

# LA RESPONSABILITÀ PENALE NELL'ESERCIZIO DELL'ATTIVITÀ MEDICO-CHIRURGICA DI CARATTERE DIAGNOSTICO E TERAPEUTICO NEL SISTEMA SPAGNOLO

*Notes on criminal liability in the exercise of medical-surgical activities of a diagnostic and therapeutic nature in the Spanish system*

Andrea De Lia \*

**Abstract [ITA]:** il contributo affronta il tema della responsabilità penale relativa all'attività medica, in sede diagnostica e terapeutica, nel sistema spagnolo, attraverso una costante comparazione con quello italiano. Ci si soffermerà, allora, su temi centrali, quali la ricostruzione del nesso causale e la definizione della colpa, anche in ambito plurisoggettivo, attraverso la disamina degli orientamenti della giurisprudenza e della dottrina, ponendo sotto il faro talune criticità correlate ad alcune scelte operate dal legislatore. L'obiettivo verrà, inoltre, rivolto alla delicata questione della rilevanza penale del trattamento medico c.d. "arbitrario".

**Parole chiave:** errore medico - materia penale - responsabilità

**Abstract [ENG]:** *the paper focuses on the issue of criminal liability in the medical sector, for adverse events occurring to the patient, in the Spanish system, through a constant comparison with the Italian. Having placed the critical issues of some choices made by the legislator under the spotlight, we will focus on central themes, such as the reconstruction of the causal link and the definition of negligence even in a multi-subjective context. Particular attention will also be dedicated to the delicate question of the relevance of the so-called medical treatment. "arbitrary".*

**Key words:** *medical malpractice - criminal matters - liability*

**SOMMARIO:** 1. Premesse. - 2. Una breve ricostruzione storica dell'assistenza sanitaria in Spagna. - 3. Il nesso causale tra condotta colposa ed evento lesivo a carico del paziente nel contesto dell'attività diagnostica e terapeutica. L'accoglimento, dottrinale e giurisprudenziale, della teoria dell'imputazione oggettiva. - 4. *Segue.* L'imputazione obiettiva e l'autoesposizione a pericolo da parte del paziente. - 5. La colpa. - 6. La penalizzazione della mera messa in pericolo della salute del paziente. - 7. La questione della rilevanza penale del trattamento sanitario arbitrario. - 8. Conclusioni. "Più civile che penale". La riduzione dell'intervento penale nel settore sanitario è davvero la soluzione migliore per limitare il fenomeno della medicina difensiva e per garantire l'innalzamento dei livelli di sicurezza e di qualità delle cure?

## 1. Premesse.

La dottrina spagnola, da tempo, ha segnalato le notevoli peculiarità della responsabilità medico-chirurgica nel contesto, più generale, dell'illecito penale a carattere colposo<sup>1</sup>. Sul punto, si è osservato, infatti, che «la medicina dei nostri giorni, tecnicizzata e complessa, ha condotto ad un nuovo modello di medico: il medico “intuitivo”, abile, individualista, è andato cedendo il passo al tecnico, all'esperto, che si integra negli ingranaggi della struttura sanitaria - principalmente ospedaliera - e che è capace di analizzare e valorizzare una serie di dati talvolta molto preziosi e complessi relativi al paziente, che richiedono strumenti molto sofisticati e imprescindibili, cui deve far ricorso»<sup>2</sup>.

In tale settore, in cui si è progressivamente sviluppata la specializzazione, predomina ormai il lavoro in *équipe*, così come la distribuzione e la delega di funzioni, anche nei confronti dei tecnici sanitari, che si occupano dell'utilizzo degli strumenti necessari a fini diagnostici e terapeutici; il che, nell'aumentare l'efficacia della diagnosi e delle cure, implementa, altresì, le situazioni di rischio per la salute del paziente<sup>3</sup>.

Il «significativo aumento delle azioni nei confronti dei professionisti sanitari<sup>4</sup>, potrebbe far pensare *inoltre* ad una diminuzione della qualità dei servizi e far intuire la formazione di un clima di sfiducia e tensione nella relazione tra professionisti e pazienti», laddove, invece, una delle cause del fenomeno è rappresentata dalle più ampie aspettative rispetto al buon esito dell'intervento medico-chirurgico, non sempre fondate su una corretta percezione dei (seppur continui e straordinari) progressi in suddetto campo<sup>5</sup>.

Ciò in un contesto, quale quello disegnato dal legislatore spagnolo attraverso il codice del 1995, in cui, come si preciserà da qui a breve, in effetti, la responsabilità per colpa è prevista come “eccezionale” (come desumibile, oltre che dalla esclusione della rilevanza di forma di colpa particolarmente tenue, dall'art. 12 c.p., per il quale «le azioni o omissioni colpose saranno punibili solo se espressamente previsto dalla legge»)<sup>6</sup>, sebbene, a contralto, *tanto* il

---

1 \* Avvocato cassazionista, Professore a contratto di Diritto penale presso l'Università “Statale” di Milano. Abilitato alle funzioni di Professore di seconda fascia nel settore IUS/17.

Vd. D. ARIAS MADRIGAL, *La responsabilidad penal en el ámbito médico sanitario: algunas consideraciones generales*, in *Rev. As. Esp. Cienc. Pen.*, 1999, 1, 81 ss; J. GALÁN CÁCERES, *Medicina y responsabilidad legal. Medicina y derecho, dos mundos en convergencia*, Badajoz, 2014, 192.

2 C.M.R. Casabona, *La evolución de la medicina como actividad más eficaz. Pero también fuente de riesgos mayores*, in *Rev. Jur. Cast. Leon*, 2007, 215 ss. In precedenza, in senso analogo, Id., *El médico ante el derecho*, Madrid, 1985, 5; su questo argomento vd., altresì, J.M. Martínez-Pereda Rodríguez, *La imprudencia punible en la profesión sanitaria según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1985, 7.

3 Sulla peculiarità del rapporto tra medicina e diritto penale vd. anche E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, Valencia, 2001; M.C. GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, Valencia, 2008. Sulle crescenti capacità risolutive della scienza medica, ma anche sui maggiori rischi correlati, vd. nella dottrina tedesca, le pionieristiche osservazioni di G. STRATENWERTH, *Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht*, in *AA.VV., Festschrift für Eberhard Schmidt*, Göttingen, 1971, 392 ss. Tra gli studiosi italiani, vd. F. INTRONA, *L'epidemiologia del contenzioso per responsabilità medica in Italia e all'estero*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1996, 71 ss.

4 Come si preciserà da qui a breve, tuttavia, tale rilievo risulta attualmente corretto solo in relazione al contenzioso civile che si registra in Spagna.

5 C.M.R. CASABONA, *La evolución de la medicina como actividad más eficaz Pero también fuente de riesgos mayores*, op. cit. In questo senso anche A. ROIATI, *Medicina difensiva e responsabilità per colpa medica*, in *Riv. Med. Leg.*, 2012, 1125 ss.

6 Il codice previgente (del 1944), invece, seguendo la linea delle precedenti codificazioni spagnole, attraverso clausole di contenuto generale, prevedeva un sistema aperto, che consentiva (potenzialmente) l'estensione del tipo doloso all'ipotesi colposa. Sul punto vd. J. CÓRDOBA RODA, *Configuración de la imprudencia en el ámbito sanitario en el nuevo Código penal*, in *DS*, 1996, 141 ss.

delitto di omicidio *quanto* quello di lesioni colpose prevedano un'aggravante relativa al fatto commesso nell'esercizio dell'attività professionale<sup>7</sup>.

Si è al cospetto, allora, di rimarchevoli peculiarità rispetto al sistema nostrano che, come risaputo, dopo l'esperimento attuato con il c.d. "decreto Balduzzi" (d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modifiche dalla l. 8 novembre 2012, n. 189), mediante l'esclusione della responsabilità penale del personale sanitario per l'ipotesi di colpa lieve, con la c.d. "legge Gelli-Bianco" (l. 8 marzo 2017, n. 24) ha fatto registrare, sul punto, un passo indietro da parte del legislatore<sup>8</sup>.

Al fine di fornire degli spunti di riflessione in ordine all'opportunità delle scelte compiute dal Parlamento italiano, anche in prospettiva *de lege ferenda* (atteso che alcuni studiosi della materia continuano a sostenere la necessità di ulteriori interventi correttivi, volti alla depenalizzazione di condotte connotate da forme di colpa particolarmente tenue, al fine di contrastare più efficacemente il fenomeno della c.d. "medicina difensiva")<sup>9</sup>, in questa sede, dunque, ci si soffermerà sulle caratteristiche e sulle criticità dell'ordinamento spagnolo.

La disamina verrà, però, preceduta da una veloce panoramica sull'evoluzione del sistema sanitario ispanico, che condurrà all'esposizione di dati fruibili per l'analisi complessiva che verrà sviluppata nel presente contributo.

## 2. Una breve ricostruzione storica dell'assistenza sanitaria in Spagna.

L'assetto attuale del sistema sanitario spagnolo ("*Sistema Nacional de Salud*", in sigla "SNS") è il frutto di una lunga evoluzione, che trova origine nella metà del XIII secolo, allorché il re Alfonso X di Castilla, detto "il saggio", promulgò il *Fuero Real* (una raccolta di consuetudini, cui vennero apportate modifiche tratte dal diritto romano e da quello canonico). In esso si prevede la figura del "fisico", ovvero del medico, che veniva accreditato dalle comunità locali e che, successivamente, passò anche a libro paga delle corporazioni<sup>10</sup>.

---

7 Sull'afflittività della misura interdittiva prevista dalla disposizione sopra richiamata vd. J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Barcelona, 1999, 22 ss; P. GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Barcelona, 2013, 370 ss; J. DE VICENTE REMESAL, *Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional en el CP español: referencia especial a la inhabilitación profesional médica*, in *Rev. Pen.*, 2017, 50 ss.

8 M. CAPUTO, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2017, 345 ss; L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, 5 giugno 2017, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu).

9 Ad esempio, R. ALAGNA, *La controriforma della colpa penale nell'attività medica*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2017, 1466 ss; A. PROVERA, *Omnis definitio in iure. La responsabilità medica e la problematica distinzione tra i tipo di colpa generica*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2019, 1355 ss; A. SESSA, *Strutture ed opzioni di valore: il diritto penale "inedito" tra nomofilachia delle norme e utopia dinamica*, in *Cass. Pen.*, 2021, 743 ss; C. CUPELLI, *Una proposta di riforma della responsabilità penale degli operatori sanitari*, 20 giugno 2022, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it). *Contra*, O. DI GIOVINE, *A proposito delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione "Mariotti" sulla colpa medica*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2018, 837 ss; L. CARRARO, *Il problema, antico ma sempre attuale, della responsabilità penale del medico*, 19 febbraio 2021, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it). Sulla scarsa capacità selettiva dei criteri fondati sul grado della colpa vd. anche C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivisitare nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 1431 ss; A. ABUKAR HAYO, *La presunzione di non colpevolezza di cui alla legge Gelli-Bianco non può essere assoluta*, in *Cass. Pen.*, 2020, 2546 ss.

10 Sulla storia e le origini della medicina spagnola e dell'organizzazione dei servizi sanitari è fondamentale ricordare la monumentale opera *Historia bibliográfica de la medicina española*, del medico e storico Antonio Hernández Morejón, pubblicata in forma postuma, in sette volumi, per un totale di circa 3.000 pagine, tra l'anno 1842 ed il 1852.

In questo periodo, caratterizzato dalle operazioni belliche di *Reconquista*, vissero studiosi che raggiunsero una grande fama, come ad esempio Arnaldo de Villanueva, che operarono una sintesi del sapere, teorico e pratico, della tradizione europea-occidentale, araba ed ebraica<sup>11</sup>. Nel XIV secolo, allorquando vissero medici celebri come Alfonso di Valladolid (ebreo convertito al cristianesimo), un processo di istituzionalizzazione del sistema sanitario venne poi attuato anche dalla Corona d'Aragona, che considerò la tutela della salute pubblica una questione imprescindibile per il buon funzionamento della società<sup>12</sup>.

Nell'epoca dei c.d. "re cattolici", Isabella I di Castilla e Ferdinando II d'Aragona (dal 1474 al 1516), la medicina spagnola attraversò una fase di splendore, atteso che: a) venne puntualmente regolamentata la formazione nonché l'esercizio delle professioni sanitarie, subordinato ad un'autorizzazione rilasciata dal *Tribunal de Protomedicato*; b) il sapere medico venne notevolmente implementato, attraverso l'istituzione di numerose cattedre di medicina presso le università, il cui insegnamento si fondava, soprattutto, sui testi di Galeno, Avicenna ed Ippocrate; c) vi fu un consistente intervento pubblico nella lotta contro le malattie e le infermità.

In quel periodo storico, alla figura del medico se ne affiancavano altre e, in particolare, quella dei *cirujanos* (chirurghi, considerati *illo tempore* di rango inferiore ai medici e che, pur in possesso di abilità pratiche, erano sprovvisti di formazione accademica), i *barberos-sangradores* (che si occupavano di interventi terapeutici meno invasivi rispetto a quelli affidati ai chirurghi, nonché della diffusa pratica del salasso), i *boticarios* (farmacisti/erboristi). Accanto a queste, peraltro, vi erano figure "minori", non riconosciute dalla legge, ovverosia *matronas* (ostetriche), *hechiceros* (maghi) ed *ensalmadores* (guaritori)<sup>13</sup>.

Si deve notare che in quella fase, anche per via dell'influenza della Chiesa cattolica nella gestione e nel finanziamento delle università, l'*ars medica* risultò particolarmente condizionata dalla religione, con conseguente diffusione di una visione "sacrale" della malattia, che si andò ad affiancare, dunque, a quella pagana e superstiziosa<sup>14</sup>.

La normativa, che prevedeva il divieto per gli ebrei di esercitare le professioni sanitarie, non venne costantemente applicata e, infatti, delle prestazioni rese da questi soggetti in favore dell'aristocrazia e delle *élite* ecclesiastiche vi è ampia traccia negli archivi, dai quali emerge (a seguito dell'adozione del decreto dell'Alhambra) anche il ruolo di numerosi medici ebrei convertiti al cristianesimo, come il celebre Alonso Chirino<sup>15</sup>. Forte, inoltre, si rivelò l'influsso della scienza medica araba, atteso che, come risaputo, dall'VIII secolo fino al 1492 (data nella quale cadde il Sultanato di Granada) i Mori avevano occupato la penisola iberica<sup>16</sup>.

In ogni caso, le prestazioni medico-chirurgiche, nel XV e nel XVI secolo, al di là di alcune (inefficienti) strutture nosocomiali pubbliche fruibili dagli indigenti, erano pressoché esclusivamente appannaggio delle classi abbienti, tanto da determinare la diffusione, per l'appunto, di una medicina popolare e superstiziosa, fruibile dai malati appartenenti alle

---

11 M.T. RUSSO, *El médico-filosofo en la tradición de la medicina humanística española: de los terapéutas judíos y árabes hasta el humanismo médico de la Edad moderna*, 11 febbraio 2015, in [www.cvc.cervantes.es](http://www.cvc.cervantes.es).

12 C. FERRAGUD DOMINGO, *Los officios relacionados con la medicina durante la baja Edad Media en la Corona de Aragón y su proyección social*, in *An. Est. Med.*, 2007, 107 ss.

13 Su questo periodo storico vd. L.S. GRANJEL, *La medicina española en la época de los Reyes católicos*, in *Medicina & Historia*, 1971, 1 ss.

14 L. GARCÍA BALLESTER, *Historia social de la medicina en la España de los siglos XIII al XVI*, I, Madrid, 1976.

15 A. GONZÁLEZ PALENCIA, *Alonso Chirino: médico de Juan II y padre de Mosén Diego de Valera*, in *Boletín de la biblioteca Menéndez y Pelayo*, 1924, 11, 1.

16 A. VANOLI, *La Spagna delle tre culture: ebrei, cristiani e mussulmani*, Roma, 2015.

fasce sociali più basse<sup>17</sup>. Ciò nonostante, in questo periodo si registrò, come accennato, un maggior intervento pubblico nel sistema sanitario, anche attraverso l'istituzione di nuove strutture per gli infermi, come ad esempio gli *Hospitales Reales* di Santiago de Compostela e di Granada<sup>18</sup>.

Nello stesso periodo, la diffusione di peste, tifo e sifilide sollecitarono gli studi epidemiologici e, soprattutto, spinsero le Autorità pubbliche all'adozione di una regolamentazione finalizzata alla prevenzione<sup>19</sup>. Se, poi, almeno secondo la linea storico-ricostruttiva dominante, alcune patologie infettive e, in particolare, la sifilide si diffusero in Spagna (e, a seguire, nel vecchio continente) in occasione dei contatti con il Nuovo Mondo, vi è pure da segnalare che la scienza medica spagnola, nel XVI secolo, si arricchì notevolmente proprio attraverso il confronto con quella indigena<sup>20</sup>.

La medicina divenne una delle tre grandi specializzazioni universitarie del '500, insieme alla teologia e a giurisprudenza. I Re Carlo V e Filippo II promossero, inoltre, lo studio anatomico, permettendo la dissezione dei cadaveri (pratica che era stata perseguitata dall'Inquisizione) attraverso cui si giunse al traguardo di una più approfondita conoscenza del corpo umano, che venne rapidamente esportata in America, presso le colonie spagnole (risale al 1524 la fondazione dell'importante ospedale *Jesús de México*)<sup>21</sup>.

Umanesimo e Rinascimento, professando l'abbandono della visione sacrale del mondo, segnarono, anche in Spagna, una vera e propria rivoluzione dell'*ars medica*, che venne fortemente condizionata dalla filosofia meccanicista e dall'empirismo<sup>22</sup>. La differenza tra la figura e le funzioni del medico e del chirurgo finì, dunque, giocoforza, per assottigliarsi<sup>23</sup>.

A partire dalla metà del XVI secolo la medicina spagnola cominciò a fornire, allora, un contributo originale al sapere europeo; in particolare, di grande importanza si rivelò la scuola medica di Valencia, cui appartennero studiosi come Miguel Jerónimo Ledesma (che svolse anche una commendevole attività di traduzione di testi medici dell'antichità), Miguel Juan Pascual (che condusse importanti studi sulle epidemie e che ebbe contatti con la scuola di Montpellier) e Pedro Jaime Esteva (medico, anatomista e botanico)<sup>24</sup>.

Accanto a questi personaggi si deve, inoltre, rammentare il medico segoviano Andrés Laguna (che, oltre alla diversificata produzione medica originale, realizzò la prima versione spagnola, arricchita con importanti commenti, di un vasto numero di opere mediche dell'antichità) e Damián Carbón (autore del primo trattato di ostetricia e pediatria stampato in Spagna, nell'anno 1541), Juan Valverde, autore di *Historia de la composición del cuerpo humano* (1556), Francisco Vallés, riconosciuto come il miglior medico spagnolo del

17 M. KERKHOF, *Sobre medicina y magia en la España de los siglos XII-XV*, in *Cuad. MEMYR*, 2020, 8, 177 ss.

18 Nei primi secoli del Medioevo gli ospedali svolgevano contemporaneamente più funzioni: cura dei malati; asili temporanei per i poveri; alloggio per viandanti e pellegrini privi di mezzi. La maggior parte di tali istituti erano ecclesiastici, sebbene esistessero anche fondazioni reali e nobiliari. Nei secoli XIV e XV, invece, acquisirono importanza le strutture erette da corporazioni e confraternite. Ciò che più risalta nella caratterizzazione degli ospedali, con il progredire del Medioevo, è la loro specializzazione, tanto che sorsero centri per malattie specifiche, come la peste o la lebbra, nonché per gli infermi di mente.

19 J. HERNÁNDEZ HORTIGÜELA, *Médicos, medicina, enfermedad y remedios para los españoles en la época de los descubrimientos (Siglos XV-XVII)*, Madrid, 2010.

20 S.A. MICHELI, *Médicos y medicina en la nueva España del siglo XVI*, in *Gaceta médica de México*, 2001, 257 ss; V. RAMÍREZ ORTEGA, *Cirujanos, barberos y sangradores en la Nueva España del siglo XVI*, in *Rev. Hist. Ciencias y Hum.*, 2017, 141 ss.

21 G. MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, *La medicina en la Nueva España, siglos XVI y XVII*, Ciudad de México, 2014.

22 P. LAÍN ENTRALGO, *Historia de la medicina*, Barcelona, 1978, 245 ss.

23 J.L. FRESQUET FEBRER, *La práctica médica en los textos quirúrgicos españoles en el siglo XVI*, in *Acta Hisp. Med. Sci. Hist. Illus.*, 2002, 22, 251-277.

24 AA.VV., *La Universitat de València i l'humanisme*, Valencia, 2003.

rinascimento, nonché Gómez Pereira, sostenitore dell'empirismo in medicina, in chiara opposizione con la visione di tale scienza diffusa in epoca medioevale<sup>25</sup>.

Per quanto concerne l'organizzazione sanitaria, il processo di laicizzazione delle strutture, principiato nel XV secolo (allorquando, specie nelle città, i Comuni, le élite e le corporazioni cominciarono a istituire strutture dedicate alla cura dei malati, oltre che dei poveri), ebbe un certo sviluppo, sebbene gli ospedali rimasero, in ogni caso, ricovero per le classi sociali più basse, mentre quelle agiate fruivano di trattamenti domiciliari, o in alcuni, pochi nosocomi, con il pagamento delle prestazioni ricevute<sup>26</sup>.

La diffusione di una nuova ondata di peste, che falciò la penisola iberica verso la fine del XVI secolo, sospinse, in Spagna così come in altri paesi europei, l'adozione di importanti misure di igiene collettiva, che si legarono a provvedimenti finalizzati al controllo sociale derivante dalla crisi economica che si verificò nelle campagne<sup>27</sup>.

Anche in Spagna, dunque, la tutela della salute degli individui appartenenti alle classi sociali più povere, su cui si soffermò l'opera del valenciano Luis Vives (*De subventione pauperum*)<sup>28</sup>, si legò alla necessità di garantire la tranquillità pubblica, messa a rischio dai fenomeni migratori verso le grandi città e dalla diffusione dell'accattonaggio, correlato alla delinquenza<sup>29</sup>.

Volgendo ora l'obiettivo al '600, si può rilevare che l'attività medica continuò ad essere esercitata dalle figure sopra richiamate, atteso che, specie nelle campagne, la popolazione si avvaleva di soggetti dotati di abilità tecnico-manuali sprovvisti di formazione universitaria, nonché di maghi e guaritori. Nel contempo, nacquero nuove figure professionali accreditate, quale quella degli *algebristas*, ovverosia soggetti specializzati nel trattamento delle fratture ossee, che dovevano essere autorizzati all'esercizio dell'attività dal *Tribunal del Protomedicato*<sup>30</sup>.

In questo periodo, inoltre, i medici appartenenti alle minoranze islamiche e gli ebrei, convertiti al cristianesimo (i c.d. "nuovi cristiani"), subirono delle forti discriminazioni, con l'esclusione dall'esercizio delle attività professionali, per via della carenza del requisito della "limpieza de sangre"<sup>31</sup>. Si tratta di una linea già tracciata nel corso del regno di Filippo II che, fervente cattolico e campione della Controriforma, perseguì fino alla morte (1598) *marranos* e *moriscos*, ovverosia ebrei e mussulmani convertiti al cattolicesimo e, ancor più a monte, essa fu il frutto di alcune ideologie diffuse a partire dal XIV secolo, correlate alla *Reconquista*<sup>32</sup>. Il che determinò la migrazione in Europa di molti individui appartenenti alle suddette minoranze etnico-religiose, con conseguente impoverimento culturale ed economico della penisola<sup>33</sup>.

25 B.M. GUTIÉRREZ RODILLA, *La medicina, sus textos y sus lenguas en la España de Cervantes*, in *Panacea*, 2005, 299 ss.

26 J. SEGURA DEL POZO, *Salud, Sanidad y Cuidados en la Europa del siglo XVI*, 14 agosto 2022, in [www.saludpublicayotrasdudas.wordpress.com](http://www.saludpublicayotrasdudas.wordpress.com).

27 J.M. LÓPEZ PIÑERO, *Los orígenes de los estudios sobre la salud pública en la España renacentista*, in *Revista Española de Salud Pública*, 2006, 5, 1 ss.

28 L.V.S. FABIANI, *La cultura científica y técnica en la España de los siglos XVI y XVII*, in *Bulletin Hispanique*, 1995, 233 ss.

29 M. CAVILLAC, *La reforma de la beneficencia en la España del siglo XVI: la obra de Miguel de Giginta*, in *Estudios de Historia Social*, 1975, 10-11, 7-59.

30 In argomento vd. M.S. CAMPOS DíEZ, *El Real Tribunal del Protomedicato castellano*, Cuenca, 1999.

31 L.S. GRANJEL, *El ejercicio de la medicina en la sociedad española del siglo XVII*, Salamanca, 1971, 16. ss; LG. BALLESTER, *Los Moriscos y la Medicina. Un capítulo de la medicina y la medicina morginadas en la España del siglo XVI*, Barcelona, 1984.

32 B. BENASSAR, *Storia dell'Inquisizione spagnola*, Milano, 2013, *passim*.

33 A. VANOLI, *La Spagna delle tre culture: ebrei, cristiani e mussulmani*, op. cit.

Tra le figure professionali più celebri, operanti in questo periodo, si può rammentare il medico Diego Mateo Zapata Mercado, figlio di ebrei convertiti al cristianesimo, che visse a cavallo tra XVI e XVII secolo, il quale intervenne nei più importanti dibattiti relativi alla scienza medica dell'epoca, ma che fu anche sommo pratico, esponendo, tuttavia, tesi talmente innovative da attrarre l'attenzione dell'Inquisizione spagnola<sup>34</sup>, attese le persistenti interferenze della Chiesa cattolica nell'approccio concettuale all'infermità<sup>35</sup>.

In ogni caso, l'Impero spagnolo, in questa epoca, ampliò la propria rete universitaria ed ospedaliera; venne introdotta la figura professionale dell'infermiera e ulteriori sviluppi dell'anatomia consentirono l'evoluzione della chirurgia; le terapie divennero maggiormente efficaci attraverso l'introduzione di nuovi farmaci, confezionati con sostanze curative provenienti dalle colonie americane, ove studiarono ed operarono medici rinomati, come Agustín Farfán, frate agostiniano<sup>36</sup>.

Nel '600, la medicina poté progredire ulteriormente, dunque, attraverso un più approfondito studio del corpo umano e della funzionalità degli organi, nonché con la valorizzazione dell'osservazione clinica del paziente, nella prospettiva di una visione meccanicista dell'organismo, frutto della diffusione della filosofia cartesiana, che influenzò anche l'approccio allo studio della scienza medica nelle università, che si arricchì attraverso la pratica. Sicché, si assottigliò ulteriormente la differenza tra *médicos* e *cirujanos*, i quali assunsero maggior prestigio e visibilità anche in ragione del loro lavoro al seguito degli eserciti, durante le numerose campagne militari spagnole.

Vi è da considerare, però, che il XVII, che si chiuse con il regno di Carlo II, rappresentò per la Spagna un periodo di declino economico, dovuto ad una molteplicità di fattori, tra cui le continue guerre e la scarsità del sistema produttivo, che non venne controbilanciato neppure dalla precedente acquisizione (1581) del Portogallo e delle sue Colonie (tra cui il Brasile)<sup>37</sup>. Tale parabola discendente si concretizzò in un impoverimento diffuso, nonché in numerose carestie ed epidemie, che produssero anche un sensibile calo demografico.

Nel '700 il sistema sanitario continuò ad essere imperniato sulle figure del medico, del chirurgo e del barbiere, in un contesto di persistente arretratezza della scienza medica, tanto è vero che in quell'epoca era invalso il convincimento che l'operato di siffatti professionisti contribuisse maggiormente «ad uccidere, piuttosto che a curare, i pazienti»<sup>38</sup>.

Nel XVIII secolo, in ogni caso, prese largo la pratica delle consultazioni di esperti, secondo la quale il medico curante richiedeva un parere a professionisti particolarmente rinomati o, comunque, specializzati in settori diversi da quello di colui che si occupava in prima persona del malato<sup>39</sup>.

Carlo III di Borbone, assai influenzato dall'illuminismo francese, inoltre, promosse la diffusione della cultura e delle scienze, anche in campo medico, facendo istituire alcune Scuole di medicina; in questo secolo nacquero la *Regia Sociedad de Medicina y demás Ciencias de*

34 J.B. VILAR, *El Dr. Diego Mateo Zapata (1664-1745): Medicina y Judaísmo*, Barcelona, 1970.

35 G. GOMEZ GARCIA, *Sanar cuerpos y guardar almas. El humanismo médico en España y América en el siglo XVI*, Madrid, 2022.

36 Sul tema vd. AA.VV., *El mestizaje cultural y la medicina novohispana del siglo XVI*, Valencia, 1995.

37 M. RICCARDI, *Viaggio nella Spagna del XVI-XVII secolo. La relazione diplomatica di Francesco Soranzo*, Milano, 2018.

38 I. AGUILÁ SOLANA, *Consideraciones sobre la medicina en la España del siglo XVIII según algunos viajeros franceses*, in *L'ull crític*, 2007, 31 ss.

39 P. LEÓN SANZ, *Las consultas médicas en la España del siglo XVIII: razones de su existencia*, in *Ascl.*, 2002, 2, 61 ss.

Sevilla (1700) nonché l'Academia Médica di Madrid (1733), seguite da altre importanti ed influenti istituzioni, create in alcune delle principali città della Spagna<sup>40</sup>.

In tale periodo, l'insegnamento universitario rimase prevalentemente di natura teorica, sebbene fosse imposto un periodo di *practicantado*<sup>41</sup>; la professione medica e quella chirurgica continuarono ad essere formalmente distinte, fino al 1827. La convinzione che un Paese maggiormente popolato potesse più facilmente raggiungere un equilibrio economico e implementare il proprio potere politico, anche a livello internazionale, sospinse l'elaborazione di strategie per migliorare la salute collettiva, dando vita ad una vasta serie di norme di polizia sanitaria<sup>42</sup>.

Il secolo successivo, e cioè l'800, rappresentò per la Spagna un periodo belligerante (a livello internazionale ed interno) e l'economia mostrò, progressivamente, un ritardo rispetto alla media dell'Europa occidentale. Tale fenomeno dipese, tra le altre cause, dagli scarsi investimenti nell'industria per carenza di capitali, dal calo dei traffici commerciali per la perdita di quasi tutte le colonie, dall'inadeguatezza delle infrastrutture e dei mezzi di trasporto, nonché dall'estrema arretratezza del comparto agricolo (che si basava su un'economia di sussistenza, con una forte componente di autoconsumo). All'inizio del XIX secolo, più del 90% della popolazione spagnola era analfabeta; questa percentuale si ridusse di circa il 10% intorno all'anno 1860.

Nel primo terzo del secolo, a seguito della Guerra d'indipendenza e alla cacciata dei francesi (la cui presenza nella penisola iberica, comunque, consentì alla scienza medica spagnola di arricchirsi, attraverso il confronto con quella degli invasori), l'assolutismo di Ferdinando VII condusse ad una chiusura culturale della Spagna rispetto al mondo occidentale, nonché la persecuzione e l'esilio, con conseguente impoverimento, dell'élite intellettuale, fino a giungersi alla chiusura delle facoltà di medicina<sup>43</sup>. L'igiene pubblica giunse al collasso.

Nel trentennio successivo, invece, durante il regno di Elisabetta II (1834-1868), venne dato nuovo impulso all'insegnamento della medicina in sede accademica e nelle varie scuole dislocate sul territorio<sup>44</sup>, come dimostra, altresì, la nascita di numerose riviste specialistiche, nonché la pubblicazione di testi scientifici in un numero notevolmente superiore al trentennio precedente<sup>45</sup>; venne, inoltre, attuata una pervasiva riforma della professione medico-chirurgica. In questo periodo, in cui vi fu il ritorno in patria di numerosi medici liberali in precedenza esiliati (come Mateo Seoane Sobral e Mariano Matllés), così come, però, l'esilio di altri dissidenti politici (per esempio Pedro Mata e Federico Rubio), si stagliarono nel panorama alcuni, grandi professionisti, quale Diego Argumosa Obregón, che introdusse diversi metodi operatori originali, fu un pioniere della chirurgia plastica e vascolare, ed impiegò, tra i primi, l'anestesia generale con etere<sup>46</sup>.

---

40 G. JORI, *Saberes prácticos y reforma sanitaria en la España del siglo XVIII. La contribución de las Academias de Medicina*, in *Rev. Bibl. Geo. Cienc. Soc.*, 2016, 1 ss.

41 M.E. RODRÍGUEZ PÉREZ, *La enseñanza de la Medicina en el siglo XIII*, in *Rev. Fac. Med. Mex.*, 1983, 434 ss.

42 G. JORI, *Población, política sanitaria e higiene pública en la España del siglo XVIII*, in *Rev. Geo. Norte Grande*, 2013, 54, 129 ss; A. MENÉNDEZA - E. RODRÍGUEZ, *Salud, trabajo y medicina en la España ilustrada*, in *Arch. Prev. Riesgos Labor*, 2005, 8, 1, 4-13.

43 L. GARCÍA BALLESTER - J.L. CARRILLO, *The repression of medical science in absolutist Spain*, in *El. Med.*, 1974, 9, 270 ss.

44 A. RIDRUELO MARTÍNEZ, *La enseñanza de la medicina en España, Valladolid 1843-1931*, Valladolid, 1979.

45 Tuttavia, sulla persistente arretratezza scientifica nel settore, vd. R. ROMERO, *La enseñanza de la medicina en España en el siglo XIX*, 16 aprile 2019, in [www.historyaymedicina.es](http://www.historyaymedicina.es).

46 G. SORNÍ VALLS, *La obra quirúrgica de Diego de Argumosa y Obregón*, Madrid, 1970.

Nel terzo ed ultimo scorcio di secolo, dopo la rivoluzione democratica del 1868, la scienza medica spagnola mostrò, infine, alcuni elementi di maggiore originalità rispetto al passato e si cominciarono a delineare meglio le specializzazioni mediche<sup>47</sup>. In questa fase, teoria e pratica cominciarono a fondersi indissolubilmente, come mostra l'opera del noto chirurgo Salvator Cardenal Fernández, ideatore del "Laboratorio" di Barcelona (che poi si fuse con Accademia delle Scienze Mediche)<sup>48</sup>.

In ogni caso, il progressivo miglioramento delle strutture sanitarie che si registrò in questa fase storica non consentì il raggiungimento degli *standard* propri dei Paesi europei più avanzati<sup>49</sup>. Ciò anche in ragione della continua instabilità politica del Paese che, a seguito della rivolta militare del 1868, attraversò il "*Sexenio Democrático*", la Prima Repubblica e, infine, dal 1874, la Restaurazione borbonica (terminata nel 1931, con la proclamazione della Seconda Repubblica).

Alla fine del XIX secolo poteva ancora nettamente distinguersi l'assistenza sanitaria per le classi agiate - che usufruivano di servizi medici a pagamento, generalmente a domicilio, e che si sottoponevano ad interventi chirurgici in cliniche private - da quella per gli individui appartenenti alle classi sociali più povere, che si rivolgevano a strutture pubbliche, religiose o filantropiche, talora assai modeste, tanto da generare un «panorama deprimente» del servizio sanitario spagnolo<sup>50</sup>, che si legava, più in generale, ad una profonda arretratezza del Paese, attestata anche dall'elevatissimo tasso di analfabetismo di fine secolo (63% della popolazione)<sup>51</sup>. I servizi sanitari erano prestati alla popolazione sulla base della *Ley orgánica* del 1855 (che rimase in vigore fino agli anni '40 del secolo successivo), che imponeva ai municipi di fornire assistenza medica e farmaci in favore dei meno abbienti. Si trattava, sostanzialmente, di una sanità pubblica fondata sull'idea della beneficenza in favore dei poveri<sup>52</sup>.

Al tramonto del XIX secolo e nel primo terzo del XX secolo non esistevano mezzi diagnostici avanzati; gran parte dei farmaci venivano prodotti nelle erboristerie locali<sup>53</sup>; terapie ancestrali (impiastri, purghe e salassi) venivano ancora utilizzate. Gran parte delle patologie diffuse nella popolazione erano di tipo infettivo (tubercolosi, colera, sifilide, difterite, oltre che la famigerata "*influenza spagnola*", che falciò l'Europa tra il 1918 ed il 1920)<sup>54</sup>. La neutralità della Spagna rispetto alla Grande Guerra non evitò, comunque, al Paese la crisi che derivò dal conflitto in Europa<sup>55</sup>.

In questo periodo, che fece registrare un'aspettativa di vita assai bassa ed un elevato tasso di mortalità infantile<sup>56</sup>, nacque la figura del medico di famiglia, particolarmente attivo soprattutto nelle campagne, ove mancavano strutture sanitarie organizzate. Il medico attivo

47 J.M. LÓPEZ PIÑERO, *Las ciencias médicas en España del siglo XIX*, in *Ayer*, 1992, 193 ss.

48 Su questo periodo vd. L.S. GRANJEL, *Medicina española contemporánea*, Salamanca, 1986.

49 S. GONZÁLEZ COGOLLOR, *Ambientación histórica, política, social y médica en la España del siglo XIX*, 2 maggio 2019, in [www.revistamedica.com](http://www.revistamedica.com).

50 J.M. SEGOVIA DE ARANA, *La salud de los españoles en el siglo XX*, in *An. Real Ac. Cienc. Mor. Pol.*, 2000, 415 ss.

51 M.E. GALIANA - J. BERNABEU-MESTRE, *El problema sanitario de España: saneamiento y medio rural en los primeros decenios del siglo XX*, in *Asclepio. Revista de Historia de la Medicina y de la Ciencia*, 2006, 2, 139 ss.

52 E. RODRÍGUEZ OCAÑA, *Medicina y acción social en la España del primer tercio del siglo XX*, in AA. VV., *De la beneficencia al bienestar social*, Madrid, 1985, 227 ss.

53 In argomento vd. S. MUÑOZ CALVO, *Historia de la farmacia en la España moderna y contemporánea*, Madrid, 1994.

54 M.E. GALIANA-SÁNCHEZ, *Historia de la enfermería de salud pública en España y el contexto internacional*, in *European Journal for Nursing History and Ethics*, 2019, 1, 1 ss.

55 M.A. MARTORELL LINARES, *La economía y la sociedad españolas durante la Primera Guerra Mundial*, in *Temas para el debate*, 2014, 237/238, 42 ss.

nei borghi rurali, in particolare, veniva retribuito dai comuni, oppure stipulava delle convenzioni con delle famiglie o con delle entità collettive a carattere locale<sup>57</sup>.

Il sistema “*igual*”, assai diffuso, dunque, facilitò lo sviluppo di centinaia di piccole mutue e “casse malattia”, sul modello di altri Paesi europei<sup>58</sup>, fino a giungere, nel 1908 - due anni dopo il conferimento del premio Nobel per la medicina a Santiago Ramón y Cajal<sup>59</sup> e Camillo Golgi - alla nascita dell’*Instituto Nacional de Previsión* (INP), con la copertura sanitaria di un numero sempre maggiore di individui appartenenti alla “popolazione attiva”, secondo un modello bismarckiano, poi seguito, durante la dittatura franchista (dal 1939, con la caduta della Seconda Repubblica, all’anno 1975, allorché si insediò il Re Juan Carlos di Borbone), anche dalla legge del 14 dicembre 1942, in tema di *Seguro Obligatorio de Enfermedad* (SOE)<sup>60</sup>.

Tali innovazioni, comunque, intervennero in un periodo (dalla fine degli anni ’30) in cui in Spagna si verificò - nonostante la neutralità anche rispetto al secondo conflitto mondiale - una forte crisi economica, con un crollo della produzione nazionale, nonché dei consumi, associata ad una grande diffusione della povertà e delle malattie.

Suddette condizioni, unitamente al fallimento dell’interventismo nel settore dell’industria, del protezionismo e dell’obiettivo velleitario dell’autarchia, provocarono un forte isolamento dello Stato, con conseguente, ulteriore involuzione dell’economia, con un flusso che cominciò ad invertirsi lentamente solo verso la fine degli anni ’50<sup>61</sup>. Sicché, durante la dittatura di Franco, l’attenzione pubblica si rivolse con preoccupazione alle malattie infettive, strettamente correlate alla malnutrizione e alle condizioni igieniche precarie determinate dalla povertà<sup>62</sup>.

A seguito dell’istituzione (nel 1977) del Ministero che oggi è denominato “della Salute” e dell’entrata in vigore della Costituzione nel 1978<sup>63</sup>, il sistema sanitario spagnolo ha fatto registrare una radicale transizione verso un modello di tipo “Beveridge”; l’articolo 43 della Costituzione spagnola stabilisce, infatti, che: “è competenza dei poteri pubblici l’organizzazione e la tutela della salute pubblica con le misure preventive e con le prestazioni e i servizi che siano necessari”.

Nel 1986, con l’approvazione della *Ley General de Sanidad* (l. 25 aprile 1986, n. 14), venne creato, dunque, il SNS, definito come “l’insieme dei servizi di salute dell’amministrazione dello Stato e dei servizi di salute delle Comunità Autonome opportunamente coordinate”<sup>64</sup>.

Il sistema è stato gestito, a livello centrale, dal 1978 fino all’anno 2002, dall’*Instituto Nacional de la Salud* (INSALUD, che era subentrato all’INP), ed è oggi finanziato per la gran parte dal gettito fiscale (e, in misura residuale, dai contributi versati dai datori di lavoro e dalla popolazione attiva, ovverosia attraverso il sistema di previdenza obbligatoria, oltre che dai *ticket*, il c.d. “*copago*”)<sup>65</sup>. Esso garantisce i servizi attraverso strutture pubbliche, private senza

56 Vd. F.J. GOERLICH GISBERT - R. PINILLA PALLEJÀ, *Esperanza de vida en España a lo largo del siglo XX*, in *Fund. BBVA*, 2006, 11, 1 ss.

57 AA.VV., *La medicina rural a principios de siglo XX*, 1 gennaio 2016, in [www.elsevier.es](http://www.elsevier.es).

58 AA.VV., *Viente años de reforma de la Atención Primaria en España*, Madrid, 2005, 13.

59 Unico scienziato spagnolo, oltre a Severo Ochoa (1959), a conseguire il premio per la medicina.

60 P. GONZÁLEZ MURILLO, *La política social del franquismo: el Seguro Obligatorio de Enfermedad*, in *Rev. Hist. Contemp.*, 2005, 57, 62 ss.

61 Su questo tema vd. G. DI FEBBO - S. JULIÀ, *Il franchismo*, Bari, 2003.

62 P. MARSET CAMPOS - J.M. SÁEZ GÓMEZ - F. MARTÍNEZ NAVARRO, *La salud pública durante el franquismo*, in *Dynamis*, 1995, 15, 211 ss.

63 Sulla quale vd. R.L. BLANCO VALDÉS, *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, Torino, 2017.

64 Sul punto vd. L. MELICA, *Il sistema sanitario spagnolo e la tutela della salute degli immigrati: spunti di riflessione*, 14 dicembre 2017, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it).

65 A. DIURNI, *Italia e Spagna: sistemi sanitari a confronto*, 6 luglio 2017, in [www.dirittoesalute.org](http://www.dirittoesalute.org).

scopo di lucro (tra le quali oltre 50 ospedali di proprietà della Chiesa cattolica) e private convenzionate.

Le Comunità Autonome (con l'eccezione di Ceuta e Melilla) hanno assunto la responsabilità del servizio sanitario, mentre il Ministero, a livello nazionale, svolge la funzione di controllo e coordinamento. Il servizio sanitario, organizzato, dunque, su base territoriale (ogni Comunità Autonoma adotta un *Plan Integrado de Salud*), si articola, poi, in singoli distretti (su base territoriale/demografica), denominati *Areas de Salud* (AS), che raggruppano, a loro volta, delle "cellule", denominate "*Zonas Básicas de Salud*". Si tratta, dunque, di un sistema che presenta alcune affinità organizzative con quello nostrano<sup>66</sup>.

In Spagna (secondo le stime riportate sul sito *web www.es.statista.com*) solo il 43% degli ospedali sono pubblici; essi, però, coprono all'incirca il 70% dei posti letto disponibili sul territorio nazionale e, generalmente, sono queste le strutture che eseguono i trattamenti medico-chirurgici più complessi. Per quanto concerne la medicina di base, il servizio è organizzato a livello territoriale, ove i medici sono assegnati a *Centros de Salud* o a *Consultorios locales* (da un censimento del 2020, sono risultati in servizio circa 36.000 *médicos de familia*)<sup>67</sup>.

Secondo i dati riportati da molti quotidiani (tra cui *El Mundo* e *La Vanguardia*), a seguito della pandemia da COVID-19, circa il 25% della popolazione spagnola fruisce di una copertura assicurativa per i servizi sanitari; da recenti statistiche è emerso, altresì, che dopo la crisi internazionale del 2009, con conseguenti tagli alla spesa pubblica in campo sanitario, il settore privato ha progressivamente aumentato la propria importanza<sup>68</sup>, tanto da attrarre circa il 30% della spesa sanitaria globale<sup>69</sup>. Secondo i dati recentemente riportati sul sito *web del Ministerio de Sanidad*, la spesa sanitaria privata è di circa 32 miliardi di euro annui, pari al 2,9% del PIL nazionale, con una spesa *pro capite* di circa 650 euro.

Secondo i dati più recentemente diffusi dalle Autorità pubbliche (e, in particolare, dall'*Instituto Nacional de Estadística*), oggi, in Spagna, si contano circa 300.000 medici, che conseguono, in media, secondo quanto riportato dal quotidiano *Redacción Médica*, un reddito lordo annuo di circa 54.000 euro *pro capite* (rispetto ad una media nazionale di circa 30.000 euro); sempre per fornire alcuni dati ricostruttivi del contesto, si può soggiungere in questa sede che la spesa sanitaria totale relativa al 2021, per quanto riportato dal competente Dicastero, è stata di circa 88 miliardi di euro (pari al 7,3% del PIL nazionale). Quasi la metà, dunque, della spesa sanitaria in Italia (sebbene la popolazione nel nostro Paese superi solo del 27% circa quella spagnola).

Sulla scorta dei dati raccolti dalla piattaforma *Statista*, nella classifica relativa ai sistemi sanitari mondiali, quello spagnolo si colloca al ventiseiesimo posto, dietro all'Italia (17 posto), la Francia (20), davanti al Regno Unito (34). Il servizio sanitario in Spagna, in ogni caso, mostra, oggi, diverse criticità, tra le quale occorre segnalare:

i) gli *standard* qualitativi, che non sono ritenuti soddisfacenti da larga parte del popolo spagnolo (come risulta dalle opinioni raccolte dal medesimo Ministero della Sanità e riportate sul sito *web* istituzionale, 2 cittadini spagnoli su 10 considerano il sistema sanitario bisognoso di grandi riforme, mentre 2 su 10 addirittura reputano indispensabile una sua

<sup>66</sup> Come rilevato anche da AGENAS, *Analisi comparata delle cure primarie in Europa*, in *Quad.*, suppl. al n. 1 del 2022, 61 ss.

<sup>67</sup> AA.VV., *La medicina di famiglia in Spagna e i "fantasmi della dipendenza"*, 3 dicembre 2021, in *www.quotidianosanità.it*.

<sup>68</sup> M. RODRÍGUEZ, *El sector público y el sector privado de la sanidad: ¿estabilidad o cambio?*, in *Gac. San.*, 2019, 499 ss.

<sup>69</sup> N. SALINAS, *Los seguros de salud vuelven a dispararse en 2022: crecen un 7% y aportan 10.543 millones*, 18 gennaio 2023, in *www.epe.es*.

totale ristrutturazione), in larga parte dipendenti dall'assai contenuta spesa pubblica<sup>70</sup> (al netto dei recenti fondi UE, elargiti per il superamento della crisi determinata dalla pandemia da SARS-COV-2);

ii) la dialettica imperfetta tra sanità pubblica e privata, poiché se da un lato il confronto può certamente agevolare la concorrenza e, conseguentemente, la qualità dei servizi, dall'altro le politiche di *cost cutting* relative al finanziamento delle strutture pubbliche, attuate negli ultimi anni, si sono fondate verosimilmente sull'idea della "supplenza" del settore privato rispetto a quello pubblico, piuttosto che del dialogo competitivo;

iii) le lunghe liste di attesa per l'accesso ai servizi sanitari pubblici, che si riverberano negativamente soprattutto sulle fasce di popolazione meno abbienti<sup>71</sup>, le quali esprimono una certa insoddisfazione per i livelli di assistenza garantiti dallo Stato<sup>72</sup>.

### **3. Il nesso causale tra condotta colposa ed evento lesivo a carico del paziente nel contesto dell'attività diagnostica e terapeutica. L'accoglimento, dottrinale e giurisprudenziale, della teoria dell'imputazione oggettiva.**

In Spagna, così come in Italia, sono sanzionati penalmente tanto l'omicidio (art. 142 c.p.) quanto le lesioni colpose (art. 152 c.p.). A tale ultimo proposito occorre segnalare, tuttavia, che il legislatore spagnolo ha inteso definire, dal punto di vista penalistico, in maniera assai originale il concetto di lesione; ciò nel contesto del comma 1 dell'art. 147 c.p. (richiamato dall'art. 152 c.p., sopra citato), che stabilisce come essa, per essere rilevante, debba essere «tale da alterare l'integrità fisica o la salute fisica o mentale, sempre che la lesione richieda oggettivamente, per la sua guarigione, un trattamento medico o chirurgico, oltre alle prime cure mediche. La semplice sorveglianza o il monitoraggio facoltativo del decorso della lesione non saranno considerati trattamenti medici».

Nel sistema nostrano, invece, la nozione di lesioni è agganciata a quella di "malattia nel corpo o nella mente", che ha dato adito nel tempo ad interpretazioni diversificate, poiché ad un filone che ha accolto una nozione tecnico-giuridica di *malattia* (che è quella, peraltro, sposata nella Relazione ministeriale al codice del 1930), se ne è contrapposto un altro, che ne ha sostenuta una di matrice medico-legale. In estrema sintesi: nella prima accezione, costituirebbe lesione qualsivoglia alterazione anatomica, anche in difetto di una reale alterazione funzionale. Nella seconda, invece, la lesione, sostanziantemente malattia, sarebbe soltanto quella caratterizzata da un processo dinamico-evolutivo, nonché da un'apprezzabile compromissione della funzionalità dell'organismo.

Tale ultima soluzione ermeneutica, propugnata da numerosi studiosi della materia<sup>73</sup>, è stata, almeno in una certa misura, accolta dalla giurisprudenza. Così, con una recentissima

70 Vd. anche i dati economici riportati dal rapporto *UE State of Health in the EU España. Perfil sanitario nacional 2021*, che segnala un livello di spesa pubblica *pro capite* costantemente inferiore alla media europea in tutto il periodo 2008-2019.

71 P. MARTÍN, *Los puntos negros de la sanidad pública: falta de profesionales, saturación y financiación*, 24 gennaio 2023, in [www.epes.es](http://www.epes.es).

72 J.C. LLANO ORTÍZ, *La Desigualdad en la salud*, Madrid, 2019.

73 Vd., *ex multis*, P. BAIMA BOLLONE - V. ZAGREBELSKY, *Percosse e lesioni personali*, Torino, 1975; A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1981, 77; R. BORGOGNO, *Delitto di lesione personale*, in F. Ramacci (a cura di), *I delitti di percosse e di lesioni*, Torino, 1998, 75 ss; L. CORNACCHIA, *I delitti contro l'incolumità individuale*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2000, 313 ss; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. II, 1, i delitti contro la persona*, Bologna, 2013, 67; L. MASERA, *Delitti contro l'incolumità fisica*, in F. Viganò - C. Piergallini (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, in Trattato teorico-pratico di Diritto penale diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, VII, Torino, 2015, 105 ss; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. I. Delitti contro la persona*, Milano, 2016, 143.

pronuncia, si è stabilito che «ai fini della configurabilità del delitto di lesioni personali, la nozione di malattia non comprende tutte le alterazioni di natura anatomica, che possono anche mancare, bensì solo quelle da cui deriva una limitazione funzionale o un significativo processo patologico o l'aggravamento di esso ovvero una compromissione delle funzioni dell'organismo, anche non definitiva, ma comunque significativa»<sup>74</sup>.

Sicché, secondo questa linea, sarebbe la *deminutio* funzionale a rappresentare l'elemento caratterizzante la lesione, e non la sussistenza di un processo morboso. Se, allora, tale soluzione appare avallata da un'analisi sistematica (vd., tra l'altro, il richiamo operato dall'art. 583 c.p. all'indebolimento o alla perdita di un senso o di un organo, rispetto al requisito del carattere dinamico-evolutivo, qui del tutto carente), d'altro canto essa, nell'impernarsi su di un apprezzabile danno funzionale, risulta idonea a distinguere la fattispecie da quella di percosse, nonché, in effetti, a restringere l'area di operatività delle disposizioni incriminatrici di fatti di lesioni nell'ottica del principio di ragionevolezza e proporzionalità.

Muovendo, ora, nuovamente, l'obiettivo al sistema spagnolo - che tipizza autonomamente fatti rappresentati dalla perdita di un senso o di un organo, le deformazioni<sup>75</sup> e le "gravi infermità fisiche o psichiche" (artt. 149 e 150 c.p.) - si può rilevare che il delitto di lesioni dolose, nella forma basica descritta dal comma 1 dell'art. 147 c.p. (disposizione che è stata oggetto, nel suo complesso, di pervasive modifiche attraverso la LO n. 1 del 30 marzo 2015), è stato costruito dal legislatore prescindendo totalmente dall'alterazione funzionale fisica o psichica, innestandosi la fattispecie, come già si è accennato, sul requisito della necessità dell'intervento medico-chirurgico<sup>76</sup>.

Le ipotesi minori, invece, sono disciplinate, come residuali, dal comma 2 dell'art. 147 c.p. che, tuttavia, non è richiamato dall'art. 152 c.p., con conseguenziale loro rilevanza solo nella dimensione dolosa (ad eccezione delle ipotesi richiamate dal successivo art. 153 c.p., che attengono a particolari relazioni tra reo e vittima).

Sicché, specie nel contesto colposo, la soluzione sposata dal legislatore spagnolo sembra prestare il fianco ad alcune obiezioni e, in particolare, a destare perplessità è che sia il ricorso all'intervento sanitario<sup>77</sup>, invece che la sussistenza di un danno fisico o psichico con riflessi

<sup>74</sup> Cass., Sez. V, 17 marzo 2023, n. 25535.

<sup>75</sup> Su questo concetto vd. STS, Sez. II, 18 settembre 2003, n. 1154/2003: «questa Corte ha avuto modo di pronunciarsi più volte sulla nozione giuridica di deformità, dichiarando che essa consiste in qualsiasi irregolarità fisica, visibile e permanente, che comporti deturpazione o bruttezza evidente a occhio nudo. Spiccano quindi tre note caratteristiche: irregolarità fisica, permanenza e visibilità. La giurisprudenza richiede, inoltre, un giudizio di valore sulla già menzionata irregolarità, al fine di evidenziare, eventualmente, che essa è di una certa entità e rilevanza, escludendo quei vizi di scarsa importanza dallo scarso significato antiestetico. Detto giudizio di accertamento deve essere effettuato dal giudice tenendo conto delle condizioni personali delle vittime e del loro aspetto fisico prima delle lesioni. In ogni caso, i criteri di valutazione devono essere più rigorosi quando le conseguenze riguardano la fisionomia facciale. In linea di principio si ritiene di includere nel concetto di deformità le cicatrici permanenti, indipendentemente dalla parte del corpo interessata».

<sup>76</sup> Il che determina un'accezione spiccatamente normativa del concetto di lesioni. Sul punto vd. STS, Sez. II, 28 maggio 2014, n. 463/2014.

<sup>77</sup> Secondo la giurisprudenza, per "trattamento medico" si intende «il procedimento volto a curare una malattia o a ridurre gli effetti, sia esso effettuato dal medico che presta la prima assistenza o affidato agli assistenti sanitari, prescindendo dalla semplice diagnosi e dalla pura sorveglianza medica o dalla prevenzione. Il trattamento medico in senso stretto consiste nella progettazione di un sistema curativo o di un percorso medico prescritto da un laureato in medicina con finalità curative. Il trattamento chirurgico è quello che, attraverso l'intervento chirurgico, ha lo scopo di curare una malattia attraverso interventi di questa natura, indipendentemente dalla loro importanza», STS, Sez. II, 5 novembre 2014, n. 732/2014.

funzionali sull'organismo umano, a determinare, attraverso una vera e propria presunzione *ex lege*, la gravità del fatto e, quindi, la meritevolezza della pena.

Sebbene, allora, la giurisprudenza si sforzi di precisare come il «trattamento deve essere oggettivamente richiesto per la salute, il che esclude la soggettività della sua dispensazione da parte del medico o della vittima stessa»<sup>78</sup>, resta che, mentre la necessità dell'intervento medico rappresenta dato talora assai difficilmente ponderabile in sede processuale e, per il vero, dalla dubbia capacità selettiva<sup>79</sup>, potrebbero rimanere prive di tutela penale delle lesioni che, pur non necessitando alcun intervento medico-chirurgico risolutivo, compromettano in maniera apprezzabile la salute della vittima. Tanto è vero che, ad esempio, nel caso della rottura delle costole che, generalmente, non richiede per la guarigione un intervento medico-chirurgico, la giurisprudenza spagnola è stata costretta a forzare la norma incriminatrice di riferimento, allargandone le maglie, affermando che anche la prescrizione del riposo costituirebbe un trattamento sanitario ai sensi della citata disposizione<sup>80</sup>.

Quanto al nesso tra condotta ed evento, costituito da morte o lesioni, occorre premettere che la dottrina spagnola non ha elaborato tesi particolarmente originali sul tema dell'accertamento della causalità materiale e che, in effetti, essa sia stata fortemente ispirata dalle elaborazioni della scienza penalistica tedesca<sup>81</sup>. Così, in un primo momento, nella giurisprudenza delle Corti spagnole si è affermata la teoria dell'*equivalencia* o della *conditio sine qua non*, che è stata richiamata, ad esempio, nel notorio caso dell'intossicazione da olio di colza, impiegato come sostanza alimentare, deciso da STS, Sez. II, 23 aprile 1992, n. 3654/1992, e che è stata utilizzata secondo una logica probabilistica su base generalizzante, ovverosia facendosi leva sulla circostanza dell'aumento del rischio di verificazione dell'evento<sup>82</sup>.

Proprio la teoria dell'imputazione oggettiva, nella sua declinazione che attiene alla sfera del rischio<sup>83</sup>, di matrice tedesca<sup>84</sup> (ma che vanta sostenitori anche nel contesto

78 STS, Sez. II, 10 febbraio 2015, n. 58/2015.

79 Tanto è vero che la giurisprudenza riconduce al trattamento medico anche la somministrazione di banali farmaci, quali gli antinfiammatori, nonché la mera applicazione di punti di sutura o del c.d. "ster-strip". Sul punto vd. AA.VV., *Código penal. Comentarios, concordancias, jurisprudencia*, A Coruña, 2023, sub art. 147, 508.

80 STS, Sez. II, 22 dicembre 2000, n. 2018/2000. Per altri casi problematici vd. A. ZÁRATE CONDE, *Las lesiones*, in Id. (diretto da), *Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 2021, 81.

81 J.M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación objetiva y cualificación por el resultado*, Madrid, 1988.

82 J.M. PAREDES CASTAÑÓN - M.T. RODRIGUEZ MONTAÑES, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995. Nella letteratura italiana vd. M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per l'aumento del rischio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999, 32 ss; F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2000, 169-170 (che ha sottolineato la prevalenza, nel caso di specie, dell'intima convinzione del giudice sul rigoroso accertamento del nesso di causalità tra condotta pericolosa ed evento lesivo); C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico criminali*, Milano, 2004, *passim*.

83 In argomento vd. F. BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in S. Canestrari - A. Melchionda (a cura di), *Scritti di diritto penale*, I, 1, Milano, 1997, 67 ss; M. DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1989, 587 ss. Nella manualistica spagnola, vd. F. MUÑOZ CONDE - M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2010, 288 ss.

84 Sulla nascita della teoria vd., nella letteratura italiana, M. RONCO, *Alle origini dell'imputazione oggettiva*, in A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 487. Sul tema, vd. anche K. VOLK, *Introduzione al diritto penale tedesco. Parte generale*, Padova, 1993, 55 ss; G. FORNASARI, *Principi di diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 158 ss; G. LICCI, *Teorie causali e rapporto d'imputazione*, Napoli, 1996, 20; S. MOCCIA, *La*

italiano)<sup>85</sup>, appare, allora, oggi, quella maggiormente accreditata (seppur con molteplici sfumature), nell'ottica di superamento delle aporie derivanti dalla pura logica condizionalistica<sup>86</sup>, nella dottrina<sup>87</sup> e nella giurisprudenza spagnola<sup>88</sup> e, da anni, viene applicata dalle Corti nel contesto della responsabilità del personale sanitario in relazione alle attività medico-chirurgiche<sup>89</sup>.

Come risaputo, gli elementi fondamentali per l'ascrizione dell'evento individuati dalla suddetta teoria sono costituiti:

a) dalla creazione o dall'incremento di una situazione di rischio, nel senso che la condotta deve generare una probabilità di lesione del bene giuridico protetto dalla disposizione di riferimento;

b) dalla circostanza che l'evento inveratosi costituisca evoluzione della situazione di rischio inevitabilmente provocata dal soggetto agente;

c) l'evento lesivo corrisponda a quello che la norma comportamentale vietata intendeva evitare (*fin de protección de la norma*)<sup>90</sup>.

---

*promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 71 ss; G. LICCI, *La metafora della causalità giuridica*, Napoli, 2011, 157 ss; K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della conditio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013, 20 ss; G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato*, Torino, 2017, 171 ss.

85 Per un quadro generale vd. A. DE LIA, *Il rapporto di tensione tra intervento penale e medicina*, Pisa, 2020, 30 ss. Sulla "importazione" italiana della teoria vd. G. CARUSO, *Gli equivoci della dogmatica causale. Per una ricostruzione critica del versante obiettivo del reato*, Torino, 2013, 107 ss.

86 G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità ed imputazione obiettiva*, in *Ind. Pen.*, 2006, 945 ss. Nel panorama spagnolo si parla di "doble causalidad". Quella *materiale* (fondata sulla *conditio sine qua non*, sull'impiego delle leggi scientifiche di copertura, il ragionamento ipotetico, ovvero sia di quello che nel *common law* si definisce "but for test"), nonché quella giuridica, «para evitar que el sujeto negligente responda de cualquier consecuencia remota, improbable o indirecta que pudiera derivarse de su conducta» (STS, Sala Civil, 15 marzo 2021, n. 141/2021).

87 Ad esempio, A. TORÍO LÓPEZ, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, in *ADPCP*, 1986, 33 ss; J. BUSTOS RAMÍREZ, *Imputación objetiva. Cuestiones metodológicas y sistemáticas*, in *Est. Pen. Crim.*, 1989, 105 ss. Vd., più di recente, E. GIMBERNAT ORDEIG, *In difesa della teoria dell'imputazione oggettiva contro i suoi detrattori e - anche - contro alcuni dei suoi sostenitori*, 9 settembre 2021, in [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it). Nella manualistica vd. D.M. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Valencia, 2016, 199 ss. Secondo tale Autore: «la teoria corretta è quella condizionalistica, oggi di gran lunga maggioritaria, sulla quale si è inserita quella dell'imputazione oggettiva come categoria normativa addizionale. Le critiche alla teoria della *conditio sine qua non* in termini di una eccessiva estensione della responsabilità erano in parte comprensibili quando non si impiegava la teoria dell'imputazione oggettiva». Ancora, nella manualistica, per l'adesione a tale impostazione teorica, vd. M.I. RAMOS TAPIA, *La tipicidad*, in M.R. Moreno-Torres Herrera (diretto da), *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Valencia, 2019, 101 ss. Per ulteriori richiami bibliografici ad opere precedenti della dottrina spagnola, vd. M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, *passim*. *Contra*, però, vd., ad esempio, C.M. LANDECHO VELASCO - C. MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal español. Parte general*, Madrid, 2020, 253 ss, per i quali occorrerebbe applicare il modello condizionalistico puro, con limitazioni ricavabili dall'elemento soggettivo.

88 E. NUÑEZ CASTAÑO, *Elementos del tipo objetivo*, in M.C. Gómez Rivero (diretto da), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte general*, Madrid, 2019, 191 ss.

89 A. JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, 1990.

90 J.M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1984, 186; G. QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1986, 88 ss; S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 2008, 250 ss. A livello monografico, vd. M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992; B. FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado*, Barcelona, 2001. In giurisprudenza, tra le tante, vd. STS, Sez. I, 23 luglio 2012, n. 662/2012.

Ciò, in riferimento all'illecito omissivo, come pure risaputo, si traduce nella violazione dell'obbligo di azzeramento, ovvero di minimizzazione del rischio, dal quale sia derivato, per l'effetto dell'inadempimento di un'obbligazione di garanzia che impone il *facere*, come conseguenza, l'evento lesivo medesimo<sup>91</sup>.

Si tratta di un'impostazione teorica accolta, come si è già accennato, anche dalla giurisprudenza spagnola; così, ad esempio, il *Tribunal Supremo*, con un'ampia motivazione (che vale la pena di riportare in alcuni suoi passaggi nodali) ha statuito che: «nei reati di risultato, per risolvere i problemi del cosiddetto rapporto causale, si ricorre al concetto di imputazione oggettiva, intendendosi che tale relazione sussiste ogniqualvolta la condotta attiva o omissiva dell'imputato possa essere considerata come una condizione senza la quale il risultato non si sarebbe verificato, secondo la dottrina tradizionale dell'equivalenza delle condizioni o *condicio sine qua non*, rapporto che si instaura secondo criteri naturali previsti dalle regole della scienza o dell'esperienza, stabilendo successivamente, mediante un giudizio di valore, le necessarie restrizioni, ricorrendo alla cosiddetta imputazione oggettiva, che sussiste quando il soggetto, la cui responsabilità viene esaminata, con il suo comportamento provoca un rischio inammissibile, o accresce illecitamente un rischio consentito. Ed è proprio nell'ambito di tale rischio che si verifica il risultato, che si manifesta come una conseguenza normale del rischio, secondo un giudizio di prevedibilità o di probabilità. Ovverosia tale *specifico* risultato corrisponde a quella *specifica* azione o omissione senza che sia possibile attribuirlo ad altra diversa causa, imprevedibile o estranea al comportamento dell'imputato. Quando si verificano percorsi causali complessi, cioè quando la condotta dell'imputato e un'altra o più cause imputabili a persona diversa o un fattore esterno concorrono nella produzione di un risultato tipico, si è soliti stimare che, se quest'ultima causa esistesse prima della condotta dell'imputato, come una certa malattia della vittima, ciò non interferisce con la possibilità di imputazione oggettiva, e, se successiva, essa può impedire tale imputazione quando si tratti di un qualcosa di totalmente anomalo, imprevedibile ed estraneo alla comportamento dell'imputato, ma non in quei casi in cui l'evento successivo rientri nella stessa sfera del rischio creato o accresciuto dall'imputato stesso con il suo comportamento»<sup>92</sup>.

Con un recente arresto, la suprema Corte spagnola ha anche precisato che: «come è noto, le accuse penali per imprudenza si basano sul mancato rispetto degli obblighi di diligenza, che determinano un rischio disapprovato e rilevante, che genera il risultato, il quale rappresenta una conseguenza prevedibile. La rilevanza giuridico-penale di ogni azione o omissione umana si basa sulla nozione di violazione del dovere»<sup>93</sup>.

Già da tali richiami emerge, dunque, come nei ragionamenti delle Corti i profili che attengono, più propriamente, all'elemento oggettivo, si intersechino con quelli relativi all'elemento psicologico e, in particolare, alla prevedibilità; il tutto in contesto in cui il legislatore spagnolo ha rinunciato a definire in termini generali il nesso causale e il concorso di cause (non essendo previste nel codice norme assimilabili agli artt. 40 e 41 c.p., ad

91 J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. Parte general*, Barcelona, 1996, 199 ss. Sul punto vd., in giurisprudenza, STS, Sez. I, 2 luglio 2009, n. 716/2009: «la colpa dell'omissione si materializza quando la condotta è imputabile a negligenza, cioè quando non venga impiegata la dovuta diligenza, in una condizione in cui il reo non era a conoscenza della situazione di fatto che ha fatto sorgere il dovere di agire, ovvero quando la parte obbligata a compiere l'azione non raggiunge lo scopo (ovverosia quello di impedire che si verificano eventi) a causa del modo imprudente o inadeguato con cui viene esercitata l'azione con la quale si tenta di adempiere al dovere garanzia, che può attenersi anche alla prevenzione di condotte illecite altrui».

92 STS, Sez. II, 7 marzo 2006, n. 266/2006.

93 STS, Sez. I, 22 maggio 2023, n. 2485/2023.

eccezione di quanto dispone l'art. 11 sulla causalità nell'omissione<sup>94</sup> e dell'art. 114, sul concorso della vittima nella produzione del danno, nella prospettiva del risarcimento dei danni<sup>95</sup>). Sulla scorta della disamina della casistica, si può osservare, altresì, come la giurisprudenza, ai fini della ricostruzione del nesso eziologico, nell'impiegare il modello condizionalistico, talora operi esponendo la necessità di un ancoraggio del procedimento euristico-esplicativo alle leggi scientifiche di copertura<sup>96</sup> (esigendo ai fini dell'affermazione della responsabilità, anche nelle condotte di tipo omissivo, che «*pueda formularse un juicio de certeza, o de probabilidad rayana en la misma*» della relazione causale con l'evento tipizzato)<sup>97</sup>, talaltre ritenendo sufficiente il ricorso al c.d. "sapere esperienziale"<sup>98</sup>, secondo una linea (assai discutibile) tracciata in Italia dalla sentenza "Franzese"<sup>99</sup>. Solo in secondo momento, ai fini dell'imputatio, dunque, come si è già rammentato, si procede alle valutazioni attinenti alla teoria in disamina e all'elemento soggettivo<sup>100</sup>. Tuttavia, come paventato da alcuni "detrattori" della *Risikotheorie*, talora, l'accertamento della produzione (o dell'omissione rispetto ad una situazione di) rischio, correlata alla *Garantenstellung*, può condurre nella prassi a soluzioni di dubbia correttezza, eclissando l'analisi del nesso di condizionamento, da condursi attraverso il ragionamento controfattuale ed il canone della responsabilità oltre ogni ragionevole dubbio, provocando una surrettizia trasformazione di reati di evento in reati di pericolo, come si è verificato nel caso *Madrid Arena*.

La vicenda giudiziaria prese le mosse dai fatti occorsi nel noto impianto della capitale spagnola nella notte tra il 31 ottobre ed il 1 novembre dell'anno 2012, allorquando circa 16.000 giovani si riunirono per partecipare ad un evento organizzato per la festa di *Halloween*. Nelle prime ore del mattino, si generò un problema relativo ai flussi degli spettatori in entrata e in uscita dall'impianto, dovuto al suo sovraffollamento (l'Arena avrebbe potuto contenere soltanto 10.000 ospiti), nonché alla circostanza che gli organizzatori avevano serrato cinque delle otto uscite disponibili, con la conseguenza che molti giovani, per via della confusione e del panico ingeneratosi, caddero gli uni sugli altri. Il bilancio fu, allora, di decine di feriti, oltre che di cinque morti.

---

94 Tale disposizione così recita: «I delitti che consistono nella produzione di un risultato si intenderanno commessi per omissione solo quando l'omesso impedimento, violando uno speciale dovere legale dell'autore, equivale, ai sensi di legge, alla sua causazione. A tal fine l'omissione sarà equiparata all'azione: a) quando esiste uno specifico obbligo legale o contrattuale di agire; b) quando colui che ha omesso di agire abbia creato un'opportunità di rischio per il bene giuridicamente protetto attraverso una precedente azione o omissione».

95 Tale articolo stabilisce, in particolare, che «se la vittima ha contribuito con la sua condotta alla produzione del danno, i giudici o i tribunali possono ridurre l'importo della sua riparazione o risarcimento». In tema vd. N. RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, *La concurrencia de la conducta de la víctima en la producción del resultado. Análisis del artículo 114 del Código Penal*, 23 aprile 2020, in [www.diariolaley.laleynext.es](http://www.diariolaley.laleynext.es).

96 Vd., tra le tante, STS, Sez. II, 28 marzo 2003, n. 448/2003: «la prima cosa da verificare, prima di imputare un certo risultato ad una condotta, è se sia idonea, in forza di una legge naturale scientifica, a produrlo. Si tratta, naturalmente, di una questione la cui soluzione, come ogni altra questione di fatto, è al giudice, il quale però non può pronunciarsi in merito se non sulla base di un accertamento peritale garantito da conoscenze specialistiche». Su questo tema vd. J. HERNÁNDEZ GARCÍA, *Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?*, in *Jue. Dem.* 2005, 73 ss.

97 Vd., ad esempio, STS, Sez. I, 28 giugno 2017, n. 482/2017.

98 Su questo concetto e sul valore euristico delle massime d'esperienza vd., nella letteratura di lingua spagnola, R.B. CALFURRAPA, *Las máximas de la experiencia y su reconstrucción conceptual y argumentativa en sede jurisdiccional*, in *Ius et Praxis*, 2021, 2, 1 ss. In giurisprudenza vd. STS, Sez. I, 26 novembre 2020, n. 636/2020.

99 Cass., Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 30328. Su questa criticità vd. A. MANNA, *La responsabilità professionale in ambito sanitario: profili di diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2007, 591 ss; ID., *I rapporti tra sapere scientifico e sapere giudiziario*, in *Cass. Pen.*, 2009, 3633 ss.

100 Su questo argomento, nella letteratura di lingua spagnola, vd. A.M. SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Bogotà, 1996, *passim*.

Successivamente, vennero tratti a giudizio alcuni degli organizzatori dell'evento, oltre che il medico incaricato di svolgere e dirigere il servizio medico la notte dei fatti. Per quel che più interessa in questa sede, si può osservare che tale ultimo soggetto, in particolare, nelle fasi di merito del processo era stato assolto dall'accusa di omicidio colposo, mossa in ragione della circostanza che il professionista avrebbe eseguito tardivamente la rianimazione di una giovane donna che aveva subito lesioni da schiacciamento e che poi era deceduta. Ciò in quanto non sarebbe stato comprovato che il comportamento alternativo lecito, ovverosia la pronta esecuzione delle manovre di rianimazione, avrebbe evitato la morte con probabilità confinanti con certezza.

Tale statuizione, tuttavia, è stata ribaltata dalla suprema Corte che, partendo dalla circostanza che fosse stata acclarata la negligenza del medico, ha ritenuto sussistenti tutti gli elementi costitutivi del delitto di omicidio colposo. Si ritiene, allora, utile riportare qui di seguito il passo fondamentale della pronuncia: «non si tratta del fatto che non sia stato dimostrato cosa sarebbe successo se avesse agito correttamente; ciò che avrebbe avuto importanza sarebbe stata la dimostrazione, al di là di ogni dubbio, ragionevole dubbio che, anche se l'imputato avesse fatto tutto ciò che era in suo potere, la giovane sarebbe comunque deceduta. Solo allora avrebbe potuto essere esonerato dalle sue responsabilità. Tuttavia, chi non agisce, e può farlo, come in questo caso, praticando e mettendo in atto il comportamento necessario, aumenta il rischio prevedibile a tal punto da provocare l'evento, anche se non si sa con certezza cosa sarebbe accaduto altrimenti»<sup>101</sup>.

Il pronunciamento ha formato oggetto di serrate critiche nel contesto del *voto particular* di uno dei Giudici del collegio giudicante, che ha rimarcato come la Corte abbia accolto «una accezione estrema della teoria dell'imputazione oggettiva nella declinazione dell'aumento del rischio». Difatti, «ad ammettere la tesi sposata dalla maggioranza del Collegio si convertirebbe, di fatto, un delitto d'evento in un reato di pericolo, valicando i limiti del tipo legale, con una interpretazione distorsiva che persegue un fine di politica criminale, entrando in conflitto con le esigenze che impongono il rispetto del principio di legalità in materia penale. La sentenza si fonda su una interpretazione che soddisfa in modo più efficace l'esigenza di tutela del bene giuridico protetto dalla norma... tuttavia, questo argomento non può essere condiviso perché senza l'evento non può concretizzarsi il reato colposo. La pronuncia non mette in relazione il grado di rischio illecito non gestito dall'accusato con le possibilità reali di evitare l'evento. In altri termini, omette qualsivoglia giudizio di fatto e normativo sulla relazione tra rischio ed evento nel caso concreto, al riguardo della condotta tenuta dal medico accusato... violando gravemente il principio *in dubio pro reo*».

Per quanto riguarda il concorso di cause (che nel nostro ordinamento è oggetto di una disciplina criptica nell'art. 41 c.p.), si deve notare che - in difetto di alcuna previsione codicistica - in dottrina si è parlato, con locuzione assai efficace, di *cursos causales irregulares*; ciò per identificare, in linea generale, l'intervento di fattori eziologici, successivi alla violazione della norma cautelare e alla provocazione di una situazione di rischio, rappresentati, oltre che da fatti della natura totalmente anomali e casuali (ipotesi che, per il vero, è destinata a rappresentare una rarità, atteso che *natura non facit saltus*), tanto dalla condotta di un terzo (dolosa o colposa), quanto da comportamenti attribuibili alla medesima vittima<sup>102</sup>.

In proposito, allora, si può notare che la dottrina spagnola abbia "importato" una serie di criteri elaborati dalla scienza penalistica tedesca, che, ad esempio, si sostanziano:

<sup>101</sup> STS, Sez. II, 11 dicembre 2017, n. 805/2017.

<sup>102</sup> E. GIMBERNAT ORDEIG, *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*, in *ADPCP*, LXIII, 2010, 16 ss.

a) nel riconoscere portata assorbente alla condotta dolosa riferibile a soggetti diversi da quello che abbia innescato la catena causale, negando, generalmente, siffatta soluzione per le ipotesi di intervento di condotte di natura colposa;

b) nel qualificare come trapassante il fattore causale sopravvenuto provocato da una condotta colposa connotata da *imprudencia grave*, negando siffatto approdo in altri casi;

c) nella teoria del c.d. "*peligro prototipo*", in base alla quale il soggetto che abbia attivato la situazione di rischio potrebbe rispondere dell'evento finale, provocato da un fattore prossimo sopravvenuto, soltanto laddove il pericolo iniziale involgesse l'identico bene giuridico risultato poi effettivamente offeso.

Così, in ordine all'errore medico, sopravveniente alla situazione di rischio già attivato, una parte della dottrina ha rilevato come la dominabilità della situazione di pericolo da parte del garante e la grave violazione delle *leges artis* connoterebbero un fattore causale idoneo ad interrompere il nesso causale e a concludere che l'evento lesivo "finale" non sia opera del soggetto che abbia innescato originariamente il *riesgo*<sup>103</sup>.

La giurisprudenza spagnola, dal canto suo, di massima ritiene che le cause preesistenti/coesistenti non possano ritenersi idonee ad elidere la responsabilità del soggetto che realizzi una condotta illecita "sopravvenuta", che si innesti sul fascio della situazione di rischio<sup>104</sup>.

Ad esempio, il *Tribunal Supremo*, affrontando il ricorso di un soggetto che era stato accusato di lesioni colpose per aver cagionato, nel corso di un alterco, con uno schiaffo al proprio avversario la perdita della vista, il quale aveva eccepito la portata escludente di una precedente lesione oculare subita dalla vittima, ha rilevato: «nel contesto della teoria dell'imputazione oggettiva, e della sua proiezione in termini di concretizzazione del rischio, sono stati elaborati criteri complementari per la presenza di rischi concorrenti nella produzione dell'evento. In questo ambito, si dubita che un fatto preesistente, come l'infermità della vittima, possa influire sul decorso causale, essendo approdo consolidato il negare la rottura della catena causale tra azione ed evento nel caso di concause. Nell'ipotesi di azioni che interessano persone con alcuni *deficit*, questo fatto non esclude il nesso causale. La giurisprudenza della Corte è nel senso che attraverso l'applicazione della teoria dell'equivalenza delle condizioni, in linea di principio, si deve escludere l'interruzione del nesso causale tutte le volte in cui le condizioni siano co-produttive dell'evento. Sicché, secondo la teoria della *conditio sine qua non*, seppur limitandone la portata alle ipotesi in cui l'evento costituisca una concretizzazione della situazione di rischio prodotta dal reo, si può escludere la relazione causale quanto siano intervenute delle cause interferenti a carattere anomalo, in tal modo che l'evento non risulti la concretizzazione del pericolo generato dalla condotta tenuta dal soggetto agente»<sup>105</sup>.

Talché, generalmente, si attribuisce valore sorpassante soltanto al fattore causale straordinario e sopravveniente, determinato dalla condotta *dolosa* del terzo, o della vittima

103 Vd. in tal senso E. GIMBERNAT ORDEIG, *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*, op. cit., 83: «si el herido fallece por imprudencias tan escandalosas y que apenas acontecen en la praxis médica como la de transfundir sangre de un grupo distinto al suyo o como la de emplear en una intervención quirúrgica un bisturí no desinfectado que provoca una septicemia generalizada, es decir: como consecuencia de raras imprudencias médicas que, además, no tienen nada que ver con la gravedad de las heridas y que lo mismo podrían haberse producido en el tratamiento de heridas no letales y que igualmente habrían conducido a la muerte de personas no-gravemente lesionadas, entonces del resultado muerte no debe responder el causante originario, por mucho que las lesiones primeramente causadas hubieran puesto en peligro la vida de la víctima».

104 J.G. GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, Madrid, 2006, 203 ss.

105 STS, Sez. I, 14 dicembre 2011, n. 614/2011.

stessa; tanto è vero che (analogamente a quanto accade in Italia)<sup>106</sup> per il *Tribunal Supremo* l'errore commesso dai medici nel contesto di trattamenti diagnostici o terapeutici salvifici, intervenuti a seguito della creazione di una situazione di rischio da parte del reo - non viene ritenuto idoneo a spezzare la catena causale<sup>107</sup>.

Ad analoga soluzione si è giunti, ad esempio, nell'ipotesi di decesso della vittima, colpita con un'arma da taglio con finalità omicida dal proprio avversario, intervenuta anche per via del ritardo nei soccorsi, imputabile al personale dell'autoambulanza<sup>108</sup>, mentre con una recente risoluzione il *Tribunal Supremo* ha rilevato come l'errore medico nell'esecuzione di un intervento terapeutico sarebbe tale da interrompere il nesso causale e spezzare la catena di rischio solo laddove la condotta dei sanitari abbia innescato un rischio totalmente nuovo e diverso rispetto a quello attivato originariamente<sup>109</sup>. Il tutto, dunque, ponendo in luce come alcune declinazioni della teoria dell'imputazione oggettiva, fondate sull'idea del *Regressverbot* e sulla questione della "dominabilità" della situazione di rischio<sup>110</sup> non abbiano fatto breccia nella giurisprudenza.

Quanto ai fattori causali confluenti nel contesto dell'attività medica d'*équipe*, peraltro, non si è mancato di rilevare come la teoria dell'imputazione oggettiva, nella proiezione del *principio de confianza*, *id est* attraverso il ricorso all'elemento soggettivo (in termini di *previsibilidad*), abbia mostrato, nella prassi giudiziaria, un'efficacia limitativa della responsabilità pressoché trascurabile<sup>111</sup>.

Sulla responsabilità collettiva a carattere colposo si tornerà da qui a breve; per il momento valga, però, osservare che, sebbene il tema sia ancor oggi oggetto di numerosi e approfonditi studi della dottrina, analizzando i repertori (così come le citazioni giurisprudenziali operate dagli studiosi della materia) ci si può avvedere che la casistica, soprattutto quella degli ultimi anni e con particolare riferimento ai pronunciamenti del *Tribunal Supremo*, è oltremodo scarsa. Il che, verosimilmente, deve essere ricondotto a due principali fattori, ovverosia l'inesistenza di una disposizione *ad hoc*, quale l'art. 113 c.p. nostrano (che, perlomeno per quanto stabilito dalle Sezioni Unite "Thyssenkrupp" rivestirebbe una funzione incriminatrice autonoma)<sup>112</sup>, nonché - per quanto meglio si osserverà nel prosieguo - dall'esclusione della

106 Cfr. Cass., Sez. IV, 5 maggio 2015, n. 33329; Cass., Sez. IV, 10 marzo 2016, n. 15493.

107 Su questo tema vd. C.B. BARDON, *Interrupción de la imputación objetiva por intervención posterior de terceros. A propósito de la STS de 19 de mayo de 1994*, in *Comm. Jur. Trib. Supr.*, 1994, 375 ss.

108 STS, Sez. II, 18 settembre 2003, n. 1210/2003.

109 STS, Sez. II, 22 aprile 2005, n. 511/2005.

110 In argomento vd. M. CORCOY BIDASOLO, *Eficacia de la imputación objetiva. Su aplicación a la solución de casos tradiciolanes y actuales*, in *Themis*, 2015, 32 ss.

111 Su questi argomenti vd. M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989; C. VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*, Pamplona, 2003; J. DE VICENTE REMESAL - V. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *El médico ante el derecho penal: consideraciones sobre la imprudencia profesional, inhabilitación profesional y el trabajo en equipo*, in F. Pérez Álvarez (a cura di), *En Universitas vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca, 2007, 170 ss; J.M. PELÁEZ MEJÍA, *Configuración del "principio de confianza" como criterio negativo, de tipicidad objetiva*, in *Rev. Prol. Der. Val.*, 2016, 15-35; L.C. MONBLANC, *Trabajo en equipo y principio de confianza en el debate de la responsabilidad penal por mala praxis médica*, in *LEX*, 2021, 195 ss. Su questo tema, nel contesto nostrano, vd., oltre all'ampia panoramica tracciata da E. MEZZETTI, *Autore del reato e divieto di "regresso" nella società del rischio*, Napoli, 2021, per l'oggetto della presente trattazione, L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, 2013.

112 Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343: «della cooperazione colposa disciplinata dall'art. 113 c.p. si è occupata ripetutamente la giurisprudenza di legittimità, esprimendo da ultimo valutazioni di fondo, che hanno parzialmente innovato rispetto alla tradizione e che vanno riproposte ed ulteriormente approfondite. Per quel che qui maggiormente interessa, occorre chiarire quale sia la reale portata della norma in questione nell'ambito delle

rilevanza penale di forme di colpa lieve per fatti di omicidio e lesioni (su cui *infra*) che, con ogni probabilità, conduce, attraverso una gradazione delle colpe all'interno delle vicende cooperative e l'approccio atomistico alla *mala praxis* in campo sanitario, all'esclusione della responsabilità per condotte connotate da minor disvalore<sup>113</sup>.

#### 4. *Segue. L'imputazione obiettiva e l'autoesposizione a pericolo da parte del paziente.*

Una delle più note declinazioni della teoria dell'imputazione oggettiva, come si è accennato, è rappresentata dall'esclusione della responsabilità, a determinate condizioni, nel caso in cui all'attivazione di una situazione di rischio non consentito segua l'autoesposizione a pericolo (volontaria o imprudente) da parte della vittima, allorquando, cioè, l'evento

---

fattispecie d'evento a forma libera come quella di cui dall'art. 589 c.p. In proposito in dottrina vengono sostenute, con diverse sfumature, due tesi di fondo. Secondo l'una l'art. 113 c.p., eserciterebbe una mera funzione di modulazione di disciplina, nell'ambito di situazioni nelle quali già si configura la responsabilità colpevole sulla base dei principi generali in tema di imputazione oggettiva e soggettiva: orientamento determinato, al fondo, dal timore che applicazioni disinvoltamente estensive possano vulnerare il principio di colpevolezza. L'altra tesi, invece, reputa che la disciplina della cooperazione colposa eserciti una funzione estensiva dell'incriminazione rispetto all'ambito segnato dal concorso di cause colpose indipendenti, coinvolgendo anche condotte atipiche, agevolatrici, incomplete, di semplice partecipazione, che per assumere concludente significato hanno bisogno di coniugarsi con altre condotte. Tale ultimo indirizzo è implicitamente accolto nella giurisprudenza di legittimità. Esso è senz'altro aderente alle finalità perseguite dal codificatore che, introducendo la disciplina di cui si discute, volle troncane le dispute esistenti in quell'epoca, esplicitando la possibilità di configurare fattispecie di concorso anche nell'ambito dei reati colposi. Tale indirizzo interpretativo trova pure sicuro conforto nella disciplina di cui all'art. 113 c.p., comma 2 e art. 114 c.p., che prevedono, nell'ambito delle fattispecie di cooperazione, l'aggravamento della pena per il soggetto che abbia assunto un ruolo preponderante e, simmetricamente, la diminuzione della pena per l'agente che abbia apportato un contributo di minima importanza. Tale ultima contingenza, evocando appunto condotte di modesta significatività, sembra attagliarsi perfettamente al caso di condotte prive di autonomia sul piano della tipicità colposa e quindi non autosufficienti ai fini della fondazione della responsabilità colpevole.

113 Come risaputo, tradizionalmente, il sistema penale spagnolo fonda l'istituto del concorso sulle figure di autore e complice (sul nuovo codice, nella sterminata letteratura, vd. J. CEREZO MIR, *Autoría y participación en el nuevo Código penal español*, in *Nuevo Foro Penal*, 64, 90 ss). In particolare, si rammenta che l'art. 28 definisce come "autores" coloro che realizzano il fatto di reato, individualmente o unitamente ad altri soggetti, coloro che si avvalgano a tal fine di altro soggetto (c.d. "autore mediato"), gli istigatori nonché i concorrenti necessari. Di contro, il successivo art. 29 menziona i "cómplices", ovverosia i soggetti che, non realizzando le condotte descritte all'articolo 28, "cooperano all'esecuzione del fatto con atti antecedenti o simultanei". Sotto il profilo del "concorso" colposo, dunque, il dibattito nel sistema spagnolo è oltremodo complesso, per via della carenza di una norma *ad hoc* (vd. M. PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, Madrid, 1999; I.F. BENÍTEZ ORTÚZAR, *La participación en el delito imprudente en el código penal español de 1995*, Madrid, 2007). In ogni caso, la dottrina maggioritaria, posta la necessità (ma non la sufficienza) di un nesso causale tra condotta colposa ed evento lesivo tipizzato, tende a risolvere il problema dell'imputazione nelle ipotesi di *imprudencia* riferibile ad una pluralità di soggetti mediante i parametri dell'imputazione oggettiva e, soprattutto, attraverso i criteri dello scopo di protezione della norma, delle sfere di competenza e del dominio del fatto (su questi temi, per una davvero ampia bibliografia, vd. R. ROBLES PLANAS, *Participación en el delito e imprudencia*, in *Rev. Der. Pen. Crim.*, 2002, 223 ss). Si è posto, peraltro, tra gli studiosi della materia il problema della trasferibilità delle categorie concorsuali di autoria e partecipazione nel contesto degli illeciti colposi. Quanto ai reati causalmente orientati, coloro che (vd., ad esempio, R. ROSO CAÑADILLAS, *Los criterios de autoría en el delito imprudente*, in *Der. Pen. Crim.*, 2004, 227 ss, spec. 244. Si tratta, però, dell'impostazione largamente maggioritaria) sostengono tale tesi (aderendo, dunque, ad una concezione "restrittiva". Sul punto vd. H.D. OROZCO LÓPEZ, *Participación imprudente: un breve esbozo de la problemática*, in *Rev. Inv.*, 2009, 87 ss) giungono, dunque, a ritenere che "autore" sia il soggetto che pone in essere la porzione maggiore del rischio (si parla di "azione centrale" o "nucleare") poi sfociato nell'evento lesivo. Su tale linea, allora, si ritengono configurabili ipotesi di *autoria directa unipersonal imprudente*, *autoria*

tipizzato dalla norma incriminatrice non sia estraneo al comportamento realizzato dalla persona offesa, che si rivela causa “prossima”<sup>114</sup>.

Si tratta, per sintetizzare, di ipotesi in cui viene chiamato in campo il c.d. “principio di autoreponsabilità”, in base al quale ciascun individuo sarebbe tenuto a preservare un bene giuridico di cui egli stesso è titolare e che, in realtà, è richiamato dagli studiosi della materia, più in generale, per definire quelle situazioni in cui l’evento, per l’effetto del comportamento tenuto dal titolare del bene giuridico offeso medesimo, “fuoriesce” dalla “sfera di competenza” del soggetto gravato dalla *Garantenstellung*<sup>115</sup>.

Tale questione è stata abbondantemente indagata dalla dottrina tedesca e da quella nostrana<sup>116</sup>, con approcci che conducono all’esenzione della responsabilità o sotto il profilo del difetto di tipicità ovvero della carenza di anti giuridicità<sup>117</sup>.

---

*mediata colposa, coautoria imprudente* (che ha, come presupposto, in ogni caso, un previo accordo) e *coautoria accesoria* (che la giurisprudenza spagnola definisce come “concorso di colpe”, che si manifesta allorché il fatto si concretizza per l’effetto di azioni colpose indipendenti riferibili a diversi soggetti). Tali considerazioni si legano, poi, all’affermazione per la quale, in difetto di norme specifiche, le forme di partecipazione (e, in particolare, l’istigazione) non sarebbero configurabili nel contesto colposo, con ogni consequenziale effetto in termini di impunità (così anche D.M. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, op. cit., 289. Analogamente M. DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, *La autoría en derecho penal*, Barcelona, 1991). La linea sopra descritta è in grado di determinare, dunque, un’ampia riduzione del raggio d’azione del diritto penale, sulla quale si possono confrontare valutazioni di senso difforme da parte degli interpreti, in un’ottica di politica criminale. Quel che, però, sembra destare dubbi difficilmente superabili è la necessità di individuare, sostanzialmente, una condotta colposa “principale” (in termini di disvalore e di produzione del rischio) rispetto ad altra “accessoria”. Si è, peraltro, al cospetto di criteri che possono rivelarsi materiale assai plastico nelle mani dell’interprete. Si pensi, ora, all’ipotesi dell’infermiere che, in sala operatoria, ometta di prelevare uno strumento chirurgico già impiegato in un intervento, palesemente macchiato di sangue, peraltro infetto, e del chirurgo che, pur potendosi avvedere di tale dimenticanza (anche per via dell’assenza dell’involucro protettivo, indicativo della sterilizzazione) impieghi l’arnese nel corso di una successiva operazione, infettando il malcapitato paziente. In un caso simile: quale la fonte di rischio “principale” che determinerebbe l’autoria e, dunque, la responsabilità (in un contesto in cui una distinzione in termini di grado della colpa appare del tutto arbitraria)? Sembra ormai chiaro, dunque, che la scarsa frequenza degli addebiti colposi nel contesto cooperativo, emergente dall’esame della casistica giurisprudenziale, derivi da una serie di fattori convergenti, tra cui vi è da segnalare, per l’appunto, anche l’approccio dottrinale al tema.

114 Tra i tanti lavori sul tema si può citare H.J. RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre*, in *JuS*, 1969, 549 ss; C. ROXIN, *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, in AA.VV., *Festschrift Gallas*, Berlin - New York, 1973, 241 ss. Per un quadro comparatistico ed altri riferimenti bibliografici vd. M. HELFER, *L’autoreponsabilità della vittima: quali spazi applicativi in materia di attività sportiva ad alto rischio?*, 9 aprile 2020, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it); ID., *Paternalismo e diritto penale. Riflessioni sull’autoreponsabilità quale possibile criterio di limitazione della responsabilità penale*, 9 dicembre 2020, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu).

115 M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, *passim*; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 476 ss; M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall’oblio al protagonismo?*, Torino, 2015, 221 ss. Nella dottrina di lingua spagnola vd. M. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima en actividades arriesgadas*, Barcelona, 2001; M. MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Cizur Menor, 2009.

116 Vd. tra i tanti A. CASTALDO, *L’imputazione oggettiva nel delitto colposo d’evento*, Napoli, 1989, 201 ss; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 322 ss; C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, Napoli, 2011, 289 ss; E. MEZZETTI, *Autore del reato e divieto di “regresso” nella società del rischio*, op. cit., 210 ss.

117 Vd. O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, *passim*; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell’avente diritto*, Bologna, 2008; G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato*, op. cit., *passim*.

Sulla scorta dell'elaborazione tedesca, dunque, alcuni studiosi spagnoli che (in un contesto che, comunque, ha fatto registrare negli ultimi decenni una progressiva sensibilizzazione rispetto al ruolo della vittima nel contesto dell'illecito penale)<sup>118</sup> hanno affrontato tale complessa questione ritengono che, in base alla *objektive Zurechnungslehre*, potrebbe riconoscersi efficacia trapassante a esposizioni a pericolo, da parte della vittima, volontarie o, comunque, connotate da una imprudenza particolarmente grave, poiché, sostanzialmente, si tratterebbe di fattori idonei a determinare uno stravolgimento della situazione di rischio attivata da altri<sup>119</sup>.

Volgendo lo sguardo ai repertori giurisprudenziali, si può riferire, allora, che con la sentenza STS, Sez. II, 4 luglio 2003, n. 866/2003, il *Tribunal Supremo* ha statuito, in linea di principio, che, a seguito dell'attivazione di una situazione di rischio per l'integrità psico-fisica della vittima, *tanto* il successivo errore nella gestione del rischio da parte di altro garante *quanto* l'incuria della vittima medesima (*id est*, ipotesi di *concurrència de culpas*)<sup>120</sup> rappresenterebbero delle circostanze non *imprevedibili* da parte del reo, così come esse dovrebbero ritenersi generalmente inidonee a spezzare la catena causale e a superare la situazione di pericolo già attivata.

Con un più recente arresto, la Corte di cassazione spagnola, inoltre, ha stabilito che «non tutte le relazioni causali tra la condotta e un risultato dannoso sono sufficienti per integrare il tipo penale. Una connessione causale con il danno, pur essendo un requisito inderogabile, è di per sé insufficiente ad attribuire la responsabilità per un evento tipico. Il comportamento del soggetto attivo deve presentare altri due collegamenti con le conseguenze dannose: l'azione deve aver creato un pericolo legalmente disapprovato; il risultato di detta azione deve rappresentare la realizzazione del medesimo pericolo (giuridicamente deprecato) creato dall'azione. Quando si tratta di rischi consentiti è assente un requisito necessario, dovendosi escludere la tipicità della condotta. Meritano menzione anche i casi coperti dal principio di affidamento (*principio de confianza*), secondo il quale non interverrà alcun addebito nel caso in cui un soggetto abbia agito confidando che altri avrebbero tenuto un comportamento nei limiti del rischio consentito. In tale novero rientrano le esclusioni motivate da ciò che viene dottrinalmente chiamato il divieto di regresso (*prohibición de regreso*), poiché l'imputazione esige che il rischio sia creato dall'azione del reo, materializzatosi nel risultato. Nel caso in cui la vittima si esponga ad un pericolo che *deriva direttamente dalla propria azione*, il risultato prodotto verrà imputato a tale ultimo soggetto, secondo il principio di "autolesionismo" (*autopuesta en peligro*) o "principio di autoresponsabilità" ("*principio de la propia responsabilidad*")»<sup>121</sup>.

118 Vd. M. BONET ESTEVA, *La víctima del delito*, Madrid, 1999, *passim*.

119 D.L. ALAS ROJAS, *Comportamento de la víctima del delito: la autopuesta en peligro*, in *Der. Cam. Soc.*, 2005, 1 ss; K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della conditio sine qua non e rilevanza dei percorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013, diffusamente.

120 Su cui vd., nella manualistica, J. CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español. Parte general*, II, Madrid, 2009, 412 ss.

121 STS, Sez. I, 19 luglio 2021, n. 630/2021. In senso analogo vd. STS, Sez. I, 21 giugno 2017, n. 2518/2017: «la creazione di un pericolo giuridicamente disapprovato è assente quando si tratta di rischi consentiti, che escludono la tipicità della condotta che li crea, e accanto a questi vi sono i casi di riduzione del rischio, in cui l'autore agisce in modo causale rispetto ad un risultato realmente avvenuto, ma allo stesso tempo evitando la produzione di un risultato più dannoso. Vanno menzionati anche altri casi di rottura dell'imputazione oggettiva, tra cui possono rientrare quelli rientranti nel principio di affidamento, secondo il quale non verranno attribuiti gli eventi a colui che ha agito confidando che gli altri rimangano entro i limiti del pericolo consentito, con le esclusioni motivate da quello che dottrinalmente viene chiamato divieto di regresso». Tuttavia, si vedano i rilievi spesi dalla Corte nella sentenza STS, Sez. II, 9 maggio 2011, n. 353/2011, che ha scrutinato il caso di una donna che, al fine di sfuggire ad un'aggressione sessuale, si era gettata da una finestra, riportando lesioni. In questo

Con altra pronuncia<sup>122</sup>, il *Tribunal Supremo*, peraltro, ha esaminato il caso di un medico che era stato imputato e condannato per lesioni colpose, avendo il professionista, specialista in ortopedia, eseguito un intervento errato, per via della scorretta individuazione del ginocchio che avrebbe dovuto essere operato.

La Corte, più di preciso, dopo aver sviluppato un'ampia disamina della teoria dell'imputazione oggettiva e delle impostazioni che ne costituiscono varie appendici, tra le quali quella della capacità esimente della condotta di autoesposizione a pericolo della vittima, ha osservato come l'errore chirurgico fosse stato determinato (o, meglio, "co-determinato") dall'anamnesi e dalle indicazioni fornite al chirurgo nell'occasione dalla medesima persona offesa. Sicché, è stata confermata la sentenza assolutoria impugnata, essendo stato rilevato che il comportamento di autoesposizione a pericolo da parte della paziente avrebbe influito sulla condotta del professionista, tanto da dover condurre a concludere che questa fosse stata caratterizzata da "colpa lieve", non punibile, per quanto si dirà da qui a breve, nell'ordinamento giuridico spagnolo.

In ogni caso, vi è da notare che l'autoesposizione della vittima a pericolo, nell'ordinamento giuridico in disamina, nella visione delle Corti, costituisce una causa eccezionale di esclusione della responsabilità, quale fattore eziologico sorpassante, anche per via di quanto dispone il citato art. 114 c.p.<sup>123</sup>; difatti, la giurisprudenza spagnola, proprio facendo leva sul tenore letterale di tale disposizione, ha più volte negato che nel settore penale possa essere applicato il principio della *compensación de culpas*, statuendo che «l'ambito di applicazione del suddetto articolo si riferisce a quei casi - dolosi o colposi - in cui il contributo della vittima all'evento, e quindi alla sua stessa vittimizzazione, non è né causalmente né penalmente rilevante, né dovrebbe quindi trovare riscontro nelle pronunce penali, ma tuttavia esso può aver agevolato il reato, ed è in tale situazione che può essere esercitato il potere discrezionale di riduzione dell'entità del risarcimento»<sup>124</sup>.

---

caso, la Cassazione ha ritenuto sussistente il nesso con l'evento rilevando che: a) la situazione di rischio fosse stata provocata dall'imputato; b) il compimento da parte della vittima di condotte autoprotettive non fosse imprevedibile; c) la scelta della vittima, al fine di autotutelarsi, non si sarebbe rilevata incongrua o sproporzionata rispetto alla situazione di rischio per la propria sfera personale; d) l'opzione attuata dalla vittima dell'aggressione, lungi dal potersi qualificare come "volontaria", sarebbe stata univocamente dettata dalla situazione di pericolo ingenerata dal reo. Sulla tendenziale irrilevanza, in termini di causa "trapassante", dell'autoesposizione a pericolo ad opera della vittima nell'ordinamento italiano vd., invece, tra i tanti contributi, O. DI GIOVINE, *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 13 maggio 2019; A. DE LIA, *Omicidio preterintenzionale, interferenza di fattori causali sopravvenuti e prevedibilità dell'evento-morte. Note a margine del "caso Cucchi*, 1 agosto 2022, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it). Per le più recenti pronunce della suprema Corte vd. Cass., Sez. IV, 31 marzo 2016, n. 18787 che ha escluso *in radice* la natura sorpassante della condotta di autoesposizione a pericolo del paziente laddove questi agisca sulla base di una erronea valutazione del quadro clinico compiuta dal medico (trattandosi, evidentemente, di autoesposizione non volontaria e correlata alla situazione di rischio provocata dal professionista). In senso analogo vd. Cass., Sez. IV, 17 febbraio 2022, n. 8464. Si veda anche Cass., Sez. V, 2 luglio 2014, n. 35709, secondo la quale l'autoesposizione della vittima non spezzerebbe il nesso causale con la condotta tenuta da altri che abbiano realizzato una situazione di rischio per la vita o l'integrità psicofisica altrui, in quanto «l'omesso rispetto da parte della vittima delle cure e delle terapie prescritte dai sanitari non elide il nesso di causalità, non integrando detta omissione un fatto imprevedibile od uno sviluppo assolutamente atipico della serie causale».

122 STS, Sez. I, 9 marzo 2023, n. 169/2023.

123 Si tratta, dunque, di un approccio di tipo "paternalistico". Vd., M. CANCIO MELIÁ - M. PÉREZ MANZANO, *Principios del derecho penal*, in J.A. Lascaraín Sánchez (diretto da), *Manual de Introducción al derecho penal*, Madrid, 2019, 77-78.

124 STS, Sez. I, 22 giugno 2022, n. 3153/2022. Per quanto concerne il panorama italiano, circa la natura "residuale" della previsione di cui all'art. 62 n. 5 c.p. (ovverosia come norma applicabile nei casi di carenza di

Sicché, dall'analisi della casistica giurisprudenziale, se ne può dedurre, in conclusione, come: a) l'attivazione di una situazione di rischio riprovato rappresenti, per le Corti, un fattore imputativo "centrale", che può essere superato soltanto in casi del tutto eccezionali, laddove la vittima (nel nostro caso, il paziente) attivi una situazione di pericolo non direttamente correlata a quella iniziale (e di tale abnormità da fuoriuscire dalla proiezione della regola cautelare violata, risultando, altresì, esterna alla "sfera di competenza" del garante ed imprevedibile) che sfoci nell'evento finale tipizzato dalla norma incriminatrice di riferimento; b) l'eventuale co-produzione della situazione di rischio da parte del titolare del bene giuridico offeso può ripercuotersi sul grado della colpa del personale sanitario, determinando l'impunità (fermi gli effetti civili dell'illecito); c) il ruolo della vittima, in termini di co-produzione dell'evento, può essere valutato, in caso di integrazione della responsabilità penale del garante, in termini risarcitori-indennitari.

## 5. La colpa.

Quanto al "contenuto" della colpa, in Spagna - a seguito della crisi della concezione *psicologica* ottocentesca, caratteristica della teoria classica del delitto (fondata sull'elemento volontaristico, che si mostrò in difficoltà in riferimento alle ipotesi di colpa incosciente)<sup>125</sup>, nonché di talune concezioni normative di inizio '900 (talora sbilanciate sul profilo della rimproverabilità della condotta, in termini di mera *infracción del deber de cuidado*)<sup>126</sup>, dell'impaccio della teoria finalistica dell'azione di matrice welzeliana rispetto alla "spiegazione" di tale forma di illecito<sup>127</sup>, ad uno con le aporie del modello condizionalistico puro, nell'ambito delle tesi diffuse fino agli anni '30<sup>128</sup> - una parte degli studiosi (perlomeno a partire dagli anni '60 dello scorso secolo)<sup>129</sup> cominciò ad abbracciare la teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento, di matrice tedesca<sup>130</sup> che, come si è già anticipato, è

---

valore sorpassante della condotta della vittima nel prisma dell'art. 41 c.p.), nella manualistica, vd. A. PAGLIARO, *Il reato*, in Trattato diretto da Id., C.F. Grosso e T. Padovani, I, Milano, 2007, 313; G. DE VERO, *Corso di diritto penale I*, Torino, 2012, 634; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, anche a cura di G.L. Gatta, Milano, 2017, 599 ss. Sul tema del concorso di colpe vd., altresì, D. GUIDI, *In tema di concorso di colpe e principio di responsabilità penale*, in *Studium Iuris*, 2004, 1325 ss.

125 Su questi temi vd. D. SANTAMARIA, voce *Colpevolezza*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 646 ss; più di recente A. FIORELLA, *Lo sviluppo in Italia, nel '900, delle fondamentali categorie del diritto penale alla luce delle influenze della dottrina tedesca*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, 2015, 173 ss. Nella letteratura spagnola vd. J.A. SÁINZ CANTERO, *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en derecho penal*, Granada, 1965, 9.

126 Che ebbero verosimilmente origine dall'opera di R. FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriff*, in *Festschrift der juristischen Fakultät der Universität Gießen zur dritten Jahrhundertfeier der Alma Mater Ludoviciana*, Gießen, 1907, e che si affermò in Spagna soprattutto a partire dagli anni '20. Vd. D.M. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, op. cit., 279. Su questo tema vd. anche T. PADOVANI, *Gli elementi obiettivi di colpevolezza*, 27 aprile 2021, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

127 J.L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente: doctrina general y regulación*, Madrid, 1991, 42 ss; H.J. HIRSCH, *Sulla dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999, 745. Sugli apporti alla dottrina della colpa della teoria finalistica vd. però J. CUELLO CONTRERAS, *Culpabilidad e imprudencia. De la imprudencia como forma de culpabilidad a la imprudencia como tipo de delito*, Madrid, 1990, 161 ss. Sulle criticità della teoria finalistica nella proiezione del diritto penale del fatto e del rispetto del principio di offensività, quale limite all'intervento penale, vd. E. SOLA RECHE, *La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal*, in *An. Der. Pen. Cienc. Pen.*, 1994, 167 ss.

128 Allorquando apparve l'influente opera K. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930, tradotta subito dopo anche in lingua spagnola.

129 In particolare, vd. E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966.

130 S. MIR PUIG, *Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal. En modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y la criminología*, Madrid 2001; L.M. URIARTE VALIENTE, *Estudio jurisprudencial de la imprudencia punible y su clases*, in *Bul. Num.*, 2004, 1209 ss; L. ARROYO ZAPATERO, *El delito imprudente*,

stata accolta dalla giurisprudenza del *Tribunal Supremo*, soprattutto a partire dai primi anni '80<sup>131</sup>. Posta, dunque, l'esigenza di un superamento della logica del *versari in re illicita*<sup>132</sup> - in termini di responsabilità per mera violazione di una regola cautelare e/o di collegamento causale tra condotta, attiva o omissiva, ed evento tipizzato dalla norma incriminatrice - la *objective Zurechnungslehre*, attraverso le proiezioni dell'*erlaubtes Risiko* (rischio consentito), del *pflichtmißsiges Alternativverhalten* (comportamento alternativo lecito) e della *Schutzzwecklehre* (teoria dello scopo di protezione della norma), si propose, allora, di fornire - specie a seguito della larga diffusione degli studi di Claus Roxin degli anni '70<sup>133</sup> - uno strumento limitativo del campo applicativo del diritto penale, anche nel contesto dell'illecito colposo, già al livello della *tipicidad*<sup>134</sup>.

L'idea di fondo di talune di queste (davvero variegata) impostazioni è rappresentata dal fatto che la regola cautelare, oggetto di infrazione, implichi la *previsibilidad* dell'evento lesivo, tanto che si parla di *previsibilidad objetiva*<sup>135</sup>. Ciò nonostante, la gran parte degli autori che hanno abbracciato la sopra richiamata teoria, comunque, ha rimarcato, sebbene attraverso costruzioni assai diversificate, come il rimprovero per *imprudencia* imporrebbe, altresì, la sussistenza in capo al reo della possibilità di prevedere, più a monte, la situazione di rischio, dalla quale deriva l'obbligo dell'adozione di contromisure dettate da fonte scritta o dall'esperienza, nonché la possibilità di adottarle e, dunque, di evitare l'evento (*previsibilidad subjectiva*). Il tutto secondo le linee individuate da quella che, in Italia, è denominata la "misura soggettiva" della colpa<sup>136</sup>.

Diversi autori, in particolare, hanno richiamato espressamente, con riguardo a prevedibilità ed evitabilità, il concetto di "*exigibilidad*"<sup>137</sup>. Così, si è affermato che: «non deve dimenticarsi, d'altra parte, la necessaria concorrenza di un altro elemento qualificante il fatto colposo. L'esigenza di comportarsi secondo un obbligo di diligenza può avere un senso se sussiste la possibilità di una previsione concreta del fatto tipico. Se manca questo elemento, difetta la base minima per muovere un rimprovero all'individuo»<sup>138</sup>.

---

in Id. (a cura di), *Curso de derecho penal. Parte general*, Barcelona, 2016, 319 ss.

131 Vd. STS, Sez. II, 20 maggio 1981, n. 2247/1981.

132 J.A. SÁINZ CANTERO, *El desenvolvimiento histórico-dogmatico del principio de "no exhibición"*, in *An. Der. Pen. Cienc. Pen.*, 1960, 419 ss.

133 Vd. C. ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, in *Festschrift für Honig*, 1970, 133 ss.

134 A. TORÍO LÓPEZ, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, in *An. Der. Pen. Cien. Pen.*, 1986, 33 ss; G. JAKOBS, *La imputación objetiva en el derecho penal*, Buenos Aires, 1997, spec. 49 ss.

135 Locuzione che, per la verità, potrebbe apparire quasi un ossimoro.

136 M. MELENDO PARDOS, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Granada, 2002. Il che spiega come una parte della dottrina nostrana abbia evidenziato come le linee della teoria dell'imputazione oggettiva siano assimilabili a quelle caratteristiche della tradizionale dottrina della colpa. Vd. G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte dell'imputazione oggettiva dell'evento e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1991, 3 ss; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milanofiori - Assago, 2017, 173.

137 Ad esempio, M. COBO DEL ROSAL - T. VIVES ANTON, *Derecho Penal. Parte general*, Valencia, 1996, 617 ss; T. AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*, Granada, 2004. Sulle origini del principio nel contesto della scienza penalistica tedesca vd. A. TORÍO LÓPEZ, *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*, in *An. Der. Pen. Cienc. Crim.*, 1974, 25 ss; M.L. MAQUEDA ABREU, *Exigibilidad y derecho a no declararse culpable*, in *An. Der. Pen. Cienc. Pen.*, 1991, 25 ss. Sul concetto di inesigibilità, nella letteratura italiana, vd. G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 320 ss. Più di recente, con riferimento all'illecito colposo, vd. ANT. NAPPI, *La prevedibilità nel diritto penale*, Napoli, 2020, parte III, cap. III.

138 J. DE VICENTE REMESAL - V. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *El medico ante el derecho penal*, op. cit., 152.

Il tutto anche se, in effetti, occorre notare come il “peso” di tale valutazione appaia nel pensiero di alcuni studiosi del diritto penale spagnolo assai relativo, nel senso che, nell’economia del rimprovero per *imprudencia*, sembra assumere, talvolta, un ruolo prevalente l’accertamento della violazione della regola cautelare<sup>139</sup>. Il che si riflette sugli orientamenti giurisprudenziali, tanto è vero che dall’esame dei repertori emerge come il *Tribunal Supremo* non abbia mai affrontato *ex professo*, perlomeno nel contesto della responsabilità medica per fatti di omicidio o lesioni, il rapporto tra *imprudencia* ed *exigibilidad*<sup>140</sup>.

In ogni caso, tra le (invero poche) sentenze che hanno esaminato il tema, seppur attraverso dei brevi passaggi, si può segnalare (la ormai abbastanza risalente) STS, Sez. II, 26 settembre 1997, n. 895/1997, intervenuta su un caso di responsabilità penale da prodotto, per la quale l’essenza dell’illecito colposo sarebbe rappresentata da: a) la carenza di volontà del reo di provocare l’evento; b) la violazione di una *norma de cuidado*; c) il nesso causale tra condotta ed evento; d) il rapporto di strumentalità tra regola cautelare violata ed evento; e) «la previsione o la possibilità da parte del soggetto agente di prevedere che dalla condotta potesse derivare un danno».

Talora, peraltro, la giurisprudenza distingue un *deber de cuidado en externo y interno*: con il primo termine, in particolare, si intenderebbe indicare l’obbligo di conformazione promanante da una norma comportamentale; con il secondo, invece, la possibilità per il soggetto obbligato di prevedere e, conseguentemente di evitare, la situazione di rischio. Così, con un recente arresto<sup>141</sup>, la Corte di cassazione spagnola ha stabilito che: «*así pues se cumplimentan los elementos del delito imprudente, del que indica la jurisprudencia, aparece estructuralmente configurado, de una parte, por la infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; y, de otra, por la vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo*

139 Nella manualistica, vd. M.I. RAMOS TAPIA, *La tipicidad*, in M.R. Moreno-Torres Herrera (diretto da), *Lecciones de derecho penal. Parte general*, op. cit., 127: «deve puntualizzarsi che, una volta affermata l’imputazione di un risultato lesivo ad una azione, seguendo i criteri dell’imputazione oggettiva, e negata l’esistenza del dolo, generalmente si dovrà affermare l’imprudenza, quindi, se l’autore ha creato un rischio giuridicamente disapprovato dal punto di vista dell’osservatore oggettivo, collocandosi *ex ante* rispetto al fatto nella posizione dell’autore, con tutti i saperi relativi alla situazione concreta e quelli speciali posseduti dall’autore, sarà normale che tale rischio sia stato prevedibile ed evitabile anche da parte dell’autore». Sulla prevalenza della violazione della regola cautelare nell’economia dell’illecito colposo vd. anche C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, op. cit., spec. 377. Per una spiccata valorizzazione del nucleo normativo vd., in precedenza, G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, nonché F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993. Per quanto riguarda, invece, l’importanza del “momento soggettivo” vd. G.V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi urbinati*, 1977/78, 275 ss; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009; S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Torino, 2011, 73 ss; M. DONINI, *L’elemento soggettivo della colpa: garanzia e sistematica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 124 ss. Nella manualistica, per tutti, vd. A. MANNA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2021, 504 ss. Su questi temi vd., inoltre, P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie” nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003; F. CENTONZE, *Per un diritto penale in movimento. Il problema dell’accertamento del coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1626 ss.

140 Sulla penetrazione del concetto di esigibilità nel contesto della scienza penalistica spagnola vd. anche A. PERIN, *Imprudencia penal médica. Definición criteriológica de un modelo de imputación deontico y liberal*, in Id. - C.M.R. Casabona (a cura di), *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal*, Granada, 2020, 117 ss.

141 STS, Sez. I, 30 dicembre 2020, n. 721/2020.

de cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos, o, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de éste le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito que se ha desencadenado»<sup>142</sup>. Nella stragrande maggioranza dei casi, però, prevedibilità ed evitabilità vengono esaminate dalle Corti spagnole soltanto al fine di modulare il grado della colpa, nel senso che «desde una perspectiva subjetiva o interna (relativa al deber subjetivo de cuidado), la gravedad de la imprudencia se dilucidará por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto»<sup>143</sup>, anche se, in effetti, negli ultimi anni si può registrare il timido emergere di tendenze ad una maggiore valorizzazione degli elementi soggettivi del rimprovero colposo<sup>144</sup>.

Così, ad esempio, con la sentenza STS, Sez. II, 22 luglio 2020, n. 421/2020, si è stabilito che: «esistono diversi criteri per l'imputazione del risultato e il più importante sarà la teoria dell'aumento del rischio. Secondo essa è necessario che il risultato costituisca la realizzazione del rischio generato dall'azione e che la condotta del soggetto abbia aumentato la probabilità di produrre il risultato, confrontandolo con il pericolo accettabile nell'ambito del rischio consentito. Per la teoria dello scopo di protezione della norma, non vi sarà imputazione del risultato quando questo non rientri tra quelli che la norma indicata intende impedire. In altri termini, la norma che impone obblighi mira ad evitare determinati risultati e quando il risultato non è uno di essi significa che è fuori dal suo ambito di tutela e, di conseguenza, l'imputazione di tale risultato deve essere negata. Infine, la teoria dell'evitabilità, secondo la quale bisognerà chiedersi cosa sarebbe successo se il soggetto avesse agito conformemente alla norma. Se, nonostante ciò, cioè se anche se il soggetto avesse rispettato la norma il risultato si sarebbe comunque verificato, l'imputazione oggettiva del risultato dovrà essere negata. Nel delitto colposo la responsabilità è costituita dall'ignoranza individualmente evitabile del pericolo specifico. Mancanza di conoscenza che gli è imputabile poiché avrebbe potuto prevedere il risultato, se il suo comportamento fosse stato adeguato all'obbligo di diligenza. Nella colpa senza previsione, in cui il soggetto non prevede quel risultato tipico, il reo aveva il dovere di prevederlo perché in quelle stesse circostanze un soggetto con condizioni personali simili lo avrebbe previsto. È il confine inferiore della colpa, quello che la separa da un evento fortuito». Con una statuizione ancor più recente, la Corte ha poi stabilito: «il tipo obiettivo di commissione mediante omissione richiede la produzione di un risultato tipico, la posizione di garante da parte del soggetto che abbia omissso l'azione dovuta, che l'omissione risulti causale rispetto alla produzione del risultato, la *capacidad del omitente para realizar la acción*, nonché la causalità ipotetica. Dalla circostanza che l'equivalenza è un elemento distinto dal dovere, deriverà che la necessità della sussistenza della possibilità di attuare una determinata condotta da parte del garante rispetto alla fonte di rischio e che l'azione inattuata sia capace di evitare il risultato secondo la causalità ipotetica»<sup>145</sup>.

Quanto allo *standard* di diligenza impiegabile, anche in Spagna, ove si evoca il concetto di *hombre medio ideal* (per certi versi equivalente al tedesco *Maßfigur*, nonché al nostrano *homo eiusdem condicionis et professionis*), la questione dell'individuazione del *deber de cuidado* ha fatto registrare contrasti di vedute ed accesi dibattiti. Sul punto, allora, taluni hanno osservato che si tratterebbe di «un dovere che impone certe obbligazioni di fare o di non fare,

<sup>142</sup> Su questo tema, nella letteratura di lingua spagnola, vd. J.P. MAÑALICH RAFFO, *La imprudencia como estructura de imputación*, in *Rev. Sc. Pen.*, 2015, 13 ss (ma spec. 23).

<sup>143</sup> Vd. STS, Sez. I, 22 giugno 2022, n. 2543/2002.

<sup>144</sup> Vd. anche M.A. RUEDA MARTÍN, *La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa*, in *InDret*, 2009, 4, 1 ss.

<sup>145</sup> STS, Sez. I, 18 giugno 2021, n. 537/2021.

rispetto a criteri relativamente generali, non dipendenti dalla capacità personali concrete; il giudizio in ordine ad un'infrazione dipende principalmente dalla comparazione tra la condotta concretamente realizzata e lo spettro delle condotte dovute o imposte (spettro che può essere più o meno ampio, a seconda dei casi)<sup>146</sup>.

Quella dell'individuazione del parametro di diligenza è una questione di particolare complessità sotto molteplici e concorrenti profili. È ben risaputo, peraltro, che nella "modernità", il legislatore, per contrastare le proliferanti fonti di rischio per beni di alto rango, "codifica" norme comportamentali e, nel contempo, impone ai soggetti che esercitano attività rischiose l'adozione di regole cautelari carate a realtà peculiari (attraverso la c.d. "autonormazione"); tali regole, però, si rivelano, giocoforza, un mero "punto di partenza" nella valutazione dell'illecito colposo, nel senso che esse potrebbero rivelarsi inapplicabili nello specifico contesto di fatto (non solo, o non tanto, per via delle repentine evoluzioni delle scoperte nei settori interessati dalle regole, ma in ragione della cangiante componente dei fattori di rischio e della multifattorialità delle dinamiche causali), con conseguente ininfluenza esimente del loro adempimento<sup>147</sup>.

La dottrina spagnola che si è impegnata nella ricostruzione della responsabilità sanitaria opera, dunque, un costante riferimento alla c.d. "*lex artis*", locuzione che indica il comportamento che il medico, in sede diagnostica e terapeutica, dovrebbe tenere in base al sapere scientifico disponibile, che in non rari casi si fonda su un bilanciamento tra benefici ed effetti lesivi obiettivamente prevedibili a carico della salute del paziente. La giurisprudenza, dal canto suo, però, ha tenuto a precisare, per l'appunto, che il parametro di riferimento sarebbe rappresentato dalla "*lex artis ad hoc*", ovvero dalla regola tecnica applicabile non in astratto, bensì al contesto (non solo patologico) specifico<sup>148</sup>.

Altro problema che, tradizionalmente, solleva il concetto di *hombre medio ideal* è quello dell'eventuale rilevanza delle conoscenze o delle capacità superiori<sup>149</sup> che, a ben considerare, si inserisce pienamente nell'eterna dialettica tra una costruzione dell'illecito colposo oggettivizzato ed una spiccatamente soggettivista. A tal proposito, allora, si può osservare che una parte della dottrina spagnola distingue i *conocimientos* dalle *capacidades superiores*, sostenendo che, in realtà, soltanto i primi (rappresentati da peculiari conoscenze sulle

146 J.M. PAREDES CASTAÑÓN, *El Riesgo permitido en derecho penal*, Madrid, 1995, 302.

147 Su questi temi vd. anche J. FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, Granada, 1997, spec. 471.

148 Vd. STS, Sez. II, 8 giugno 1994, n. 4428/1994: «*la exigencia de responsabilidad al médico presenta varias dificultades porque la ciencia que profesan es inexacta por indefinición, confluyen en ella factores y variables totalmente imprevisibles que provocan serias dudas sobre la causa determinante del daño, y a ello se añade la necesaria libertad del médico que nunca debe caer en audacia o aventura. La relatividad científica del arte médico (los criterios inamovibles de hoy dejan de serlo mañana), la libertad en la medida expuesta, y el escaso papel que juega la previsibilidad, son notas que caracterizan la actuación de estos profesionales*». In dottrina, cfr. J.E. VÁZQUEZ LÓPEZ, *La lex artis ad hoc como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico*, *Cuad. Med. Leg.*, 2010, 179 ss; J.C. SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, *La responsabilidad penal médica por el hecho imprudente. El error de diagnóstico. Jurisprudencia aplicable*, in *Bull. Min. Just.*, 2008, 581 ss. Sull'argomento si veda anche C.M.R. CASABONA, *Evolución del tratamiento jurídico-penal de la imprudencia del personal médico-sanitario*, in *Rev. Jur. Cast. León*, 2007, 214 ss (spec. 227), ove si sottolinea (forse non a torto) che la locuzione sia "tautologica", in quanto la *lex artis* assumerebbe un valore di riferimento, in ordine al *fallo técnico*, solo e soltanto nello specifico contesto di fatto.

149 Per un'ampia panoramica, con riferimenti tanto alla dottrina spagnola quanto a quella tedesca, vd. A.F. DÍAZ ARANA, *La relevancia de los llamado conocimientos especiales en la determinación de la violación al deber subjetivo de cuidado*, in *Cuad. Der. Pen.*, 2014, 113 ss. Vd., altresì, G.L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Sobre la consideración de los conocimientos especiales del sujeto en el juicio objetivo de peligro*, in *AA.VV., Dogmática penal entre naturalismo y normativismo: libro en homenaje a Eberhard Struensee*, Buenos Aires, 2011, 627 ss.

circostanze di fatto) potrebbero contribuire all'individuazione dello *standard* di diligenza (intesa in senso lato) esigibile, mentre le seconde non sarebbero rilevanti<sup>150</sup>, secondo una linea sposata anche da alcuni studiosi italiani<sup>151</sup>.

Tornando, ora, alla violazione della regola cautelare, ovvero al nucleo "normativo" della colpa<sup>152</sup>, occorre rimarcare che una delle più rilevanti differenze rispetto al sistema nostrano è rappresentata dalla carenza di una "codificazione" delle norme comportamentali, ovverosia di quelle che si possono definire, non senza approssimazione, *guidelines*. Si tratta, di norme che, fondate sulla logica della *Evidence Based Medicine* ed elaborate dalla comunità scientifica, indicano norme e procedure tecnico-operative da attuarsi in sede diagnostica e terapeutica, determinando in un certo senso la standardizzazione della pratica medica, con l'obiettivo di garantire una maggiore sicurezza del paziente<sup>153</sup>.

La scelta attuata dal legislatore nazionale, già a partire dal c.d. "decreto Balduzzi" e culminata nella riforma attuata dalla c.d. "legge Gelli-Bianco", nella proiezione del rimprovero colposo in ambito sanitario, ha già formato oggetto di approfondite analisi, anche a livello monografico, che ne hanno posto in luce "pregi" e "difetti", tanto da rendere superflua, in questa sede, un'analisi *ex professo*<sup>154</sup>. Valga considerare, tuttavia, che una delle ricadute più apprezzabili delle suddette riforme è rappresentata proprio dalla garanzia di una maggiore oggettività delle valutazioni, da parte degli esperti e della magistratura, nel contesto dei giudizi incardinati per *malpractice*<sup>155</sup>.

Volgendo, allora, nuovamente, lo sguardo alla casistica giurisprudenziale spagnola, quel che emerge è, in sostanza, una scarsa valenza, nell'economia del giudizio di responsabilità per colpa del personale sanitario, delle regole e delle procedure riconosciute dalla comunità scientifica, nonché del parere degli esperti e, correlativamente, il ruolo preponderante del libero convincimento della magistratura giudicante che, peraltro, nello specifico contesto normativo, viene amplificato dalla previsione dell'irrelevanza penale della *culpa lieve*. Concetto questo che, già sul piano logico, attenendo ad un giudizio di valore, trasferisce in capo al giudice un potere di natura eminentemente discrezionale, fondato su intuizione e buon senso<sup>156</sup>.

---

150 Così D.M. LUZÓN PEÑA, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., 284-285.

151 Così M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 73. Per una posizione difforme vd. F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale delle colpa generica*, 13 marzo 2021, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

152 Sul quale vd. J. CEREZO MIR, *El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos*, in *ADPCP*, 1983, 471 ss.

153 M. BARNI, *Evidence Based Medicine e medicina legale*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1998, 3 ss.

154 Per un'ampia panoramica si veda anche P. PICCIALLI (a cura di), *La responsabilità penale in ambito sanitario*, Milano, 2021.

155 Sul punto vd. C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2017, 200 ss: «va annoverato tra gli aspetti da valutare con favore lo sforzo di tipizzare le fonti di riferimento per gli esercenti le professioni sanitarie (ma anche, di riflesso, per i giudici): come detto, ci si dovrà attenere esclusivamente alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi della legge e soprattutto elaborate da soggetti, per così dire, "accreditati". Avere sottratto al singolo medico (ma anche al giudice) il vaglio preventivo di credibilità e affidabilità delle fonti cui doversi attenere rappresenta uno sforzo apprezzabile, tenuto conto delle ben note obiezioni relative al numero elevato di linee guida elaborate dalle innumerevoli società scientifiche che intervengono, sovente su posizioni contrapposte, nei singoli ambiti di competenza, alimentando il timore di scelte postume, e cioè di una selezione ex post delle fonti per giustificare, anzitutto in sede processuale, la condotta medica». In argomento vd. anche M. COLACURCI, *La legge Gelli-Bianco: tra interpretazione correttiva della colpa medica e valorizzazione delle linee guida nella lettura della Suprema Corte*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2017, 1155 ss e, più di recente, D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all'esperienza*, Napoli, 2021, *passim*.

Sul punto, allora, si voglia osservare che con una recente pronuncia, il *Tribunal Supremo* ha stabilito, in linea generale, che: «in relazione alla perizia, come evidenza la dottrina, si tratta di prove di apprezzamento discrezionale o libero, per cui, dal punto di vista normativo, la valutazione delle perizie è libera per la Corte, come, in generale, per tutta l'attività. La Corte è, quindi, libera nel valutare le opinioni degli esperti. Essa è limitata soltanto dalle regole di una sana critica - che non sono incluse in nessun precetto, ma che, in ultima analisi, sono costituite dalle esigenze della logica, della conoscenza scientifica, delle massime dell'esperienza e, in ultima analisi, del buon senso - che, logicamente, impongono la necessità di tenere in considerazione, tra l'altro, la difficoltà della materia su cui si intende trattare il parere, la preparazione tecnica dei periti, la loro specializzazione, l'origine della scelta del perito, la sua buona fede, le caratteristiche tecniche del parere, fermezza dei principi scientifici e delle leggi applicate, contesto del rapporto (riconoscimenti, periodi di osservazione, prove tecniche effettuate, numero e qualità dei pareri iscritti agli atti, accordo o disaccordo tra gli stessi, esito della valutazione delle altre prove effettuate, ecc.). Si tratta di prove che assistono l'organo giurisdizionale nell'interpretazione e nella valutazione dei fatti»<sup>157</sup>.

Il che evidenzia, in un settore particolarmente complesso come quello della responsabilità medico-chirurgica, come il sistema spagnolo "soffra" della medesima patologia della quale era affetto, fino a qualche tempo fa, quello italiano, ovvero sia l'indisponibilità di parametri di riferimento in sede giudiziale, tali da limitare l'arbitrio giudiziale, anche in ragione della naturale capacità espansiva della colpa generica, con ogni consequenziale effetto, tra l'altro, sulla (scarsa) prevedibilità delle decisioni giudiziarie e sul (limitatissimo) controllo della loro correttezza in sede di legittimità<sup>158</sup>.

Quanto, ancora, all'elemento psichico, nell'ambito della responsabilità sanitaria per fatti di omicidio o lesioni, si può aggiungere che nel sistema penale spagnolo l'*imprudencia* (termine, a partire dal varo del codice del 1995, equivalente alla nostrana "colpa"), che è stata sottoposta a particolari approfondimenti dottrinali soprattutto<sup>159</sup> in tempi recenti<sup>160</sup>, è tradizionalmente oggetto di discipline imperniate sul grado della colpa che, ispirandosi all'idea dell'*extrema ratio* e della proporzionalità, importano l'irrilevanza penale di forme di *imprudencia levissima*<sup>161</sup>.

156 Su questo argomento, nella letteratura nostrana, vd., di recente, P.F. POLI, *La colpa grave. I gradi della colpa tra esigenze di extrema ratio ed effettività della tutela penale*, Milano, 2021.

157 STS, Sez. II, 11 febbraio 2015, n. 54/2015.

158 Su questi temi vd. A. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012. Più di recente, L. CARRARO, *Il medico dinanzi al diritto penale. Alla ricerca di limiti razionali all'imputazione colposa*, Torino, 2022.

159 Vd., per le opere pubblicate a partire dalla fine degli anni '50, A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, Barcelona, 1958; M. LUZÓN DOMINGO, *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal*, Barcelona, 1960; R. NUÑEZ BARBERO, *El delito culposo*, Salamanca, 1975. Non a caso, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, II, Buenos Aires, 1963, 675, con riferimento al panorama latino-americano, segnalò come la colpa rappresentasse, nel recente passato, una solta di "figliastra" della scienza penalistica.

160 Vd., tra gli altri, B. FEJO SÁNCHEZ, *La imprudencia en el código penal de 1995*, in *Cuad. Pol. Crim.*, 1997, 303 ss; J.A. CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, 1998; A. GIL GIL, *El delito imprudente. fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Barcelona, 2007; C. PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, Barcelona, 2012.

161 Per un'ampia ricostruzione storica della disciplina dell'illecito colposo nel sistema penale spagnolo, nella letteratura italiana, si veda il contributo di A. CAPPELLINI, *Imprudencia grave*, in M. Donini (diretto da), *Reato colposo. Enciclopedia del diritto. I tematici*, Milano, 2021, 656 ss.

Il codice penale del 1995, abbandonando la nomenclatura precedente (ovverosia, la distinzione tra *imprudencia temeraria e simple*) ed impiegando i termini *imprudencia grave e leve* (con contestuale, vasta depenalizzazione di condotte sorrette da tale, più blanda, forma di colpevolezza), operò una modulazione fondata anche sulla distinzione tra delitti e contravvenzioni. Peraltro, nel contesto delle lesioni, tali criteri si intrecciarono con quello della gravità del pregiudizio arrecato all'integrità psicofisica<sup>162</sup>.

Tale sistema, tuttavia, non rimase esente da critiche che, in estrema sintesi, si fondarono su due diversi ordini di rilievi; in primo luogo, sulla necessità di una maggiore conformazione del sistema alla logica della *intervención mínima* del diritto penale (oltre che di quella deflattiva), essendo stata prospettata, in ottica *de lege ferenda*, la depenalizzazione *tout court* delle ipotesi di responsabilità per *imprudencia leve*<sup>163</sup>.

In seconda battuta, sulla constatazione della circostanza che il legislatore non solo non avesse provveduto a definire il concetto di colpa, ma che non fosse stato neppure fornito all'interprete alcun criterio distintivo tra la colpa grave e quella lieve<sup>164</sup>. Il che, sostanzialmente, oltre a porsi in contrasto con l'esigenza di rispetto del principio di legalità, sul piano pratico, aveva dotato le fattispecie sorrette da *imprudencia leve* di una perniciosissima *vis attractiva*, tale da provocare, in sede pretoria, da un lato una frequente degradazione delle ipotesi di *imprudencia grave*, dall'altro una riconduzione (dettata dall'esigenza di evitare vuoti di tutela penale, ovverosia da scelte di politica criminale attuate in sede giurisprudenziale) di forme di colpa assai tenue (*levissima*) nell'alveo della colpa lieve e dell'illecito contravvenzionale<sup>165</sup>. Tali rilievi critici finirono, però, coll'inserirsi in un dibattito politico e dottrinale assai articolato, che fece emergere anche una linea di pensiero radicalmente contraria alla depenalizzazione e per la quale, di converso, il sistema avrebbe dovuto essere modificato nella direzione di una maggiore estensione dell'egida del *derecho penal*, per via della necessità di implementare i mezzi di tutela della vittima, in considerazione dei crescenti rischi del progresso tecnologico e, più in generale, della "modernità"<sup>166</sup>.

Si giunse, così, alla già citata *Ley Organica* n. 1/2015 che, unitamente a molte altre, pervasive modifiche al sistema, nonché di singole fattispecie incriminatrici, abolite le *faltas*, ha introdotto l'inedita figura dell'*imprudencia menos grave*, caratteristica delle ipotesi di omicidio e lesioni (gravi, perché riferite ai casi di cui agli artt. 149 e 150 c.p.), qualificate come delitti (vd. art. 142 comma 2 e 152 comma 2 c.p.), seppur puniti con sanzioni pecuniarie (*multa*) e procedibili a querela, con conseguente irrilevanza penale delle ipotesi di omicidio e

162 Vd. J. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones*, Madrid, 2006, 38 ss.

163 Su questi temi vd. L. MORILLAS CUEVA, *La complicada distinción entre la imprudencia grave y menos grave en los delitos de homicidio y lesiones*, in AA.VV., *Libro homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Madrid, 2022, 773 ss.

164 Sul punto, in giurisprudenza, vd. STS, Sez. II, 4 luglio 2003, n. 4710/2003: «en nuestro derecho positivo no hay módulos legales que sirvan para medir la intensidad de la imprudencia a los efectos de calificarla como grave (temeraria, decía el CP anterior) o leve (simple, según tal código de 1973). Sin duda alguna, el criterio fundamental para distinguir entre ambas clases de imprudencia ha de estar en la mayor o menor intensidad o importancia del deber de cuidado infringido, ya que la infracción de tal deber constituye el núcleo central acerca del cual gira todo el concepto de imprudencia punible. Pero este criterio es demasiado genérico como para que pueda servir en los casos dudosos a los efectos de encuadrarlos en una u otra de tales dos modalidades. Hay que estar a las circunstancias del caso concreto. Son las que sirven de guía para calificar una conducta imprudente como grave o como leve».

165 M. PANTALEÓN DÍAZ, *Treinta años de reformas del homicidio y las lesiones imprudentes en el derecho penal español (1989-2019)*. *Historia de un despropósito*, in *Aranzadi*, 2019, 55, 145 ss.

166 In argomento, vd. B. MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, 2001; C.M.R. CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Granada, 2005.

lesioni connotate da colpa lieve<sup>167</sup>. Tuttavia, come per il vero sarebbe stato facilmente prevedibile, la scelta attuata dal legislatore ha posto sotto gli occhi dell'interprete un quadro particolarmente incerto e problematico, in ragione della circostanza che il *discrimen* tra *imprudencia grave* e *menos grave* è di assai difficile definizione<sup>168</sup>, così come assai difficilmente definibile è, "verso il basso", la linea di confine tra quest'ultima e forme di *imprudencia* non punibile. Sul punto si è, allora, osservato (tenendo conto della *ratio* della novella, come emergente dal dibattito politico che l'ha preceduta e dai lavori preparatori) che «*el nuevo delito de homicidio por imprudencia menos grave, tanto por el cambio de nomenclatura como por el sensible incremento de penas que implica, exige un grado de negligencia sensiblemente mayor que el de la derogata falta de homicidio por imprudencia leve. Por consiguiente, la nueva figura se ubica en una franja a ambos lados de la antigua frontera entre la imprudencia grave y leve, lo que implicaría la efectiva depenalización de la mayoría de faltas de homicidio, Sin embargo, no es descartable que, dadas la dificultades de delimitación y la necesidades prácticas, se acabe produciendo un simple cambio de etiquetas, de manera que la imprudencia menos grave simplemente venga a ocupar el lugar de la vieja falta de homicidio por imprudencia leve*»<sup>169</sup>. Così, per supplire alle deficienze delle formulazioni normative, si è affermato che il grado della colpa dovrebbe, comunque, essere valutato attraverso tutte le circostanze del caso concreto, mediante il ricorso ad alcuni indicatori, come la pericolosità della condotta tenuta rispetto al valore del bene giuridico in gioco, la capacità del soggetto di dominare la situazione di rischio, il *gap* tra il comportamento doveroso e quello tenuto dal reo, la particolare posizione di garanzia assunta dal soggetto, la previsione dell'evento non voluto<sup>170</sup>, e così via<sup>171</sup>.

Tali nodi non sono stati dipanati dal legislatore, successivamente, con la riforma attuata con la LO n. 2 dell'1 marzo 2019 (che, in tale proiezione, si è concentrata sulla materia degli infortuni derivanti dalla circolazione stradale, che negli ultimi anni è stata oggetto di un rimarchevole processo di *law enforcement*)<sup>172</sup>, la quale, per altro verso, ha inserito a sistema delle ipotesi aggravate di omicidio e lesioni (artt. 142-bis e 152-bis c.p.), correlate a condotte connotate da forme di *imprudencia grave* con effetti lesivi a carico di una pluralità di persone offese<sup>173</sup>.

Quanto, invece, alla responsabilità plurisoggettiva, alla quale si è già accennato, la dottrina, nella cornice della teoria dell'imputazione oggettiva, si riferisce al *principio de*

167 P. FARALDO CABANA, *Los delitos leves. Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas*, Valencia, 2016; L. RODRÍGUEZ MORO, *La configuración de la imprudencia como grave y menos grave en los delitos de homicidio y lesiones*, in *Rev. Der. Pen. Crim.*, 2018, 131 ss. Nella letteratura italiana vd. P.F. POLI, *La rilevanza del grado della colpa in funzione incriminatrice nel sistema penale spagnolo: un modello da imitare?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 903 ss; C. VALBONESI, *La colpa grave come limite di tipicità: un dialogo fra l'ordinamento italiano e spagnolo alla ricerca di un nuovo punto di equilibrio del rimprovero colposo*, in *Ind. Pen.*, 2021, 201 ss; M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave*, Roma, 2021, spec. 189 ss.

168 S. AGUADO LÓPEZ, *La imprudencia menos grave: concepto y criterios para su correcta calificación jurídica tras las últimas reformas*, in *Ley Penal*, 2019, 141, 1-38.

169 D.F. I SABORIT, *El homicidio y su formas*, in J.M. Silva Sánchez (diretto da), *Lecciones de derecho penal Parte especial*, Barcelona, 2018, 36.

170 Vd. STS, Sez. II, 10 marzo 2010, n. 171/2010, secondo la quale la colpa per previsione rappresenterebbe la forma di colpa più grave ipotizzabile. Sul punto, occorre rimarcare, tuttavia, che la giurisprudenza spagnola, già prima della riforma, riteneva che la previsione dell'evento non implicasse, per lo meno in automatico, la qualificazione della colpa come "grave". Vd., ad esempio, STS, Sez. I, 18 novembre 1991, n. 6354/1991, su un noto caso di trasfusione di sangue infetto.

171 F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2021, 33 ss.

172 Su cui vd. la ricognizione (e le note critiche) di STS, Sez. II, 30 marzo 2021, n. 284/2021.

173 In argomento vd. A. DAUNIS RODRÍGUEZ, *La graduación de la imprudencia punible*, Cizur Menor, 2020; J. VIZUETA FERNÁNDEZ, *Las lesiones*, in C.M.R. Casabona - E. Sola Reche - M.A. Boldova Pasamar (coordinato da), *Derecho penal. Parte especial*, Granada, 2022, 79.

*confianza*, ovverosia al principio dell'affidamento, quale criterio limitatore della responsabilità<sup>174</sup>. L'idea, in estrema sintesi, è quella che nel contesto di una attività compiuta, sincronicamente o diacronicamente, da una pluralità di soggetti gravati da un obbligo di garanzia rispetto ad un determinato bene giuridico, il soggetto che avrebbe confidato nella circostanza che gli altri si sarebbero conformati alle regole cautelari non creerebbe un rischio giuridicamente disapprovato<sup>175</sup>.

Tale condizione di esenzione da responsabilità, nel contesto della pratica medica, per l'evento avverso occorso al paziente presupporrebbe, però, l'affidabilità, nel senso che, posta la circostanza che ai singoli appartenenti all'*equipo* sarebbero riferibili "sfere di competenza" che si intersecherebbero, si è rimarcato come alcuno dei suoi membri, anche se con diverse specializzazioni, potrebbe invocare il *principio de confianza* nel caso in cui circostanze di fatto sarebbero indicative della concreta possibilità che gli altri non si attengano al *deber de cuidado*<sup>176</sup>.

La dottrina di lingua spagnola, così come quella italiana, inoltre, si è interrogata sui limiti della responsabilità del *superior jerárquico*, con funzioni di coordinamento/controllo/prevenzione di tipo amministrativo o tecnico-medico, rilevandosi che, in siffatte situazioni, incomberebbe, generalmente, un «dovere di evitare l'errore del terzo, sussistendo (a talune condizioni) un obbligo di prevenire ed evitare» l'evento lesivo. Anche in questo caso, vi sarebbe, tuttavia, la possibilità di invocare in ottica esimente il principio di *confianza*, sebbene, per questi soggetti, detto principio «*opera con menor intensidad que en contextos en los que los sujetos mantienen una relación de carácter horizontal*»<sup>177</sup>.

Il che sta a evidenziare come (anche) nel sistema in disamina - ove per il vero la casistica relativa alla responsabilità colposa delle *équipes* è, comunque, come si è già sottolineato, assai ristretta - i criteri imputativi risultino particolarmente nebulosi<sup>178</sup>.

## 6. La penalizzazione della mera messa in pericolo della salute del paziente.

Il sistema penale spagnolo ha fatto registrare, negli ultimi anni, un notevole processo di *law enforcement* nel contrasto del pericolo, tanto nella proiezione della sfera individuale quanto di quella pubblica/collettiva, attraverso scelte che si pongono, per il vero, in controtendenza rispetto a quelle attuate rispetto alle fattispecie di danno<sup>179</sup>. Sicché, il novero

174 Vd. E. BACIGALUPO, *Principios de derecho penal. Parte general*, Madrid, 1997, 191; F. SANDRO ABRALDES, *Delito imprudente y principio de confianza*, Santa Fe, 2010.

175 Vd. N. BAUTISTA PIZARRO, *El principio de confianza en un derecho penal funcional*, Bogotá, 2008, spec. 72 ss.

176 F. BERNATE OCHOA, *Responsabilidad penal médica, trabajo en equipo y principio de confianza*, in *Prolegómenos*, 2008, 65 ss.

177 M. MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en el derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Cizur Menor, 2009, 149-151. Così anche B.J. B. FEJOO SÁNCHEZ, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmática*, in *Der. Pen. Crim.*, 2000, 37 ss.

178 Su questi temi, nella prospettiva italiana, vd., tra l'altro, R. BARTOLI, *La responsabilità medica tra individuale e collettivo. Rischi, regole, centri di imputazione*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2020, 2053 ss; V. MAIELLO, *Appunti sparsi di lotta per il diritto*, in *Dir. Dir.*, 2020, 1, 33 ss; A. MASSARO, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso*, 8 maggio 2020, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu); P.F. POLI, *Attività medica in équipe: c'è spazio per il principio di affidamento*, *Giur. It.*, 2021, 1204 ss. In precedenza, L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale da attività sanitaria in équipe*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, 1219 ss.

179 Vd. C. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *La deriva de los delitos de peligro en la LO 1/2015 de 30 de marzo de reforma del Código Penal: la equiparación punitiva de los delitos de peligro dolosos e imprudentes y de los delitos de resultado y peligro abstracto. Una forma de "solventar" la confusa interpretación y aplicación de los tipos penales de peligro*, in *Es. Pen. Crim.*, 2017, 487 ss. Si può osservare, inoltre, che in Spagna, così come in Italia,

dei delitti di pericolo previsti dal *código penal* è abbastanza nutrito, involgendo settori connotati dal c.d. “rischio consentito” (quello della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, quello delle attività produttive, nonché la circolazione stradale); quanto, invece, al settore sanitario e al *riesgo* provocato per la salute del paziente, vi è da osservare che in Spagna<sup>180</sup> è stata prevista, nel Titolo IX del codice, la *omisión del deber de socorro* da parte del personale sanitario; l’art. 196 c.p., in particolare, sanziona «il professionista che, essendovi obbligato, nega l’assistenza sanitaria o abbandona le prestazioni sanitarie, quando dal rifiuto o dall’abbandono deriva un grave rischio per la salute delle persone»<sup>181</sup>.

Si è al cospetto di una novità introdotta con il codice del 1995<sup>182</sup> che, topograficamente, si colloca subito dopo l’omissione di soccorso “comune” (disciplinata, per l’appunto, dall’art. 195 c.p.), con la quale la relazione è particolarmente controversa (atteso che alcuni studiosi ritengono che si sia al cospetto, nel caso disciplinato dal citato art. 196 c.p., di una figura totalmente autonoma di reato, mentre altri sostengono che si tratti di un rapporto di specialità unilaterale per specificazione)<sup>183</sup>.

Ad ogni modo, se vi è concordia nel ritenere che si tratti di un reato proprio (esclusivo)<sup>184</sup>, per alcuni autori esso sarebbe configurabile solo laddove il medico sia stato effettivamente e previamente investito di funzioni di cura del paziente (e non, dunque, in ipotesi di semplice inadempimento di obblighi di intervento che derivino, genericamente, dal codice deontologico o, ancor più in generale, da dovere di solidarietà sociale, nel qual caso dovrebbe trovare applicazione il citato art. 195 c.p.)<sup>185</sup>; secondo una lettura restrittiva, inoltre, il delitto di cui al citato art. 196 c.p. potrebbe configurarsi solo allorquando il rischio insorgesse per l’effetto della condotta del medico, non qualora esso fosse insorto prima dell’omissione<sup>186</sup>.

Quest’ultime, però, rappresentano soluzioni non condivise dal *Tribunal Supremo* che, in un’occasione, infatti, ha stabilito che la fattispecie sarebbe stata applicabile anche al caso del medico al quale era stato chiesto di intervenire per soccorrere un automobilista, che era stato

---

il legislatore ha varato diverse norme “emergenziali” per il contenimento dell’epidemia da COVID-19- Però, occorre anche rilevare che il codice vigente non contempla alcuna figura assimilabile a quelle di epidemia di cui al codice italiano. Sul tema vd. D. COLOMBER BEA, *El derecho penal español ante el incumplimiento de medidas previstas para hacer frente a situaciones de crisis sanitaria: el limitado alcance del delito de desobediencia y la conveniencia de introducir un delito similar al del artículo 318 del Código Penal chileno*, in *Pol. Crim.*, 2022, 1 ss.

180 Sul sistema francese, vd. A. DE LIA, *Il medico davanti al giudice penale in Francia*, 6 ottobre 2023, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it). Quanto al sistema portoghese, invece, vd. l’art. 150 comma 2 c.p. (il quale sanziona i soggetti che esercitano le professioni sanitarie che «effettuano interventi o trattamenti in violazione delle *leges artis* e comportino così pericolo per la vita o grave danno all’incolumità o alla salute»). Il che rappresenta una soluzione del tutto originale in ambito continentale.

181 Su tale figura, a livello monografico, vd. P. ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El artículo 196 del Código Penal*, Granada, 2006.

182 M. ARÁUZ ULLOA, *El delito de omisión de socorro en el ámbito sanitario*, in *Rev. Der.*, 2003, 4, 219 ss.

183 Per la tesi dell’autonomia vd. E. HAVA GARCÍA, *Omisión del deber de socorro*, in F.J. Álvarez García (diretto da), *Tratado de derecho penal español. Parte especial, I. Delitos contra las personas*, Valencia, 2021, 1385. *Contra* P. DÍAZ TORREJÓN, *Omisión del deber de socorro*, in A. Zárate Conde (diretto da), *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., 241.

184 P. FARALDO CABANA, *Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico*, in AA.VV., *Lecciones de derecho sanitario*, A Coruña, 1999, 519 ss. F. FLOREZ MENDOZA, *Omisión del deber de socorro*, in C.M.R. Casabona - E. Sola Reche - M.A. Boldova Pasamar (coordinato da), *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., 261 ammette, in questo caso, il concorso dell’*extraneus* per induzione.

185 Vd. A. FERNÁNDEZ ALBOR, *Asistencia médica y omisión del deber de socorro*, in *Estudios Penales y Criminológicos*, 1984, 152 ss.

186 S. HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, Valencia, 1997, 66.

colto da infarto in prossimità della struttura sanitaria in cui era impiegato il medico stesso<sup>187</sup>. La figura in disamina (secondo la dottrina maggioritaria, di pericolo concreto)<sup>188</sup>, posta a tutela della vita e dell'integrità psicofisica dei pazienti<sup>189</sup>, ha sollevato un ampio dibattito dottrinale anche in relazione al quesito se la "denegata assistenza" possa configurarsi soltanto a seguito di una richiesta di intervento, espressamente formulata nei confronti del soggetto qualificato, nonché se essa possa realizzarsi solo attraverso un diniego esplicito da parte del garante.

A tal riguardo, allora, si può osservare che secondo gli orientamenti prevalenti in dottrina sarebbe sufficiente, a tale scopo, una "richiesta di intervento tacita" e, di riflesso, un mero comportamento concludente di rifiuto<sup>190</sup> (talché, in questa prospettiva, emerge un'analogia con l'ulteriore condotta descritta dal citato art. 196 c.p., ovvero sia l'abbandono del servizio). Tali conclusioni appaiono, allora, senz'altro condivisibili in quanto (al di là del vuoto di tutela e dell'irragionevolezza di soluzioni di senso contrario) il contenuto letterale della disposizione non sembrerebbe imporre suddetti vincoli, né essere indicativo di tali limiti impliciti di fattispecie.

Per il resto, la giurisprudenza ha precisato che, sul lato subiettivo, la figura richiederebbe che il garante abbia realizzato «consapevolmente una condotta omissiva rispetto al dovere di aiutare una persona indifesa, che versa in evidente e grave pericolo, ovvero sia quando essa necessita di protezione in modo chiaro e noto al soggetto attivo, pur essendo quest'ultimo a conoscenza dell'impotenza della vittima e del bisogno di aiuto»<sup>191</sup>. Talché, secondo questa impostazione, in definitiva, il pericolo non rappresenta una mera condizione obiettiva di punibilità, dovendo esso formare oggetto del dolo (similmente alla figura della *willfull neglet* di *common law*); il che<sup>192</sup> limita in maniera rilevante il raggio d'azione del delitto in disamina che, invero, ha fatto registrare un'applicazione assai limitata.

## 7. La questione della rilevanza penale del trattamento sanitario arbitrario.

La dottrina italiana si è a lungo soffermata sul tema della fonte di legittimazione dell'attività medico-chirurgica, in sede diagnostica e terapeutica, rispetto a figure di reato in astratto configurabili nella pratica e, in particolare, alle lesioni personali, giungendo ad escludere, di massima, tale soluzione per l'effetto dell'applicazione di cause di giustificazione (esercizio di un dovere, adempimento di un dovere, stato di necessità e, soprattutto, consenso dell'avente diritto)<sup>193</sup>, di un'esimente non codificata<sup>194</sup>, sostenendo la non conformità del fatto all'idealtipo o, ancora, la carenza dell'elemento psichico caratteristico (dolo o colpa)<sup>195</sup>. Ciò prima della pronuncia della sentenza delle Sezioni Unite "Giulini" (su cui *infra*) che, invece, in maniera condivisibile (e, comunque, *tranchant*), ha rintracciato il

187 STS, Sez. II, 28 gennaio 2008, n. 56/2008.

188 B. DEL ROSAL BLASCO, *De la omisión del deber de socorro*, in L. Morillas Cueva (diretto da), *Sistema de derecho penal. Parte especial*, Madrid, 2021, 338 ss.

189 Così anche M. ARÁUZ ULLOA, *El delito de omisión de socorro en el ámbito sanitario*, op. cit., 227-228.

190 In tal senso M.R. MORENO-TORRES HERRERA, *La omisión del deber de socorro*, in E. Marín de Espinosa Ceballos (diretto da), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2021, 225.

191 STS, Sez. I, 22 ottobre 2015, n. 648/2015.

192 Unitamente alla circostanza che, nel caso in cui dalla condotta omissiva derivassero effettivamente delle lesioni o il decesso del paziente, la fattispecie *de qua* rimarrebbe assorbita. Vd. C. LAMARCA PÉREZ, *Omisión del deber de socorro*, in Id. (diretto da), *Delitos. La parte especial del derecho penal*, Madrid, 2022, 224 ss.

193 Tra i tanti vd. R. RIZ, *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, Padova, 1975.

194 Vd. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino, 1991, 276 ss, il quale, tuttavia, nel caso di intervento sanitario con esito favorevole ha notato come difetterebbe la tipicità del fatto rispetto al paradigma legale.

195 Vd. A. MANNA, voce *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 1287 ss.

fondamento della liceità dell'attività medico-chirurgica direttamente nel testo dell'art. 32 Cost.

Il tutto secondo una soluzione che, per il vero, potrebbe essere sposata anche nel sistema spagnolo, con riferimento all'art. 43 della Costituzione del 1978, che pure consacra il diritto alla salute, consentendo il superamento dell'annoso dibattito originatosi (anche) in quel Paese (laddove, però, la teoria dell'imputazione oggettiva, nella declinazione del *riesgo permitido*, agevola l'esclusione della rilevanza, già a livello del fatto tipico, dell'intervento sanitario realizzato secondo le *legis artis*, se eseguito con il consenso dell'avente diritto)<sup>196</sup>. Ciò in un sistema giuridico assai peculiare, in quanto, tra l'altro, il codice penale spagnolo vigente (così come il precedente. Vd. art. 8) - da cui emerge (in linea generale) il divieto (cfr. artt. 155-156 c.p.) di atti dispositivi dell'integrità psico-fisica - non prevede, tra le esimenti (catalogate dall'art. 20 c.p.), il consenso dell'avente diritto<sup>197</sup>.

Il legislatore spagnolo<sup>198</sup>, comunque, negli ultimi decenni, come del resto è accaduto in altre esperienze continentali (tra cui quella italiana), ha posto l'accento sul ruolo fondamentale che assume il *consentimiento* all'atto medico da parte del paziente<sup>199</sup>, come estrinsecazione delle libertà sancite dalla Carta fondamentale, secondo una linea che è stata scolpita anche dalla Corte costituzionale con la sentenza TC, Sez. II, 28 marzo 2011, n. 37, secondo la quale il *consentimiento informado* si correla alla «*facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas*»<sup>200</sup>. Nel contempo, però, la dottrina,

196 Così ad esempio, B. DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Madrid, 1994; nella letteratura latino-americana, vd. M. RUSCONI, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2009, 319. Sulla rilevanza del consenso in termini di atipicità delle condotte riconducibili ad attività diagnostiche e terapeutiche, vd. anche J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento en el derecho penal*, Madrid, 1999. Per un affresco sul dibattito vd. J. DE VICENTE REMESAL, *Consentimiento y acuerdo: ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad?*, in M. Luzón Peña - S. Mir Puig, (coordinato da), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid, 1999, 113 ss; D. AREQUE MORENO, *El consentimiento informado y su trascendencia en el derecho penal*, in *NFP*, 2012, 133 ss; C.I. MACHADO RODRÍGUEZ, *El consentimiento en materia penal*, in *Der. Pen. Crim.*, 2021, 29 ss. Per una soluzione "mista" (atipicità-difetto di anti-giuridicità) vd. I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982, 75-84.

197 In argomento vd. J. CEREZO MIR, *El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación*, in *Est. Der. Pen. Crim.*, 1989, 201 ss. Per l'inquadramento del consenso in termini di causa di giustificazione non codificata (tesi non isolata nei primi decenni del secolo scorso) vd. J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal, I. Parte general*, 1949, 258. Per una prospettiva generale vd. M.J. SEGURA GARCÍA, *El consentimiento del titular del bien jurídico en derecho penal*, Valencia, 2000; B. ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en derecho penal*, Valencia, 2014.

198 Ma vd. anche il codice deontologico professionale del 2022, che dedica l'intero *Capítulo III* a informazione e consenso.

199 Vd. la l. 24 novembre 2002, n. 41 (*Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica*), che, all'art. 3, definisce il consenso informato come «*la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud*». In argomento vd. anche J. GARZÍA AMEZ, *Autonomía del paciente y rechazo al tratamiento. El derecho a decir "no"*, in *JS*, 2013, 1, 27 ss.

200 La questione del consenso del paziente all'atto medico-chirurgico si interseca, peraltro, con quella della disciplina dell'aiuto a morire, sulla quale, comunque, non è possibile soffermarsi in questa sede. Per un quadro della disciplina spagnola, anche alla luce di recenti riforme, vd., nella letteratura nostrana, T. VITARELLI, *Verso la legalizzazione dell'aiuto (medico) a morire? Considerazioni "multilivello"*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2021, 4, 1 ss; A. TIGRINO, *la riflessione penalistica spagnola in materia di fine vita*, 27 aprile 2021, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu). Per una ricostruzione della normativa precedente alla riforma del 2021, vd. U. ADAMO, *Sulla disciplina giuridica delle istruzioni previas nell'ordinamento spagnolo*, 31 gennaio 2017, in

mostrando una particolare attenzione al problema dell'informazione, in sede diagnostica e terapeutica, nonché alla correlata esigenza dell'espressione del consenso da parte del paziente, non ha mancato di rilevare come il livello di completezza delle informazioni, oltre ad essere cangiante in ragione delle caratteristiche del paziente medesimo (grado di cultura, sensibilità, stato patologico, etc.), non sia definibile in via normativa-astratta e che, in alcuni casi, una completa informazione potrebbe, addirittura, produrre effetti negativi in ordine all'andamento delle cure<sup>201</sup>. Il tutto con ogni consequenziale effetto circa l'incertezza del quadro di riferimento, delle scelte che il personale è tenuto a compiere quotidianamente, nonché delle valutazioni correlate, di competenza della magistratura<sup>202</sup>.

Quanto, poi, alla locuzione "trattamento sanitario arbitrario", con essa s'indica comunemente, anche nei Paesi di lingua spagnola, l'intervento medico eseguito, in sede diagnostica o terapeutica, in difetto di consenso (o di un valido consenso) da parte del paziente (o del soggetto che ha il potere di esprimerlo per conto di quest'ultimo)<sup>203</sup>.

La questione della rilevanza, agli effetti civili, ma anche in sede penale, dell'intervento non consentito ha assunto un posizionamento sempre di maggior rilievo nel dibattito relativo al tema della responsabilità sanitaria<sup>204</sup>, anche per via di una progressiva sensibilizzazione degli interpreti e, più in generale, dei consociati rispetto al diritto di autodeterminazione del malato e alla libertà di scelta delle cure, che ha fatto declinare progressivamente l'atavica visione paternalistica del medico nell'economia del rapporto con il malato ed i suoi familiari<sup>205</sup>.

[www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

201 In argomento vd., per tutti, M. ORTIZ FERNÁNDEZ, *El consentimiento informado en el ámbito sanitario*, Madrid, 2021, *passim*.

202 Su questo tema vd. anche P. ASTORINA MARINO, *Equilibri e incertezze normative in caso di intervento sanitario contro la volontà del paziente*, in *Riv. Med. Leg.*, 2016, 302 ss.

203 P. GUÉREZ TRICARICO, *El tratamiento médico curativo u su licitud: el papel del consentimiento del paciente*, Cizur Menor, 2012; S. ROMEO MALANDA, *Responsabilidad penal médica por ausencia de consentimiento informado: un enfoque alternativo a las tesis dominantes*, in *Cien. Pen. Crim.*, 2013, 73 ss.

204 Su questo tema vd. G. IADECOLA, *In tema di rilevanza penale - come delitto doloso contro la vita e l'incolumità individuale - del trattamento medico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2001, 219 ss; F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, 377 ss; G. CARUSO, *Il trattamento medico-chirurgico arbitrario tra "lettera" della legge e "dimensione ermeneutica" del fatto tipico*, in *Ind. Pen.*, 2003, 1013 ss; A. MANNA, *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Ind. Pen.*, 2004, 449 ss; C. CUPELLI, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*, in *Cass. Pen.*, 2008, 1807 ss; M. PELISSERO, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, 455 ss; S. TORDINI CAGLI, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico in assenza di consenso*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2009, 1060 ss; G. FIANDACA, *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Foro It.*, 2009, 2, 306 ss. F. VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni unite*, in *Cass. Pen.*, 2009, 1811 ss; G. MARRA, *Le sezioni unite penali sulla rilevanza del consenso del paziente: una rivalutazione delle scelte mediche*, in *Iustitia*, 2009, 3, 308 ss; V. MASARONE, *Profili di rilevanza penale del trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Crit. Dir.*, 2010, 1-3, 25 ss; G. SALCUNI, *Riflessioni sul trattamento sanitario arbitrario e la parabola del consenso informato: lo stato dell'arte*, in *Ind. Pen.*, 2010, 599 ss; A. CAPPELLINI, *L'orizzonte del dolo nel trattamento medico arbitrario. Un'indagine giurisprudenziale*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2016, 933 ss. Per le monografie vd., di recente, R. OMODEI, *Trattamento medico arbitrario e responsabilità penale*, Torino, 2023.

205 Sul tema vd. L. GIANFORMAGGIO, *Le resistibili tentazioni del paternalismo medico*, in *Not. Pol.*, 1989, 16, 22 ss; E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica*, I, Milano, 2007, 279 ss. Nella dottrina spagnola vd. M. ALEMANY, *El paternalismo médico*, in AA.VV., *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, Valencia, 2011, 745-788.

Quanto al sistema penale italiano, nel quale il legislatore non ha specificamente tipizzato l'atto medico arbitrario<sup>206</sup>, la giurisprudenza ha affrontato in più occasioni il tema della riconducibilità di siffatti casi nell'alveo di figure incriminatrici comuni, quali le lesioni volontarie (art. 582 c.p.), la violenza privata (art. 610 c.p.), nonché, in caso di esito infausto dell'intervento non consentito, delle figure disciplinate dagli artt. 584, 586 c.p. o, comunque, dell'omicidio colposo di cui all'attuale art. 590-*sexies* c.p.

In tale contesto, superata la linea di severità sposata dalla ormai risalente sentenza "Massimo"<sup>207</sup> (che aveva sollevato numerose perplessità da parte dei commentatori), la Cassazione è pervenuta con la sentenza "Giulini"<sup>208</sup> ad una soluzione più favorevole per il personale sanitario, essendo stata esclusa, in estrema sintesi, la configurabilità, nel caso di trattamento diagnostico o terapeutico non assentito, del delitto di lesioni volontarie (e, dunque, in caso di decesso del paziente, dell'omicidio preterintenzionale)<sup>209</sup>.

Il tutto, però, restituendo un quadro in cui si è profilato un vuoto di tutela rispetto alla sfera soggettiva del paziente, essendo stata pure esclusa l'ipotesi dell'addebito del delitto di cui all'art. 610 c.p. che, ad avviso delle Sezioni Unite, potrebbe concretizzarsi solo nel caso dell'intervento "coattivo", realizzato contro la volontà del paziente vigile e cosciente. *Id est* in ipotesi "limite", con ogni consequenziale riflesso sulla carenza di disciplina penale della violazione del diritto di autodeterminazione, di scelta delle cure e di intangibilità da parte del malato, tanto da rendere opportuna, almeno secondo alcuni studiosi, una riforma, con l'introduzione di una fattispecie incriminatrice *ad hoc*<sup>210</sup> (o con il ricorso al diritto

206 In questa sede di tratterà esclusivamente dell'atto medico eseguito senza consenso al di fuori di una situazione definibile come di "stato di necessità" che, dal canto suo, evoca la complessa questione del c.d. "conflitto di doveri", ovverosia dell'obbligo del medico di eseguire l'intervento salvifico che si confronta con quello del diritto all'intangibilità (e di negare il consenso all'atto medico). Si è al cospetto di una situazione che, evocando un'antinomia (E. MEZZETTI, *Necessitas non habet legem? Sui confini tra "impossibile" ed "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000), pone un problema di "bilanciamento" che, per alcuni studiosi, dovrebbe risolversi in termini di obbligo d'astensione (F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000), sebbene l'incommensurabilità dei valori in gioco renda non irrazionali i risultati cui approda l'idea dello "spazio vuoto del diritto". Su questi temi, che pure evocano il concetto di "inesigibilità", vd., nel panorama spagnolo, A. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en derecho penal*, Madrid, 1984; I. COCA VILA, *La colisión de deberes en derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Barcelona, 2016.

207 Cass., Sez. V, 13 maggio 1992, n. 5639.

208 Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437. Su questa pronuncia vd. L. CORNACCHIA, *Trattamenti sanitari arbitrari divergenti*, in *Criminalia*, 2009, 415 ss; L. EUSEBI, *Verso una recuperata determinatezza della responsabilità medica in ambito penale?*, loc. ult. cit., 432 ss; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014, 25 ss.

209 Che rappresentava, invece, la soluzione sposata dalla sentenza "Massimo".

210 A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, 1 ss. Analoga situazione si registra in Francia, atteso che il codice penale sanziona espressamente soltanto la sperimentazione medica non assentita (art. 223-8 c.p.). Su questo argomento, vd. M. LE GOUES, *Le consentement du patient en droit de la santé*, 3 febbraio 2016, in [www.theses.hal.science](http://www.theses.hal.science). La giurisprudenza francese, per altro verso, generalmente approda alla condanna del medico che abbia eseguito un intervento non consentito solo laddove questo risulti realizzato in difformità delle *leges artis* e da esso sia derivato un danno per la salute del paziente. Allorquando, in ragione dell'intervento medico-chirurgico arbitrario, vengano contestate ipotesi che presentano come elemento costitutivo la violenza, tra cui quella disciplinata all'art. 222-11 c.p., le Corti (in maniera per il vero assai sibillina), invece, approdano a soluzioni assolute per via dell'assenza del dolo (vd., ad esempio, Cass., Cham. Crim., 6 febbraio 2001, n. 00-82.434). Per la riconducibilità dell'intervento sanitario arbitrario al delitto di lesioni ed alle ipotesi di violenza vd. (con alcuni richiami giurisprudenziali) X. PIN, *Droit pénal général*, Paris, 2023, 261 ss. Sul problema della rilevanza penale del *eigenmächtige Heilbehandlung* nel sistema tedesco vd., di recente, F. DIAMANTI, *Scriminanti incomplete e giudizi controfattuali*, Torino, 2019, spec. 165 ss.

amministrativo punitivo)<sup>211</sup>.

A ciò si aggiungono le perplessità che solleva la citata statuizione nella misura in cui, esclusa la responsabilità penale nel caso di esito favorevole dell'intervento non assentito (che rappresenta, *de iure condito*, una soluzione accettabile nel prisma del principio di offensività), la si è riconosciuta nel caso di risultati sfavorevoli, senza la (doverosa) limitazione alla concorrente violazione delle *leges artis*, ovvero sia all'errore tecnico, poiché - occorre rimarcarlo - non sussiste un'equazione tra intervento conforme alle regole operative e risultato favorevole dell'intervento sanitario<sup>212</sup>.

Situazione analoga, in termini di carenza di disciplina specifica, si registra nel sistema penale spagnolo. In tale contesto, dunque, alcuni autori negano *tout court* la riconducibilità al delitto di lesioni o di omicidio dell'atto medico, seppur realizzato in difetto del consenso libero e informato del paziente, laddove esso sia eseguito in conformità con le *leges artis*; ciò tanto per via del difetto di tipicità della condotta (anche negando che si sia al cospetto di un'azione socialmente deplorabile) quanto per carenza dell'elemento soggettivo<sup>213</sup>.

Tale ipotesi, a più forte ragione, viene esclusa da taluni studiosi della materia laddove il trattamento medico-chirurgico arbitrario sortisca un esito favorevole, in termini di miglioramento complessivo dello stato di salute del paziente. Si ritiene, infatti, che in questi casi manchi in radice il *desvalor de la acción*, elaborato nel contesto della teoria dell'imputazione oggettiva e, più in generale, la tipicità del fatto (lato obiettivo e subiettivo)<sup>214</sup>.

211 A. DE LIA, *Il rapporto di tensione tra intervento penale e medicina*, op. cit., 375 ss.

212 Sul punto, appare utile riportare, per comodità d'esposizione, alcuni passi della pronuncia: «le “conseguenze” dell'intervento chirurgico ed i correlativi profili di responsabilità, nei vari settori dell'ordinamento, non potranno coincidere con l'atto operatorio in sé e con le “lesioni” che esso “naturalisticamente” comporta, ma con gli esiti che quell'intervento ha determinato sul piano della valutazione complessiva della salute. Il chirurgo, in altri termini, non potrà rispondere del delitto di lesioni, per il sol fatto di essere “chirurgicamente” intervenuto sul corpo del paziente, salvo ipotesi teoriche di un intervento “coatto”; sibbene, proprio perché la sua condotta è rivolta a fini terapeutici, è sugli esiti dell'obiettivo terapeutico che andrà misurata la correttezza dell'*agere*, in rapporto, anche, alle regole dell'arte. È, quindi, in questo contesto che andrà verificato l'esito, fausto o infausto, dell'intervento e quindi parametrato ad esso il concetto di “malattia” di cui si è detto. Pertanto, ove l'intervento chirurgico sia stato eseguito *lege artis*, e cioè come indicato in sede scientifica per contrastare una patologia ed abbia raggiunto positivamente tale effetto, dall'atto così eseguito non potrà dirsi derivata una malattia, giacché l'atto, pur se “anatomicamente” lesivo, non soltanto non ha provocato - nel quadro generale della “salute” del paziente - una diminuzione funzionale, ma è valso a risolvere la patologia da cui lo stesso era affetto. Per esito fausto dovrà intendersi soltanto quel giudizio positivo sul miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute del paziente. Ove, invece, l'esito dell'intervento non sia stato fausto, nei sensi dianzi delineati, la condotta del sanitario, avendo cagionato una “malattia”, realizzerà un fatto conforme al tipo: e rispetto ad essa potrà dunque operarsi lo scrutinio penale, nella ipotesi in cui, difettando il consenso informato, l'atto medico sia fuoriuscito dalla innanzi evidenziata “copertura costituzionale”. Ciò non toglie, peraltro, che, nell'ambito della imputazione del fatto a titolo soggettivo - trattandosi pur sempre di condotta volta a fini terapeutici - accanto a quella logica incoerenza di siffatto atteggiamento psicologico con il dolo delle lesioni di cui all'art. 582 c.p., già posta in luce dalla prevalente dottrina e dai più recenti approdi giurisprudenziali di questa Corte, potranno assumere un particolare risalto le figure di colpa impropria, nelle ipotesi in cui - a seconda dei casi e delle varianti che può assumere il “vizio” del consenso informato - si possa configurare un errore sulla esistenza di una scriminante, addebitarle ad un atteggiamento colposo, ovvero allorché i limiti della scriminante vengano superati, sempre a causa di un atteggiamento rimproverabile a titolo di colpa (art. 55 c.p. e art. 59 c.p., comma 4)».

213 Ad esempio, A. JORGE BARREIRO, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, in *Cuad. Pol. Crim.*, 1982, 5 ss.

214 E. BACIGALUPO, *Acerca de la responsabilidad del médico ante el derecho penal*, in *Rev. Der. Públ.*, 1981, 667 ss; J. DE VICENTE REMESAL, *El consentimiento en las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas*, in *Rev. El. Cien. Pen. Crim.*, 2021, 23-19, 2021, 5: «le lesiones causate dal medico si considereranno generalmente,

Quanto, invece, alla violazione della sfera di libertà del paziente, la norma di riferimento potrebbe essere rappresentata dall'art. 172 c.p., anche se la struttura della figura e, in particolare, l'elemento costitutivo della violenza sembrano, in effetti, difficilmente compatibili con la maggior parte delle costellazioni di casi che potrebbero verificarsi nel contesto del *tratamiento médico*<sup>215</sup>.

In merito all'ipotesi di cambio di programma terapeutico in corso di intervento chirurgico/invasivo (che per il vero risulta la situazione che nella pratica determina maggiori incertezze per gli operatori sanitari), è chiaro che, allorché il paziente versi in stato di incoscienza e l'intervento si riveli urgente, nella prospettiva del pericolo per la vita o per l'integrità psico-fisica, possa - tra l'altro - intervenire (laddove il malato non abbia preventivamente espresso un dissenso) l'esimente dello stato di necessità di cui al comma 5 dell'art. 20 c.p. N

Negli altri, invece, appare tangibile la possibilità di contestazioni, che potrebbero insorgere *tanto* per via dell'esecuzione dell'intervento non assentito *quanto* in ragione della necessità per il paziente di sottoporsi ad un nuovo ed ulteriore intervento che, sotto certi profili, potrebbe essere considerato in termini di violazione, da parte del

---

*in caso di esito positivo, nella medesima prospettiva del tipo, come socialmente e giuridicamente adeguate, carente di tutti i profili dell'illecito».* Sul punto vd. anche le considerazioni di F. MUÑOZ CONDE, *Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico*, in Id. (coordinato da), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, 451 ss (il quale sottolinea che, in tali ipotesi, potrebbe valutarsi, al più, la sussistenza di profili di addebito rispetto a fattispecie poste a tutela della libertà individuale).

215 Per l'applicabilità di tale fattispecie (secondo una linea non isolata nel panorama dottrinale spagnolo) vd. però D.J. MARTÍNEZ MARTÍN, *Derecho penal. Parte general. II. Introducción a la teoría jurídica del delito*, IV. *Las consecuencias jurídicas del delito. El derecho penal de ejecución*, Madrid, 2002, 169. Vd., altresì, V. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *El delito de tratamiento médico arbitrario: una propuesta de lege ferenda*, in *Rev. El. Cien. Pen. Crim.*, 2017, 1-57. Questa autrice, inoltre, nell'escludere la configurabilità del delitto di lesioni (o di omicidio) in caso di esito favorevole dell'intervento abusivo, la ammette, tuttavia, in quello del risultato infausto. Il tutto prospettando, però, l'introduzione di una fattispecie incriminatrice *ad hoc* (evidentemente prendendo atto della forzatura legata a siffatta soluzione). Facendo leva sulla necessità di garantire la massima tutela dell'autodeterminazione del paziente, ha sposato la suddetta tesi, nel contesto del codice previgente, anche M. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, Madrid, 1987, 164, per il quale l'intervento non assentito con esiti sfavorevoli integrerebbe il delitto di lesioni colpose, o di omicidio. Vi è, però, da ribadire che l'applicabilità dell'art. 172 c.p. sembrerebbe assai limitata nel caso di una rigorosa esegesi del termine *violencia* che, secondo il *Diccionario panhispánico del español jurídico*, è la «*fuerza física que aplica una persona sobre otra*». Si tratta di un'accezione che corrisponde a quella accolta da molti studiosi italiani. Vd., ad esempio, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, 1999, 136: «violenza in senso proprio è l'impiego dell'energia fisica per vincere un ostacolo, reale o supposto» (vd. altresì A. PECORARO ALBANI, *Il concetto di violenza nel diritto penale*, Milano, 1962, 44 ss; M. MANTOVANI, voce *Violenza privata*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 936-938; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997, 74 ss). La dottrina spagnola, dal canto suo, ha evidenziato come la giurisprudenza in passato abbia frequentemente offerto un'interpretazione lasca del concetto, nonché di quello di *coacción* (sul punto vd. A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al derecho penal*, I, Madrid, 2014, 845), ritenendo integrata la violenza, agli effetti del diritto penale, nelle più disparate ipotesi di azioni abusive a carattere "unilaterale". Vi è, però, da rilevare come la giurisprudenza più recente, a seguito dell'introduzione della fattispecie di *stalking* (art. 172-ter c.p.) abbia evidenziato l'esigenza di fornire, per le figure compendiate nel codice che presentano l'elemento costitutivo *de quo* e, in particolare, proprio a quella descritta dai commi 1 e 3 dell'art. 172 c.p., un'interpretazione più restrittiva rispetto al passato, tanto da esigere che alla condotta di prevaricazione realizzata dal reo corrisponda una compromissione rilevante della capacità di autodeterminazione della vittima, ben percepita da tale soggetto (vd. STS, Sez. I, 26 gennaio 2022, n. 61/2022). Il che, ovviamente, restringe notevolmente il raggio d'azione della figura delittuosa in disamina nel contesto del rapporto medico-paziente.

professionista, della *lex artis*<sup>216</sup>.

Si è al cospetto di situazioni in cui regna l'incertezza e rispetto alle quali (in un contesto normativo in cui è difficile ammettere le figure del consenso presunto e dell'esimente incompleta)<sup>217</sup>, a ben considerare, è alto il rischio di diffusione di pratiche di medicina difensiva, ovverosia di comportamenti da parte del personale sanitario sbilanciati sull'esigenza di prevenire rimproveri in sede giudiziaria, piuttosto che orientati alla tutela della salute del paziente<sup>218</sup>.

Peraltro, su questo tema, si deve segnalare la sentenza STS, Sez. II, 26 ottobre 1995, n. 5310/1995, con la quale la Cassazione spagnola ha condannato un chirurgo per delitto di lesioni dolose in quanto, nel corso di un parto cesareo, aveva proceduto all'isterectomia in concomitanza con un'emorragia, in quanto tale amputazione, non consentita dalla paziente, era stata eseguita in condizioni avulse dallo stato di necessità. Il tutto statuendosi che «*al margen de la exigencia del previo consentimiento de la persona afectada, como determinante de la atipicidad de la conducta o como causa excluyente de la punibilidad (pues en nuestro derecho no parece posible hablar de que constituya una causa de justificación, como sucede en otros ordenamientos)*», non sussistendo, nel caso specifico, alcuna delle circostanze di esenzione dall'obbligo di acquisizione del consenso specificamente precisate dalla legislazione speciale né lo stato di necessità, l'opera del medico «*no puede considerarse lícita. El médico no puede llevar a cabo este tipo de intervenciones sin contar con la voluntad de la persona interesada ni, por supuesto, en contra de ella. Si, pese a ello, lo hace, no puede "justificar" su conducta alegando haber actuado en el ejercicio legítimo de su profesión*». Si tratta, per il vero, di una soluzione che - prescindendo dalla correttezza sotto il profilo tecnico dell'intervento - non appare condivisibile, tra l'altro, per via dell'eccessiva severità e delle aporie a cui conduce essa conduce: il medico risulterebbe responsabile (addirittura, secondo la linea accolta anche dal *Tribunal Supremo* nel pronunciamento sopra richiamato) per dolo (di omicidio o lesioni) per il solo fatto di aver realizzato, senza il consenso del paziente, un intervento con esito infausto, anche se tecnicamente ineccepibile, mentre si potrebbe giungere alla totale irresponsabilità in caso di intervento attuato con colpa lieve/lievissima, ma comunque in difformità delle *leges artis*; il medico, inoltre, potrebbe essere imputato per lesioni volontarie per il semplice fatto di aver operato senza il *consentimiento*, anche laddove l'intervento avesse sortito effetti favorevoli per

216 Sul punto vd. M. GARCÍA BLÁZQUEZ - J.J. MOLINOS COBO, *Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica (Aspectos jurídicos y médico-forenses)*, Granada, 1997, 353 s., secondo i quali «*si en el curso de la intervención se plantea otra nueva para la que no se prestó el consentimiento, en este caso habrá que considerar las siguientes opciones para las que se marcan unas líneas orientadoras, pues se tratará de una decisión normalmente muy rápida y marcada por el criterio técnico de la conveniencia o no de la nueva operación. Si la nueva actuación es necesaria para llevar a cabo la primera, el consentimiento debe entenderse prestado, ya que recae sobre la intervención y sobre cuanto sea necesario para ésta. Si la nueva intervención no es complicada, puede presumirse el consentimiento, pues parece ilógico obligar a sufrir de nuevo los inconvenientes de otra intervención, cuando con una sola bastaría. En todo caso, si no hay premura, lo razonable será pedir el consentimiento de los familiares que se encuentren presentes. Si la nueva actuación supone unos riesgos extraordinarios, inexistentes en la anterior, habrá de solicitarse un nuevo consentimiento, a no ser que ello suponga una demora que coloque en grave peligro la salud del paciente*».

217 C.M.R. CASABONA, *¿Es oportuna la incorporación al código penal de llamado delito de tratamiento médico arbitrario?*, in Id. - A. Perin, Id. - C.M.R. Casabona (a cura di), *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal*, op. cit., 37-38.

218 Il problema della c.d. "medicina difensiva" è particolarmente avvertito in Spagna, tanto dalla dottrina quanto dall'opinione pubblica. Secondo i dati riportati da *Fundación Economía y Salud* sul proprio sito *web* nell'aprile del 2022, più dell'80% dei medici spagnoli avrebbe riferito agli intervistatori (incaricati di eseguire un'indagine statistica) di aver posto in essere atti la medicina difensiva (o, addirittura, di praticarla abitualmente). Si tratta, peraltro, di un dato confermato anche dalla *Sociedad española de Salud Pública y Administración Sanitaria* (SESPAS) e da altri enti pubblici attivi nel settore.

il paziente, mentre un'attività sanitaria assentita ma realizzata scorrettamente, con effetti lesivi non letali, potrebbe al più condurre ad un addebito per *imprudencia*.

Per altro verso, una parte consistente della dottrina spagnola<sup>219</sup> (secondo una linea sposata anche dalle Sezioni Unite nella citata pronuncia "Giulini") la violazione dell'obbligo incombente sul medico in termini di informazione e di preventiva acquisizione del consenso costituirebbe, *ex se*, inadempimento di una regola cautelare, tanto da rendere tipico l'atto abusivo agli effetti delle fattispecie di omicidio o lesioni.

Tale approdo, che secondo una parte della dottrina<sup>220</sup> sarebbe finalizzato a evitare inammissibili vuoti di tutela, si rivela, però, non conforme alla stessa teoria dell'imputazione oggettiva accolta in Spagna<sup>221</sup> e, in particolare, alla sua proiezione dello scopo di protezione della norma, atteso che la regola che impone l'acquisizione preventiva del consenso, a seguito di adeguata informazione resa al paziente, ha lo scopo di presidiare la libertà dell'individuo, e non la sua salute<sup>222</sup>. Con la conseguenza che il teorema di cui sopra potrebbe trovare avallo, a rigore, solo allorquando si dimostrasse, in concreto, che l'omissione avesse impedito al medico di acquisire, attraverso il dialogo con il paziente o i suoi familiari, dei dati che si sarebbero rivelati decisivi per il buon esito del trattamento.

#### **8. Conclusioni. "Più civile che penale". La riduzione dell'intervento penale nel settore sanitario è davvero la soluzione migliore per limitare il fenomeno della medicina difensiva e per garantire l'innalzamento dei livelli di sicurezza e di qualità delle cure?**

A conclusione delle osservazioni che sono state dianzi sviluppate, si può rilevare che il sistema spagnolo (nel quale non è configurabile la responsabilità delle *personas jurídicas* per fatti di omicidio o lesioni nel contesto medico-chirurgico)<sup>223</sup> presenta<sup>224</sup> numerose particolarità rispetto a quello italiano, che si concretizzano, tra l'altro: a) nella limitazione della responsabilità per fatti di omicidio o lesioni, nel caso in cui gli eventi avversi si verificano per colpa lieve o lievissima imputabile al personale sanitario; b) nella disciplina dell'illecito plurisoggettivo, ovverosia del lavoro in *équipe*, in ragione della carenza di una fattispecie generale *ad hoc* (assimilabile all'art. 113 del codice penale italiano). Il che conduce ad un approccio atomistico alla colpa che, nell'importare una forte restrizione delle ipotesi di addebito, sembra porre il sistema in netto ritardo rispetto alle esigenze della modernità e di regolamentazione di rischi "complessi"; c) nella carenza di un sistema di "codificazione" delle norme comportamentali, dalla quale derivano gli effetti negativi pure descritti in corso d'opera (anche nella prospettiva dell'incertezza che caratterizza i giudizi di responsabilità).

Come si è dianzi osservato, inoltre, le scelte del legislatore spagnolo, che negli ultimi anni sono state ispirate dall'esigenza di contenere l'intervento penale nel settore medico, al fine di limitare il fenomeno della medicina difensiva, ad uno con l'adesione giurisprudenziale alla teoria dell'imputazione oggettiva (che, elaborata dalla dottrina tedesca, è stata importata,

219 Di cui dà conto il medesimo Casabona, nell'opera da ultimo citata.

220 Vd. J. DE VICENTE REMESAL, *El consentimiento en las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas*, op. cit.

221 Ove pure diversi studiosi della materia (vd. Gómez Rivero e Romeo Malanda) hanno segnalato, per l'appunto, l'opportunità di un intervento normativo *ad hoc* per disciplinare penalmente l'intervento medico arbitrario.

222 In questo senso, nella giurisprudenza nostrana, vd. Cass., Sez. IV, 24 marzo 2015, n. 21537.

223 L'art. 31-*quinquies* c.p., peraltro, esclude *in radice* la responsabilità degli enti pubblici, nel cui novero rientrano gli enti ospedalieri di proprietà dello Stato o di altri enti pubblici.

224 Al di là di alcune affinità, che attengono anche alla criticità dell'approccio al c.d. "trattamento sanitario arbitrario", da sempre in bilico tra esigenza di tutela della libertà di autodeterminazione del paziente e (in sistemi che non contemplano figure incriminatrici *ad hoc*, come quello italiano e spagnolo) del rispetto del principio di legalità.

non senza qualche spunto di originalità, da quella spagnola), la quale persegue la finalità di individuare criteri limitativi della responsabilità penale, anche in ambito colposo (seppur provocando, talora, qualche “effetto collaterale”, indesiderato, in termini di eccessiva valorizzazione pretoria del rischio, con svalutazione di altri elementi dell’illecito), hanno avuto come risultato l’estrema limitatezza del contenzioso penale da *mala praxis medica*, come emerge dall’esame dei repertori e, soprattutto, dei casi sottoposti negli ultimi anni all’attenzione del *Tribunal Supremo*. Ciò, allora, sembra svincolato dal livello qualitativo dei servizi sanitari offerti che, per quanto si è rimarcato, non risultano elevatissimi, specie in considerazione degli scarsi investimenti pubblici nel settore. Ecco, allora, che il contenzioso risulta concentrato in ambiente civilistico, come attestano i dati riportati da molti organi di informazione, che hanno evidenziato una situazione non proprio tranquillizzante rispetto alla sicurezza delle cure e alla frequenza della *malpractice*<sup>225</sup>.

Sicché, se *da un lato* si può rimarcare (guardando all’esperienza spagnola) che il rischio di contestazioni in sede civile-risarcitoria si mostra idoneo a condizionare, comunque, il fenomeno della *self defence* (alimentandolo), *dall’altro* è opportuno evidenziare, allora, che l’esclusione della responsabilità penale per condotte connotate da colpa particolarmente tenue (pure difficilmente definibile) - talora prospettata in ottica *de iure condendo* anche da alcuni studiosi italiani richiamando, per l’appunto, il modello spagnolo - depotenziando la capacità preventiva dello *ius criminale*, non sembra poter incidere in maniera positiva sui livelli di qualità e di sicurezza delle cure. Insomma, *¿Es más verde el jardín del vecino?*

---

225 Vd., ad esempio i dati riportati dall’articolo del 16 gennaio 2021, sul sito *web www.theobjective.com*.