realiza una valoración de los protocolos atendiendo a la experiencia judicial norteamericana⁴ de la última década (p. 141 y ss.).

Pero el autor advierte que la concreción del deber de cuidado no se agota en la identificación y aplicación de la *lex artis*, sino que se trata de un proceso que, además de ésta, ha de tener en cuenta las circunstancias que rodean a la concreta acción. La segunda mitad del capítulo segundo se dedica a la polémica figura del “hombre medio

2 MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 467.

3 WOLFRAM VELTEN, *Der medizinische Standard im Arzthaftungsprozess. Ein Beitrag zu Umfang und Grenzen der Darlegungslast von Arzthaftungsklägern bezüglich der Standards medizinischer Heilbehandlung*, Baden-Baden, Nomos, 2001, 51 ss.; ALBRECHT W. BENDER, “Der Standard in der klinischen Transfusionsmedizin”, en *MedR* 10-2002, pp. 487-491; ERWIN DEUTSCH/ ANDREAS SPICKHOFF, *Medizinrecht. Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht*, 6.^a ed., Berlin, Heidelberg, New York, Hongkong, London, Meiland, Paris, Tokio, Springer, 2008, 113 s.

4 ROLAND L. EISENBERG, *Radiology and the Law. Malpractice and other issues*, Berlin, Heidelberg, New York, Hongkong, London, Meiland, Paris, Tokio, Springer, 2004, 31 ss.

ideal". Después de reflejar las diferentes posturas doctrinales que se sostienen sobre esta cuestión, el autor opta por un concepto objetivo "corregido"⁵. Para cerrar este capítulo se ocupa del elemento de la "previsibilidad", presupuesto lógico del deber de cuidado (pp. 177 y ss.).

El capítulo tercero constituye sin lugar a dudas una de las grandes aportaciones de esta obra. En esta parte del libro, Rodríguez Vázquez explora el principio de división del trabajo y el principio de confianza en la determinación del deber de cuidado. Como advierte el autor, en la actualidad son diversas las circunstancias que imponen la intervención de una pluralidad de profesionales en el ejercicio de la actividad médico-sanitaria (p. 183). Este fenómeno se ha juridificado en el llamado principio de división del trabajo. El Derecho penal no puede ser ajeno a esta forma de organizar y ejecutar el trabajo médico cuando se trata de individualizar la responsabilidad por resultados lesivos para el paciente. Este hecho dificulta el proceso de determinación del deber de cuidado y exige releer el tipo imprudente, tradicionalmente aplicado a conductas individuales, en este nuevo contexto.

En la primera parte de este capítulo, Rodríguez Vázquez abarca la explicación sobre el principio de división de trabajo en la actividad médico-sanitaria. El autor señala como tradicionalmente se han distinguido dos modalidades de división del trabajo: horizontal y vertical, elaborando un detallado análisis de ambas formas y de los criterios adoptados por la doctrina para su clasificación. La división horizontal supone la existencia de una relación de igualdad entre los intervinientes, mientras que la división vertical implica una relación de supra-subordinación. Sin embargo, no está claro el criterio que se debe adoptar para llevar a cabo esa calificación (pp. 192 ss.). Para dilucidar esta cuestión parte de la exposición de las normas que regulan el sector en España, decantándose finalmente por el criterio de la formación académica, aunque sin despreciar el criterio de la posición en el organigrama, pues considera que en determinadas ocasiones puede modificar el anterior (pp. 209 y ss.).

Seguidamente, el autor realiza un minucioso análisis del principio de confianza, destacando como en principio fue aplicado originariamente por la jurisprudencia alemana en el ámbito del tráfico rodado. Con el paso del tiempo ve ampliado su espectro de aplicación a otros sectores como la construcción, la responsabilidad por el producto, hasta alcanzar también a la actividad sanitaria. Según señala, la búsqueda del fundamento del principio de confianza discurre entre la institución del riesgo permitido y el principio de autorresponsabilidad. No obstante, Rodríguez Vázquez considera que cualquiera de las opciones planteadas es insuficiente para explicar por sí sola el principio de confianza y que habrá que buscar la combinación entre ellas

5 DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Madrid, Universitat, 1996, 166.

para una explicación convincente. A continuación expone los límites y eficacia del principio de confianza (pp. 237 y ss.).

Tras esta exposición, en el último tercio del capítulo tercero Rodríguez Vázquez aplica el principio de confianza a las diferentes modalidades de división del trabajo en el ámbito médico sanitario. Para ello realiza una detallada selección de la jurisprudencia española y alemana existente sobre el tema, acudiendo, entre otras fuentes, a los autores de ambos países especialistas en Derecho médico y que se han ocupado de analizar esta cuestión (pp. 250 y ss.).

La tercera parte, "Autoría y participación imprudente en la actividad médico-sanitaria", está compuesta por dos capítulos y constituye otra de las principales aportaciones de la obra. Rodríguez Vázquez señala que el proceso de delimitación de la responsabilidad penal en supuestos en los que concurren varios sujetos no se puede agotar en el estudio del delito imprudente, sino que exige pronunciarse acerca de la categoría de la autoría en este contexto. La afirmación de la co-existencia de imprudencias en el tratamiento médico al que se somete a un paciente nos sitúa en un estado de cosas que puede verse, al menos parcialmente modificado, en función del concepto que se sostenga de autoría y participación. Para abordar esta cuestión en la actividad médico-sanitaria el autor ha seguido varios pasos. En primer lugar, expone el estado de la cuestión en la doctrina española y alemana especializada en Derecho penal médico (pp. 311 y ss.). Pero al mismo tiempo, pone de manifiesto el reducido número de autores que se han llegado a ocupar de este tema en relación con esta actividad. Se trata, por lo tanto, de una cuestión necesitada de exploración científica, de ahí la acertada decisión de dedicarle la última parte del trabajo. En segundo lugar, realiza una revisión de las principales teorías generales de la autoría y participación en el delito imprudente, con el objetivo de poder adoptar una toma de postura fundada, que justifique la aplicación de la teoría elegida a los casos seleccionados⁶. La tercera parte consiste en aplicar la teoría que considera más correcta, es decir, la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho⁷, así

6 Para ello el autor se basa, fundamentalmente en CLAUS ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 2.^a ed., trad. de la 7.^a ed. alemana, JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS/ JOSÉ LUIS SERRANO GONZALO DE MURILLO, Madrid, Marcial Pons, 2000; así como en MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, PPU, 1991.

7 DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, "Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales (Comentario a la STS 27-1-1984)", en *RDCir* 1984; el mismo, "La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado", en *ADPCP* 1989, pp. 889-913; DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y MIGUEL GARCÍA CONLLEDO, "Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría", en *AFDUA III-2000*, pp. 53-88; los mismos, "Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale", en: *FS-Roxin*, 2001; los mismos, "Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría", en *RDPC* 2003-2, pp. 89-128.

como sus criterios de delimitación, al objeto de estudio del presente trabajo, es decir, a aquellos casos en los que por una caída del principio de confianza pueden llegar a concurrir, en relación con un mismo paciente, dos o más conductas imprudentes relacionadas con el resultado lesivo.

En el capítulo cuarto el autor se ocupa de la evolución histórica de las distintas teorías que se han sostenido sobre autoría y participación. Tanto el concepto unitario de autor, el extensivo, como el restrictivo presentan bondades y son a la vez susceptibles de críticas. La regulación que el Código Penal español contiene en los arts. 27 y 28 dejan abiertas al intérprete todas las posibilidades. Rodríguez Vázquez considera, por diversas razones, que el modelo más correcto es el restrictivo o diferenciador. Pero a su vez aquí surgen distintas teorías que proponen criterios y métodos divergentes para distinguir entre autor y partícipe: teoría objetivo-formal, objetivo-material, dominio del hecho, determinación objetiva y positiva del hecho, de la competencia sobre la fuente de peligro. De todas ellas asume la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, por entender que supera las “debilidades” de la teoría del dominio del hecho, convirtiéndose en un modelo aplicable tanto para los delitos dolosos como imprudentes (pp. 368 y ss.).

En el capítulo quinto, Rodríguez Vázquez aplica la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho a supuestos del ámbito sanitario. Nuevamente estamos ante otra de las grandes aportaciones de esta obra. Para su correcta y eficaz aplicación define previamente los elementos estructurales que caracterizan cada una de las formas de autoría: autoría unipersonal, coautoría y autoría mediata. Con ese objetivo analiza el uso que el principio de división del trabajo puede tener en relación con la delimitación de la coautoría. En segundo lugar, se ocupa de los elementos que definen la coautoría imprudente y procede al análisis de los supuestos de hecho del ámbito sanitario que pueden tener aquí su encaje. En tercer lugar, realiza la misma operación para la autoría mediata. Finalmente comprueba si se puede establecer una vinculación entre las formas de dividir el trabajo, horizontal y vertical, y las diferentes formas de autoría en la actividad médico-sanitaria.

La autoría directa unipersonal imprudente no ofrece especiales dificultades, más que las propias de calificar esa conducta como tal, que no es poco. En relación con la coautoría imprudente se deben dar dos requisitos, uno objetivo y otro subjetivo. El requisito objetivo se cumple cuando dos (o más) conductas de diferentes sujetos co-determinan objetiva y positivamente el hecho. El requisito subjetivo supone la existencia de un acuerdo referido a la realización de la acción (descuidada) entre los intervinientes. Sin embargo, el autor entiende el acuerdo en un sentido distinto a cómo tradicionalmente ha sido concebido. El mutuo acuerdo no lo exige como expediente explicativo de la imputación recíproca entre los intervinientes. Para

atribuir el hecho a cada una de las conductas que lo han producido “parcialmente” señala que debemos servirnos de la imputación objetiva. Allí donde no se pueda imputar objetivamente el resultado lesivo a cada una de las acciones se llegará a la conclusión de que no cabe exigir responsabilidad penal (pp. 382 y ss.). En este sentido, coautoría y autoría accesoria imprudente son coincidentes, al exigir el mismo requisito objetivo y al serles de aplicación el método de imputación del resultado a cada uno de los intervinientes. La diferencia estriba en el acuerdo: necesario para hablar de coautoría e innecesario para hablar de autoría accesoria. Esta distinción se traduce, a su vez, en una diferente valoración del injusto y, por lo tanto, de la pena que les corresponde a los participantes en cada una de las modalidades de intervención. En opinión del autor, la coautoría imprudente revela una mayor gravedad respecto a la autoría accesoria porque supone un incremento del riesgo de lesión del bien jurídico respecto a la segunda y crea una situación de refuerzo psicológico en los intervinientes, lo que facilita su decisión (pp. 393 y ss.). En cuanto al contenido del acuerdo en la coautoría imprudente, señala que no es suficiente con que cada sujeto sea consciente de que actúa con otros, o que junto a él participan otras personas, o tenga conocimiento general de la intervención de los demás. Entender que basta con que el sujeto sepa que interactúa con otros para afirmar el acuerdo sería tanto como admitir que en los supuestos de división del trabajo en la realización de tareas como la actividad sanitaria, la concurrencia de conductas imprudentes constituye coautoría imprudente. En definitiva, el acuerdo debe ir referido a la concreta acción. Por otra parte, admite el acuerdo tácito, eso sí, con exigencias mayores a cómo se concibe respecto a los supuestos de coautoría dolosa.

Por lo que respecta a la autoría mediata, parte de la valoración de la proximidad espacio-temporal de un sujeto respecto al hecho producido, que atendiendo a la teoría de autor asumida puede determinar la autoría de aquél. Pero no siempre ocurre así, en ocasiones se podrá “invertir” la atribución de responsabilidad. Para ello deben concurrir los siguientes requisitos: estructuralmente, debe existir una relación de instrumentalización entre el sujeto de delante y el sujeto de detrás cuya determinación deberá resultar de la combinación de los criterios de “desequilibrio cognoscitivo”, “competencias” y, finalmente, “principio de confianza”. Una vez constatada esa relación, se debe comprobar que el sujeto de delante lleve a cabo una conducta que determine objetiva y positivamente el hecho (pp. 406 y ss.).

El autor señala que no se puede establecer una correlación directa e infalible entre la manifestación del principio de división del trabajo y cada una de las formas de autoría. Ahora bien, sí se puede concluir que la coautoría se dará generalmente en supuestos de división horizontal e intervención simultánea de los sujetos

participantes. La autoría mediata tendrá lugar en supuestos de división vertical del trabajo, en concreto, en casos en los que el inferior jerárquico actúa por decisión del superior y, sobre todo, en intervenciones sucesivas. La sucesión en la intervención también marca la apreciación de la autoría mediata en casos de división horizontal del trabajo entre dos especialidades médicas, de manera que la segunda dependa en lo esencial de la primera, como es el caso del tratamiento médico que se basa en las pruebas diagnósticas previas (pp. 414 y ss.).

Por finalizar, en la última parte de este capítulo Rodríguez Vázquez hace un análisis de la jurisprudencia española en aquellos casos donde intervienen diferentes miembros del equipo sanitario en una actividad imprudente (pp. 420 y ss.). El autor se refiere a diversos supuestos, como por ejemplo: supuestos en los que interviene médico y enfermera; en los que interviene un médico especialista y un MIR; en los que interviene un cirujano y una enfermera circulante y/o instrumentista (casos de olvido de material quirúrgico en el cuerpo del paciente); en los que intervienen un cirujano y un anestesista; en los que intervienen ginecólogo y comadrona (asistencia a partos); y supuestos de intervención de cirujano, anestesista, médico analista y otros casos (caso de transfusiones sanguíneas).

En definitiva, estamos ante un trabajo sólido, que completa una rigurosa investigación, que ha llevado al autor a trabajar con destacados académicos en centros europeos de reconocido prestigio (Abteilung für Arzt und Arzneimittelrecht de la Universidad de Göttingen –Alemania–, Centro de Direito Biomédico de la Universidad de Coimbra –Portugal–, Cardiff Center for Ethics, Law and Society –Reino Unido–). Por todo ello, podemos decir que esta obra cumple con el ambicioso objetivo que el autor planteaba al inicio del texto y podemos considerarla un referente en la materia.

Por último, quisiera indicar que esta es una obra que por su seriedad y profundidad constituye una gran aportación para el Derecho médico. Es un trabajo que sin lugar a dudas, aunque se centra en el contexto español, debe recomendarse en toda Latinoamérica, pues los problemas y detalles tratados en ella no son ajenos a nuestros países, por el contrario, el escaso desarrollo doctrinal que se le ha dado a este tema en América Latina, hacen de este trabajo una importante obra para ampliar conocimientos, plantear nuevos problemas y generar nuevas discusiones; además porque la actividad sanitaria se ha convertido en una de las grandes protagonistas de la sociedad moderna, tanto a nivel científico, como jurídico.