

La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad

Carolina Bolea Bardon

Universidad de Barcelona

Abstract

El caso Madrid Arena plantea uno de los problemas más complejos de la doctrina de la imputación objetiva en el ámbito de la omisión. En concreto, se enfrenta a la cuestión de la “causalidad hipotética”. Prueba de la dificultad que presenta este grupo de casos es la distinta solución a la que llegan la Audiencia y el Tribunal Supremo en el supuesto analizado en este trabajo. En efecto, mientras la Audiencia absuelve al médico encargado de dirigir el servicio de urgencias durante la noche de los hechos, el Tribunal Supremo le condena por un delito de homicidio por imprudencia grave. La sentencia del Supremo cuenta además con un voto particular a favor de la absolución, si bien utiliza argumentos distintos a los empleados por la Audiencia. La diversidad de criterio se explica como consecuencia de acoger los planteamientos divergentes de las dos principales teorías propuestas por la doctrina para resolver este grupo de casos. La controversia suscitada deriva de la incertidumbre que genera la utilización de juicios hipotéticos.

Der Madrid Arena-Fall wirft ein der komplexesten Probleme der objektiven Zurechnung bei der Unterlassung auf. Dort wird die Frage nach der „hypothetischen Kausalität“ gestellt. Die Schwierigkeit dieser Fallkonstellation lässt sich an den verschiedenen Lösungen erkennen, zu denen die Audiencia [Landgericht] und das Tribunal Supremo [der höchste Gerichtshof] in diesem Fall gelangen. In der Tat: während die Audiencia den für die Leitung des Notdienstes zuständigen Arzt freispricht, verurteilt das Tribunal Supremo ihn wegen fahrlässiger Tötung. Zwar wurde ein Sondervotum (abweichende Meinung) zum Urteil des Tribunal Supremo abgegeben, in dem es für die Freispruch plädiert wurde; jedoch stützte diese Lösung auf andere Argumente, die bei der Entscheidung der Audiencia keine Rolle gespielt haben.

The Madrid Arena case shows one of the most complex problems of the objective imputation in the omission area. It confronts the question of “hypothetical causality”. The different solutions reached by the Audiencia and the Tribunal Supremo in the case analyzed in this article demonstrates the difficulty of this group of cases. In fact, meanwhile the Audiencia absolves the doctor in charge of directing the emergency service, the Tribunal Supremo condemns him for homicide for gross negligence. The sentence from the Tribunal Supremo received a private vote against the majority and in favor of absolution using different arguments from those employed by the Audience.

Titel: Die strafrechtliche Verantwortung des Arztes für Unterlassungsdelikte. Eine Betrachtung aus der normativen Vermeidbarkeitslehre.

Title: The criminal liability of medical professionals for omissions crimes. A point of view from the normative theory of evitability.

Palabras clave: teoría de la imputación objetiva, delito de omisión, responsabilidad penal de los médicos, causalidad hipotética, imprudencia, comportamiento alternativo, teoría de la evitabilidad, teoría de la disminución del riesgo, posición de garante.

Stichworte: Lehre der objektiven Zurechnung, Unterlassungsdelikte, strafrechtliche Verantwortung des Arztes, hypothetische Kausalität, Fahrlässigkeit, alternative Handlungslehre, Vermeidbarkeitslehre, Risikovermeidungslehre, Garantenstellung.

Keywords: objective imputation, omission crimes, criminal liability of medical professionals, hypothetic causation, negligence, alternative action, theory of evitability, theory of reduction of the risk, guarantees positions.

Sumario

1. Introducción
2. Relevancia doctrinal del caso
3. Valoración del caso por parte de la Audiencia Provincial
4. Valoración del caso por parte del Tribunal Supremo
5. Solución a la incertidumbre en los cursos causales hipotéticos
6. Resolución del caso
7. Tabla de jurisprudencia
8. Bibliografía

1. Introducción

En la noche del 31 de octubre al 1 de noviembre de 2012 se produjo un alud humano en el Pabellón Madrid Arena, durante la celebración de una macro fiesta, que acabó con la trágica muerte de cinco jóvenes como consecuencia de las lesiones sufridas por el aplastamiento fruto de la avalancha en el vomitorio central. Veintinueve personas resultaron, además, lesionadas¹. De las diversas irregularidades que tuvieron lugar antes y durante el evento (por ejemplo, venta de entradas muy por encima del aforo autorizado, insuficiencia de las medidas de seguridad aplicables, tolerancia policial frente al botellón en el parquin privado del recinto, taponamiento de las puertas de emergencia, cerramiento de cinco de los ocho vomitorios que permitían salir de la pista), la que nos interesa aquí es la actuación o, mejor, pasividad del servicio médico. Tres de las cinco jóvenes fallecidas fueron atendidas en la enfermería del pabellón Madrid Arena, a cargo del Dr. Luciano Epifanio (José Raúl para la Audiencia). Las otras dos, recibieron atención médica a través del Samur y fueron conducidas a la Fundación Jiménez Díaz y al Hospital 12 de octubre, donde fallecieron días más tarde. Respecto a las que fueron trasladadas a la enfermería del pabellón, Berta Yolanda (Asunción Bibiana para la Audiencia) recibió atención inicialmente por un técnico de ambulancia, pero no se le prestó asistencia médica, ni se la reconoció para efectuar un diagnóstico, ni consta con certeza si al llegar a la enfermería estaba muerta o si aún llegó con vida. De Carina Julia (Enriqueta Vicenta para la Audiencia) se sabe que llegó viva a la enfermería,

*Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad: "Teoría del delito y proceso penal: ¿dos instrumentos conciliables?" (DER2014-59247-R), I.P.: Víctor Gómez Martín.

¹Según la STS 805/2017, 11-12: "Sobre las 3:35 horas, momento en que la pista estaba absolutamente masificada por el sobre aforo provocado por la venta de entradas en número muy superior al permitido, porque se encontraban cerrados al tránsito de los asistentes cinco de los ocho vomitorios por los que el público podía salir de la pista hacia el anillo que circundaba la misma o hacia las escaleras para dirigirse a plantas superiores, y porque en dicha pista, ya absolutamente colapsada, habían entrado miles de personas en un periodo de tiempo aproximado de unos 28 minutos, muchos de los jóvenes que se encontraban en ella, y que sintieron una sensación tremenda de agobio y de falta de control sobre sus propios movimientos, intentaron salir por el vomitorio central del sector A, uno de los tres únicos que estaban abiertos en ese momento". Y añade: "Muchas de las personas que se encontraban en la isla del sector A de cota 0 taponaban la salida del vomitorio central al intentar dirigirse a la pista, por lo que se dificultaba que todos los que estaban atrapados en el vomitorio pretendiendo abandonarla pudieran hacerlo, confluyendo en el mismo y reducido lugar quienes querían salir con los que pretendían entrar. Ello produjo que el gran número de jóvenes que estaban en el interior del vomitorio perdiera el control y cayeran unos encima de otros, produciéndose en pocos segundos una montaña de personas en la que los de abajo llegaron a tener hasta siete u ocho personas encima".

pero en parada cardio-respiratoria; y, tras reconocerla primero un técnico sanitario, fue atendida por Luciano Epifanio, quien le prestó un masaje cardiaco, dándole tres descargas, pero suspendió la maniobra de reanimación al creer *erróneamente* que había *muerto*, falleciendo no obstante seguidamente. Inocencia Justa (Francisca Natalia para la Audiencia) fue atendida por el hijo de Luciano Epifanio, Fructuoso Paulino (Jesús Paulino para la Audiencia), quien le aplicó el desfibrilador y le dio ventilación con un ambú, dejando de asistirle ante la llegada del Samur por entender *erróneamente* que había fallecido. Los facultativos del Samur le practicaron una reanimación cardiopulmonar avanzada, consiguiendo así que saliera de la asistolia, recuperando incluso una respiración sinusal, pero ello no impidió que falleciera a su llegada al hospital.

2. Relevancia doctrinal del caso

El caso Madrid Arena plantea uno de los problemas más difíciles de la dogmática de la imprudencia y, más concretamente, de la doctrina de la imputación objetiva, pues se enfrenta a la cuestión de la conducta alternativa correcta o ajustada a Derecho². Dado que el problema se plantea aquí en el ámbito de la omisión, el debate gira en torno a la denominada “causalidad hipotética”. Prueba de la dificultad que presenta este grupo de casos es la distinta solución a la que llegan la Audiencia y el Tribunal Supremo en el supuesto objeto de estas líneas. En efecto, mientras la Audiencia absuelve al médico encargado de dirigir el servicio de urgencias durante la noche de los hechos, el Tribunal Supremo le condena por un delito de homicidio por imprudencia grave. Cabe destacar que la sentencia del Supremo cuenta con un voto particular a favor de la absolución, si bien con argumentos distintos a los empleados por la Audiencia. Los diversos pronunciamientos se explican como consecuencia de acoger los planteamientos divergentes de las dos principales teorías propuestas por la doctrina para resolver este grupo de casos, a saber, la teoría de la evitabilidad y la teoría de la disminución del riesgo.

Como es sabido, la doctrina mayoritaria acude a la causalidad hipotética para explicar la imputación objetiva del resultado en la comisión por omisión. De entrada, hay que advertir que la propia denominación plantea un problema a nivel terminológico porque induce a pensar que estamos ante un elemento que viene a sustituir a la causalidad empírica en la omisión³. Seguramente no sea del todo acertado emplear la expresión causalidad (hipotética), cuando en realidad se está aludiendo a un criterio de imputación objetiva que nada tiene que ver con la causalidad empírica. Como sostiene SILVA SÁNCHEZ, “se trata de un criterio de imputación objetiva del resultado, que se superpone a la relación de garantía, como otros lo hacen con respecto a la causalidad en la comisión activa”⁴. Y si se considera conveniente seguir utilizando la expresión “causalidad hipotética”, por lo asentada que se encuentra en la doctrina, debe quedar claro que este criterio no sustituye a la causalidad en sentido naturalístico.

²Así, entre otros, SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *JA*, 1975, p. 654; GIMBERNAT ORDEIG, *El comportamiento alternativo conforme a Derecho*, 2017, p. 4.

³ Así, por ejemplo, lo interpreta HAVA GARCÍA, «Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena», *InDret* 2/2017, p. 26.

⁴SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 1986, p. 371, nota 372.

Más allá de cuestiones terminológicas, uno de los problemas que plantea la causalidad hipotética es el de la incertidumbre que genera la utilización de cursos causales hipotéticos. Esa es la principal razón por la que algunos autores abogan por prescindir completamente del recurso a los juicios hipotéticos en Derecho penal. Así, entre nosotros, GIMBERNAT lleva años negando la relevancia de los mismos, insistiendo en que tampoco en la comisión por omisión “hay que preguntarse si la acción omitida hubiera evitado el resultado, sino únicamente si la omisión de aplicar una medida de precaución ha hecho posible que el foco de peligro superara *efectivamente* el riesgo permitido (ya que se habría mantenido dentro de éste, si se hubiera adoptado aquella medida) y si, a su vez, ese foco de peligro (ya prohibido) ha causado *efectivamente* el resultado⁵. La objeción más importante que cabe hacer al planteamiento de GIMBERNAT es que considera suficiente para la imputación del resultado la mera constatación fáctica de que el riesgo no controlado por el sujeto ha producido el resultado en términos naturalísticos. De modo que no tiene en cuenta que la relación de riesgo (juicio normativo) puede quedar interrumpida por la intervención posterior de terceros o de la propia víctima. Se conforma con el juicio de desaprobación sobre la conducta y una relación de causalidad que ni siquiera parte de la conducta del sujeto para castigar por delito consumado⁶. Y cuando afirma: “si la finalidad del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, no se entiende qué razón puede existir para no castigar las acciones imprudentes cuando su mayor peligrosidad se materializa en las causaciones de resultados típicos”⁷, está dando por sentado lo que precisamente queda por explicar: que esa mayor peligrosidad es la que se ha materializado en el resultado típico y no otra.

Volviendo a la cuestión de la incertidumbre derivada de la utilización de cursos causales hipotéticos, cabe destacar que ésta se plantea tanto en la acción como en la omisión. Aunque no se haya puesto suficientemente de manifiesto en la doctrina, es evidente que existe un claro paralelismo entre la causalidad hipotética y la denominada conducta alternativa ajustada a derecho. Mientras que en la comisión activa se acude a esta fórmula para negar la imputación del resultado cuando no se puede afirmar que la conducta correcta hubiera podido evitarlo, en la comisión por omisión se exige que la acción no realizada por quien se hallaba en posición de garante fuera capaz de evitar el resultado. La cuestión problemática que se plantea en ambos grupos de casos es idéntica: ¿cómo proceder cuando no queda claro si la acción alternativa indicada o alternativa correcta hubiera podido evitar el resultado? Ante la duda, ¿habría que

⁵GIMBERNAT ORDEIG, «Causalidad, omisión e imprudencia», en MAYER/BINDER (comps.), *El Derecho penal hoy. Homenaje al Profesor David Baigún*, 1995, p. 41; GIMBERNAT ORDEIG, *El comportamiento alternativo conforme a Derecho*, 2017, p. 123: “es misión imposible tratar de comprobar en términos hipotéticos cual habría sido la evolución de los hechos de haberse realizado la actuación jurídicamente correcta”. También en contra de otorgar relevancia a los comportamientos alternativos adecuados a Derecho a efectos de imputación de resultados, MARTINEZ ESCAMILLA, «¿Relevancia de los comportamientos alternativos a Derecho en la imputación objetiva del resultado?», en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal. Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho penal en homenaje al profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor “Honoris Causa” por la Universidad Complutense de Madrid*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho UCM y Centro de Estudios Judiciales, pp. 104 ss.

⁶ En sus últimos trabajos GIMBERNAT ORDEIG, «Teoría de la evitabilidad *versus* teoría del incremento del riesgo», en MAQUEDA ABREU/MARTÍN LORENZO/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *Libro Homenaje a Octavio de Toledo*, 2016, pp. 118, 126 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *El comportamiento alternativo conforme a Derecho*, 2017, pp. 63 y ss., llega a cuestionar la necesidad de establecer una conexión de riesgo o relación de riesgo admitida en general por la doctrina para la imputación objetiva del resultado.

⁷GIMBERNAT ORDEIG, en *LH-Octavio de Toledo*, 2016, p. 121.

renunciar a seguir empleando juicios hipotéticos como propugnan algunos autores? Desde luego no parece que la tendencia de la doctrina y jurisprudencia vaya en esta línea⁸. Y, seguramente, no sea ésta la solución más razonable, pues tal como afirma JAKOBS, el concepto de riesgo es hijo de la incertidumbre y la incertidumbre es hija de los límites del conocimiento⁹. Y con dichos límites tenemos que operar, sin olvidar que hay sectores de actividad en los que el grado de incertidumbre es especialmente elevado (sirva de ejemplo, el Derecho penal médico)¹⁰. A nadie se le escapa que es más fácil establecer la idoneidad *ex ante* de una conducta para impedir un resultado que pretender establecer desde una perspectiva *ex post* que efectivamente dicha conducta hubiera evitado el resultado. Como pone de relieve MIR PUIG, “se trata de un juicio hipotético sometido inevitablemente a un margen de error”¹¹.

Hasta la fecha dos son las posturas básicas que pretenden dar respuesta a la cuestión de la incertidumbre en los supuestos de causalidad hipotética, si bien hay que advertir que ambas posturas se presentan en distintas versiones y con diferentes matices que sobrepasan los límites de este trabajo. Una primera postura se muestra partidaria de extrapolar los resultados de la teoría de la evitabilidad, empleada en la comisión activa para solucionar los casos de comportamiento alternativo correcto o ajustado a Derecho, al ámbito de la omisión. Esta es la posición defendida por la doctrina y jurisprudencia dominantes en Alemania¹². También es la postura mayoritaria en España¹³. A grandes rasgos, la versión más extendida de la teoría de la evitabilidad parte de que la imputación del resultado requiere que se pueda establecer, desde una perspectiva *ex post*, que la conducta indicada e idónea (*ex ante*) habría logrado evitar el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad. La postura contraria se conforma para la imputación del resultado en la comisión por omisión con poder constatar que la conducta idónea hubiera disminuido el riesgo de producción del resultado¹⁴. En principio, no se trata más que de

⁸ Entiende que rechazar la incidencia de los cursos causales hipotéticos en la responsabilidad penal no puede ser razonable, SANCINETTI, «¿Son irrelevantes los cursos causales hipotéticos para la responsabilidad penal?», en SANCINETTI (comp.), *Causalidad, riesgo e imputación*, 2009, pp. 601 ss.

⁹JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1993, 2ª ed., 29/20, p. 794.

¹⁰ Precisamente, en la sentencia objeto de este trabajo (STS 805/2017, 11-12), el Tribunal alude a “la dificultad añadida de tratarse del ámbito médico, donde la respuesta del cuerpo humano a los tratamientos físicos, químicos, quirúrgicos o de cualquier otra índole ante una lesión o una enfermedad, siempre viene exenta de certeza y donde las probabilidades se concretan en mera estadística, alejada de los múltiples componentes, algunos desconocidos, que inciden la individualidad del caso concreto”.

¹¹MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2016, 12/81, p. 340. En el mismo sentido, SANCINETTI, en SANCINETTI(comp.), *Causalidad, riesgo e imputación*, 2009, p. 601 ss.

¹²Así lo reconoce el propio ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, B. I*, 4ª ed., 2006, 11/90, p. 393 y *Allgemeiner Teil, B. II*, 2003, 31/51, p. 644. A favor de la teoría de la evitabilidad para resolver los supuestos de causalidad hipotética, vid. FREUND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 2009, 6/103 ss., pp. 246 ss; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1993, 29/20, pp. 793 ss.

¹³ Vid., por todos, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2016, 12/82, p. 340. En la jurisprudencia española, vid. SSTS 368/2016, 28-04; 1058/2010, 13-12; 1061/2009, 26-10; 257/2009, 30-03; 37/2006, 25-01; 502/2002, 14-03; SAP Alicante 10ª, 97/2014, 24-02; SAP Valladolid 4ª, 385/2014, 18-09; AAP Barcelona 3ª, 774/2012, 25-07.

¹⁴ Vid, entre otros, STRATENWERTH, «Bemerkung zum Prinzip der Risikoerhöhung», en LACKNER/LEFERENZ/SCHMIDT/WELP/WOLFF (eds.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, 1973, pp. 227 ss.; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, I*, 5ª ed., 1988, antes §13, Nm. 16, p. 8; OTTO, *Manual de Derecho Penal*, 7ª ed., 9/98-101, pp. 181 ss. No obstante, ya anteriormente, HARDWIG, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, 1957, pp. 162 ss., se muestra crítico con la utilización de la fórmula de la probabilidad por parte del *Reichsgericht*, en el sentido de exigir una probabilidad rayana en la seguridad, y

trasladar la teoría del incremento del riesgo¹⁵, empleada para resolver los casos de comportamiento alternativo correcto, al ámbito de la omisión, convertida ahora en la teoría de la disminución del riesgo¹⁶. Como es obvio, los mismos autores que rechazan la teoría del incremento del riesgo en la comisión activa, la refutan también en su formulación como teoría de la disminución del riesgo. La teoría de la disminución del riesgo no ha conseguido imponerse ni en la doctrina ni en la jurisprudencia alemanas, llegando incluso a ser cuestionada por algunos de los defensores de la teoría del incremento del riesgo¹⁷.

En realidad, teoría del incremento del riesgo y teoría de la de disminución del riesgo representan las dos caras de una misma moneda. Ambas vienen a responder a la pregunta sobre el grado de probabilidad que se requiere para entender que la acción que tendría que haber realizado el sujeto (conducta indicada) hubiera evitado el resultado. Así, por ejemplo, en el célebre caso de los pelos de cabra, dejando de lado la polémica acerca de la naturaleza comisiva u omisiva de la realización típica¹⁸, lo que se discute es si el director de una fábrica de pinceles, al suministrar a sus trabajadoras pelos de cabra chinos para su utilización sin llevar a cabo la desinfección prescrita ha de responder por un delito de homicidio imprudente consumado, ya que cinco trabajadoras murieron como consecuencia de una infección de carbunco, enfermedad contagiosa y grave, que cuando se adquiere por vía pulmonar acostumbra a tener un resultado letal. En este caso, juzgado por el *Reichsgericht*, no se pudo comprobar con seguridad si la debida desinfección hubiera salvado a las trabajadoras; pues, según el perito, posiblemente hubieran muerto también de haberse procedido a la desinfección porque los desinfectantes que debían ser utilizados no ofrecían suficiente garantía de eliminar la bacteria (*Bacillus anthracis*) causante de la infección¹⁹. El problema de carácter político-criminal que se plantea en supuestos como el mencionado radica en que si no se castiga por delito consumado, al tratarse de una imprudencia y no preverse el castigo de la tentativa imprudente como tal, la conducta queda impune. Autores como ROXIN consideran esta consecuencia inadmisibles y se conforman, para condenar por homicidio imprudente, con que la falta de desinfección hubiera incrementado el riesgo de producir el resultado lesivo (o que la desinfección probablemente hubiera evitado la muerte de las

propone conformarse con la posibilidad de que la evitación del resultado no apareciese, según el parecer común, como imposible.

¹⁵ La teoría del incremento del riesgo fue desarrollada por ROXIN, «Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol.74, Issue 3, pp. 431 y ss., en el marco de la teoría de la imputación objetiva para los delitos imprudentes de acción.

¹⁶ Cabe advertir que ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, B. II*, 2003, 31/54, p. 645, sólo se identifica con esta postura cuando la reducción del riesgo que era de esperar según un juicio *ex ante*, se ve confirmada también *ex post*, es decir, que realmente supusiera una reducción del riesgo.

¹⁷ Así, la rechaza para la omisión, SCHÜNEMANN, «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*(8), 1985, pp. 357 ss., argumentando que mientras que la teoría del incremento del riesgo opera limitando la responsabilidad en los delitos de acción, en los delitos de omisión, al venir a sustituir a la causalidad, abandona el terreno de los delitos de resultado y vulnera la prohibición de analogía porque el § 13 StGB alude a la evitación omitida y no sólo a la obstrucción del resultado.

¹⁸ Sobre la polémica en torno a la naturaleza comisiva u omisiva de casos como el mencionado, vid. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 1986, pp. 200 ss.

¹⁹ Sentencia RGSt 63, pp. 211 ss. (Strafsenat de 23 de abril de 1929). Vid. el detallado análisis de este caso realizado por FEJOO SÁNCHEZ, «Caso de los pelos de cabra», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, 2011, pp. 143 ss.

trabajadoras)²⁰. El *Reichsgericht* llegó en este caso a esta misma solución pero con distinta argumentación. Según el Alto Tribunal alemán, solo debe excluirse la causalidad de la conducta “cuando existe la seguridad o una probabilidad rayana en la seguridad de que el resultado lesivo también se hubiera producido sin haberle precedido la conducta culpable”²¹. Ello supone una clara inversión de la carga de la prueba que acaba conduciendo prácticamente a los mismos resultados que la teoría del incremento del riesgo²². Y cabe añadir que, por regla general, si es la defensa la que tiene que probar que la conducta correcta (proceder a la desinfección) hubiera producido el mismo resultado con una probabilidad rayana en la seguridad, se llegará a la absolución en un número de casos muy inferior a si es la acusación la encargada de probar que la conducta indicada hubiera evitado el resultado con casi seguridad.

A la hora de valorar ambas teorías, resultan especialmente ilustrativas las críticas que los partidarios de cada una de las dos posturas vierten sobre la contraria. La vulneración del principio *in dubio pro reo* ha sido uno de los argumentos recurrentes utilizados por los detractores de la teoría del incremento del riesgo para invalidar los resultados a los que se llega a partir de la misma²³. Si bien, no todos los que rechazan dicha teoría apelan a este argumento. Así, por ejemplo, sostiene FRISCH que cuando se trata de averiguar la relación normativamente correcta entre conducta y resultado está fuera de lugar pretender basar dicha relación en el principio *in dubio pro reo*. Y no solo por la generalidad de este enunciado, sino porque el principio *in dubio pro reo* siempre presupone la solución a la cuestión de las exigencias normativas determinantes, no pudiendo por sí mismo ofrecer esta solución²⁴. Por otro lado, desde la filas de la teoría del incremento del riesgo se apunta que el peligro de infringir el principio *in dubio pro reo* planea también sobre todas aquellas versiones de la teoría de la inevitabilidad que no exigen un 100% de seguridad en cuanto a que la conducta indicada hubiera evitado el resultado. La versión más extendida de esta teoría se conforma, como es sabido, con una probabilidad rayana en la seguridad, por tanto, renuncia a la certeza absoluta y puede ser objeto del mismo reproche de vulnerar el principio *in dubio pro reo*²⁵.

²⁰ Así, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, B. I, 4ª ed., 2006, 11/100, p. 397.

²¹ RGSt 63, p. 214.

²² Así lo advierte, críticamente, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, B.I, 4ª, 2006, 11/100, p. 397. Esta concreta formulación de la teoría de la evitabilidad ha sido fuertemente criticada por quienes ven en ella una vulneración del principio *in dubio pro reo* (Así, EXNER, «Fährlässiges Zusammenwirken», en HEGLER/FRANK, *Festschrift für Reinhard von Frank*, 1930, pp. 587 ss.; ERB, *Rechtmässiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, 1991, p. 96, la califica de inadmisibile; SILVA SÁNCHEZ, «Revista de revistas», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1987, p. 543; FEIJOO SÁNCHEZ, «Caso de los pelos de cabra», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, 2011, pp. 147ss.).

²³ Cfr., entre otros, SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, 1972, pp. 47 ss., 155 ss.; Arthur KAUFMANN, «Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie», en VOGLER et al. (eds.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, 1985, p. 277; WOHLERS/GAEDE, *NK-StGB*, t. 1, 5ª ed., 2017, § 13, Nm. 15, pp. 662 y s.; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, 11/68, p. 309; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal*, 3ª ed., 2016, 15/98, p. 218; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, *PG*, II, 6ª ed., pp. 179 y ss.

²⁴ FRISCH, *Tabbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 539.

²⁵ Así lo pone de manifiesto para los casos de comportamiento alternativo correcto GIMBERNAT ORDEIG, en *LH-Octavio de Toledo*, 2016, pp. 123 y ss.

La conversión de los delitos de resultado en delitos de peligro ha sido el otro argumento esgrimido en contra de la teoría del incremento del riesgo²⁶. Frente a esta crítica los partidarios de esta teoría se defienden afirmando que para imputar objetivamente el resultado no basta con haber incrementado el peligro para el bien jurídico por encima del riesgo permitido, sino que además se exige que se haya producido efectivamente la lesión de aquel²⁷. Sin embargo, esta postura se conforma para la imputación del resultado con la mera constatación fáctica de la producción del mismo, sin aclarar en qué se basa el desvalor del resultado, pues éste no se explica (únicamente) a partir de la infracción de la norma de conducta.

Por su parte, los defensores de la teoría del incremento del riesgo esgrimen razones de política-criminal para rechazar la teoría de la evitabilidad, calificando de insostenible que acciones de salvamento de un bien jurídico amenazado sean obligatorias únicamente cuando el salvamento sea prácticamente seguro, pero no cuando solo incrementa las posibilidades de salvamento²⁸. Frente a esta crítica, se ha dicho, y con razón, que la teoría de la evitabilidad no es una teoría que afecte al contenido del mandato, al desvalor de la conducta, sino a la imputación del resultado, al desvalor del resultado. El mandato que obliga a aprovechar toda posibilidad de salvación permanece intacto y nada tiene que ver con la cuestión de si el resultado puede ser imputado o no al autor²⁹. Mayor proyección ha alcanzado en la doctrina la objeción que alude a la indeseable consecuencia de dejar sin castigo los casos de incertidumbre, especialmente ante conductas imprudentes que quedarían impunes al no poderse castigar la tentativa³⁰. A mi juicio, ésta constituye la crítica más relevante que se ha dirigido contra la teoría de la evitabilidad, al menos desde el punto de vista político-criminal. Algunos de los partidarios de mantener esta teoría proponen buscar soluciones al margen de los delitos de resultado, por vía de castigar, por ejemplo, determinadas conductas defectuosas de manera especial³¹. Esta podría ser una vía de solución, pero no cabe descartar, como más adelante se verá, otras alternativas dogmáticamente sostenibles.

²⁶ Así, SCHAFFSTEIN, "Die Risikohöpfung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe", en HONIG, *Festschrift für Richard M. Honig, zum 80. Geburtstag*, 1970, p. 173; SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, 1972, pp. 133 y ss.; WOHLERS/GAEDE, *NK-StGB*, t. 1, 5ª ed., 2017, § 13, Nm. 15, p. 663; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1993, 7/99, p. 236.

²⁷ En este sentido, GIMBERNAT ORDEIG, en *LH-Octavio de Toledo*, 2016, p. 123, para quien "el menoscabo de un bien jurídico causado por una acción que excede el riesgo permitido es una definición precisa de lo que es un delito imprudente".

²⁸ Así, STRATENWERTH, *FS-Gallas*, 1973, p. 239.

²⁹ Cfr., en este sentido, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 540 y ss.; GRECO, «Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten», *ZIS*, 8-9/2011, p. 676

³⁰ Apelan a este argumento, entre otros, GRECO, «Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten», *ZIS*, 8-9/2011, pp. 676 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, en *LH-Octavio de Toledo*, 2016, p. 121.

³¹ En esta línea, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 546; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1993, 7/102. En España, se muestra a favor de acudir a la vía de los delitos de peligro para sancionar los casos de imprudencia muy grave, GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, p. 380. Si bien esta autora adopta el criterio del fin de protección de la norma para solucionar los supuestos de conducta alternativa ajustada a Derecho, en realidad no se separa en cuanto a los resultados de algunas de las versiones de la teoría de la evitabilidad.

3. Valoración del caso por parte de la Audiencia Provincial

La Audiencia absuelve a los médicos acusados de tres homicidios imprudentes por omisión, argumentando que no cabe presumir, en perjuicio de los dos acusados, que en el caso de que las víctimas “hubieran recibido una asistencia correcta el resultado hubiera sido distinto”³². El tribunal niega la causalidad hipotética apelando a la teoría de la evitabilidad, acogiendo en su versión más extendida, que, tal como se ha visto, es aquella que exige la prueba de que el resultado no se habría producido, o lo que es igual, se hubiera evitado con una probabilidad rayana en la certeza de haberse llevado a cabo la conducta correcta³³. La Audiencia rechaza expresamente la teoría del incremento del riesgo para resolver este caso cuando, en aras de una mayor exactitud, hubiera tenido que referirse a la de la disminución del riesgo³⁴. Admite las dificultades probatorias a las que se enfrenta la jurisprudencia mayoritaria cuando aplica la teoría de la evitabilidad, pero no por ello renuncia a la misma, sino que insiste en que “no existe prueba suficiente de que si los acusados José Raul y Jesús Paulino (Luciano Epifanio y Fructuoso Paulino para el Supremo) hubieran actuado correctamente, que no lo hicieron, se pudiera haber evitado el fallecimiento” de las tres jóvenes fallecidas³⁵.

Una vez negada la causalidad hipotética, la Audiencia añade una consideración que bien podría esconderla verdadera razón por la que niega una posible responsabilidad de los médicos por las muertes de las tres jóvenes. Dice textualmente que “en el caso de que hubiera resultado acreditado que si los doctores Jose Raul y Jesus Paulino hubieran actuado correctamente podría haberse evitado el fallecimiento de Enriqueta Vicenta, Francisca Natalia y Asuncion Bibiana la calificación de la conducta del resto de los acusados que se consideran culpables no podría ser, en relación con estas tres fallecidas, de delito de homicidio por imprudencia ya que el resultado mortal no podría imputárseles a los mismos”³⁶. El tribunal está entendiendo que el hecho de atribuir responsabilidad a los médicos excluiría la posibilidad de imputar el resultado a los primeros agentes (organizadores del evento), viendo una suerte de interrupción de la imputación objetiva por la actuación imprudente de terceros, lo que sería dogmáticamente incorrecto porque, como señala SILVA SÁNCHEZ, un mismo proceso lesivo puede ser imputado jurídicamente a más

³² SAP Madrid 7ª, 488/2016, 21-09, pp. 311 y s.

³³ Según la SAP Madrid 7ª, 488/2016, 21-09, pp. 331 y s.: “Es evidente que, como mantiene el Ministerio Fiscal, la obligación del personal médico en relación con el paciente no es de resultado sino de proporcionar todos los cuidados y tratamiento que sean precisos conforme a la *lex artis*, pero pese a lo que se afirma en el informe del Ministerio Público, la acusación no se formula por la omisión del tratamiento adecuado, que la hubo, sin ninguna duda para la Sala, sino por delitos de homicidio por imprudencia profesional del art. 142.1 y 3 del C.P., y no por ninguna otra infracción penal, ni siquiera de manera subsidiaria. En consecuencia se trata de delitos de resultado a los que les es aplicable la Jurisprudencia expuesta de forma que se estima necesario no sólo que resulte acreditada la conducta negligente de los acusados sino también el nexo de causalidad entre la misma y el mortal resultado producido, esto es, que la asistencia sanitaria que los doctores Jose Raul y Jesus Paulino hubieran debido de prestar a las tres jóvenes y no prestaron, habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, el fallecimiento de las mismas”.

³⁴ SAP Madrid 7ª, 488/2016, 21-09, p. 332.

³⁵ SAP Madrid 7ª, 488/2016, 21-09, p. 310.

³⁶ SAP Madrid 7ª, 488/2016, 21-09, p. 332.

de una persona, especialmente en caso de concurrencia de riesgos en comisión activa y comisión por omisión³⁷.

En otro orden de cosas, cabe destacar que la omisión del tratamiento adecuado por parte del personal médico, reconocida como tal en la sentencia, infringe, según la Audiencia, la norma de cuidado que obligaba a los acusados a realizar a las tres jóvenes una respiración cardiopulmonar básica (RCP) cuando fueron trasladadas al botiquín para ser asistidas³⁸. Cabe destacar que dicha omisión podía haber dado lugar, como mínimo o de forma subsidiaria, a la aplicación del delito de omisión pura previsto en el art. 196 CP. Sin embargo, ni siquiera se formuló acusación con base en dicho precepto. De hecho, en relación a los médicos lo único que se discute en la sentencia es una posible responsabilidad en comisión por omisión imprudente por las muertes de tres de las víctimas. Respecto a una de ellas, los facultativos no realizaron ningún diagnóstico y parece que ni siquiera se acercaron, mientras que respecto a las otras dos jóvenes, sí realizaron un diagnóstico, aunque erróneo por cuanto creyeron que habían fallecido. Ello explica que comenzaran una recuperación “aplicándoles el desfibrilador casi por la insistencia del técnico de emergencias que fue a buscarlo a la ambulancia, practicando algún intento de masaje y ventilación y poco más, abandonando al poco tiempo, y antes de la llegada del Samur, la reanimación de ambas jóvenes”.

4. Valoración del caso por parte del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por los familiares de Carina Julia (Enriqueta Vicenta para la Audiencia), una de las jóvenes fallecidas (no se pronuncia en cuanto a las muertes de las otras dos jóvenes porque respecto a las mismas no se interpuso recurso alguno), y anula la sentencia dictada por la Audiencia en la parte que le afecta. Para empezar, cabe destacar que el Supremo se aleja del planteamiento de la Audiencia en cuanto a una posible incompatibilidad entre la responsabilidad penal de los médicos y la de los organizadores del evento. Con buen criterio, el tribunal considera que la intervención de los médicos no determina una interrupción de la imputación objetiva en relación con la actuación de los organizadores. Según el Supremo la imprudencia médica “en absoluto exonera de culpabilidad a título de imprudencia a los demás coacusados, pues conforme a lo sostenido por la Audiencia, todos ellos contribuyeron mediante el concurso causal múltiple al resultado producido. Ni la mejor o peor actuación de los médicos subsana la grave imprudencia imputable a los restantes, ni la actuación de éstos, la de los médicos. En estos supuestos la imputación objetiva del resultado final a los primeros causantes imprudentes de lesiones potencialmente letales sólo y únicamente debería

³⁷SILVA SÁNCHEZ, «La regulación de la "comisión por omisión"», en SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, p. 77. Cabe añadir que el reconocimiento por parte de la doctrina de la figura de la autoría accesoria ya supone la admisión de que un suceso puede ser imputado jurídicamente a más de una persona.

³⁸Sostiene la Audiencia que “ante esta situación lo que sí tenían que haber hecho los acusados era realizarles a las tres jóvenes una respiración cardiopulmonar básica, lo que podían hacer dado el número de personas que eran y especialmente si hubieran mantenido la asistencia de Santos Fructuoso, de Octavio Humberto e incluso si Candido Joaquín hubiera participado en la misma, todo ello, al menos, hasta la llegada de los efectivos del Samur los cuales ya habían sido avisados. Dicha RCP básica incluye, como se desprende de la prueba practicada, la aplicación del desfibrilador, y sobre todo el mantenimiento ininterrumpido del masaje cardiaco y la oxigenación durante tal masaje”.

excluirse cuando el comportamiento negligente del médico es de tal entidad que podía haber conducido igualmente a un correspondiente daño grave en una lesión completamente inocua o en una exploración rutinaria”.

Por otro lado, el Supremo parte de la posición de garantía de Luciano Epifanio (José Raúl para la Audiencia) con respecto a la vida y la salud de Carina Julia, como algo incuestionable. No obstante, al adentrarse en la responsabilidad omisiva no pasa desapercibido que permanece anclado en el viejo problema de la causalidad en la omisión cuando afirma que es preciso determinar el nexo causal entre el actuar negligente y el resultado mortal producido³⁹. Admite que es sumamente complejo establecer dicho nexo por tratarse “de un comportamiento negligente sucesivo a una imprudencia previa; y además de carácter omisivo, por cuanto la incidencia que se puede predicar en el resultado deriva, no de la actividad desplegada en la asistencia de Carina Julia, sino por contra, en la falta de prestación de la debida”. En realidad, más que de dificultad se trata, como reconoce actualmente la doctrina especializada, de imposibilidad en términos naturalísticos de establecer un nexo causal entre la conducta indicada (omitida) y el resultado producido⁴⁰.

El Tribunal Supremo rechaza abiertamente la postura de la Audiencia, partidaria, como se ha visto, de la versión más extendida de la teoría de la evitabilidad, separándose de este modo de la tesis que ha venido manteniendo durante años. En efecto, la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo viene exigiendo, para la imputación del resultado en los delitos de omisión impropia, la comprobación de que la realización de la acción omitida hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad⁴¹. Así, en la sentencia 1089/2009, 27-10, que ha servido como referencia para sentencias posteriores, el Tribunal Supremo sostiene que “en los comportamientos omisivos habrá de operarse con el criterio hipotético de imputación centrado en dilucidar si la conducta omitida habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, la lesión o el menoscabo del bien jurídico que tutela la norma penal”. Curiosamente, en un número no despreciable de sentencias se prescinde de dicha comprobación y se presume que la conducta indicada hubiera impedido el resultado, salvo que surjan dudas acerca de la idoneidad de la conducta desde un primer momento para el evitar el resultado⁴².

³⁹ Sobre esta cuestión, vid., detalladamente, BOLEA BARDON, «Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión», en SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coord.), *Estudios de Derecho penal en Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, 2017, pp. 459 ss.

⁴⁰ Vid. BOLEA BARDON, «Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión», *LH-Mir Puig*, 2017, p. 461.

⁴¹ Vid. SSTS 2445/2001, 22-12; 1251/2006, 12-12; 716/2009, 02-07; 257/2009, 30-03 (caso Grapo); 1061/2009, 26-10; 358/2010, 04-03 (voto particular); 325/2013, 02-04; 865/2015, 14-01 (caso Prestige); 368/2016, 28-04; 682/2017, 18-10; 17/2017, 20-01. La tesis de la evitabilidad más extendida en la doctrina, acogida por el Tribunal Supremo de forma mayoritaria, es seguida con frecuencia por las distintas Audiencias (vid. AAP Álava 2ª, 53/2008, 12-02; AAP Barcelona 3ª, 774/2012, 25-07; SAP Santa Cruz de Tenerife 5ª, 369/2012, 19-10; AAP Madrid 15ª, 617/2012, 19-09 (caso Spanair); SAP Girona 3ª, 437/2013, 02-07; SAP 10ª Alicante 97/2014, 24-02).

⁴² Sirva como ejemplo, la SAP Girona 3ª, 437/2013, 02-07, en la que se confirma la SJP que condena por imprudencia grave (si bien, rebajando la pena) a la madre que deja a su hijo de seis años durmiendo solo en su domicilio con la puerta cerrada con llave, muriendo el niño por asfixia consecuencia del incendio declarado en la vivienda. La Audiencia afirma que al garante omisente se le puede sancionar penalmente, a título de comisión por omisión imprudente, “siempre y cuando el resultado lesivo hubiera sido evitado a través del cumplimiento de ese deber (sic. su deber de garante) con probabilidad rayana en la seguridad y que ello fuera previsible para el omisente”. No obstante, al decidir sobre el caso enjuiciado no se vuelve a mencionar dicha cuestión, sino que se

Volviendo al caso que nos ocupa, el Tribunal Supremo descarta la teoría de la evitabilidad apelando a la situación de riesgo previo del que se parte en el Derecho penal médico. Según el Tribunal “cuando se actúa correctamente, nada puede garantizar, con una probabilidad rayana en la certeza, la supervivencia de la paciente, porque, la medicina, no es una ciencia exacta, o de resultados, sino de medios, y siempre pueden existir probabilidades para la ocurrencia de un fatal desenlace, a pesar de hacerse todo lo que esté en la mano del médico”. En la línea de los detractores de la teoría de la evitabilidad, el Tribunal defiende que no puede fundamentarse la absolución del médico “en el hecho de que, de todos modos, no se sabe cuál hubiera sido el desenlace”. Y añade que “no es de recibo justificar la postura del médico acusado, que desatiende escandalosamente su actuación profesional, nada menos que en un caso de urgencia vital, no poniendo los medios mínimos adecuados para intentar salvar la vida de la paciente”. El Supremo considera que basar la absolución en que “no se ha podido probar, con una probabilidad rayana en la certeza, si con otra conducta el resultado hubiera sido el mismo”, tendría como consecuencia que “las actuaciones médicas partirían de una mecánica contraria a lo que es debido a un buen profesional, primero evaluar los resultados posibles de su actuación, y si se vislumbran fatales, abstenerse de actuar. Al punto de que podría llegarse a pensar que un médico contemplase una urgencia vital sin tomar medida alguna para intentar salvar la vida del paciente, en la seguridad de que nunca pudiera demostrarse, si fallece el enfermo, con esa seguridad rayana en la certeza, qué hubiera pasado en caso contrario”. Con esta argumentación el Supremo se hace eco de la objeción de corte político-criminal, expuesta anteriormente, que hace referencia a la indeseable consecuencia de dejar sin castigo los casos de incertidumbre⁴³.

El fundamento de la responsabilidad del médico, según el Supremo, se basa en que “ha incrementado el riesgo permitido, y lo ha hecho al haber actuado negligentemente, y con tal comportamiento ha contribuido al resultado, siéndole reprochada su conducta a través de la teoría de la imputación objetiva”. Y concluye con una referencia expresa a la teoría del incremento del riesgo, a la que se adhiere plenamente. Dice textualmente: “Nos referimos, en consecuencia, a la imputación objetiva del resultado por la teoría del incremento del riesgo, conforme a la cual cabe imputar objetivamente el resultado una vez que se constata que el autor generó el riesgo desaprobado aunque no sea seguro que la conducta ajustada a derecho lo hubiera evitado. No se trata de una infracción de peligro, sino de resultado, pero es precisamente el peligro el que incrementa el riesgo, y con él, se coadyuva a la producción del resultado. Es claro que sin resultado no puede existir delito de imprudencia, y en este caso, el fatal resultado está fuera de toda duda. La prueba de la negligencia es igualmente concluyente, pues partimos en este caso de la declaración al efecto de la Audiencia que así lo afirma rotundamente”.

Como se advierte en el voto particular emitido en la propia sentencia, la alusión a la teoría del incremento del riesgo no es del todo correcta, pues en rigor tendría que referirse a la teoría de la disminución del riesgo. La confusión, en la que incurre también la Audiencia, corrobora lo dicho

conforma para la imputación del resultado con la infracción de la norma de cuidado y la producción del resultado en términos naturalísticos: “la conducta imprudente reside en el hecho de dejar al menor solo en casa y en las condiciones que han sido expuestas, siendo indiferente que el peligro generado con dicha conducta se materializa a través del incendio que acabó con la vida del menor como de cualquier otro evento derivado del riesgo que supone la conducta gravemente negligente de la recurrente”.

⁴³Vid. *supra* II.

anteriormente: que ambas teorías son las dos caras de una misma moneda y plantean idéntica problemática, a resolver en sede de imputación objetiva. Por otro lado, cuando la sentencia afirma que el peligro incrementa el riesgo (mejor, no lo disminuye) y con él, se coadyuva a la producción del resultado, cabe advertir que eso es precisamente lo que queda por determinar (argumento circular). Y no basta, para hacer responder por el resultado, con sumar la producción meramente naturalística de éste a la ausencia de una conducta de disminución del riesgo.

La opinión discordante, manifestada en el voto particular en contra de la sentencia condenatoria de la mayoría, rechaza abiertamente la teoría del incremento del riesgo acogida en la sentencia. Empieza criticando la sentencia desde los postulados de la teoría que la propia sentencia acoge por entender que se conforma con una posibilidad de disminución del riesgo de mínima entidad (“considera *de facto* suficiente para imputar el resultado homicida que concurra una mínima posibilidad de aminoración del riesgo de muerte”), cuando “la doctrina acostumbra a exigir como criterio general, en los casos de comisión por omisión, para atribuir la responsabilidad penal que esa posibilidad de disminución del riesgo sea de cierta entidad”. A continuación, señala que falta la constatación *ex post* de la disminución del riesgo, puesto que “no se ha acreditado pericialmente desde una perspectiva *ex post* que el acusado pudiera haber disminuido el riesgo de forma notable, considerable o significativa en el caso de que hubiera cumplimentado la conducta debida”. Finalmente, el voto particular se decanta por la teoría de la evitabilidad, lo que se pone claramente de manifiesto cuando hace suya la frase con la que acaba la Audiencia decidiendo la absolución: “no consta prueba suficiente de que si los médicos acusados hubieran actuado correctamente, que no lo hicieron, se podría haber evitado el fallecimiento de las tres jóvenes que ingresaron en la enfermería”. Y añade: “no por el hecho de que la conducta imprudente del acusado sea sin duda muy grave debe diluirse o volatilizarse el requisito de la imputación objetiva del resultado y el pertinente juicio de la relación de riesgo entre la conducta negligente y su materialización en el resultado”. Insiste en que “la probabilidad de que la víctima falleciera en el caso de que el tratamiento fuera correcto era muy alta, y la posibilidad de evitar la muerte muy escasa”.

5. Solución a los casos de incertidumbre en los cursos causales hipotéticos

La controversia que plantean las dos sentencias anteriores deriva de la incertidumbre que genera, como se ha visto, la utilización de juicios hipotéticos. En principio, de poderse afirmar con seguridad (o casi seguridad, pues es difícil hablar de un 100% de seguridad cuando se trata de juicios hipotéticos) que el resultado se habría producido igual con la realización de la conducta indicada, la solución habría sido la absolución por exclusión de la imputación objetiva del resultado. Del mismo modo, de existir certeza (de nuevo, casi-certeza) en cuanto a la posibilidad de afirmar que la conducta indicada habría evitado el resultado, la responsabilidad por el resultado se hubiera admitido sin mayores discusiones. Ésta parece ser la tesis dominante actualmente, como se ha visto, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. El desacuerdo surge precisamente cuando no queda claro a partir de un juicio *ex post* si el resultado se hubiera podido evitar en caso de realización de la conducta debida. La solución de la impunidad se presenta como inadecuada en los delitos imprudentes a efectos de prevención general negativa y

positiva, pero es difícilmente refutable desde una perspectiva garantista. Por otro lado, la solución defendida por los partidarios de la teoría de la disminución del riesgo, además de las objeciones mencionadas antes, plantea dos problemas adicionales: primero, no justifica el diferente tratamiento jurídico que se otorga a los supuestos de incertidumbre en los delitos imprudentes (castigo por delito consumado) respecto de los delitos dolosos (castigo por tentativa); y, segundo, no es compatible con el tenor literal de la ley que exige en los delitos imprudentes que sea el propio autor quien cause el resultado por imprudencia⁴⁴.

Frente a la incertidumbre derivada de emplear juicios hipotéticos, las distintas versiones de la teoría de la evitabilidad operan a partir de porcentajes de probabilidad. La postura dominante, partidaria de aplicar la fórmula de la probabilidad rayana en la seguridad, exige un grado de probabilidad más elevado de que el resultado se hubiera evitado con la conducta indicada, mientras que quienes defienden que es suficiente con una mera posibilidad se conforman con un grado de probabilidad menor. También los partidarios de la teoría del incremento (o disminución) del riesgo operan con porcentajes de probabilidad, que pueden vincularse al grupo de casos al que pertenece el caso concreto (y no directamente al caso); o bien, pueden referirse al caso concreto cuando, partiendo de una determinación del riesgo *ex post*, son tenidas en consideración todas las circunstancias del mismo que, según las reglas generales, tienen influencia en el grado de probabilidad (principio de máxima determinación de la declaración de probabilidad)⁴⁵. Sin embargo, no hay acuerdo entre los partidarios de la teoría del incremento del riesgo en cuanto a cómo proceder cuando no se puede comprobar si la conducta prohibida ha creado un peligro mayor que el que hubiera supuesto observar el riesgo permitido. La mayoría de autores se acogen al principio *in dubio pro reo* y niegan un incremento del riesgo y también la imputación del resultado⁴⁶. De otra opinión se manifiesta ROXIN, quien, atendiendo a consideraciones político-criminales, sostiene que “el ordenamiento jurídico no tiene ninguna razón para tolerar una conducta que posiblemente supere los riesgos existentes en caso de observar las normas de cuidado”⁴⁷.

A mi juicio, que el resultado sea imputable a la omisión del garante debería explicarse con argumentos normativos más sólidos, no basados en un mero juego de porcentajes, que por otro

⁴⁴ Apunta esta última objeción, SCHAFFSTEIN, en HONIG, *FS-Richard M. Honig*, 1970, pp. 172 ss., mostrándose, no obstante, abierto a la adopción de la teoría del incremento del riesgo como opción *de lege ferenda*. También apela al sentido literal de la ley, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2016, 11/70, pp. 309 ss.

⁴⁵ Así, PUPPE, antes «§ 13», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (EDS.), *Nommos Kommentar. Strafgesetzbuch*, Vol. 1, 5ª ed., 2017, Nm. 142 y s., pp. 590 ss. Parten de una constatación del riesgo *ex post* autores como STRATENWERTH, en *FS-Gallas*, 1973, pp. 227 ss.; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, B. I*, 4ª ed., 2006, 11/94, p. 395 (“deben ser tomadas en consideración todas las circunstancias conocidas con posterioridad, como la embriaguez del ciclista, la distancia exacta, la velocidad del camión”), LACKNER, en antes antes “§ 15”, *Lackner-StGB*, 22ª ed., 1997, § 15, Nm. 44, p. 121; SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *JA*, 1975, 647 ss.; GRECO, «Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten», *ZIS*, 8-9/2011, p. 678; RUDOLPHI, *SK-StGB I*, 5ª ed., 1988, antes «§ 1», Nm. 69, p. 41; GIMBERNAT ORDEIG, *El comportamiento alternativo conforme a Derecho*, 2017, pp. 27 y ss.

⁴⁶ Así, entre otros, STRATENWERTH, en *FS-Gallas*, 1973, pp. 235 ss.; RUDOLPHI, *SK-StGB I*, 5ª ed., 1988, antes § 1, Nm. 69, pp. 41 y 42; GIMBERNAT ORDEIG, *El comportamiento alternativo conforme a Derecho*, 2017, pp. 83 y ss.

⁴⁷ ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, B. I*, 4ª ed., 2006, 11/96, p. 396. De la misma opinión, KRÜPELMANN, «Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten», *GA*, 1984, p. 502, matizando que quien, en lugar del riesgo permitido crea un riesgo completamente imprevisible aumenta el riesgo, si bien se trata de un peligro abstracto.

lado pueden conducir a soluciones insatisfactorias cuando los grados de probabilidad no difieren de forma relevante. Además, no hay que olvidar que un grado elevado de probabilidad no constituye más que un dato estadístico que poco expresa sobre el caso concreto. Desde una perspectiva dogmática, la salida que deba darse a los casos de incertidumbre pasa necesariamente por una interpretación correcta de los delitos de resultado y del papel que éste juega en el injusto penal del hecho⁴⁸. La imputación del resultado a la omisión del garante no puede dejar de reflejar el desvalor de la infracción de la norma de conducta y la perturbación del orden jurídico que se intenta evitar con la prohibición⁴⁹. En definitiva, se trata de poder afirmar que el resultado producido es expresión del mensaje prescriptivo contenido en la norma de conducta, esto es, que el resultado refleja en términos comunicativos el contenido de desaprobación sobre el riesgo plasmado en la omisión⁵⁰.

La propuesta que estimo correcta no solo dogmáticamente, sino también desde el punto de vista político-criminal requiere dar dos pasos claramente diferenciados⁵¹. En primer lugar, hay que preguntarse si la conducta indicada hubiera mantenido el riesgo por debajo de lo permitido. Se trata de comprobar que dicha conducta era realmente idónea *ex ante* para mantener el riesgo controlado. Ello no ocurrirá si existía otro riesgo que no podía ser tenido en cuenta al configurar la norma de cuidado y que determinaba la inidoneidad de la conducta para evitar el resultado desde un primer momento. Son supuestos de norma de cuidado erróneamente configurada.

Considérese el ejemplo de la enfermera que no alerta a la comadrona o al ginecólogo de guardia sobre las molestias genéricas e inespecíficas de la paciente durante toda la noche. Según lo pautado médicamente, la enfermera debía alertar a la comadrona y médico correspondiente de guardia si en el transcurso de cuatro horas los dolores no remitían. Sobre las ocho de la mañana del día siguiente, tras requerir nuevamente por los dolores asistencia de médico o matrona, se procedió a la monitorización de la embarazada. Al no detectarse latido del feto fue avisado el doctor jefe del servicio de ginecología, quien tras hacerle una ecografía confirmó que el feto había fallecido en el curso de la noche. De los informes médicos se desprende que, ante las dificultades que presentaba el caso, sólo una cesárea practicada inmediatamente tras la monitorización realizada ante los primeros dolores hubiera permitido salvar el feto. Aunque la enfermera hubiera dado aviso dentro del plazo establecido, cosa que no hizo, no se hubiera podido evitar el fallecimiento del feto. La norma de cuidado estaba mal configurada.

En segundo lugar, una vez confirmada la idoneidad de la conducta *ex ante*, es preciso examinar si ha aparecido un nuevo riesgo procedente de la propia víctima o de terceros, pero en todo caso

⁴⁸ Como advierte FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 539, se trata de averiguar la relación normativamente correcta entre conducta y resultado.

⁴⁹ En un sentido similar, en relación con la comisión activa, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 548.

⁵⁰ En este sentido, ROBLES PLANAS, «Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo», en FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, 2006, p. 101, nota 43; ROBLES PLANAS, «De efectos retardados: sobre la imputación objetiva y el transcurso del tiempo», en CARNEVALI (coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, 2017, pp. 137 ss.

⁵¹ En relación a este punto, me veo obligada a matizar mi postura anterior en el sentido de pasar de exigir cuatro pasos a conformarme con dos. En el fondo, se trata de una reducción que no altera el contenido de la propuesta, pero sí entiendo que gana en claridad expositiva (vid. BOLEA BARDON, «Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión», *LH-Mir Puig*, 2017, pp. 469 y s.).

concreto, real e individualizable, capaz de explicar el resultado con abstracción de los riesgos generales de la vida, pues éstos ya han sido tenidos en cuenta a la hora de formular la propia norma de conducta⁵².

Considérese el ejemplo del médico que por descuido deja de enviar al paciente al especialista para que sea tratado de su dolencia y en consecuencia se producen unas lesiones o la muerte. El hecho de que le hubiera podido tocar un médico especialista incompetente que no le hubiera prescrito el tratamiento adecuado es un riesgo general de la vida que no es capaz de explicar el resultado realmente acaecido.

De existir un nuevo riesgo, y no poder descartar que el mismo haya podido adelantarse al riesgo inicial, no queda otra alternativa que negar la responsabilidad por el resultado respecto al garante omitente. En efecto, el resultado no podrá ser imputado porque no se sabe con certeza cuál de los riesgos se ha proyectado finalmente en el mismo o, incluso, si ha dado lugar a una situación de concurrencia de riesgos en la que ambos se proyectan en el resultado. Desconocer cuál de los riesgos se ha realizado en el resultado impide imputar el resultado, siempre que se trate de una duda razonable⁵³.

Considérese el casode la madre que, tras dar a luz en el baño en solitario, no dispensa cuidado alguno a su bebé ni solicita auxilio pensando que estaba muerto. En ningún momento realiza las comprobaciones pertinentes para cerciorarse de la muerte del bebé. Los médicos forenses que emitieron el informe de autopsia afirmaron que no podían precisar si la recién nacida habría sobrevivido de haber recibido los cuidados necesarios y la atención médica antes y después del parto, ya que no disponían de los datos necesarios para determinar el sufrimiento fetal durante el parto y el grado de anoxia durante el mismo. Los médicos concluyeron que no se podía determinar el grado de influencia del abandono de la recién nacida en su muerte, ni tampoco si la etiología pudo ser principalmente natural debido al sufrimiento intraparto⁵⁴. En este supuesto existía un riesgo alternativo real e individualizable capaz de desplazar al riesgo inicial.

Explicado con una fórmula operativa, hay imputación del resultado si: 1) se puede afirmar la idoneidad de la conducta indicada para mantener el riesgo controlado; y 2) se puede descartar la

⁵² También FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 547, hace abstracción de los riesgos permitidos, admitiendo la imputación del resultado cuando en caso de conducta lícita no existe más que la posibilidad general de producción del mismo. Pero tiene en cuenta el peligro concreto de producción del resultado no basado en el riesgo estadístico general, sino en los indicios específicos del caso individual (p. 549).

⁵³Opera también con el criterio de la duda razonable para excluir la imputación del resultado en supuestos de incertidumbre, GIMBERNAT ORDEIG, *El comportamiento alternativo conforme a Derecho*, 2017, pp. 83 y ss., pero, a diferencia de la postura aquí sostenida, la duda no gira en torno a saber cuál de los riesgos se ha podido realizar en el resultado, sino que se plantea en relación a si el segundo riesgo (al que el autor denomina circunstancia especial) “ha condicionado que la acción imprudente haya supuesto un riesgo mayor o igual que el que hubiera representado la acción ejecutada dentro de los márgenes del riesgo permitido”. Es decir, que la incertidumbre se vincula a la propia conducta incorrecta, no pudiéndose afirmar que en relación al comportamiento alternativo conforme a Derecho supusiera un incremento del riesgo de lesión, lo que según el autor, en aplicación del principio *in dubio pro reo* debe conducir a la absolución.

⁵⁴ Caso juzgado en la STS 368/2016, 28-04. En este caso existe una duda razonable acerca de cuál de los riesgos ha podido realizarse en el resultado: el derivado del padecimiento fetal durante el parto; o bien, el generado por no dispensar la madre los cuidados mínimos a la recién nacida; o incluso, si han concurrido ambos, por lo que llega a una solución correcta el Tribunal cuando, estimando el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ Andalucía, que confirmó la condena por homicidio imprudente dictada por la AP Málaga, absuelve a la acusada.

aparición de un nuevo riesgo que haya podido desplazar al riesgo inicial. El proceder expuesto parece aproximarse a la versión de la teoría de la evitabilidad mantenida por la doctrina dominante. Ahora bien, con una importante matización de carácter normativo: una vez ha quedado constatado que la conducta indicada era idónea *ex ante* para la evitación del resultado opera la presunción de que el riesgo no impedido por el garante se ha realizado en el mismo. Y dicha presunción únicamente quedará desvirtuada cuando aparezca un segundo riesgo no tenido en cuenta *ex ante*, procedente de la propia víctima o de un tercero, capaz de sembrar dudas razonables sobre la virtualidad causal de la conducta indicada para evitar el resultado⁵⁵. De hecho, en la práctica serán pocos los casos en los que el resultado no pueda ser vinculado a la previa infracción de la norma de cuidado, pues quedan al margen de la posibilidad de interrumpir la imputación objetiva del resultado no solo los riesgos generales de la vida, sino también los cursos causales hipotéticos sustitutivos o de reemplazo. Respecto a estos últimos, se afirma que el resultado podría haberse producido igual por la intervención de terceros o de la víctima, si bien el riesgo no controlado se realiza plenamente en el resultado porque el segundo riesgo sólo entra en juego de forma hipotética⁵⁶.

Siguiendo con el ejemplo, mencionado anteriormente, del médico que por descuido deja de enviar al paciente al especialista, si se demuestra que el paciente no hubiera seguido el tratamiento aunque se le hubiera prescrito porque había decidido abandonar la medicina tradicional y someterse a terapias alternativas, estaríamos ante un curso causal hipotético sustitutivo irrelevante para explicar el resultado realmente acaecido. No habría interrupción de la imputación objetiva por intervención posterior de la propia víctima porque el paciente no ha introducido ningún nuevo riesgo. De hecho, se le ha privado de la oportunidad de descontrolar un riesgo que estaría bajo control si el tratamiento era el idóneo para mantener el peligro por debajo del riesgo permitido.

En definitiva, lo que se propone con el planteamiento expuesto es adoptar una teoría normativa de la evitabilidad, esto es, una construcción que no prescindiera de juicios hipotéticos, pero que los someta a un proceso de normativización. De ahí, el título de este trabajo.

6. Resolución del caso

Una cuestión previa no menor es la relativa a la posición de garante del médico de guardia⁵⁷. La Audiencia y el Tribunal Supremo coinciden en afirmar la posición de garante del médico

⁵⁵La aparición de un nuevo riesgo concreto e individualizable excluye la imputación del resultado porque genera dudas acerca de si el mismo ha podido adelantarse al riesgo inicial no controlado por el garante. Por otra parte, no hay que olvidar que el nuevo riesgo no ha sido tenido en cuenta al configurar la norma de cuidado dirigida al garante omitente.

⁵⁶ Destaca la escasa relevancia práctica de los cursos causales hipotéticos de reemplazo, MURMANN, «Problems of Causation with Regard to (Potential) Actions of Multiple Protagonists», *Journal of International Criminal Justice*, Volume 12, Issue 2, 1 de Mayo 2014, pp. 283 ss.

⁵⁷ Especialmente críticos frente a la exigencia de una posición de garante para fundamentar la responsabilidad del omitente en los delitos de comisión por omisión, se muestran GRACIA MARTÍN, «Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», en CEREZO MIR, *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 468 y ss.; y RUEDA MARTÍN, «Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal», *InDret* 1/2015, pp. 6 ss.

responsable del servicio de urgencias. Pero se trata de una figura que no está exenta de polémica en la doctrina. La opinión mayoritaria se muestra a favor de entender que la posición de garante del médico de guardia se fundamenta en la asunción del servicio de urgencias⁵⁸. La postura minoritaria rechaza la posición de garantía del médico de guardia si no existe un acto de asunción expreso y concreto del que pueda nacer el deber de evitar el resultado⁵⁹. Admitiendo que pueda ser discutible atribuir con carácter general al médico de guardia la condición de garante determinante de una responsabilidad en comisión por omisión, en el caso aquí analizado hay razones que permiten afirmar la posición de garantía de los médicos del servicio de emergencias respecto a las jóvenes que fueron trasladadas al botiquín tras la avalancha. De entrada, la organización de esta clase de eventos solo se permite cuando se cumplen una serie de requisitos, entre los cuales se halla precisamente el contar con un servicio médico de urgencias que pueda atender a las personas que durante la celebración del evento precisen de asistencia facultativa. Asimismo debe destacarse que los médicos, al ser contratados por la empresa promotora para hacerse cargo del servicio de urgencias médicas, asumen voluntariamente el compromiso de tratar a las personas que, dentro del recinto, puedan acudir a su servicio mientras dura el evento y durante el tiempo que están al mando de dicho servicio⁶⁰.

Tal como se expone en la sentencia, parece que los médicos solo atendieron a dos de las jóvenes, si bien, debido a un error de diagnóstico, dejaron de aplicarles el tratamiento adecuado. El juicio de desaprobación sobre el riesgo no ofrece dudas, y así lo admite el propio tribunal, puesto que, aunque la omisión de la conducta indicada se debiera a una falsa representación de la realidad (creyeron que estaban muertas), el tipo objetivo se habría realizado, lo que permitiría apreciar un delito de homicidio imprudente, siempre que el error (de tipo) fuese calificado de vencible. El carácter vencible del error no sería descartable atendiendo a su objeto, a las personas que han incurrido en él y a las mínimas comprobaciones que tendrían que haber realizado para superarlo. La cuestión esencial ahora es determinar si es posible atribuir responsabilidad por el resultado de muerte cuando no queda claro que, de practicar una RCP durante el tiempo estipulado por el protocolo médico que recoge la *lex artis* (un mínimo 30 minutos), se hubiera podido evitar el fallecimiento.

⁵⁸Así, GAEDE, *NK-StGB*, vol. 1, 5ª ed., 2017, § 13, Nm. 39, p. 678; WEIGEND, *LK-StGB*, 12ª ed., 2006, § 13, Nm. 36, p. 838.

⁵⁹ Vid., por todos, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, p. 353. Señala este autor que el médico de guardia se encuentra en una posición de monopolio que puede generar responsabilidad vía § 323 c, pero no la equivalencia con la realización activa del tipo por faltar el dominio sobre la causa del resultado.

⁶⁰En la doctrina considera SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», en SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre los delitos de omisión*, 2004 p. 73 (artículo publicado por primera vez en Diario La Ley, 1987, tomo 1, pp. 955 ss.), que “no basta con el compromiso genérico e indiferenciado en que consiste la asunción del servicio de guardia” para que “las omisiones del médico de guardia sean equivalentes a realizaciones activas del tipo”. No obstante, en un trabajo posterior SILVA SÁNCHEZ, *Responsabilidad penal por mala praxis médica*, 2016, pp. 100 ss., admite la posición de garantía determinante de la responsabilidad en comisión por omisión del médico de urgencias por razones que tienen que ver con “la prestación de la actividad médica en el ámbito de organizaciones”). Una postura intermedia, que acaba resultando bastante restrictiva pero a la vez sorprendente, es la propuesta por ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, B. II*, 2003, 32/75, p. 735. Diferencia este autor en función de si los pacientes que se dirigen al médico de guardia ya están siendo tratado por otro médico, en cuyo caso el médico de guardia asume provisionalmente su función de protección; o si, en cambio, el que acude al médico de guardia es un paciente que no está siendo tratado, en cuyo caso el rechazarlo solo puede acarrear un castigo aplicando el § 323 c.

A mi juicio, el punto de partida de la teoría de la evitabilidad es correcto pero requiere, como se ha dicho, de un correctivo normativo del juicio hipotético al que se ve abocada. La relación de riesgo no requiere demostrar, con un 100% de seguridad, que la acción indicada hubiera evitado el resultado. Tampoco es recomendable acudir a fórmulas como la de la probabilidad rayana en la seguridad, por las dificultades de comprobación empírica que se ha visto que plantean. Téngase en cuenta que ni siquiera en los delitos de acción cuando se trata de afirmar el nexo causal entre conducta y resultado se opera con una certeza absoluta. Más bien se admite la relación causa-efecto sin exigir un nexo de causalidad conforme a leyes científicas de un 100% de probabilidad (siendo suficiente un nexo de causalidad estadística o probabilística). Tal como acertadamente señala SILVA SÁNCHEZ, refiriéndose a la praxis médica pero pudiéndose extrapolar a otros ámbitos, “se tiende a aceptar una causalidad estadística basada en la probabilidad elevada de que un factor determinado (A) haya dado lugar a la producción de un resultado (B) y en la ausencia de explicaciones alternativas. El nexo de imputación objetiva entre conducta y resultado no pretende dar cuenta en términos científico-experimentales de una determinada relación, sino de fijarla en términos razonables y comprensibles para una Sociedad (el lenguaje de la imputación es jurídico-social, no científico-experimental)”⁶¹. Por tanto, no es necesario demostrar empíricamente que la acción considerada *ex ante* como idónea para evitar el resultado efectivamente lo hubiera evitado (*ex post*), sino que basta con que el sujeto no la haya realizado, estando en posición de garante y teniendo capacidad individual para llevarla a cabo. A salvo de lo anterior quedan los casos en que el juicio sobre la idoneidad de la conducta era erróneo o aquellos otros en que se introduce un nuevo riesgo con el que no cabía contar *ex ante*.

Volviendo al caso objeto de este comentario, para afirmar la imputación objetiva del hecho es necesario preguntarse: 1. Si la conducta indicada (continuar con la RCP durante el tiempo estipulado) era efectivamente idónea para mantener el riesgo por debajo de lo permitido; y 2. Si el resultado producido es expresión del mensaje prescriptivo contenido en la norma de conducta. En otras palabras: si el resultado refleja en términos comunicativos el contenido de desaprobación sobre el riesgo plasmado en la omisión⁶². A propósito de la primera cuestión, se parte de una situación de riesgo en la que la conducta indicada se muestra idónea *ex ante* para evitar el resultado, lo que no significa que sea infalible. Ante la urgencia del momento y, admitiendo que las posibilidades de neutralización del riesgo eran mínimas, continuar con la RCP era lo indicado conforme a la *lex artis*. La conducta era idónea *ex ante*, aunque tuviera escasas posibilidades de éxito. Respecto a la segunda cuestión, cabe descartar la aparición de un nuevo riesgo con el que no se pudiera contar *ex ante*, que pudiera haberse realizado en el resultado procedente de la propia víctima o de terceros. No se dan explicaciones alternativas capaces de generar dudas acerca de cuál de los riesgos ha podido realizarse en el resultado. Desde la perspectiva *ex post* no entra en consideración ningún otro riesgo (real) capaz de interrumpir la imputación objetiva del resultado. De ahí que haya que afirmar que la solución del Tribunal Supremo es correcta, que no cabe negar la responsabilidad penal del médico de guardia en comisión por omisión imprudente, si bien la fundamentación aquí acogida es distinta.

⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, *Responsabilidad penal por mala praxis médica*, 2016, p. 87.

⁶² Sobre la importancia de la función político-criminal del resultado, vid. ROBLES PLANAS, en CARNEVALI (coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, 2017, p. 138.

Tal como se ha dicho, entre la infracción de la norma de cuidado y el resultado debe establecerse, según creo, una relación de sentido, que se excluye cuando aparece un nuevo riesgo que desplaza al inicial o se podría haber adelantado al mismo (incertidumbre). En caso de duda razonable, acerca de cuál de los riesgos se ha podido realizar en el resultado, no cabe imputar el resultado al riesgo no controlado por el primer agente. La mera constatación fáctica de que se ha producido el resultado no es suficiente. Es necesario establecer una relación de sentido (juicio normativo) que permita conectar el resultado con el comportamiento activo u omisivo penalmente desaprobado. Dicha conexión no procede cuando aparecen nuevos riesgos reales y no hipotéticos que generan dudas sobre cuál de ellos se ha realizado en el resultado (o sobre la posibilidad de que se hayan realizado ambos conjuntamente). Es cierto que el contenido de la relación de sentido que permite imputar el resultado es mínimo, pues basta con que no exista una explicación alternativa. A partir de ahí procede el castigo por imprudencia. En efecto, hay necesidad y merecimiento de pena porque son conductas de elevada gravedad y en la imprudencia si no se imputa el resultado es imposible poner de manifiesto la importancia de cumplir la norma de cuidado. Recapitulando: la clave para la solución del caso es que se dan los dos pasos necesarios para la imputación del resultado: 1º la norma de conducta infringida estaba correctamente configurada; y 2º no se dan explicaciones alternativas.

7. Tabla de jurisprudencia citada

Tribunal, Sala, Fecha	Referencia	Magistrado ponente
TS, 2ª, 22.12.2001	2445	Eduardo Moner Muñoz
TS, 2ª, 14.3.2002	502	Andrés Martínez Arrieta
TS, 2ª, 25.1.2006	1251	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
TS, 2ª, 12.12.2006	1251	Andrés Martínez Arrieta
TS, 2ª, 02.7.2009	716	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
TS, 2ª, 27.10.2009	1089	Alberto Gumersindo Jorge Berreiro
TS, 2ª, 26.10.2009	1061	Francisco Monterde Ferrer
TS, 2ª, 30.3.2009	257	Enrique Bacigalupo Zapater
TS, 2ª, 13.12.2010	1058	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

TS, 2ª, 14.3.2010	358	Andrés Martínez Arrieta
TS, 2ª, 2.4.2013	325	Alberto Gumersindo Jorge Berreiro
TS, 1ª, 14.1.2015	865	Ana María Ferrer García
TS, 2ª, 28.4.2016	368	Miguel Colmenero Menéndez de Luarda
TS, 1ª, 11.12.2017	805	Julián Artemio Sánchez Melgar
TS, 2ª, 18.10.2017	682	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
TS, 2ª, 20.1.2017	17	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
AAP Álava, 2ª, 12.2.2008	53	José Jaime Tapia Parreño
AAP Barcelona, 3ª, 25.7.2012	774	Sra. Ma Jesús Manzano Mesenguer
SAP Santa Cruz de Tenerife, 5ª, 19.10.2012	369	Francisco Javier Mulero Flores
AAP Madrid 15ª, 19.9.2012	617	Carlos Fraile Coloma
SAP Girona, 3ª, 02.7.2013	437	María del Carmen Capdevila Salvat
SAP Alicante, 10ª, 24.2.2014	97	Jesús Gómez-Angulo Rodríguez
SAP Valladolid, 4ª, 18.9.2014	385	Javier de Blas García
SAP Madrid, 7ª, 21.9.2016	488	Ángela Acevedo Frías

8. Bibliografía

BOLEA BARDON (2017), «Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión», en SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coord.), *Estudios de Derecho penal en Homenaje al prof. Santiago Mir Puig*, edit. B de F, Buenos Aires-Montevideo.

CEREZO MIR (1998), *Curso de Derecho penal español, Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6ª ed, edit Tecnos, Madrid.

ERB (1991), *Rechtmässiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, edit. Springer, Berlin.

EXNER (1930), «Fahrlässiges Zusammenwirken», en HEGLER/FRANK *Festgabe für Reinhard von Frank*, edit. Scientia, Tübingen.

FEIJOO SÁNCHEZ (2011), «Caso de los pelos de cabra», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, edit. La Ley, Madrid.

FREUND (2009), *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2ª ed., edit. Springer, Berlin-Heidelberg.

FRISCH (1988), *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, edit. C.F. Müller, Heidelberg.

GAEDE (2017), “§13”, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, vol. 1, 5ª ed., Nomos, Baden-Baden.

GIL GIL (2007), *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, edit. Atelier, Barcelona.

GIMBERNAT ORDEIG (2017), *El comportamiento alternativo conforme a Derecho*, B de F, Madrid.

————— (1995), «Causalidad, omisión e imprudencia», en MAYER/BINDER (comps.), *El Derecho penal hoy. Homenaje al Profesor David Baigún*, Editores del Puerto, Buenos Aires.

————— (2016), «Teoría de la evitabilidad versus teoría del incremento del riesgo», en MAQUEDA ABREU/MARTÍN LORENZO/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho. LH-Octavio de Toledo*, Servicio publicaciones facultad derecho UCM, Madrid, p. 111 ss.

GRACIA MARTÍN (2001), «Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», en CERESO MIR, *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, edit. UNED, Madrid, pp. 411 ss.

GRECO (2011), «Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten», en *Zeitschrift für Internationales Strafrechtsdogmatik*, 8-9, pp. 674 ss.

HARDWIG (1957), *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, edit. de Gruyter, Berlin.

HAVA GARCÍA (2017), «Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena», en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2).

JAKOBS (1993), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed, edit. de Gruyter, Berlin.

Arthur KAUFMANN (1985), «Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie», en VOGLER *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, edit. Duncker & Humblot, Berlin.

KRÜMPELMANN (1984), «Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten», en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (1), pp. 491 ss.

LACKNER (1997), antes "§ 15", en *Lackner-StGB*, 22ª ed., edit. Beck, Munich,

LUZÓN PEÑA (2016), *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., edit. Tirant lo Blanch, Valencia.

MARTINEZ ESCAMILLA (1994), «¿Relevancia de los comportamientos alternativos a Derecho en la imputación objetiva del resultado?», en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal. Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho penal en homenaje al profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor "Honoris Causa" por la Universidad Complutense de Madrid*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho UCM y Centro de Estudios Judiciales, Madrid, pp. 104 ss.

MIR PUIG (2016), *Derecho penal, Parte General*, 10ª ed., edit. Reppertor, Barcelona.

MURMANN (2014), «Problems of Causation with Regard to (Potential) Actions of Multiple Protagonists», en *Journal of International Criminal Justice*, 12, pp. 283 ss.

OTTO (2017), *Manual de Derecho Penal. Teoría general del Derecho Penal*, 7ª ed., edit. Atelier, Barcelona.

PUPPE (2017), antes "§13", en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nommos Kommentar. Strafgesetzbuch*, Vol. 1, 5ª ed., Nomos, Baden-Baden.

ROBLES PLANAS (2006), «Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo», en FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, edit. B de f, Buenos Aires.

————— (2017), «De efectos retardados: sobre la imputación objetiva y el transcurso del tiempo», en CARNEVALI (coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, edit. B de f, Buenos Aires.

ROXIN (2006), *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I*, 4ª ed., edit. C.H. Beck, München.

————— (2003), *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band II*, edit. C.H. Beck, München.

————— (1962), «Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol.74, Issue 3, pp 411 ss.

RUEDA MARTÍN (2015), "Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1).

RUDOLPHI (1988), antes "§13", *Systematischer kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil*, B. I, 5ª ed., edit. Alfred Metzner, Frankfurt am Main.

————— (1997), antes "§1", *Systematischer kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil*, B. I, 6ª ed., edit. Alfred Metzner, Frankfurt am Main.

SAMSON (1972), *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, edit. Metzner, Frankfurt (Main).

SANCINETTI (2009), «¿Son irrelevantes los cursos causales hipotéticos para la responsabilidad penal?», en SANCINETTI (compilador), *Causalidad, riesgo e imputación*, edit. Hammurabi, Buenos Aires.

SCHAFFSTEIN (1970), «Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe», en HONIG, *Festschrift für Richard M. Honig, zum 80. Geburtstag*, edit. Otto Schwartz & Co., Göttingen.

SCHÜNEMANN (1975), «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», en *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, p. 654.

—————(1971), *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Otto Schwartz & Co., Göttingen.

—————(1985), «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (8), p. 293 - 352.

STRATENWERTH (1973), «Bemerkung zum Prinzip der Risikoerhöhung», en LACKNER/LEFERENZ/SCHMIDT/WELP/WOLFF (eds.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, edit. de Gruyter, Berlin.

SILVA SÁNCHEZ (2016), *Responsabilidad penal por mala praxis médica*, edit. Marben, Paraguay.

————— (1986), *El delito de omisión*, edit. J. M. Bosch, Barcelona.

————— (1997), «La regulación de la "comisión por omisión"», en SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, edit. J. M., Bosch, Barcelona.

————— (1987) «Revista de revistas», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1987.

————— (2004), «La responsabilidad penal del médico por omisión», en SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre los delitos de omisión*, edit. Grijley, Lima.

WEIGEND (2006), «§ 13», en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12^a ed., Gruyter, Berlin.