

**Prof. Dr. Virxilio Rodríguez Vázquez**

Prof. Titular de Derecho Penal, Univ. de Vigo. Socio de la FICP.

**~Las contribuciones dogmáticas al Derecho penal médico del Prof. Dr.  
Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal\*~**

**I. INTRODUCCIÓN**

Las aportaciones de Javier DE VICENTE REMESAL al Derecho penal son muchas y muy diversas, destacando entre todas ellas las realizadas en el campo de la dogmática penal. Es aquí donde podemos encontrar sus principales trabajos, especialmente publicaciones científicas en forma de libros, capítulos de libro y artículos, caracterizados todos ellos por una extraordinaria meticulosidad y profundidad en el análisis. Su obra destila un dominio total de la teoría del delito y de la pena, fundamentado, sin lugar a dudas, en un excelente manejo de la doctrina alemana. No en vano, DE VICENTE REMESAL es uno de los principales traductores al español de la obra de Claus ROXIN, su maestro alemán, como lo demuestra el hecho de haber traducido buena parte del manual de Derecho Penal, Parte General, T.1 y T.2 (1997 y 2014). El pensamiento roxiniano está presente en toda su producción científica, directa o indirectamente, a través del pensamiento y obra de su maestro español, el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-M. LUZÓN PEÑA.

Sin miedo a equivocarnos, podríamos decir que DE VICENTE REMESAL es uno de los mayores expertos, si no el mayor, en el estudio del comportamiento postdelictivo en España. De hecho, fue pionero en el abordaje de este tema, objeto de su tesis doctoral, y que dio paso a su primera monografía, “El comportamiento postdelictivo” (1985). Ahora bien, su principal línea de investigación es la relativa al Derecho penal médico. Son numerosas las aportaciones dogmáticas al y, por qué no, desde el Derecho penal médico, pues en no pocos casos este es el laboratorio en el que somete a prueba muchas de las tesis y planteamientos que adopta sobre diferentes categorías y elementos de la teoría del delito, así como también de la teoría de la pena. Por una parte, muchos son los trabajos

---

\* Ponencia presentada en el XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho penal, en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. D. Javier de Vicente Remesal, Univ. de Vigo, 22 de julio de 2024. Coincide con mi artículo del mismo título en el LH-de Vicente Remesal por su 70.º aniversario, Madrid, B.O.E./FICP, 2024, 437 ss.

**Actas del XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,  
Univ. de Vigo, 2024.**

sobre la imprudencia y, en concreto, sobre la determinación del deber objetivo de cuidado<sup>1</sup>. Especialmente significativos son los trabajos sobre el consentimiento en las intervenciones quirúrgicas, tratando la naturaleza y significado jurídicos de aquél en relación con el tipo de lesiones<sup>2</sup>. También ha dedicado no pocas publicaciones a las consecuencias jurídicas de los delitos de homicidio, lesiones, aborto imprudentes en el ámbito médico<sup>3</sup>. Audaces son sus contribuciones, a caballo entre la dogmática y la

---

<sup>1</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., La regulación de la imprudencia en el Código penal, *Revista Xurídica Galega*, 23, 1999, 13-31; DE VICENTE REMESAL, J./RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., El médico ante el derecho penal: consideraciones sobre la imprudencia profesional y el trabajo en equipo, en Núñez Paz, M.A./García Alfaraz, A.I./Pérez Álvarez, F. (Coords.), *Universitas vitae: Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, 145-178; DE VICENTE REMESAL, J., El criterio de la figura baremo referencial en la determinación del deber objetivo de cuidado en supuestos especiales, en de Vicente Remesal, J./Díaz y García Conlledo, M./Paredes Castañón, J.M./Olaizola Nogales, I./Trapero Barreales, M.A. (Dirs.), Roso Cañadillas, R./Lombana Villalba, J. (Dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Reus, Madrid, 2020, 597-615; Fundamento y límites de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales del autor (a la vez, una referencia paralela a los conocimientos especiales), *RECPC*, 22-03, 2020, 1-52; *Sonderfähigkeiten und objektive Sorgfaltspflichtverletzung*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2020, 194-203.

<sup>2</sup> Así DE VICENTE REMESAL, J., Consentimiento y acuerdo: ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuricidad?, en Luzón Peña, D-M./Mir Puig, S. (Dirs.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, 1999, McGraw-Hill Interamericana de España S.L., Madrid, 113-154; *Die mutmassliche Einwilligung und ihre besondere Bedeutung im Rahmen einer Operationserweiterung*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2017, 689-698; Aspectos esenciales del consentimiento presunto en la práctica quirúrgica, con especial referencia a la determinación del elemento subjetivo de justificación, en Basso, G./Cancio Meliá, M./Maraver Gómez, M./Fakhouri Gómez, Y./Rodríguez Horcajo, D., *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. 1, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2019, 401-414; El consentimiento en las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas, *RECPC*, 23, 2021, 1-62; El consentimiento en las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas, *Libertas: Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 11, 2022, 323-324; El tratamiento jurídico-penal de las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas, en Gómez Martín, V./Bolea Bardón, C./Gallego Soler, J.I./Hortal Ibarra, J.C./Joshi Jubert, U. (Dirs.), Valiente Ivañez, V./Ramírez Martín, G. (Coords.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, AEBOE, Madrid, 2022, 517 ss.; La representación subjetiva del hecho típico en la tentativa: un criterio paralelo contrapuesto para determinar el elemento subjetivo de justificación en el consentimiento presunto, en Ferré Olivé, J.C./Serrano-Piedecasas Fernández, J.R./Demetrio Crespo, E./Pérez Cepeda, A.I./Núñez Paz, M.A./Zúñiga Rodríguez, L./Sanz Mulas, N. (Coords.), *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, vol. 2, 2022, 137-143; El tratamiento jurídico penal de las lesiones causadas por las intervenciones quirúrgicas con resultado positivo y con resultado fallido, en Corral Maraver, N./García Magna, D./Pérez Jiménez, F./Prado, B./Rando Casermeiro, P. (Coors.)/Muñoz Sánchez, J./García Pérez, O./Cerezo Domínguez, A.I./García España, E. (Dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 1691-1704; Las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas con resultado positivo y con resultado fallido: su tratamiento jurídico penal, *Libertas*, 12, 2023, 240-240.

<sup>3</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., La pena de inhabilitación profesional: consideraciones desde el punto de vista de los fines de la pena, *CPC*, 113, 2014, 45-104; Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional en el CP español: referencia especial a la inhabilitación profesional médica, *Revista Penal*, 39, 2017, 50-65; Prohibición del ejercicio de una especialidad o actividad médica "versus" prohibición del ejercicio de la medicina en general: consideraciones dogmáticas y de política criminal, en Silva Sánchez, J.M./Queralt Jiménez, J.J./Corcoy Bidasolo, M./Castiñeira Palou, M. (Coords.), *Estudios de Derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, B de F, Montevideo, 2017, 949-961; Los fines de la pena y las repercusiones de su consideración en la pena de inhabilitación profesional, en Luzón Peña, D-M. (Dir.), *Libro Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima,

**Actas del XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,  
Univ. de Vigo, 2024.**

política criminal, sobre la identificación, clasificación y propuestas jurídicas de prevención de los errores médicos<sup>4</sup>. Y, finalmente, publicaciones que podrían ubicarse tanto en estudios de Parte general como de Parte especial<sup>5</sup>.

En buena medida, esta línea de investigación se ha desarrollado al amparo de proyectos de investigación estatales y autonómicos, liderados en calidad de investigador principal por el propio Javier DE VICENTE REMESAL, siendo en la actualidad investigador principal del grupo Práctica Médica y Derecho (PM&D), integrado en el Instituto de Investigación Sanitaria Galicia Sur<sup>6</sup>.

Además de todo lo anterior, debo indicar que es extenso el número de ponencias por invitación, así como comunicaciones en congresos, cursos y seminarios impartidos sobre esta materia, a lo que se añade el haber dirigido una tesis doctoral titulada “La responsabilidad penal en el ejercicio de las actividades médico-sanitarias”, que tuve el honor de defender en el año 2008, merecedora del premio extraordinario de doctorado de

---

2018, 70-137; La relación del ámbito profesional con la prohibición del ejercicio de la profesión como pena principal, accesoria, o medida de seguridad, Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 1465-1492.

<sup>4</sup> Cfr. DE VICENTE REMESAL, J., Sistematización de errores médicos y factores latentes de riesgo: (un instrumento para el análisis de la jurisprudencia y de otras fuentes), Revista de Derecho Penal, nº. 39, 2013, 39-68; Factores latentes de riesgo, eventos adversos y errores en la práctica médica, en Luzón Peña, D.-M./Díaz y García Conlledo, M. (Dirs.), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana: Liber amicorum en homenaje al profesor doctor Jürgen Wolter por su 75º aniversario, Reus, Madrid, 2018, 153-186; Taxonomía de errores de medicación: intervención penal y otras medidas o estrategias de prevención, en Suárez López, J.M./Barquín Sanz, J./Benítez Ortúzar, I.F./Jiménez Díaz, M.J./Sáinz Cantero Caparrós, J.E. (Coords.), Estudios jurídico penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. 2, Dykinson, Madrid, 2018, 1911-1930; Limitaciones de la intervención penal para la prevención de errores de medicación frente a otras medidas o estrategias preventivas, CPC, 124, 2018, 63-108; Errores médicos y seguridad del paciente: de la búsqueda de un "quién", a quien castigar, al descubrimiento de un "qué", que prevenir, en Santana Vega, D.M., Fernández Bautista, S., Cardenal Montravel, S., Carpio Briz, D., Castellví Monserrat, C. (Dirs.), Una perspectiva global del Derecho Penal: Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez 2021, 531-543.

<sup>5</sup> V. DE VICENTE REMESAL, J., El grave peligro para la salud psíquica de la madre en la nueva ley del aborto, La Ley, 1985-3, 1038-1055.

<sup>6</sup> “Derecho sanitario: convergencia de principios de responsabilidad médico-sanitaria en el marco de la UE” (Ref. PGIDIT05CSO20201PR), Xunta de Galicia (Programa de promoción Xeral), desde el 06/08/2005 hasta el 05/08/2008, importe 19.800,00 euros; “Ayudas para estructuración de unidades de investigación en humanidades”, Xunta de Galicia (Consellería de Educación e Ordenación Universitaria. Dirección Xeral de Promoción Científica e Tecnolóxica do SUG), desde el 01/01/2006 hasta el 31/12/2007, 48.750,00 euros; “Responsabilidad de personas físicas y jurídicas en el ámbito médico-sanitario: estrategias para la prevención de errores médicos y eventos adversos” (Ref. DER2011-22934), Ministerio de Ciencia e Innovación (Resolución de 20 de diciembre de 2010, de la Secretaría de Estado de Investigación, por la que se aprueba la convocatoria para el año 2011 del procedimiento de concesión de ayudas para la realización de proyectos de investigación y acciones complementarias dentro del Programa Nacional de Proyectos de Investigación Fundamental, en el marco del VI Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2008-2011), desde el 01/01/2012 hasta el 31/12/2014 (prorrogado hasta 31/12/2015), 54.450,00 euros.

la Universidad de Vigo.

Por todo ello, qué mejor momento que éste para visitar la obra de mi maestro e intentar, aunque sea muy brevemente por razones de espacio, sintetizar sus principales ideas y aportaciones más novedosas en el ámbito del Derecho penal médico.

## **II. LA CONSIDERACIÓN DE LAS INTERVENCIONES MÉDICAS, EN PARTICULAR LAS QUIRÚRGICAS, COMO UN DELITO DE LESIONES**

Es amplio el debate sobre cómo deben ser valoradas desde el punto de vista jurídico-penal las intervenciones médicas, con especial atención a las intervenciones quirúrgicas. Resumidamente, las diferentes posturas doctrinales y jurisprudenciales se pueden agrupar en tres planteamientos distintos. Por una parte, nos encontramos con quienes defienden una concepción unidimensional del bien jurídico protegido en el delito de lesiones, que entienden que el tipo trata de proteger única y exclusivamente la integridad corporal y/o la salud de la persona<sup>7</sup>. A partir de aquí surgen a su vez dos posiciones doctrinales. Un sector de la doctrina considera que todo tratamiento médico, independientemente de que cumpla o no con el deber de cuidado requerido, de que suponga o no una mejora de la salud o, incluso, la curación del enfermo, y de cuál haya sido la finalidad del personal sanitario que lo ha ejecutado, realiza el tipo de lesiones<sup>8</sup>. Y esto porque el bien jurídico protegido por el delito de lesiones se identifica exclusivamente con la integridad física (o la integridad y la salud), diferenciada intencionadamente de la salud. Esta intervención típica puede quedar justificada y, por tanto, no ser antijurídica cuando concurra el consentimiento válidamente emitido por parte del paciente. Se trata de asegurar de este modo la protección penal de la autodeterminación del paciente a través del delito de lesiones, exigiendo el consentimiento del paciente para otorgar validez legal al acto médico, ante la ausencia en el CP (como en el StGB) de artículos adecuados para la

---

<sup>7</sup> ROMEO CASABONA, C.M., *El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona, Bosch, 1981, 136 ss.; JORGE BARREIRO, AG., *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, Tecnos, 1990, 81; CARDONA LLORENS, A., *Estudio médico-penal del delito de lesiones*, Madrid, Edersa, 1988, 26 ss.

<sup>8</sup> Cfr. ARZT, G., *Strafrecht. BT I (Delikte gegen die Person)*, Bielefeld, Ernst und Werner Gieseking, 1977, 102; SCHWALM, G., *Zum Begriff und Beweis des ärztlichen Kunstfehlers*, en: *Festschrift für Paul Bockelmann*, München, Beck, 1979, 547; BOTTKE, W., *Suizid und Strafrecht*, Berlin, Duncker und Humblot, 1982, 144 s.; SCHREIBER, H-L., *Zur Reform des Arztstrafrechts*, en: *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, Berlin, New York, de Gruyter, 1999, 713, 724. En la doctrina española BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal. PE. Delitos contra las personas*, 2.º ed., Madrid, Ceura, 1987, 164.

protección de este bien jurídico en el marco de los tratamientos médicos<sup>9</sup>. Desde otro sector de la doctrina, crítico con el anterior, se ha defendido que la intervención médico-sanitaria, en principio, no realiza el tipo de lesiones, al no dañar el cuerpo ni la salud del paciente<sup>10</sup>. Entre quienes sostienen un concepto unitario de bien jurídico, identificado con un concepto amplio de “salud”<sup>11</sup>, comprensivo de la salud en sentido estricto y de la integridad física, existen dos pareceres diferenciados. Algunos autores determinan la tipicidad o atipicidad de la conducta del médico en función del resultado del tratamiento,

---

<sup>9</sup> La imposibilidad de aplicar los artículos relativos a los delitos contra la libertad, bien coacciones o bien detenciones ilegales, así como la inexistencia de un delito de tratamiento arbitrario, da lugar a que se adopte esta vía de solución.

<sup>10</sup> En este sentido, ROMEO CASABONA, C.M., El médico y el Derecho penal I, 1981, 137, 285 ss.; JORGE BARREIRO, AG., La relevancia jurídico-penal del consentimiento, 12; el mismo, La imprudencia punible, 1990, 72, 81; ANTÓN ONECA, J., Notas críticas al Código penal. Las lesiones, en: Estudios de Deusto, 25-26, 1965. Número-Homenaje dedicado Julián Pereda con ocasión de su 75.º aniversario, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965, 791; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., El delito de lesiones, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, 38; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S., Derecho penal. PG: Teoría jurídica del delito, 2.ª ed., Madrid, Castellanos, 1986, 254 s.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., El consentimiento informado, CPC 1995, 447-479, 470 s.; el mismo, Derecho penal. PG. II. Introducción a la teoría jurídica del delito; IV. Las consecuencias jurídicas del delito. El Derecho penal de ejecución, Madrid, Marcial Pons, 2002, 172 s.; GARCÍA BLÁZQUEZ, M./ MOLINOS COBO, J.J., Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica (Aspectos jurídicos y médico-forenses), 2.ª ed., Granada, Comares, 1997, 350 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., Deber de cuidado y delito imprudente, Barcelona, Bosch, 1998, 175 s.; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., Derecho penal español. PE, 7.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 50 s.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Pamplona, Aranzadi, 2003, 53; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., El delito de tratamiento médico arbitrario: una propuesta *de lege ferenda*, RECPC 19-03, 2017, 1-59, 51; por todos, STOOB, C., Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung: eine strafrechtliche Studie, Berlin, Liebmann, 1898, *passim*; ENGISCH, K., Ärztlicher Eingriff, 1939, 5 ss.; SCHMIDT, E., Der Arzt im Strafrecht, Leipzig, Verlag von Theodor Weicher, 1939, 69 ss.; GRÜNWARD, G., Die Aufklärungspflicht des Arztes, 1961, 1, 9; KAUFMANN, A., Die eigenmächtige Heilbehandlung, ZStW 73-1961, 341-384, 341 s., 373 s.; BOCKELMANN, P., Strafrecht des Arztes, Stuttgart, Georg Thieme, 1968, 66 ss.; el mismo, Der ärztliche Heileingriff, 1981, 105 ss.; NIESE, W., Ein Beitrag zur Lehre vom ärztliche Heileingriff, en: Festschrift für Eberhard Schmidt, 2.ª ed., Göttingen, Vandenhoeck und Rupprecht, 1971, 364 ss.; KRAUSS, D., Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung, en: Festschrift für Paul Bockelmann, München, Beck, 1979, 565 ss.; ZIPP, H., Probleme eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung (dargestellt an Hand von § 110 öStGB), en: Festschrift für Paul Bockelmann, München, Beck, 1979, 577, 583; el mismo, Problemas del tratamiento curativo realizado sin consentimiento en el Derecho penal alemán y austriaco. Consideración especial del trasplante de órganos, en: MIR PUIG, S. (ed.), Avances de la medicina y Derecho penal, Barcelona, PPU, 1988, 155; ULSSENHEIMER, K., Arztstrafrecht in der Praxis, 5.ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2015, 73 ss.; DA COSTA ANDRADE, M., Consentimento e acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista), Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 400 ss.

<sup>11</sup> Véase ROMEO CASABONA, C.M., El médico y el Derecho penal I, 1981, 286; el mismo, El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López, Granada, Comares, 1999, 925; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., El delito de lesiones, 1982, 22; JORGE BARREIRO, AG., La imprudencia punible, 1990, 81; CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en: VIVES ANTÓN, TOMÁS S. (coord.), Comentarios al Código Penal de 1995, t. I y II., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, 788 s.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Derecho Penal. PG. II. Introducción a la teoría jurídica del delito; IV. Las consecuencias jurídicas del delito. el Derecho penal de ejecución, Madrid, Marcial Pons, 2002, 171; VILLACAMPA ESTIARTE, C., Responsabilidad penal del personal sanitario, 2003, 51 s.; MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. PE, 20.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 107; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., El delito de tratamiento médico arbitrario, RECPC 19-03, 2017, 51.

de manera que si existe desvalor de resultado, la conducta será típica (delito de lesiones), haciéndose necesario acudir a una causa de justificación para considerarlo lícito<sup>12</sup>. Otros, sin embargo, resuelven la cuestión de la tipicidad de la conducta en relación con el desvalor de acción, de manera que la intervención médica, conforme al deber de cuidado<sup>13</sup>, no constituye lesión típica aunque con ella haya empeorado el estado de salud del paciente, sólo atribuible, en tales circunstancias, a caso fortuito. Se concluye que el médico no lesiona sino que cura, con independencia de que haya mediado o no el consentimiento del paciente, pues la protección a su salud no se ve afectada por la presencia o ausencia de aquél<sup>14</sup>. Frente a la concepción unidimensional del bien jurídico protegido en el delito de lesiones, otra postura lo entiende en una doble dimensión. Obviamente, la integridad física y/o la salud son objeto de protección, pero al mismo tiempo y de forma inseparable lo será el derecho de disposición sobre esos bienes<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Una relación detallada de los autores que sostienen esta postura en JORGE BARREIRO, AG., La relevancia jurídico-penal del consentimiento, CPC 1982, 8.

<sup>13</sup> Véase ANTÓN ONECA, J., Notas críticas al Código penal. Las lesiones, en: Estudios de Deusto, 25-26, 1965. Número-Homenaje dedicado Julián Pereda con ocasión de su 75.º aniversario, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965, 791; ROMEO CASABONA, C.M., El médico y el Derecho penal I, 1981, 9 ss., 273; el mismo, El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López, Granada, Comares, 1999, 927; JORGE BARREIRO, AG., La relevancia jurídico-penal del consentimiento, 1982, 8; el mismo, La imprudencia punible, 1990, 70; el mismo, Derecho a la información y el consentimiento informado, 1996, 167; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., El delito de lesiones, 1982, 39.; ZIPF, H., Problemas del tratamiento curativo, 1988, 156; CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Comentarios al Código Penal de 1995, 1996, 807; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., Deber de cuidado, 1998, 175; VILLACAMPA ESTIARTE, C., Responsabilidad penal del personal sanitario, 2003, 58, 72; MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. PE, 2015, 130; JESCHECK, H.H./WEIGEND, T., Tratado de Derecho Penal. PG, trad. 3.ª ed. y adiciones MIR PUIG, S./MUÑOZ CONDE, F., Barcelona, Bosch, 1981; trad. 5.ª ed. OLMEDO CARDENETE, M., Granada, Comares, 2002, 407; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Derecho Penal. PG, 2002, 172; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., El delito de tratamiento médico arbitrario, RECPC 19-03, 2017, 51 s.

<sup>14</sup> Véase ROMEO CASABONA, C.M., El médico y el Derecho penal I, 1981, 274, 286; el mismo, Responsabilidad médico-sanitaria y sida, Apen 1996, 464; JORGE BARREIRO, AG., La relevancia jurídico-penal del consentimiento, 1982, 7 ss.; el mismo, Derecho a la información y el consentimiento informado, 1996, 164 ss.; BUENO ARÚS, F., El rechazo del tratamiento en el ámbito hospitalario, Apen 1991, 395-406, 399; GÓMEZ PAVÓN, P., Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil, 3.ª ed., Barcelona, Bosch, 2013, 284 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., Responsabilidad penal del personal sanitario, 2003, 56.

<sup>15</sup> Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., El consentimiento informado, 1995, 469; el mismo, Derecho penal. PG. II, 2002, 171; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., El delito de lesiones, 1982, 23, 36, 40; BAJO FERNÁNDEZ, M., La intervención médica contra la voluntad del paciente (a propósito del auto de la sala segunda del ts de 14 de marzo de 1979), ADPCP 1979, 491-500, 499; BACIGALUPO ZAPATER, E., El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física, PJ 12-1990, 147-162, 151, 157; MOYANO GARCÍA, R., Consentimiento del paciente e imprudencia médica, CuadDJ 1993-I, 477-489, 481 s.; DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, Madrid, Colex, 1995, 226 ss.; CORCOY BIDASOLO, M., Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: la eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, en: El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López, Granada, Comares, 1999, 268 s.; en este grupo también incluiría a GUÉREZ TRICARICO, P., El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2012, 320, 323 s., 331 s., 338, 341 s., 346, 349 s., 360 ss.; ROMEO MALANDA, S., Responsabilidad penal médica, 2013, 73-113, 99 ss.; el mismo, Los denominados “tratamientos médicos arbitrarios”, 2015, 173-188, 180, 184; PANTALEÓN

**Actas del XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,  
Univ. de Vigo, 2024.**

Desde este punto de vista, el consentimiento del paciente no se ubica entre las causas de justificación, sino que se integra en el tipo. Así pues, el tratamiento, si es realizado sin el consentimiento del paciente, constituirá un delito de lesiones.

La postura adoptada por DE VICENTE REMESAL está alineada con la expuesta en último lugar, si bien la conjuga con la adecuación social como causa de atipicidad penal (no como causa de justificación). Así, considera que las intervenciones médicas – generalmente en sus trabajos se refiere a las intervenciones quirúrgicas- realizan, en principio, el tipo de lesiones. Ahora bien, resultarán adecuadas social (y jurídicamente) si son practicadas contando con el consentimiento del paciente, entendiendo en estos casos la adecuación social como una causa de atipicidad excluyente, ya de entrada, del tipo indiciario, y no como una causa de justificación<sup>16</sup>. Las virtudes de esta solución no son pocas. Por una parte, respeta el tipo positivo del CP (arts. 147 ss. y 152 CP), en el que se señala como bien jurídico protegido la integridad física y no sólo la salud. En segundo lugar, ofrece una solución interpretativa válida para toda clase de intervención, tanto como curativa como no curativa (las meramente estéticas), lo que no es menor, pues éste constituye precisamente uno de los problemas de más difícil solución para quienes defienden otras posturas<sup>17</sup>. En tercer lugar, la consideración, al menos inicial, de las intervenciones médicas desde el punto de vista jurídico-penal, no se hace depender del resultado, es decir, de si es favorable o desfavorable<sup>18</sup>. Y, en cuarto lugar, otorga la máxima consideración y protección de la libertad de decisión de la persona sobre su propio cuerpo y sobre su salud, de modo que solo el consentimiento del paciente, entendido como expresión de su decisión autónoma, hará que las lesiones causadas por la

---

DÍAZ, M., Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado, en: Cancio Meliá, M./Maraver Gómez, M./Fakhouri Gómez, Y./Rodríguez Horcajo, D./Basso, G. (coords.), Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, Universidad Autónoma de Madrid, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2019, 683-696, 689 ss.; PEÑARANDA RAMOS, E., El consentimiento en las lesiones y el tratamiento médico-quirúrgico, en: Libro homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, Universidad Autónoma de Madrid, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2019, 697-712, 705 ss.; KRAUSS, D., Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung, en: Festschrift für Paul Bockelmann, München, Beck, 1979, 572 ss.; MAURACH, R./GÖSSEL, K.H./ZIPF, H., Derecho penal. PG 2: Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho, trad. de la 7.ª ed. alemana Bofill, supervisada por Donna, Buenos Aires, Astrea, 1995, § 43 64; ROXIN, C., AT, t. I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3.ª ed., München, Beck, 1997 (Derecho penal, PG, t.I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. de la 2.ª ed. alemana y notas Luzón Peña, D-M./Díaz y García Conlledo, M./de Vicente Remesal, J., Madrid, Civitas, 1997), § 13 24.

<sup>16</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., El tratamiento jurídico-penal de las lesiones, LH-Corcocoy, 2022, 517; el mismo, El consentimiento en las lesiones, RECPC, 23-19, 2021, 7 ss., 54.

<sup>17</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., El tratamiento jurídico-penal de las lesiones, LH-Corcocoy, 2022, 517 s.

<sup>18</sup> DE VICENTE REMESAL, J., El tratamiento jurídico-penal de las lesiones, LH-Corcocoy, 2022, 517 ss.

intervención médica sean impunes, incluso en casos extremos de puras intervenciones estéticas que puedan ser consideradas socialmente como irracionales o insensatas<sup>19</sup>.

### **III. EL CONCEPTO DE *LEX ARTIS* Y SU RELACIÓN CON EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO**

A partir de lo señalado anteriormente, DE VICENTE REMESAL llega a otra de las tomas de postura más relevantes como es la relativa al concepto y contenido de la *lex artis*. Es cierto que desde el punto de vista jurídico-penal lo realmente relevante para determinar la imprudencia en la actuación médica es la concreción del deber objetivo de cuidado. Sin embargo, no es menos cierto que esta expresión ha hecho fortuna en relación con el debate jurídico sobre la actividad sanitaria tanto en la doctrina<sup>20</sup> como en la jurisprudencia<sup>21</sup>. Un sector considera que el deber de información y el consentimiento que de él se deriva forman parte de la *lex artis*<sup>22</sup>. La consecuencia de esta postura es que

---

<sup>19</sup> Así DE VICENTE REMESAL, J., El tratamiento jurídico-penal de las lesiones, LH-Corcoy, 2022, 519.

<sup>20</sup> El uso de la expresión *lex artis* en el ámbito médico-sanitario se puede ver en numerosos autores. Así, DEL ROSAL, J., De la responsabilidad médica (S. 10 de marzo de 1959), ADPCP 1959, 365-372, 370 s.; BOCKELMANN, P., Strafrecht des Arztes, 1968, 86 ss.; ROMEO CASABONA, C.M., La actividad curativa, 1981, 26; el mismo, El médico y el Derecho penal I, 1981, 69 s.; el mismo, Conducta peligrosa, 2005, 17; WILHELM, D., Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin. Zu den rechtlichen Grenzen ärztlicher Sorgfalt, Stuttgart, Ferdinand Enke, 1984, 18; ESER, A., Medizin und Strafrecht: eine schutzgutorientierte Problemübersicht, ZStW 97-1985, 1-46, 12; MAJUNKE, P., Anästhesie und Strafrecht. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Anästhesisten, Stuttgart, Ferdinand Enke, 114; JORGE BARREIRO, AG., Actividad médico-quirúrgica, 1990, 44; el mismo, EPCr XIV 1989-90, 147; JORGE BARREIRO, AL., La imprudencia profesional, CuadDJ 1993-I, 221-262, 233; GRACIA GUILLÉN, Jurisprudencia y *lex artis*, en: MARTÍNEZ MARTÍN, D.J. (coord.), Responsabilidad del personal sanitario (actas del seminario conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994), Madrid, CGPJ, 1995, 56 s.; GALÁN CORTÉS, J.C./HINOJAL FONSECA, R., Valoración jurídica de los protocolos médicos, RGD 1996, 8171-8182, 8172 ss.; GARCÍA BLÁZQUEZ, M./MOLINOS COBO, J.J., Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica (Aspectos jurídicos y médico-forenses), 2.<sup>a</sup> ed., Granada, Comares, 1995, 18; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., Deber de cuidado, 1998, 170; PALOU BRETONES, A., Responsabilidad del personal sanitario, LL 1999-6, 1934-1957, 1936; RODRÍGUEZ RAMOS, L., La responsabilidad civil y penal en la actividad médica y quirúrgica, en: MARTÍNEZ CALCERRADA, L./DE LORENZO Y MONTERO, R., Derecho médico. Tratado de Derecho sanitario, t. I, II, III, Madrid, Colex, 2001, 878 ss.; HAVA GARCÍA, E., La imprudencia médica, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, 57; SOTO NIETO, F., La inquietante concepción de la imprudencia profesional médica, LL 2002-7, 1817-1819., 1818 ss.; PENNEAU, J., La responsabilité du médecin, 3.<sup>a</sup> ed., Paris, Dalloz, 2004, 23 s.; ORBEN, S., Rechtliche Verantwortung, 2004, 9; GÓMEZ RIVERO, M.C., La responsabilidad penal del médico, 2.<sup>a</sup> ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, 337.

<sup>21</sup> Véase, entre otras, STS 15-10-2002 (RJ 2002/9907), STS 19-7-2002 (RJ 1351/2002), STS 27-3-2002 (RJ 2002/5663), STS 23-10-2001 (RJ 2001/9074), STS 12-2-2000 (RJ 2000/688), STS 8-11-1999 (RJ 1999/8701), STS 25-5-1999 (RJ 1999/5253), STS 30-4-1999 (RJ 1999/4950), STS 22-1-1999 (RJ 1999/275), STS 18-11-1998 (RJ 1998/8632), STS 3-10-1997 (RJ 1997/7169), STS 29-2-1996 (RJ 1996/1339), STS 29-10-1994 (RJ 1994/8333), STS 31-5-1994 (RJ 1994/4408), STS 9-12-1993 (RJ 1993/9943), STS 18-11-1991 (RJ 1991/9448), STS 4-9-1991 (RJ 1991/6021), STS 14-9-1990 (RJ 1990/7320), STS 1-12-1989, STS 27-5-1988, STS 29-3-1988, STS 15-1-1986, STS 5-2-1981, STS 25-11-1980, STS 26-6-1980.

<sup>22</sup> En este sentido se pronuncian GALÁN CORTÉS, J.C., La responsabilidad civil y penal del médico anestesista, 1995-1, LL, 1055-1073, 1062 ss.; el mismo, El consentimiento informado del usuario de los

la infracción de este deber de información y la falta de un consentimiento válido por parte del paciente, conlleva una trasgresión de la *lex artis*, lo cual tendrá una incidencia mayor o menor en la consideración de esa conducta como imprudente según el valor que se le otorgue a la *lex artis* en la configuración del deber de cuidado. Otro sector considera que el deber de información destinado a obtener el consentimiento del paciente no forma parte de la *lex artis*<sup>23</sup>.

DE VICENTE REMESAL se decide por la primera de las opciones, entendiendo que la *lex artis* médica comprende no sólo la realización correcta desde el punto de vista técnico sino también el cumplimiento de los requisitos del consentimiento informado, pues el concepto de salud es relativo, depende de la consideración del propio paciente, no puede dissociarse de su voluntad<sup>24</sup>. Por otra parte, también se pronuncia respecto a la expresión *lex artis ad hoc*<sup>25</sup>, utilizada, de forma generalizada, tanto en la jurisprudencia<sup>26</sup> como en

---

servicios sanitarios, Madrid, Colex, 1997, 17; el mismo, Responsabilidad civil médica, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Civitas, 2007, 2007, 341; GALÁN CORTÉS, J.C./HINOJAL FONSECA, R., Valoración jurídica, 1996, 8179; ALONSO OLEA, M., El consentimiento informado en medicina y cirugía, RAP 155-2001, 7-25, 22; VIANA CONDE, A./DE SAS FOJON, A., El consentimiento informado del enfermo, LL 1996-2, 1330-1338, 1331; JORGE BARREIRO, AG., Actividad médico-quirúrgica, 1990, 72; PANTALEÓN DÍAZ, M., Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica: perspectiva penal y civil (1), Diario La Ley, núm. 9277, 2018, 1-10, 1; la misma, Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado, 683, 690; PEÑARANDA RAMOS, E., El consentimiento en las lesiones, LH-Jorge Barreiro, 2019, passim.

<sup>23</sup> Sostienen esta postura BLANCO CORDERO, I., Relevancia penal de la omisión o del exceso de información médica terapéutica, APen 1997, 575-603, 578; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., Deber de cuidado, 1998, 177; GÓMEZ RIVERO, M.C., La responsabilidad penal del médico, 2008, 344; ROMEO CASABONA, C.M., La actividad curativa, 1981, 285 ss.; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias. Criterios para delimitar la responsabilidad penal en supuestos de intervención conjunta de los profesionales sanitarios, Marcial Pons, Madrid, 2012, 131 ss.; el mismo, El delito de tratamiento médico arbitrario, RECPC 19-03, 2017, 52.

<sup>24</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., El tratamiento jurídico-penal de las lesiones, LH-Corcocoy, 2022, 522; DE VICENTE REMESAL, J., El consentimiento en las lesiones, RECPC, 23-19, 2021, 8, 12.

<sup>25</sup> Acuñada por MARTÍNEZ CALCERRADA, L., Especial estudio de la denominada "lex artis ad hoc" en la función médica, AC 1986-1., 1697 ss.; el mismo, en: MARTÍNEZ CALCERRADA, L./DE LORENZO MONTERO, R. (dir.), Tratado, 2001, 464 ss.

<sup>26</sup> La expresión *lex artis ad hoc* se ha ido incorporando al lenguaje jurídico en las SAP, sustituyendo, complementando o identificando, según los casos, el concepto de deber de cuidado. Este uso se puede ver en: SAP Tarragona 11-4-2005 (ARP 2005/289), SAP Murcia 27-12-2004 (JUR 2005/33658); SAP Baleares 18-10-2004 (JUR 2004/310007); SAP Madrid 24-9-2004 (JUR 2004/277619); SAP Barcelona 23-9-2004 (JUR 2004/308771); SAP Soria 1-7-2004 (JUR 2004/244217); SAP Granada 1-6-2004 (JUR 2005/59669); SAP Tarragona 17-5-2004 (JUR 2004/199309); SAP Granada 17-5-2004 (JUR 2004/199340); SAP Tarragona 4-5-2004 (JUR 2004/200043); SAP Granada 1-4-2004 (JUR 2004/154149); SAP Castellón 23-3-2004 (JUR 2004/112469); SAP León 10-3-2004 (JUR 2004/96936); SAP Sevilla 26-2-2004 (JUR 2004/106028); SAP Valladolid 17-2-2004 (JUR 2004/82989); SAP Tarragona 11-12-2003 (JUR 2004/29770); SAP Zaragoza 1-12-2003 (JUR 2004/97362); SAP Vizcaya 17-10-2003 (JUR 2003/24165); SAP Valladolid 14-10-2003 (JUR 2004/75269); SAP Sevilla 3-9-2003 (JUR 2003/242348); SAP Zaragoza 31-7-2003 (JUR 2003/195474); SAP Vizcaya 11-4-2003 (JUR 2003/238879); SAP Burgos 7-3-2003 (ARP 2003/387); SAP Baleares 28-6-2002 (ARP 2002/621); SAP Barcelona 10-5-2002 (JUR 2002/198443); SAP León 9-1-2002 (JUR 2002/95604); SAP Asturias 9-11-2001 (JUR 2002/53218); SAP Las Palmas 2-3-2001 (JUR 2001/160683); SAP Salamanca 23-2-2001 (JUR 2001/138410); SAP León 9-1-2001 (JUR

la doctrina<sup>27</sup>. Pues bien, para DE VICENTE REMESAL “dicha expresión es, sin embargo, innecesaria, redundante e incluso equívoca”<sup>28</sup>.

#### **IV. LA LIBRE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DEL PACIENTE SOBRE SU INTEGRIDAD FÍSICA Y SU SALUD COMO BIEN JURÍDICO MERECEDOR DE LA MÁXIMA PROTECCIÓN**

Como se ha señalado anteriormente, DE VICENTE REMESAL defiende que toda intervención médica que suponga una afectación a la integridad física o a la salud requiere del consentimiento del paciente. La autonomía de la voluntad sobre el propio cuerpo, sobre la salud, constituye, según su punto de vista, un bien jurídico merecedor de la máxima protección, de tal forma que, sin decisión del paciente, no hay auténtica salud. Se trata de una visión radicalmente humanista y humanizadora de la medicina, que sitúa al paciente en el centro del acto médico y que obliga a remover algunos pilares sobre los que se ha asentado tradicionalmente el ejercicio de la medicina y que todavía hoy parecen inamovibles. La libre autodeterminación sobre el propio cuerpo y la salud del paciente, constituyen bienes jurídicos co-protégidos por el delito de lesiones. Así, se muestra extremadamente crítico con quienes entienden que en estos casos no habrá un delito de lesiones sino un delito contra la libertad<sup>29</sup>. Pero esta crítica se incardina en un análisis

---

2001/120679); SAP Huelva 1-7-2000 (JUR 2001/2542); SAP Toledo 25-5-2000 (ARP 2000/1080). Este concepto ha sido acogido en diferentes sentencias de la Sala 1.ª del TS con motivo de reclamaciones fundamentadas en supuestos de culpa o negligencia civil, entre otras pueden citarse: las de 7-2-1990 (RJ 1990/ 668), 26-6-1990 (RJ 1990/ 4945), 11-3-1991 (RJ 1991/ 2209) y 23-3-1993 (RJ 1993/ 2545); SAP Murcia 29-12-1998 (ARP 1998/5188); SAP Baleares 26-10-1998 (ARP 1998/4696); SAP Zaragoza 16-7-1998 (ARP 1998/2948).

<sup>27</sup> Así en: VENTAS SASTRE, R., *Imprudencia médica y derecho penal*, CPC 2005, 169-183, 179; GÓMEZ RIVERO, M.C., *La responsabilidad penal del médico*, 2008, 338; HAVA GARCÍA, E., *La imprudencia médica*, 2001, 62; FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia: estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del "fin de protección de la norma de cuidado"*, Barcelona, Bosch, 2001, 313; JORGE BARREIRO, AL., *Jurisprudencia penal y lex artis medica*, en: MARTÍNEZ MARTÍN (coord.), *Responsabilidad del personal sanitario (actas del seminario conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre)*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, 72.

<sup>28</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., *El tratamiento jurídico-penal de las lesiones*, LH-Corcoy, 2022, 522.

<sup>29</sup> Entre otros, DÍAZ VALCÁRCCEL, L.M., *La revisión del Código Penal y otras leyes penales: Decretos de 24 de enero y 28 de marzo de 1963*, Barcelona, Nauta, 1963, 181 s.; ANTÓN ONECA, J., *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en: *Estudios de Deusto*, 25-26, 1965. Número-Homenaje dedicado Julián Pereda con ocasión de su 75.º aniversario, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965, 791; ROMEO CASABONA, C.M., *El médico y el Derecho penal I*, 1981, 286; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *El delito de lesiones*, 1982, 32; JORGE BARREIRO, AG., *La relevancia jurídico-penal del consentimiento*, 1982, 16; el mismo, *Derecho a la información y el consentimiento informado*, 1996, 164; HIGUERA GUIMERÁ, J.F., *El delito de coacciones*, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1983, 219; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho Penal. PG. II. Introducción a la teoría jurídica del delito; IV. Las consecuencias jurídicas del delito. El Derecho penal de ejecución*, Madrid, Marcial Pons, 2002, 169; GÓMEZ RIVERO, M.C., *La responsabilidad penal del médico*,

minucioso del Derecho positivo español. Al resultar prácticamente imposible encontrar un tipo penal entre los delitos contra la libertad en el que pueda subsumirse una actuación médica con resultado favorable, pero realizada sin el consentimiento del paciente, entiende que además de las razones dogmáticas ya referidas, se añaden otras de política criminal que justifican la aplicación del tipo de lesiones (arts. 147 ss. CP)<sup>30</sup>. DE VICENTE REMESAL no acoge la propuesta de crear *de lege faerenda* un tipo de tratamiento médico arbitrario<sup>31</sup>. Por un lado, porque con su interpretación del delito de lesiones se hace innecesario ese tipo penal, por otro, porque considera que cuando la intervención médica se realiza sin el consentimiento, independientemente de que el resultado obtenido sea entendido como favorable o no por la ciencia médica, lo cierto es que se afecta a la libertad de decisión sobre el propio cuerpo o salud del paciente, e invariablemente esto supone la afectación a su salud, definida necesariamente en un sentido subjetivo. Desde esta óptica, no sería correcto afirmar aquí “sólo” un delito contra la libertad, hay algo más.

## **V. LA INCORPORACIÓN DE LAS CAPACIDADES ESPECIALES EN EL BAREMO DEL SUJETO MEDIO IDEAL A EFECTOS DE IMPRUDENCIA**

La actividad médica ha sido el laboratorio en el que DE VICENTE REMESAL también ha sometido a prueba algunas de las tesis o tomas de postura más arriesgadas en relación con determinados elementos y categorías de delito sobre las que se ha pronunciado. En particular, las relativas a la imprudencia. Junto con el análisis y grado de integración en el deber objetivo de cuidado, DE VICENTE REMESAL ha dedicado buena parte de su producción científica a revisar el contenido del baremo referencia en la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado. Sobre este elemento se ha discutido si debe objetivarse, y, de ser el caso, hasta dónde, o no. La decisión tiene que ver con el tratamiento de los conocimientos y capacidades, inferiores y superiores, del concreto

---

2008, 343 s.; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., El delito de tratamiento médico arbitrario, RECPC 19-03, 2017, *passim*.

<sup>30</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., El tratamiento jurídico-penal de las lesiones, LH-Corcoy, 2022, 523.

<sup>31</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., El tratamiento jurídico-penal de las lesiones, LH-Corcoy, 2022, 525. Esta opción es defendida, entre otros, por ANTÓN ONECA, J., Notas críticas al Código penal. Las lesiones, 1965, 791, no llega a proponer la introducción de un tipo específico, pero deja entrever su valoración positiva; BAJO FERNÁNDEZ, M., Manual de Derecho Penal. PE. Delitos contra las personas, 2.º ed., Madrid, Ceura, 1987, 164; JORGE BARREIRO, AG., La imprudencia punible, 1990, 82 s.; el mismo, Derecho a la información y el consentimiento informado, 1996, 167 s.; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GÓMEZ, A., Derecho penal español, PG, 18.ª ed., Madrid, Dykinson, 1995, 496; VILLACAMPA ESTIARTE, C., Responsabilidad penal del personal sanitario, 2003, 70; JERICÓ OJER, L., Consentimiento informado, actuación médica y Derecho penal, en: ALENZA GARCÍA, J.F./ARCOS VIEIRA, M.L. (dirs.), Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, 367; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., El delito de tratamiento médico arbitrario, RECPC 19-03, 2017, *passim*.

autor a los efectos de responsabilidad penal. DE VICENTE REMESAL se pronuncia tras un análisis en profundidad sobre la cuestión más problemática y, por tanto, sobre la que no existe consenso, como es la valoración de las capacidades especiales del concreto autor en la determinación del deber de cuidado. Se trata, desde su punto de vista, de una cuestión que atañe tanto al tipo objetivo como a la parte subjetiva del tipo imprudente, concluyendo que las capacidades plantean el mismo problema que los conocimientos especiales y las capacidades normales en lo que se refiere al fundamento de su exigibilidad<sup>32</sup>. Esta idea se incardina en la tradición de la teoría del bien jurídico, entendiendo que el Derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos. Rechaza, por tanto, de plano las teorías funcionalistas, defendiendo que jurídicopenalmente se trata de evitar lo evitable. A partir de aquí, se muestra contrario a la teoría de la referencia exclusiva al promedio<sup>33</sup>, pero también respecto de las teorías individualizadoras<sup>34</sup>, y mismo de la denominada teoría intermedia –o de la generalización hacia abajo e individualización hacia arriba– si pierde de vista el criterio objetivo-general, pues incluiría el empleo de todas las capacidades especiales, también las innatas o personalísimas<sup>35</sup>. Precisamente, es en relación con las capacidades especiales el punto en que DE VICENTE REMESAL adopta una posición que difiere de la de su maestro, Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, aunque realmente se trate de una diferencia de matiz, pues entiende que no deberían ser exigibles las capacidades personalísimas del concreto autor, pero sólo esas, pudiendo, sin embargo, exigirse las demás capacidades susceptibles de adquisición, desarrollo, mejora, perfeccionamiento, que serán la mayoría<sup>36</sup>. Para sostener esta postura, desarrolla una sólida y profunda argumentación sobre la diferencia entre conocimientos y capacidades, y, a su vez, entre capacidades adquiribles y no adquiribles (personalísimas), habiendo previamente delimitado la distinción entre “transferible” y “adquirible”<sup>37</sup>.

## **VI. LA SEGURIDAD DEL PACIENTE COMO UN PROBLEMA DE ATENCIÓN DE LA SALUD. ESTRATEGIAS PREVENTIVAS MÁS ALLÁ**

---

<sup>32</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., El criterio de la figura baremo referencial, LH-Luzón, 2020, 598. Otra cuestión, como el propio autor advierte, es la de su demostrabilidad.

<sup>33</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., El criterio de la figura baremo referencial, LH-Luzón, 2020, 607.

<sup>34</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., El criterio de la figura baremo referencial, LH-Luzón, 2020, 606.

<sup>35</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., El criterio de la figura baremo referencial, LH-Luzón, 2020, 607.

<sup>36</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., El criterio de la figura baremo referencial, LH-Luzón, 2020, 608.

<sup>37</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., El criterio de la figura baremo referencial, LH-Luzón, 2020, 608 s.

## **DEL DERECHO PENAL**

Por último, DE VICENTE REMESAL ha desarrollado un intenso trabajo de investigación centrado en la seguridad del paciente, con planteamientos audaces a caballo entre la dogmática y la política criminal. Y es que una de las principales preocupaciones del profesor DE VICENTE es la relativa a la protección del paciente frente a los posibles errores médicos, en la línea de la visión humanista que le caracteriza, pero precisamente por coherencia con esa visión, se ha puesto en el lado de los profesionales sanitarios para tratar de dar razones explicativas de los errores y soluciones a los mismos. Desde este punto de vista, en numerosos trabajos se ha ocupado de sistematizar el análisis de las fuentes de información sobre eventos adversos en la práctica médica, para llevar a cabo a continuación una taxonomía de dichos eventos y errores médicos, llegando finalmente a sistematizar los factores latentes de riesgos<sup>38</sup>. Para ello DE VICENTE REMESAL ha hecho una revisión exhaustiva de estudios, informes, protocolos, documentos y guías elaborados desde organizaciones internacionales, instituciones y doctrina. Nos proporciona una definición clarividente de seguridad del paciente, entendida como la evitación de eventos indeseados en los tratamientos y en el ejercicio de la praxis médica, las estrategias para el control de errores, sistémicos e individuales, que deben ser tenidos en cuenta por los sistemas de gestión de riesgos, cuya finalidad es despejar la incertidumbre sobre los objetivos e introducir las medidas preventivas adecuadas y posibles<sup>39</sup>. Así pues, señala que “desde la perspectiva de la cultura proactiva de la seguridad, frente a la reactiva de la inculpación o culpabilización (...) los datos más relevantes extraídos de las fuentes de información deben referirse a la identificación de los errores y de los factores latentes de riesgo”<sup>40</sup>. A partir de este análisis, las principales conclusiones que nos ofrece son que prácticamente el 50% de los errores son evitables, que la mayoría son sistémicos-institucionales frente a los individuales y que una parte muy importantes de determinados daños (como los iatrogénicos) son consecuencia de acciones imprudentes<sup>41</sup>. Antes esto, pone en duda la efectividad preventiva en este ámbito de actividad de las penas en comparación con otras estrategias preventivas diferentes y no provocadas precisamente

---

<sup>38</sup> Así DE VICENTE REMESAL, J., Factores latentes de riesgo, Liber amic.-Wolter, 2018, 80 ss.

<sup>39</sup> Véase DE VICENTE REMESAL, J., Factores latentes de riesgo, Liber amic.-Wolter, 2018, 158 s.

<sup>40</sup> Así DE VICENTE REMESAL, J., Factores latentes de riesgo, Liber amic.-Wolter, 2018, 161.

<sup>41</sup> Así DE VICENTE REMESAL, J., Factores latentes de riesgo, Liber amic.-Wolter, 2018, 183.

por aquéllas<sup>42</sup>.

## **VII. DEDICATORIA**

Con esta contribución quiero sumarme al homenaje tan merecido de mi muy respetado y querido maestro, el Prof. Dr. Dr. h.c. Javier DE VICENTE REMESAL.

Fue en las clases de la Universidad de Vigo, de la entonces Licenciatura en Derecho, en los estertores del siglo pasado, cuando conocí al, para mí entonces como para mis condiscípulos, “Profesor Remesal”. Corría el año de 1997 y un grupo de alrededor de cien estudiantes frecuentábamos las aulas de la recientemente creada titulación de Derecho, rama económico-empresarial, en el Campus de Vigo, que entonces operaba como sección delegada de la Facultad de Derecho, sita en el Campus de Ourense. Dada la novedad de estos estudios, los medios con los que se contaba eran precarios, al punto de que estábamos de prestado en el edificio de la Facultad de Ciencias del Mar, donde compartíamos aulas, pasillos y cafetería, con estudiantes y docentes de Biología y Ciencias del Mar, creándose así un ecosistema de lo más curioso e interesante. Los despachos del profesorado se ubicaban en otro lugar, el conocido como “Edificio Fundación”, y hasta allí hacíamos largas caminatas monte a través para poder atender a las tutorías con nuestros profesores<sup>43</sup>. A comienzos de aquel año, en segundo curso de carrera, afrontábamos, por primera vez, la materia de Derecho penal. Naturalmente, la expectación era máxima, pues se trataba de una asignatura icónica. Debo decir que, en aquel curso de Parte general, no sólo se vieron colmadas nuestras expectativas, sino superadas con creces. Siempre se comenta que es virtud del profesor o profesora hacer que el alumnado adquiera gusto por una asignatura, más que el valor o contenido mismo de ésta. Sin lugar a dudas, la figura del Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Vigo, Javier DE VICENTE REMESAL y su desempeño en el aula corroboró aquella afirmación: su presencia, su pausa, su claridad en la exposición, su tono grave, su

---

<sup>42</sup> Así DE VICENTE REMESAL, J., Factores latentes de riesgo, 2018, 183 s.; DE VICENTE REMESAL, J., Limitaciones de la intervención penal, CPC, 124, 2018, 106 ss.

<sup>43</sup> Para quien no lo conozca, el Campus de Vigo está ubicado en Lagoas-Marcosende, la cima de una cadena montañosa que separa el val do Frago del Val da Louriña y del Val Miñor. Se sitúa a una distancia aproximada de 15 km. desde el centro de la ciudad de Vigo. Durante los primeros años de andadura en solitario de la Universidad de Vigo tras disgregarse de la Universidad de Santiago de Compostela, junto con la Universidad de A Coruña, en el año 1990, los recursos materiales eran escasos. Había que construir una universidad prácticamente desde cero, con muy pocos edificios, y sin apenas infraestructuras. En ese emplazamiento extraordinario desde el punto de vista paisajístico, para llegar de un edificio a otro había que, en ocasiones, cruzar monte a través.

**Actas del XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,  
Univ. de Vigo, 2024.**

capacidad para escuchar las preguntas y responder con precisión, su trato siempre respetuosísimo del alumnado y, por supuesto, su dominio y pasión del y por el Derecho penal. Allí nació mi fascinación por este ámbito de conocimiento, al tiempo que mi profundo respeto y admiración por mi maestro. Ese feliz descubrimiento encontró continuidad en mi último curso de licenciatura cuando Javier aceptó avalar mi solicitud de una beca de colaboración del Ministerio de Educación que pude disfrutar, coincidiendo con su último año como Vicerrector de Organización Académica y Profesorado de la Universidad de Vigo. Ya entonces, con enorme generosidad a pesar de sus múltiples ocupaciones, me recibía, cuando así lo requería, en su despacho del edificio de la rectoría, situado en la calle Oporto de la ciudad de Vigo. Javier impulsó mi carrera académica y me apoyó permanente en todas las etapas de este largo y proceloso camino. En el año 2001 asumió el compromiso de dirigir mi tesis doctoral sobre responsabilidad penal médica y, vinculada a ésta, respaldó mi candidatura a una beca predoctoral de la Universidad de Vigo. Su obtención me permitió trabajar intensamente en la tesis, así como realizar una estancia predoctoral de todo un curso académico en la Universidad de Göttingen. Ese compromiso de Javier también quedó reflejado en el hecho de abrirme las puertas a la Escuela de su maestro, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA. De hecho, fue en el año 2002 cuando asistí por vez primera al Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho penal de la Universidad de Alcalá. En este año 2024 se cumplen 25 años del citado Seminario y basta una rápida mirada atrás para darse cuenta de la enorme importancia del citado encuentro y de la Escuela dirigida por el Prof. LUZÓN, que trasciende lo académico. El pertenecer desde entonces a esta Escuela de la mano de mi maestro, tiene para mí, sencillamente, un valor incalculable. Tanto es así que no fueron pocos los momentos que conté con el apoyo de muchos de los miembros de la Escuela, en particular, del hermano académico de mi maestro, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, que, coincidiendo con la finalización de mi beca predoctoral, me recibió en calidad de colaborador honorífico del Departamento público en la Universidad de León. Defendí con éxito la tesis doctoral titulada “La responsabilidad penal en la actividad médico-sanitaria”, en julio de 2008, culminando así un proceso que recuerdo plagado de vivos debates con Javier, así como con mi compañera de área, Marta, la Profa. Dra. GARCÍA MOSQUERA, que se unía en los cafés de media mañana, o a la llamada del propio Javier a su despacho. Y es que he de decir que tuve la gran fortuna de desarrollar una tesis doctoral enmarcada en una línea de investigación por la que mi

**Actas del XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,  
Univ. de Vigo, 2024.**

maestro apostó decididamente y a la que, como he intentado poner de manifiesto, dedicó (y sigue dedicando) gran parte de su tiempo.

Javier supo crear un buen ambiente de trabajo en el área de Derecho penal de la Universidad de Vigo, facilitando el entendimiento y la cooperación. En ese sentido, no quiero dejar de decir que me siento afortunado por compartir área desde mi incorporación a la Universidad con la Profa. GARCÍA MOSQUERA, con la que he trabajado y lo sigo haciendo codo con codo, con la máxima confianza y lealtad, siempre teniendo a nuestro maestro como referente.

En el curso en que acabé defendiendo mi tesis doctoral, Javier depositó toda su confianza en mí para que me encargase de la docencia de Derecho penal, Parte general y Parte especial en la Facultad de Derecho del Campus de Ourense. Desde el año 2007, con su respaldo, he venido ocupándome de la docencia y la gestión del área de Derecho penal en el Campus de Ourense, combinando estas responsabilidades con tareas en el Campus de Vigo e, incluso, de Pontevedra en algún momento, pasando por distintas figuras docentes, hasta alcanzar la plaza de contratado doctor en el año 2010, y concursando exitosamente a la plaza de profesor titular en el año 2022. En ese periplo, ocupé, entre otros, los cargos de Vicedecano de la Facultad de Derecho y de Vicerrector del Campus de Ourense de la Universidad de Vigo, habiendo siempre contado con el impulso de mi maestro que me animó a aceptar tales empresas, así como con sus buenos consejos y apoyo durante el desempeño de aquellas funciones.

Cada uno de esos hitos van dedicados a ti, querido maestro, pues sin ti no sólo no hubieran sido posibles, sencillamente, no tendrían sentido. Te agradezco tu entusiasmo por el Derecho penal, tu compromiso conmigo desde el primer momento, tu tiempo y dedicación, respaldo, y tu profundo respeto, tu amistad, que yo trato de corresponder, espero que, por muchos, muchos años más.

Muchas gracias por todo, querido Javier.

\* \* \* \* \*