

División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica

Ingeborg Puppe

Universidad de Bonn

382

Abstract*

La división del trabajo solamente es eficaz cuando cada uno puede confiar en que el otro cumpla sus tareas. Por ello, este principio, llamado principio de confianza, rige para la definición de los deberes de cuidado, por lo menos en el caso del trabajo en equipo de personas que están en el mismo nivel. Este principio de confianza restringe los deberes de cuidado de quienes intervienen, pero no la responsabilidad de aquél que ya ha infringido su deber. Si varios intervinientes han contribuido por igual a un daño mediante infracciones del deber de cuidado, ninguno de ellos puede exonerarse de responsabilidad alegando que ha confiado en el cuidado de los demás. Esto es válido con independencia de si han actuado simultáneamente o uno tras otro. Y también es válido con independencia de si la infracción del deber de cuidado por parte de uno de los intervinientes basta por sí sola para explicar el resultado o si solamente lo hacen ambas juntas. Si un interviniente ha omitido su deber de recurrir a otra persona que sea más competente, no puede alegar, para exonerarse de responsabilidad, que la persona competente habría podido no respetar su deber en caso de que se hubiera recurrido a ella. En el examen de la causalidad y de la imputación hay que suponer, más bien, que aquella persona a la que había que recurrir habría cumplido totalmente su deber. Esto tiene su razón normativa en que nadie puede alegar infracciones del deber ficticias por parte de otros, si él mismo ha hecho al otro imposible el cumplimiento del deber o no se lo ha hecho posible.

Sumario

- 1. El principio de confianza**
- 2. Imputación de segundos daños**
- 3. La omisión de acudir a una persona competente que preste ayuda**
- 4. Bibliografía**

* Título original "Arbeitsteilung und Verantwortungsteilung beim ärztlichen Heihandeln". Traducción al español de Nuria Pastor Muñoz, doctora en Derecho penal. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.

1. El principio de confianza

Una vez se dejan de lado los casos más sencillos de actuación médica curativa como, por ejemplo, la prescripción de un medicamento o de un tratamiento fisioterapéutico a un paciente, la actuación médica curativa es casi siempre una actuación conjunta de varios sujetos que asumen diversas tareas, en parte, en una relación de igualdad y, en parte, en una relación de superioridad o de subordinación. En cada tratamiento clínico trabajan conjuntamente médicos y enfermeras; en cada operación, en la mesa de quirófano están, junto al cirujano, por lo menos, el anestesista y la enfermera de quirófano y cada médico ayudante que tiene servicio está subordinado a un médico adjunto al que debe recurrir en caso de que sus conocimientos y experiencias no sean suficientes para tomar la decisión necesaria. Por ello, precisamente en el Derecho penal médico se plantea con especial frecuencia la cuestión de en qué medida quienes intervienen se exoneran recíprocamente de responsabilidad y en qué medida son conjuntamente responsables.

En el tráfico rodado, esto es, un ámbito en el que también coinciden varias personas que tienen que evitar un daño, el BGH ha desarrollado el llamado principio de confianza¹. Éste establece que todo sujeto que participe en el tráfico puede partir, en la decisión de su propio comportamiento, de que los demás sujetos que participan en el tráfico respetarán las reglas, mientras no tenga indicios claros de que otro no lo va a hacer. El principio de confianza restringe el principio del § 1 de la StVO (Ordenanza de Tráfico Viario). El § 1 dispone que todo sujeto que intervenga en el tráfico rodado debe comportarse de tal manera que no ponga en peligro ni importune a nadie por encima de lo necesario. Ahora bien, la experiencia enseña que muchas veces los demás sujetos que participan en el tráfico no respetan las normas. Sin embargo, si quien participa en el tráfico, al valorar si es posible que cause un peligro a través de un determinado comportamiento, tuviera que contar con la posibilidad de que los demás se comporten incorrectamente, podría conducir como máximo a velocidad de paso o de parada. Pues bien, en primer lugar, el principio de confianza hace posible el tráfico rodado moderno, en la medida en que restringe normativamente el principio que reza "cuenta con todos los factores de peligro que, según la experiencia, puedan surgir". Sin embargo, no sólo el tráfico rodado depende del principio de confianza, sino todas las formas de trabajo en equipo². Sin el principio de confianza, los que intervienen en un trabajo en equipo no podrían exonerarse recíprocamente de responsabilidad y, por tanto, ya no podrían cumplir sus tareas propias con la diligencia necesaria. ¿Qué es lo que gana el cirujano que tiene a su lado a un anestesista que se encarga de la anestesia, si en todo momento debe contar con que el anestesista cometa un error y debe prepararse para ello? ¿Cómo va a poder el anestesista concentrarse en su tarea de supervisar la anestesia, si tiene que vigilar al tiempo que el cirujano no olvide una gasa en la barriga del paciente? Así pues, el principio de confianza es un elemento necesario de toda división del trabajo.

Sin embargo, el principio de confianza no tiene validez general ni en el Derecho de la circulación, ni en el Derecho médico. Si fuera válido de manera general, ya no sería posible el doble

¹ BGHSt 7, 118; 12, 81 (83); 13, 169 (172), BGH, *Verkehrsrechts-Sammlung*, 14, 294; 15, 123.

² STRATENWERTH/KUHLEN (2004), 15/68; STRATENWERTH (1961), p. 383 (pp. 387 y ss.); *Systematischer Kommentar-HOYER*, anexo al § 16, núm. marg. 39.

aseguramiento frente a un peligro o a una infracción del deber de cuidado. El principio tiene su máxima validez entre *partners* del trabajo en equipo que están en el mismo nivel, por ejemplo, entre el anestesista y el cirujano. En cambio, en las relaciones de superioridad y subordinación, este principio rige solamente de manera limitada. Así, el médico que ha prescrito una medicación tiene que cerciorarse de que la enfermera ha entendido correctamente su prescripción³. Cuando un médico joven en período de formación tiene que realizar por primera vez una determinada operación, el médico adjunto asume el rol de asistirle. Aunque desde una perspectiva puramente externa el médico adjunto solamente marca las pautas, tiene evidentemente la tarea de supervisar al médico joven, es decir, que precisamente no le está permitido confiar en que este último cumplirá todos los deberes de cuidado de un cirujano. Por último, está claro que en Derecho médico, al igual que en Derecho de la circulación, el principio de confianza deja de estar vigente cuando se pueden identificar puntos de apoyo de que otro sujeto que interviene ha cometido o va a cometer un error. La enfermera experimentada en una determinada clase de medicación actúa contrariamente a cuidado cuando sigue sin reflexionar la prescripción de un médico, pese a que podría haberse dado cuenta fácilmente de que el médico se confundió al indicar la dosis.

El BGH ha formulado una restricción adicional al principio de confianza del siguiente modo: quien se comporta infringiendo su deber de cuidado no puede confiar en que los demás respeten sus deberes de cuidado⁴. Esta frase recuerda en cierta medida al “donde las dan las toman” o al principio de *venire contra factum proprium*, como si el autor, mediante su propia infracción del deber de cuidado, hubiera perdido el derecho a confiar en el cuidado de los otros y tuviera que contar con que ellos no se van a comportar mejor que él. Ahora bien, el principio de confianza no consiste en una especie de confianza recíproca, como puede ocurrir en Derecho civil, sino que el principio de confianza es previo al comportamiento del autor y limita sus deberes de cuidado⁵. La sanción por una infracción del deber de cuidado consiste en hacer responsable penalmente y, en su caso, también civilmente de sus consecuencias al autor. Sin embargo, el hecho de que alguien esté a punto de comportarse descuidadamente o de que ya lo haya hecho no es un fundamento para intensificar hasta tal punto los deberes de cuidado para él vigentes que tenga que prepararse para el comportamiento descuidado de otros intervinientes.

La frase según la cual quien se comporta infringiendo su deber de cuidado no puede confiar en que los otros se comportarán cuidadosamente alcanza quizá plausibilidad aparente porque se considera necesaria para evitar que quienes mediante su comportamiento descuidado han realizado una aportación necesaria para un daño se exoneren recíprocamente, alegando cada uno de ellos que había confiado en que los demás iban a respetar sus deberes de cuidado. Tomemos el siguiente ejemplo: al coser la herida, el cirujano deja efectivamente una pinza arterial en la zona operada. El médico que se encarga de continuar el tratamiento omite ordenar una exploración con rayos X para el control ulterior de la operación. En consecuencia, la pinza arterial solamente

³ BGHSt 6, 282 (283); cfr., también, BGHSt 3, 91 (95); *Nomos Kommentar-PUPPE*, previo al § 13, núm. marg. 164.

⁴ BGHSt 11, 389 (393); 17, 299 (301); BGH, *VRS*, 15, 450 (451); 35, 114 (116); 181 s.; OLG Karlsruhe, *VRS*, 98, 280 (284); WELZEL (1969), p. 133; STRATENWERTH/KUHLEN (2004), 15/69; de otro parecer, ROXIN (2006), 24/24.

⁵ *Nomos Kommentar-PUPPE*, previo al § 13, núm. marg. 166; la misma (2002), 5/11; la misma (1987), p. 595 (p. 611); STRATENWERTH/KUHLEN (2004), 15/67.

se descubre cuando ya ha generado complicaciones masivas que se podrían haber evitado retirando antes el cuerpo extraño. Pues bien, sería bastante grotesco que el cirujano se pudiera exonerar de la responsabilidad por la complicación alegando que podía confiar en el cuidado del médico encargado del tratamiento posterior. ¿En qué momento podría confiar?, ¿quizá en el momento en que dejó la pinza arterial en el abdomen del paciente? Admitir esto no resulta absurdo porque, evidentemente, el médico no haya actuado conscientemente, ni tampoco porque sea inmoral acogerse a la confianza en el cuidado de los demás cuando uno mismo no respeta sus deberes de cuidado. La razón por la cual admitir esto es absurdo es que el principio de confianza tiene exclusivamente la función de restringir los deberes de cuidado de cada interviniente, pero no su responsabilidad. Por tanto, el principio de confianza no es en absoluto aplicable cuando consta que quien interviene se ha comportado contrariamente a cuidado⁶. Así pues, para fundamentar que este último responde de todas las consecuencias que haya causado, no es necesaria una proposición cuyo contenido sea que quien se comporta contrariamente a cuidado no se puede acoger al principio de confianza.

2. Imputación de segundos daños

Es cierto que, en la doctrina se ha acudido de hecho al principio de confianza para fundamentar que el causante de un primer daño no es corresponsable de aquel segundo daño que también ha sido causado por el comportamiento responsable posterior de otra persona⁷. Ahora bien, debería quedar claro que, en todo caso, tal exclusión de la responsabilidad no se puede justificar con el principio de confianza. El problema solamente pertenece a nuestro tema en la medida en que el caso estándar sea el del médico que, en el tratamiento de un primer daño, por ejemplo, unas lesiones imprudentes en el tráfico rodado, comete un error médico, con lo cual se plantea la pregunta de si las consecuencias de este error también se le han de imputar al primer sujeto que ha dañado. En la doctrina alemana se ofrece una fundamentación adicional para negar tal imputación, a saber, la de que en el segundo daño solamente se ha realizado el riesgo no permitido del error médico, y no el del accidente de tráfico⁸.

Examinemos cada uno de los presupuestos de la realización de un riesgo no permitido: el primero es la causalidad del comportamiento contrario a cuidado del primer autor respecto al segundo daño. Si el primer sujeto no hubiera lesionado a la víctima del accidente, el médico no habría podido actuar para tratarla y, por ello, no habría tenido ocasión cometer un error médico. Con ello, consta la causalidad del primer comportamiento también para el segundo daño.

Sin embargo, no basta con que el autor haya cocausado de alguna manera el segundo daño. Un riesgo no permitido no se realiza cuando, dicho gráficamente, la cadena causal, partiendo de un comportamiento no permitido, se convierte en un estado permitido a partir del cual un

⁶ *Nomos Kommentar-PUPPE*, previo al § 13, núm. marg. 166; la misma (2002), 5/11; la misma (1987), p. 595 (p. 611); STRATENWERTH/KUHLEN (2004), 15/67.

⁷ *Systematischer Kommentar-RUDOLPHI*, previo al § 1, núm. marg. 73 s.

⁸ *Systematischer Kommentar-RUDOLPHI*, previo al § 1, núm. marg. 74; FRISCH (1988), p. 427.

comportamiento adicional no permitido del autor o de un tercero conduce finalmente al daño. En tal caso, se puede decir con razón que no ha sido el riesgo no permitido del primer comportamiento, sino el del segundo, el que se ha realizado en el resultado. A este respecto, el ejemplo estándar es el caso en que el primer autor, al lesionar a la víctima, da lugar a que ésta sea llevada al hospital en taxi, trayecto en el que, debido a una mala conducción, la víctima sufre un daño adicional. Para la explicación de este segundo daño es necesario el hecho de que la víctima ha emprendido el trayecto en taxi con ese conductor. Para explicar esto causalmente, se necesita el hecho de que la víctima ha sido lesionada antes por un primer sujeto, pues, de lo contrario, no habría habido ningún motivo para ir en taxi. Ahora bien, el trayecto en taxi es en sí un estado permitido. Hoy en día el riesgo de ir en taxi pertenece al riesgo general de la vida de todo ciudadano. Por tanto, quien ha provocado que otro se desplace en taxi tampoco es responsable de un accidente de tráfico causado por tal conducción, en el caso en que lo haya hecho a través de un comportamiento no permitido. El estado permitido interrumpe la imputación⁹.

Para ello, un ejemplo más de la práctica médica: en el tráfico rodado, el autor lesiona imprudentemente a otro sujeto de modo tan grave que este último se ve obligado a ir al hospital. Durante la exploración, el médico descubre que el paciente tiene una hernia inguinal y le aconseja que se la haga operar en algún momento. En esa operación se comete un error médico. En este caso, el peligro no permitido del accidente de tráfico tampoco se ha realizado en el daño que el paciente ha sufrido como consecuencia del error médico, aunque el primer sujeto ha sido causal respecto a ese daño. Ello es así porque el factor causal del segundo daño causado por el primer sujeto consiste exclusivamente en haber provocado que el paciente se presente en ese hospital para ser tratado. Para el curso lesivo adicional ya no se necesita la lesión del paciente que ha sido causada por el otro sujeto que participaba en el tráfico. A veces, provocar que otro tenga que acudir a un tratamiento médico puede ser peligroso, pero no es un riesgo no permitido. Por tanto, el riesgo de las primeras lesiones no se ha realizado en el tratamiento incorrecto de la hernia inguinal.

En cambio, el caso es distinto si el error se comete en el tratamiento de la lesión causada por el primer sujeto. Tomemos el siguiente ejemplo: un conductor ha atropellado en el paso de cebra a un peatón, el cual, al caer, ha sufrido una fractura de cráneo. Una esquirla le ha penetrado en el cerebro. En la compleja operación, el cirujano comete un error médico que tiene como consecuencia una lesión permanente en el paciente. En este caso, se necesita la primera lesión con sus consecuencias peligrosas hasta la producción del segundo daño. Si el paciente no hubiera tenido una esquirla en el cerebro, el médico no habría estado ni autorizado ni obligado a trabajar con un escalpelo en su cerebro. Ahora bien, que el médico esté autorizado a evitar un daño mayor o, si es posible, la muerte del paciente no convierte el riesgo de la operación en permitido. Este riesgo no permitido también se realiza cuando el médico comete un error médico durante la operación¹⁰.

⁹ PUPPE (2002), 4/4 y ss. (7); la misma, *Nomos Kommentar*, previo al § 13, núm. marg. 15; JAKOBS (1991), 7/78, con nota 131.

¹⁰ PUPPE (2002), 4/15.

Ahora bien, ¿debería esto ser válido también en el caso en que el médico comete un error médico grave como, por ejemplo, un fallo en la anestesia? En ocasiones, en el funcionamiento en masa de una clínica también se producen errores graves. ¿Debería el primer causante ser también responsable de las consecuencias cocausadas por ese error grave o hay también un riesgo permitido de error médico al que se puede exponer a otro de modo impune? En el conocido caso del mirador hubo un error grave por parte de los médicos¹¹. El acusado había volcado el mirador en el que se sentaba su tío para cazar. Al principio, la caída resultó ser leve, pues el tío solamente se rompió un tobillo. Sin embargo, el médico que lo trataba no prescribió al paciente, que ya era mayor, una sustancia anticoagulante para prevenir una trombosis o una embolia, ni le advirtió de que debía moverse diariamente. El paciente no abandonó la cama en seis semanas. Debido a ello, sufrió una neumonía y una embolia y ello le provocó la muerte. Pese a que, sin lugar a dudas, este error del médico era grave, el Tribunal Supremo alemán ni siquiera se planteó una posible absolución del sobrino acusado de homicidio imprudente e incluso lo condenó por lesiones con resultado de muerte.

Sin embargo, en la doctrina se propone una y otra vez liberar de responsabilidad al primer sujeto que daña, cuando la infracción del deber de cuidado del segundo sujeto que interviene en la producción del daño ha sido grave. Así, se lee en ROXIN: «En cambio, cuando una lesión que normalmente es fácil de curar conduce a la muerte solamente como consecuencia de que ha habido una imprudencia médica grave, el comportamiento médico incorrecto adquiere tal preponderancia que no existe la necesidad político criminal de imputar el resultado final también al autor del delito inicial»¹². Ahora bien, solamente existe una preponderancia del segundo comportamiento responsable cuando el comportamiento responsable del primer autor no fue asimismo grave. En el caso del mirador, resultaría difícil decidir si el comportamiento en el que la imprudencia fue más grave respecto a la vida de la víctima fue el comportamiento del sobrino o el del médico. Ciertamente, en principio, el comportamiento del sobrino condujo a una ruptura de tobillo aparentemente inocua, pero, al caer del mirador, el tío se podría haber partido la columna vertebral, la nuca o el cráneo. Sin embargo, incluso aunque la responsabilidad del primer autor sea esencialmente inferior que la del médico, se plantea la pregunta de si hay una razón para exonerar a aquél totalmente de la responsabilidad por las consecuencias del error médico. Si el orden hubiera sido el contrario, esto es, si el comportamiento responsable del primer autor hubiera sido grave y el error del médico, en cambio, de poca importancia, no se absolvería al médico con la argumentación de que la contribución del primer causante a la producción del resultado final es esencialmente más importante que su propio comportamiento responsable. Ello es así porque que el peligro en la lucha contra el cual el médico ha fracasado debido a su imprudencia leve proceda de un fenómeno natural o de un comportamiento humano incorrecto no es una diferencia relevante para su responsabilidad. ¿Debería el causante del peligro estar en una posición mejor solamente porque el comportamiento incorrecto del médico sigue al suyo? Si pudiera alegar que el médico, mediante su imprudencia, le ha involucrado en cierta medida en la responsabilidad por el resultado más grave, el médico podría alegar con el mismo derecho que previamente el primer autor le condujo a la situación en la que debía ser

¹¹ BGHSt 31,96.

¹² Asimismo, ROXIN (2006), 11/117; BURGSTALLER (1985), p. 357 (p. 365).

cuidadoso para evitar el segundo daño¹³. La máxima según la cual “el último la paga” puede ser aceptable “político-criminalmente”, pero no es justa.

3. La omisión de acudir a una persona competente que preste ayuda

Si se puede reprochar al autor que no haya recurrido a otra persona de apoyo competente, se plantea el problema de si se puede, y en su caso, cómo, fundamentar su responsabilidad por el daño que se produzca como consecuencia de la falta de asistencia en el caso de que no haya que descartar que la persona de apoyo o bien ni siquiera habría aparecido o bien habría infringido sus deberes de cuidado. Si bien el problema también puede surgir en otros contextos, lo típico es que se plantee en el del trabajo conjunto de médicos superiores y subordinados en una clínica y, en concreto, cuando el médico subordinado, por ejemplo, un médico ayudante que está de guardia, debido a una imprudente sobrevaloración de sus capacidades, no se dé cuenta de que, en una situación crítica, debería haber recurrido a su médico adjunto. Si en el caso concreto no hay puntos de apoyo para pensar que el médico adjunto se podría haber comportado contrariamente a deber, los tribunales supondrán que él habría actuado conforme a deber y que, de este modo, habría evitado el daño al paciente. En cambio, si el caso concreto ofrece puntos de apoyo para dudar del esmero de la persona de apoyo a la que había que recurrir, según el BGH, la responsabilidad de la persona que debería haber recurrido a ella por las consecuencias de la falta de asistencia depende de la prueba de que esa persona de apoyo habría cumplido su deber en el caso concreto. Sin embargo, por principio, esta prueba es imposible.

A este respecto, un ejemplo clásico de la jurisprudencia alemana: tras haber sido operada de apendicitis, la paciente, de 18 años de edad, tenía dolores y fiebre. Éstos son síntomas de que se ha producido un proceso inflamatorio en el abdomen que hace necesaria otra operación inmediata. Fruto de una sobrevaloración imprudente de sus conocimientos y capacidades, el médico ayudante interpretó que los síntomas eran inofensivos y administró a la paciente calmantes, en vez de recurrir a su médico adjunto. Si hubiera informado al médico adjunto y éste hubiera tomado las medidas de diagnóstico necesarias, habría descubierto el proceso inflamatorio y eliminado, mediante una operación adicional, el riesgo para la vida de la paciente. Esto ocurrió un viernes. El domingo siguiente, el médico adjunto hizo una visita y verificó los síntomas, esto es, los dolores y la fiebre. Debería haber llamado al equipo de laboratorio, que los domingos solamente acude en caso de llamada, para que hiciera las exploraciones necesarias dirigidas a averiguar la dimensión del proceso inflamatorio. Retrasó las medidas al lunes siguiente. El lunes, el proceso inflamatorio estaba tan avanzado que ya no se podía controlar. La paciente murió. En la medida en que retrasó las medidas al lunes siguiente, el médico adjunto se hizo responsable de un error médico grave y fue condenado por el homicidio imprudente de la paciente. En cambio, el BGH revocó la condena del médico ayudante por homicidio imprudente con la argumentación de que el tribunal de instancia no constató si la dejadez del médico adjunto se debía a que era fin de semana o era una dejadez habitual, es decir, si el médico adjunto habría

¹³ *Nomos Kommentar-PUPPE*, previo al § 13, núm. marg. 163; la misma (2002), 5/27 s.

tomado las medidas necesarias de diagnóstico en caso de haber tenido noticia de los síntomas el viernes anterior, día en que el laboratorio sí estaba a su disposición¹⁴.

Sin embargo, de hecho no es posible probar cómo se habría comportado el médico adjunto en caso de haber sido informado el viernes de los síntomas alarmantes de la paciente. Ello no se debe a que los medios de prueba necesarios para ello no estén disponibles en el caso concreto, sino a que objetivamente no existe una respuesta a esta pregunta, salvo que nos representáramos al médico adjunto como un autómatas previsible. Por tanto, si se insiste en responder a esta pregunta, por principio, nunca se puede hacer responsable de las consecuencias de la falta de asistencia a quien omitió recurrir a una persona de apoyo.

Una propuesta de STRATENWERTH para solucionar este problema es la aplicación de la teoría del incremento del riesgo, que sustituye a la causalidad¹⁵. Según esta teoría, la imputación de las consecuencias de la falta de asistencia se fundamenta en que, en definitiva, quien no ha recurrido a la persona de apoyo ha privado al paciente de una gran oportunidad de recibir a tiempo la asistencia necesaria. En Alemania, la doctrina dominante y también la jurisprudencia rechazan categóricamente la teoría del incremento del riesgo con el argumento de que esta teoría infringe el principio *in dubio pro reo*¹⁶. Sin embargo, esto último solamente es correcto cuando consta objetivamente cómo se habría desarrollado el curso causal en caso de que el autor se hubiera comportado correctamente, es decir, solamente cuando este curso causal ficticio está totalmente determinado por leyes generales. Y eso no es válido para el comportamiento humano. Es más, según los conocimientos médicos actuales, tampoco es válido para muchos procesos biológicos. Por ejemplo, cuánto va a vivir un paciente de cáncer después de la operación no es solamente imprevisible, sino que objetivamente es algo incierto, porque que la enfermedad se desarrolle más deprisa o más despacio depende de un gran número de procesos no determinados y, no en último lugar, de la actitud psíquica del mismo paciente y de las personas que están a su alrededor. Por consiguiente, la teoría del incremento del riesgo es aplicable, por ejemplo, en el supuesto en que el médico ha omitido la radioterapia posterior que está indicada para todo caso, aunque nunca se pueda decir con una seguridad del 100% que el paciente habría vivido más tiempo si se le hubiera aplicado la radioterapia indicada¹⁷. El principio *in dubio pro reo* no puede exigir un 100% de prueba allí donde no hay un 100% de certeza. Así pues, solamente hay dudas cuando objetivamente existe una respuesta a la pregunta, pero, en el caso concreto, el juez no dispone de los medios de averiguación para comprobarla¹⁸.

Ahora bien, aunque en nuestro caso de partida también se da tal indeterminación objetiva, la solución correcta no es aplicarle la teoría del incremento del riesgo. Esto queda claro si se modifica el supuesto de tal manera que, por cualquier motivo, en el caso concreto conste que, si

¹⁴ BGH, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1986, p. 217 (p. 218).

¹⁵ STRATENWERTH (1973), p. 227 (p. 233).

¹⁶ BGHSt 11,1 (6); *Leipziger Kommentar-SCHROEDER*, § 16, núm. marg. 190; JAKOBS (1991), 7/101 y ss.; JESCHECK/WEIGEND (1996), p. 584; BAUMANN/WEBER/MITSCH (2003), 14/86.

¹⁷ PUPPE (2002), 2/22 y ss. (sobre el caso, BGH, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1988, p. 184).

¹⁸ STRATENWERTH (1973), p. 227, pp. 290 y ss.; *Nomos Kommentar-PUPPE*, previo al § 13, núm. marg. 134.

hubiera sido informado, el sujeto a quien no se recurrió no habría cumplido su deber. Supongamos que el médico adjunto ha apagado su teléfono móvil o que se aleja tanto de la clínica que, en contra de su deber de disponibilidad, hace que sea imposible localizarle. Si se negara la responsabilidad del médico ayudante por la falta de asistencia con el argumento de que su intento de informar no habría conducido a la prestación de la asistencia necesaria, con el mismo derecho el médico adjunto podría alegar para exonerarse de responsabilidad que el hecho de no estar localizable no ha jugado ningún papel en el presente caso, pues el médico ayudante ni siquiera intentó localizarle. Ambos podrían exonerarse aludiendo a la infracción del deber cometida por el otro y ninguno de ellos sería responsable de la muerte de la paciente.

En realidad, ambos son responsables de tal muerte porque, mediante su contrariedad a deber, cada uno de ellos ha introducido una condición suficiente para que la paciente no pudiera recibir la asistencia necesaria. Ahora bien, el problema es que, si se tiene en cuenta la infracción del deber del otro, la contribución de cada uno de los médicos que han intervenido no se puede presentar como parte necesaria de esta condición suficiente. Para evitar que en este caso de la llamada causalidad cumulativa de infracciones de deber los distintos infractores se exoneren recíprocamente, se debe formular la siguiente regla: al examinar la cuestión de si la infracción del deber por parte de uno de los sujetos que interviene es parte necesaria de la condición suficiente del resultado, hay que partir siempre de que el otro ha cumplido su deber, aunque esto último no sea cierto¹⁹. Si la infracción de deber por parte de uno de los sujetos que interviene consiste en no haber dado al otro la posibilidad de cumplir su deber, es correcto partir en principio de que este último habría cumplido su deber. Esto es válido incluso cuando, en el caso concreto, existan buenas razones para suponer lo contrario, ya que no se trata de una regla de imputación fundamentada de manera fáctica, sino normativamente.

Por tanto, ni siquiera debe plantearse la pregunta de si el viernes nuestro médico adjunto habría prescrito las exploraciones necesarias, sino solamente la de si habría estado obligado a ello en caso de que el médico ayudante le hubiera avisado. Aquél a quien no se recurre no puede cumplir su deber y quien deja de recurrir a otro es responsable de que este último no pueda cumplir su deber.

La regla de que, en la constatación de la causalidad de la omisión de recurrir a una persona de apoyo, hay que suponer que esta última habría cumplido su deber está fundamentada normativamente y no fácticamente. Por esta razón, es igualmente válida para el caso en que, excepcionalmente, se pueda probar lo contrario. También en nuestro caso de apoyo, en el cual, contrariamente a deber, el médico adjunto hace que sea imposible localizarle o sustituirle, el médico ayudante que no ha intentado informarle no puede alegar que, en el caso concreto, ese intento no habría servido de nada, pues esto traería la consecuencia de que el médico ayudante se exoneraría con base en la infracción del deber cometida por el médico adjunto. Lo mismo sirve para la infracción del deber del médico adjunto que ha hecho que sea imposible localizarle. Esta

¹⁹ PUPPE (2002), 2/38; la misma (2001), p. 287 (p. 298); la misma, en *Nomos Kommentar*, previo al § 13, núm. marg. 134.

infracción del deber constituye una causa concurrente para la imposibilidad de proporcionar asistencia al paciente.

De manera distinta debe juzgarse el caso en el que efectivamente el médico adjunto no estaba en condiciones de prestar asistencia, por ejemplo, porque en ese momento él mismo estaba siendo llevado en ambulancia a la clínica, víctima de un infarto cardíaco. Si en este caso no existiera ningún sustituto disponible, lo cual es en la práctica difícil de imaginar, sería objetivamente imposible para el médico ayudante cumplir su deber de conseguir ayuda. Desde luego, en este caso también se podría decir con cierta razón que el hecho de que el paciente no haya recibido la asistencia necesaria también se puede explicar con el hecho de que el médico ayudante no ha avisado al médico adjunto, porque si alguien no es informado, el hecho es que no puede acudir, con independencia de que haya o no motivos adicionales para ello. Sin embargo, en este caso, es preferible explicar la falta de asistencia con el hecho de que, por motivos fácticos, el obligado a asistir no estaba en condiciones de prestar asistencia, pues, en este caso, quien no le ha avisado no alega una infracción de deber ajena, sino la imposibilidad que tenía el otro para cumplir su deber, la cual tenía una causa natural. Ahora bien, si junto a la causa del daño introducida contrariamente a deber por el autor concurre otra causa natural que también explica suficientemente la producción del daño, se le debe dar prioridad a esta explicación natural²⁰. En este caso y solamente en él, el autor debería poderse exonerar con el argumento de que a la víctima no le habría servido de nada que él hubiera cumplido su deber.

En la explicación de un daño con el fin de imputarlo, no solamente deben tenerse en cuenta las normas jurídicas que también son válidas para los demás intervinientes, sino también las reglas de inteligencia, en especial aquellas reglas de inteligencia que son válidas para el paciente mismo. Cuando el médico ha omitido dar al paciente un consejo sobre su comportamiento futuro o informarle sobre un peligro, no debería poderse exonerar alegando que, por razones prácticas, no se puede excluir que, en caso de que el médico le hubiera informado conforme a deber, el paciente hubiera desoído sus consejos y se hubiera expuesto conscientemente al peligro. También en este caso, la posible infracción de la incumbencia del paciente se debería dejar fuera de la explicación del daño, por ser una causa substitutiva irrelevante²¹. Quien no es avisado no puede tomar precauciones. No se le ofrece oportunidad alguna de cumplir o infringir sus incumbencias de autoprotección. El daño que se siga de ello debería imputársele a quien, contrariamente a deber, no le ha proporcionado esta posibilidad.

La ciencia jurídica no puede, ni siquiera aludiendo a su carácter normativo, cerrarse a los conocimientos y métodos con los que otras ciencias resuelven la tarea de explicar causalmente los acontecimientos, a no ser que quiera rezagarse respecto al grado de racionalidad y lógica alcanzado por estas otras ciencias. No habría nada menos científico. Sin embargo, el interés que motiva el conocimiento a partir del cual el jurista explica causalmente un acontecimiento es un interés distinto al de los científicos de la naturaleza, los médicos, los psicólogos o los sociólogos. Se trata del interés en la imputación justa. Por esta razón, al jurista le está permitido formular

²⁰ *Nomos Kommentar-PUPPE*, 1ª ed., previo al § 13, núm. marg. 103.

²¹ Cfr. PUPPE (2002), 2/43.

reglas de la explicación causal de un acontecimiento de modo diferente a como lo haría el científico de la naturaleza, el psicólogo o el sociólogo. Una de estas reglas es que, siempre que se necesita un comportamiento humano ficticio para reconstruir un proceso causal, hay que suponer que este comportamiento ficticio cumple con los deberes de esta persona y es racional en atención a los propios intereses. Esto también es válido precisamente cuando existen puntos de apoyo reales para pensar que la persona en cuestión posible o probablemente no se habría comportado conforme a Derecho o de modo racional. Ningún científico de la naturaleza o humanista aceptaría tal regla de explicación contrafáctica. El jurista puede y debe aceptarla porque nadie puede exonerarse de las consecuencias de su verdadera infracción del deber con base en una infracción de deber ficticia o con una irracionalidad ficticia de otro.

4. Bibliografía

Manfred BAUMANN, Ulrich WEBER, Wolfgang MITSCH (2003), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11ª ed., Bielfeld.

Manfred BURGSTALLER (1985), «Erfolgzurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst», en *Festschrift für Jescheck*, pp. 357 y ss.

Wolfgang FRISCH (1988), *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*.

Günther JAKOBS (1991), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlin - New York.

Hans-Heinrich JESCHECK, Thomas WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin.

Leipziger Kommentar (2003), *Kommentar zum StGB, T. 1: §§ 1 – 31*; 11ª ed., Berlin.

Nomos-Kommentar (2005), *Kommentar zum StGB, T. 1: §§ 1 – 145 d*, 2ª ed, Baden-Baden.

Ingeborg PUPPE (2002), *Strafrecht Allgemeiner Teil, T. 1*, Baden – Baden.

Ingeborg PUPPE (1987), “Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 99, pp. 595 y ss.

Ingeborg PUPPE (2001), “Brauchen wir eine Risikoerhöhungstheorie?», en *Festschrift für Roxin*, pp. 287 y ss.

Claus ROXIN (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil, Vol. 1*, 4ª ed., München.

Günter STRATENWERTH (1961), “Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht”, en *Festschrift für Eberhard Schmidt*, pp. 383 y ss.

Günter STRATENWERTH (1973), "Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung", en *Festschrift für Gallas*, pp. 227 y ss.

Günter STRATENWERTH, Lothar KUHLEN (2004), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Köln - Berlin - München.

Systematischer Kommentar (2005), Kommentar zum StGB, T. 1: §§ 1 - 37, 8ª ed., München.

Hans WELZEL (1969), *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlin.