

XXV SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

EN HOMENAJE AL PROF. DR. DR. H.C. JAVIER DE VICENTE REMESAL. “PROBLEMAS DE DERECHO PENAL GENERAL Y ESPECIAL”

Lunes 22 de julio de 2024

ÁREA DE DERECHO PENAL UNIV. DE VIGO / FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES

RELACIÓN SOBRE EL DEBATE DE LA PONENCIA: LAS CONTRIBUCIONES DOGMÁTICAS AL DERECHO PENAL MÉDICO DEL PROF. DR. DR. H. C. JAVIER DE VICENTE REMESAL: CUESTIONES PARA EL DEBATE, del Prof. Dr. D. Virxilio Rodríguez Vázquez.

Lunes 22 de julio de 2024, 11:10-12:30 h

Ponente: Prof. Dr. D. VIRXILIO RODRÍGUEZ VÁZQUEZ

Moderadora: Prof. Dra. D.^a MARTA GARCÍA MOSQUERA

Relatora: Dña. STEPHANIA SERRANO SUÁREZ.

Universid_deVigo



**Fundación
Internacional
de Ciencias
Penales**

**LAS CONTRIBUCIONES DOGMÁTICAS AL DERECHO PENAL MÉDICO DEL
PROF. DR. DR. H. C. JAVIER DE VICENTE REMESAL: CUESTIONES PARA EL
DEBATE**

**Ponente: Prof. Dr. D. Virxilio Rodríguez Vázquez. Profesor titular de Universidad.
Universidad de Vigo.**

**Moderadora: Prof. Dra. D.^a Marta García Mosquera. Profesora titular de
Universidad. Universidad de Vigo.**

Intervinientes en el debate: Prof. Dra. D.^a María Ángeles Rueda Martín, Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. Diego-Manuel Luzón Peña, Prof. Dr. h. c. D. Javier De Vicente Remesal, Prof. Dr. D. Maximiliano Rusconi, Prof. D. José Manuel García Sobrado, Prof. Dr. D. José Manuel Paredes Castañón, Prof. Dr. D. Juan Antonio García Amado.

Relatora: Dña. Stephania Serrano Suárez. Universidad de León.

Finalizada la ponencia del Prof. Rodríguez Vázquez, la moderadora Prof. García Mosquera, se suma a las palabras que ha dedicado el ponente a su común maestro el Prof. Javier de Vicente Remesal, destacando su pasión por el Derecho penal. Añade que el ponente ha sintetizado muy claramente los hitos y cuestiones fundamentales que definen el posicionamiento del Prof. De Vicente Remesal sobre el Derecho penal médico. Posteriormente abre el debate y cede la palabra a la Prof. Rueda Martín.

La Prof. Rueda Martín inicia dando la enhorabuena al Prof. De Vicente Remesal por su homenaje que está previsto para el día siguiente a este Seminario. Le gustaría saber qué juicio le merece el papel que desempeñan los actuales sistemas de Inteligencia Artificial (IA) en el ámbito de la determinación del deber objetivo de cuidado en la actividad médica quirúrgica. Esto atendiendo al art. 14 de la Ley de Inteligencia Artificial de la UE, que plantea la necesidad de que haya una intervención o supervisión humana.

Frente a este cuestionamiento el Prof. De Vicente Remesal destaca que el deber objetivo es un criterio determinante para poder medir el grado de exigibilidad y la responsabilidad en relación con determinadas actividades. En el ámbito de la IA va a influir en donde se va a pedir la intervención humana, pero manifiesta que no tiene claro cómo va a funcionar.

También señala que es cierta la infravaloración del deber objetivo de cuidado. Indica que no ha cambiado de opinión sobre el tema de conocimientos y capacidades especiales expuesto por el Prof. Rodríguez Vázquez, pero la ha matizado en relación con las capacidades especiales precisamente sobre la base de la infracción del deber objetivo de cuidado.

Afirma que ha seguido a su maestro el Prof. Luzón Peña en muchas de las cuestiones relativas a conocimientos y capacidades especiales y ha discrepado en algún punto, entendiendo que la mayoría de las capacidades son adquiridas, y si eso es así, se puede crear esa figura del deber objetivo de cuidado sobre la hipotética adquisición de esas capacidades por un sujeto. Sin embargo, él también cuestionaba la imposibilidad de solución a través de la demostrabilidad de aquellas capacidades que son innatas, no adquiribles. En su última ponencia y publicación se decantaba de una manera más firme en el sentido de esa exigibilidad, aunque no fuera por el camino de la determinación del deber objetivo de cuidado, y en este sentido se acerca más a Roxin y a Greco. En definitiva, cree que es muy difícil que se supere la exigencia de esa demostrabilidad que cree que es imprescindible para las capacidades y conocimientos.

Toma la palabra el Prof. Luzón Peña quien aprovecha para dar las gracias al Prof. Rodríguez Vázquez. Inicia señalando la novedad de la IA y la robótica en relación con el Derecho penal, evidenciándose en las recientes y múltiples publicaciones al respecto, relacionados por ejemplo con la capacidad de acción de los robots, tema sobre el cual ha escrito entre otros, Luis Greco.

A cerca de la relación entre la actividad médico quirúrgica y la robótica con el deber objetivo de cuidado, plantea que los robots pueden superar a veces la inteligencia humana, tienen más capacidad, más datos y velocidad de procesamiento. Por lo que en materia médica de diagnóstico de tratamiento y operaciones parece que se va a sustituir a la persona media ideal por la máquina. No solo en el deber de lo que es objetivamente previsible o evitable, sino en materia de actuación quirúrgica sobre el paciente, la robótica ha tenido un papel muy importante ya que existen intervenciones quirúrgicas que no se podían hacer sino a través de microcirugía.

El Prof. Luzón Peña se cuestiona si las cirujanas utilizaran el baremo de lo que el robot puede saber, predecir y diagnosticar como punto de referencia. Y señala que cree que no, pues nos encontraríamos con algo parecido en el ámbito del fútbol con el VAR donde la máquina tiene más precisión, pero menos sensibilidad.

Entiende que no se puede utilizar como sustitución o como complemento para hacer juicios objetivos de previsibilidad, de prognosis o pronóstico, de valoración del riesgo y por tanto de deber objetivo de prudencia porque el riesgo supera un límite. Sostiene que otra cuestión es que podamos reprochar a los humanos que pudiendo haber utilizado los diagnósticos, pronósticos, consejos o incluso indicaciones perentorias para cambiar un tratamiento o intervención a través de la IA, si disponen de ello, no lo hayan hecho. Y en este sentido refiere que los países del tercer mundo no cuentan con tanta tecnología, y que no es lo mismo lo que puede prever un médico con los medios que pueden existir en un país del primer mundo.

Si de lo que se trata es de hacer el pronóstico, el juicio objetivo de cuidado, en función de lo que diga un robot, un equipo humano con mucha experiencia podría señalar que el robot se equivoca. El Prof. Luzón Peña concluye su intervención señalando que duda que la máquina pueda sustituir al ser humano lo cual plantearía graves problemas.

Interviene el ponente Prof. Rodríguez Vázquez, para responder al cuestionamiento planteado, y advierte que en la medida en que se desarrolle un algoritmo que permita determinar científicamente el deber objetivo de cuidado de una determinada situación que estamos sometiendo a juicio, será útil el algoritmo o la IA a efectos de prueba. Por tanto, será un elemento probatorio más en la determinación del deber objetivo de cuidado.

A continuación, toma la palabra el Prof. Maximiliano Rusconi, quien plantea el tema de la autonomía sistémica del conocimiento presunto. Él cree que no hay un derecho a presumir cualquier cosa, pero cuando puede darse un caso de consentimiento presunto es porque ya hay un estado de estado de necesidad justificante o algo similar. Por eso, más allá del lugar sistemático, si el consentimiento es un problema de tipicidad o

antijuridicidad, tiende a pensar que la eximente de consentimiento presunto no tiene autonomía y pregunta si desde el Derecho penal de la medicina la cuestión cambia o no.

El Prof. Rodríguez Vázquez toma la palabra para indicar que son múltiples los trabajos del Prof. De Vicente Remesal en el tema del consentimiento presunto o hipotético, línea de trabajo que sigue el ponente y en la cual se otorga un valor diferencial autónomo al consentimiento presunto a la hora de determinar la actuación del médico. Y en buena medida ese valor jurídico penal que se le otorga al consentimiento presunto estará condicionado por donde se ubique el consentimiento no presunto al que se ha referido en la ponencia. Por lo tanto, si se le otorga valor diferencial autónomo al consentimiento presunto sin necesidad de otro tipo de institutos jurídicos, la ubicación o valoración de ese consentimiento presunto será el que se le otorgue al consentimiento expreso.

El Prof. De Vicente Remesal interviene para manifestar su coincidencia con la anterior intervención, considera que el consentimiento presunto no es figura asimilable al estado de necesidad, y que pueden darse situaciones en que la intención se base en la presunción de un consentimiento que no pudo otorgarse en el momento inicial.

El Prof. Rusconi nuevamente se pronuncia y plantea que, si nos cuestionamos en que base podía sostenerse la presunción, es muy fácil pensar en situaciones de desventaja, por tanto, un sostén de la legitimidad del consentimiento presunto sería una decisión ventajosa, que acerca a un estado de necesidad justificante, y pregunta: ¿En situaciones ventajosas sigue habiendo un derecho de presunción?

El Prof. De Vicente Remesal advierte que lo que apoya la existencia de ese consentimiento que no se manifestó en un momento anterior, es el criterio en el sentido que es aquello que le beneficiaría. Se cuestiona si esto significa que aquello que le perjudica o aquello que desde el punto de vista médico no es adecuado, evitaría el pensar que concurriría ese consentimiento presunto. Señala que en esta cuestión depende del valor que se le dé a la voluntad, considera que la voluntad del paciente es sagrada, tiene la facultad de decidir lo que él quiera y puede decidir aquello que le es perjudicial, lo cual debe respetarse.

A continuación, interviene el Prof. García Sobrado quien cree que a los jueces no les hace falta programa o algoritmo alguno, debido a que en su experiencia utilizan el principio de autoridad ya que en sus resoluciones muchas veces no existe motivación y por tanto no van a necesitar la IA. Indica que el término «IA» no es correcto, pues los robots no tienen inteligencia, los robots reciben datos y programas que realizan personas indicando los resultados y consecuencias a las que tienen que llegar en función de determinados parámetros. Por lo tanto, el robot que realiza la microcirugía está preordenado por uno varios programas y el que debe responder es quien hizo el programa. Añade que considera que el consentimiento informado en la praxis no es real, ya que todo se reduce a la indicación de firmar un documento por parte de la enfermera, sin muchas posibilidades de cuestionarlo, por lo cual considera que hay un poco de hipocresía en estas cuestiones.

El Prof. Rodríguez Vázquez responde que está de acuerdo con lo señalado por el Prof. García Sobrado en el sentido que en la práctica serán pocas las ocasiones en que exista un consentimiento informado con valor real. Señala que esto se debe a los propios problemas del sistema que obligan al personal sanitario a actuar con celeridad. Como apunta el Prof. De Vicente Remesal en sus trabajos, muchos de los errores y problemas que se plantean en relación con la obtención del consentimiento del paciente son problemas sistémicos, institucionalizados y los profesionales sanitarios se ven abocados a realizar actuaciones que a ellos les gustaría hacer de otra forma.

La moderadora cede la palabra al Prof. Paredes Castañón quien refiere que el Prof. Luzón Peña y el Prof. Rodríguez Vázquez han planteado la IA como mecanismo procesal para probar o valorar si hay o no imprudencia, considera que tienen razón en que en un proceso judicial parece difícil imaginar que los procesos de IA pueden sustituir a los propios humanos. Cuestiona en qué medida los sistemas de IA que se utilizan en procesos peligrosos para la vida y seguridad de las personas como pueden ser los tratamientos médicos, cambian los criterios de actuación del personal sanitario que los utilizan. Le parece que «IA» suele ser hoy por hoy un término muy genérico que admite cosas muy diferentes, la mayor parte de estos sistemas lo que hacen es procesar información y tomar decisiones a partir de algoritmos pre programados.

Acoge el planteamiento del Prof. García Sobrado en el sentido de que el problema tiene que ver por un lado con la responsabilidad de quienes diseñan estos algoritmos y, por otro lado, con el principio de confianza, es decir en qué medida el personal médico quirúrgico puede confiar o no en que los algoritmos del sistema han sido bien diseñados. Señala que no ve tantas diferencias entre esos sistemas y el termómetro, pues se pregunta hasta qué punto se puede confiar en la medición de la temperatura.

El Prof. Paredes Castañón cree que lo que plantea más problemas es el hecho de que los sistemas de IA puedan aprender, procesar información y cambiar su propio algoritmo, como es el caso del chat GPT, lo cual genera complicaciones porque no es tan solo quienes han diseñado el algoritmo, sino que están todos los *inputs* que llegan al sistema y que hacen muy difícil la supervisión humana por lo que se necesitará establecer protocolos y limitación de la responsabilidad. Usar estos sistemas tiene unos riesgos, hay que establecer los costos y los beneficios y al final el sistema puede acabar fallando tal como lo refirió el Prof. Luzón Peña.

El Prof. García Amado continúa el debate apuntando que la cuestión de la IA va a objetivar el estándar objetivo, entiende que el estándar se establece sobre una serie de prácticas valoradas con un determinado medio que es limitado. El algoritmo va a poder decir exactamente cuál es la probabilidad más alta del diagnóstico certero dados ciertos datos, o cuál es la forma previsiblemente más exitosa de hacer una determinada intervención quirúrgica. Esto debido a que procesa los datos a nivel extremo, lo cual para él no es un problema, pero entiende que tiene que cambiar la teoría, pues la única manera de establecer una probabilidad objetiva de éxito, que es en lo que se basa la objetivación del estándar, es hacer lo que dicta el algoritmo. Si este dice que haciendo una intervención de una determinada manera la probabilidad de éxito es del 20%, y de otra manera del 60%, si el médico se decide por el 20%, va a ser inevitable que eso altere el origen o la construcción del estándar.

A cerca del consentimiento presunto, refiere que, aunque predominen los casos en los que el consentimiento exista, no quiere decir que toda intervención hay que presumirla consentida. Y plantea: primero, el caso de cuando el paciente se despierta de la operación después de haber entrado en coma al hospital, pero él quería morir. Segundo,

el caso del bebe cuyo padre consciente su operación, y posteriormente esa persona le inicia un proceso al padre por haber consentido la intervención que le dejó en silla de ruedas de por vida. Tercero, el paciente adulto que entra en coma en el quirófano y no tiene a nadie que consienta por él y que quería morir. Indica que imputarle a las personas consentimiento para mantener la coherencia de la doctrina, es abusar de la norma.

Se debe asumir que los médicos cada vez tienen un deber normativo de actuar más allá de cualquier consentimiento que no se puede expresar, luego lo determinante no es si el paciente consiente o no. El Prof. García Amado finaliza su intervención indicando que le parece que no hay que confundir la prevalencia del consentimiento cuando puede darse, con la obligación del juez de actuar más allá de cualquier consentimiento cuando no se puede establecer un consentimiento prevalente.

A continuación, tiene la palabra el Prof. Luzón Peña, quien aclara que en su intervención anterior se refirió a la aplicabilidad de la IA como medio probatorio y refiere que los robots aprenden, razonan y opinan en materia médica quirúrgica, sin embargo, sustituir a los abogados es más difícil porque existe menos unanimidad de información. En cuanto al consentimiento dice que el día de mañana en la laudatio al Prof. De Vicente Remesal leerá unas palabras de su trabajo en el Libro Homenaje que ya está publicado.

Advierte que ha tenido que reflexionar sobre dos temas de Derecho penal médico, uno ha sido las capacidad y conocimientos especiales para el juicio de previsibilidad de los riesgos para lo que puede o no puede pasar. Sobre lo cual le dará en parte la razón al Prof. De Vicente Remesal, quien vio que hay capacidades, habilidades especialísimas que son adquiribles y distingue entre fácilmente y muy difícilmente adquiribles o transmisibles. Sin embargo, él se considera poco optimista al pensar que todo se puede adquirir, pues ni siquiera los robots podrían. El otro tema que ha dado lugar a su contribución al Libro Homenaje del Prof. De Vicente Remesal es el consentimiento hipotético, manifiesta que comparte con el homenajeado que lo que hacen los médicos es un fraude, ya que se les absuelve cuando el paciente que podía consentir, estaba

inconsciente, debido a que hipotéticamente se piensa que si se hubiera podido dar toda la información le habrían hecho cambiar de opinión.

El Prof. Luzón Peña, continua su intervención y acerca del consentimiento presunto señala que sigue respetando la autonomía de la voluntad y la capacidad de las personas capaces, presentes y conscientes porque este se emite en situaciones de necesidad, pero también en situaciones que el sujeto está de viaje o ha sufrido un desmayo prolongado. Y en estos casos habría que hacer una intervención o entrar en su casa, en su intimidad. Es la presunción jurídica y razonable de lo que pensaría en realidad ese sujeto si estuviera en condiciones de consentir, pero como es una presunción, puede errar, y por ello se piensa en lo razonable para la mayoría. Los médicos al hacer lo que deben están respetando la voluntad, esa presunción razonable. La enorme ventaja del consentimiento presunto es que pueden presumir que un paciente se comportaría como la mayoría de la gente.

Cierra las intervenciones el Prof. De Vicente Remesal. En relación con el tema de la IA cree que es importante en la determinación de lo que es la previsibilidad objetiva de producción de un resultado y también en el riesgo médico para darle el valor que se merece. A lo mejor se da satisfacción a lo que el Prof. García Sobrado ha criticado sobre el principio de autoridad de los jueces. Pero si cree que es probable que la IA llegue a sustituir a los jueces y se decida con base en el programa o algoritmo.

El Prof. De Vicente Remesal da las gracias al Prof. Rodríguez Vázquez por la ponencia y señala que la síntesis, el resumen y la interpretación que ha hecho de su trabajo es mucho mejor que lo que él escribió. Finaliza indicando que todo lo que ha aprendido ha sido de su maestro el Prof. Luzón Peña.

La moderadora da por finalizado el debate.