

CARLOS MARIA ROMEO CASABONA

Doctor en Derecho

Profesor Adjunto interino de Derecho Penal
de la Universidad de Zaragoza

I

LA ACTIVIDAD CURATIVA

(Licitud y responsabilidad penal)



BOSCH, Casa Editorial, S. A. — Urgel, 51 bis — BARCELONA

ÍNDICE

PRÓLOGO	VII
ABREVIATURAS	IX
PREFACIO	XI

PRIMERA PARTE

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN: EL TRATAMIENTO MÉDICO-QUIRÚRGICO Y EL DERECHO PENAL. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A) ASPECTOS DE LA PROFESIÓN MÉDICA OBJETO DE ESTE ESTUDIO.	3
1. <i>Delimitación del tratamiento médico-quirúrgico</i>	3
2. <i>Concepto de tratamiento médico-quirúrgico terapéutico</i>	12
B) LA INCIDENCIA DEL TRATAMIENTO MÉDICO-QUIRÚRGICO EN ALGUNOS BIENES JURÍDICOS TUTELADOS POR EL CÓDIGO PENAL .	13
1. <i>La aparente oposición del tratamiento médico-quirúrgico con algunos preceptos del Código penal</i>	13
2. <i>La responsabilidad penal del médico</i>	25

CAPÍTULO SEGUNDO

EL TRATAMIENTO MÉDICO-QUIRÚRGICO EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS

A) SITUACIÓN Y EVOLUCIÓN EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA	29
1. <i>En relación con los Códigos penales de 1848 y 1870</i>	30
2. <i>En relación con el Código penal de 1928</i>	33

a) La responsabilidad	34
b) Tipos de la Parte Especial	37
c) La causa de justificación del ejercicio profesional	37
3. <i>En relación con los Códigos penales de 1932 y 1944</i>	39
4. <i>Después de la Reforma de 1963</i>	46
B) EL TRATAMIENTO MÉDICO-QUIRÚRGICO EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL	52
1. <i>Panorama general</i>	53
2. <i>Calificación general de la profesión de médico</i>	56
3. <i>Valoración jurídico-penal dada al tratamiento médico-quirúrgico</i>	58
a) La responsabilidad penal del médico	58
b) El fundamento jurídico de la legitimidad de la actividad médico-quirúrgica en relación con los tipos del Código penal	64
a') Ser médico	68
b') Actuación conforme a la <i>lex artis</i>	69
c') El consentimiento	70
c) La aplicación de las penas por responsabilidad criminal derivada de la actividad médico-quirúrgica	72
C) EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO Y EL TRATAMIENTO MÉDICO-QUIRÚRGICO	74
D) CONSIDERACIONES FINALES	77

CAPÍTULO TERCERO

CRÍTICA DE LOS CRITERIOS MAYORITARIOS PROPUESTOS POR LA DOCTRINA ESPAÑOLA SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA LEGITIMIDAD DE LA ACTIVIDAD MÉDICO-QUIRÚRGICA TERAPÉUTICA

A) CONSIDERACIONES CRÍTICAS DE LA TESIS DEL CONSENTIMIENTO	80
1. <i>La voluntad del legislador</i>	81
2. <i>La voluntad de la ley</i>	85
3. <i>Consecuencias para el tratamiento médico-quirúrgico</i>	94
B) CONSIDERACIÓN CRÍTICA DE LA TESIS DE LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN DEL EJERCICIO LEGÍTIMO DE LA PROFESIÓN	96
1. <i>Consecuencias de la falta de algún elemento de la causa de justificación</i>	97
2. <i>Consideraciones finales</i>	98

SEGUNDA PARTE

SOLUCIONES POSIBLES PARA EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

CAPÍTULO CUARTO

LA TEORÍA TÉCNICO-JURÍDICA DEL DELITO Y LA ACTIVIDAD MÉDICO-QUIRÚRGICA TERAPÉUTICA

INTRODUCCIÓN. LA SITUACIÓN EN ALEMANIA E ITALIA	103
A) EL CONCEPTO DE ACCIÓN	114
1. <i>El concepto causal de acción y sus consecuencias para la actividad médico-quirúrgica terapéutica</i>	114
2. <i>El concepto social de acción y su aplicación al tratamiento médico-quirúrgico</i>	115
B) EL TIPO: TIPO DE LO INJUSTO	119
<i>Tipo de lo injusto. Concepto</i>	119
1. <i>La teoría de los elementos negativos del tipo</i>	120
2. <i>La adecuación social como causa de exclusión del tipo</i>	123
3. <i>La teoría de la imputación objetiva del resultado</i>	129
4. <i>El bien jurídico protegido</i>	133
5. <i>El concepto personal de lo injusto</i>	138

CAPÍTULO QUINTO

LA POSIBILIDAD DE EXCLUSIÓN DE LOS TIPOS DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD CORPORAL EN LAS INTERVENCIONES CURATIVAS

A) EL TIPO DE LOS DELITOS DOLOSOS	141
1. <i>El tipo objetivo</i>	143
a) <i>La intervención terapéutica desde el punto de vista jurídico-objetivo. El problema de la indicación médica. La "lex artis"</i>	143
a') <i>La indicación médica</i>	147
b') <i>La "lex artis"</i>	159
b) <i>El tratamiento curativo en relación con el resultado. Significación jurídica del éxito y del fracaso</i>	164
c) <i>La intervención terapéutica en relación con algunos tipos penales</i>	173
a') <i>La cirugía plástica</i>	174

b')	La castración terapéutica	175
c')	La esterilización terapéutica	177
d')	Intervenciones de cambio de sexo	178
e')	El aborto terapéutico	185
f')	Los trasplantes de órganos: el receptor	200
2.	<i>El tipo subjetivo</i>	203
B)	LA EXCLUSIÓN DEL TIPO EN LOS DELITOS CULPOSOS	210
1.	<i>La estructura dogmática del tipo de los delitos culposos y su configuración en el Derecho español</i>	211
2.	<i>Determinación de la responsabilidad culposa del médico</i>	231
a)	Fallo técnico, infracción de la <i>lex artis</i> y cuidado objetivamente debido	233
b)	Aspectos generales en la determinación del deber objetivo de cuidado del médico	242
a')	La propia capacidad	243
b')	Las circunstancias del tiempo y lugar	245
c')	El trabajo en equipo	247
d')	<u>El deber del médico de informar. La información terapéutica</u>	252
c)	Particularidades en las distintas fases del proceso curativo	253
a')	El diagnóstico	254
b')	Aplicación de medidas terapéuticas	258
c')	Aplicación de medidas profilácticas	270
C)	CONSIDERACIONES FINALES EN RELACIÓN CON LOS ACTOS MÉDICO-QUIRÚRGICOS CURATIVOS	270
1.	<i>Actividad curativa y ausencia del tipo. Recapitulación</i>	271
a)	Actividad curativa	271
b)	La exclusión del tipo	273
2.	PROPUESTAS DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EN RELACIÓN CON LA ACTIVIDAD MÉDICO-QUIRÚRGICA CURATIVA	276

CAPÍTULO SEXTO

LA POSIBILIDAD DE EXCLUSIÓN DEL TIPO DEL DELITO DE COACCIONES MEDIANTE EL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE. EL TRATAMIENTO CURATIVO ARBITRARIO

A)	ASPECTOS GENERALES	285
1.	<i>La función del consentimiento del paciente en las intervenciones curativas</i>	285

a)	El consentimiento y el delito de coacciones	285
b)	El consentimiento y el tratamiento médico-quirúrgico curativo	290
2.	<i>La situación doctrinal actual en torno a la polémica sobre la naturaleza y posición del consentimiento en la teoría técnico-jurídica del delito</i>	292
3.	<i>Naturaleza y ámbito de aplicación del consentimiento en la teoría del delito (tema de posición)</i>	300
B)	REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO EN EL TRATAMIENTO TERAPÉUTICO	311
1.	<i>Sujetos del consentimiento</i>	313
2.	<i>La información al paciente. Deber del médico de informar</i>	325
a)	Aspectos generales	327
b)	Objeto de la información	331
c)	Extensión y límites del deber de informar	335
d)	Excepciones y renuncia al deber de informar	339
3.	<i>La manifestación del consentimiento</i>	343
a)	La forma del consentimiento	344
b)	La ausencia de vicios	347
c)	El objeto del consentimiento	353
C)	LA AUSENCIA DEL CONSENTIMIENTO	357
1.	<i>El error del médico</i>	358
2.	<i>La imposibilidad de obtención del consentimiento</i>	362
3.	<i>La oposición del paciente al tratamiento</i>	369
4.	<i>La irrelevancia de la voluntad del paciente: Los tratamientos impuestos por la Ley</i>	384
D)	CONSIDERACIONES FINALES	386
1.	<i>Recapitulación</i>	386
2.	<i>Proposiciones de reforma del Código penal en relación al consentimiento en el tratamiento médico-quirúrgico curativo</i>	388
a)	La situación en el Derecho comparado	389
b)	Las necesidades en el Derecho español	395
	CONCLUSIONES	399
	BIBLIOGRAFÍA	411