



Universidad
de Alcalá

“La imprudencia médico-sanitaria”

Health medical recklessness (imprudence)

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA PROFESIÓN DE ABOGADO

Autora: D^a. Rocío Juárez Peña

Tutor: Dr. Carlos García Valdés

Co-tutor: Dr. Esteban Mestre

Alcalá de Henares, a 30 de enero de 2018

RESUMEN

El trabajo tiene por finalidad analizar la responsabilidad del médico desde el punto de vista del Derecho Penal y se centra en: cómo está recogida la imprudencia dentro del Código Penal español; se analizan los conocimientos y las capacidades que debe poseer el médico para ser considerado autor de los delitos relacionados con la imprudencia profesional; se trata de manera pormenorizada la imprudencia penal del médico y dentro de ella se estudian la infracción del deber de cuidado, la relación de causalidad y la imputación objetiva del profesional sanitario; y por fin, se habla del principio de confianza en la división de trabajo tanto horizontal como vertical y cómo afecta éste a la punibilidad y para concluir, se hace un estudio exhaustivo de la comisión por omisión en el ámbito de la medicina.

ABSTRACT

The work aims to analyze the responsibility of the doctor from the point of view of criminal law and it focuses on: how is collected recklessness in the Spanish Penal Code; knowledge and skills they must possess to be considered medical perpetrator of the crimes related to professional negligence are analyzed; detail is criminal negligence of the doctor and within it a breach of duty of care are studied, causation and Causation of health professionals; and finally, there is talk of the principle of trust in the division of both horizontal and vertical work and how it affects the criminal liability and to conclude a comprehensive study by omission in the field of medicine is made.

PALABRAS CLAVE

Imprudencia médico- sanitaria

Responsabilidad médica

Derecho Penal

Imprudencia profesional

Principio de confianza

División de trabajo

Comisión por omisión

KEY WORDS

Health medical recklessness (imprudence)

Medical liability

Criminal Law

Professional recklessness

Principle of confidence

Division of work

By omission

LISTA DE ABREVIATURAS

AA.PP.	Administraciones Públicas
Art / arts.	Artículo / artículos
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
F.J.	Fundamento Jurídico
<i>Idem</i>	Lo mismo/ el mismo
Ppio.	Principio
SS	Sentencias
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	7
II.	LA IMPRUDENCIA EN EL CÓDIGO PENAL LO 1/2015	9
	1. Concepto	9
	2. Clases	10
	3. Su incidencia en las profesiones sanitarias	15
III.	LOS CONOCIMIENTOS Y CAPACIDADES DEL AUTOR	19
IV.	LA IMPRUDENCIA PENAL MÉDICA	23
	1. Concepto de tratamiento médico- quirúrgico	23
	2. Fundamento de la imprudencia punible	25
	2.1. La infracción del deber de cuidado	26
	2.2. La relación de causalidad.....	31
	2.3. La imputación objetiva	31
	2.4. Relación de imputación entre la acción imprudente y el resultado lesivo	33
	2.4.1. La incidencia de la actividad médica en una lesión previa.....	36
	2.4.2. La responsabilidad médica por los daños producidos a largo plazo.....	41
V.	EL PRINCIPIO DE CONFIANZA	43
	1. El ppio. de confianza en la división horizontal de trabajo	44
	2. El ppio. De confianza en la división vertical de trabajo	45
VI.	LA COMISIÓN POR OMISIÓN	47
	1. Equivalencia estructural como presupuesto de la imputación	48
	1.A. Presupuestos de la posición de garantía del médico.....	48
	1.A.1. Supuestos en los que el sujeto que se opone al tratamiento tiene voluntad de poner fin a su vida	51
	1.A.2. Supuestos en los que la negativa al tratamiento no está modificada por la voluntad de morir.....	52

<i>I.B.</i> Los límites hasta los que se extiende la posición de garante del médico.....	55
<i>I.C.</i> La comprobación de que el comportamiento del garante representa una omisión no cubierta por el riesgo permitido y que incrementa las posibilidades de producción del resultado.....	57
2. Exigencia de equiparación valorativa como juicio de imputación del resultado producido.....	58
VII. CONCLUSIONES	60
VIII. BIBLIOGRAFÍA	65
IX. LISTA DE WEBS CONSULTADAS	65

I. INTRODUCCIÓN

Antes de comenzar a hablar del tema del trabajo en sí, creo oportuno definir el concepto de responsabilidad: “en términos jurídicos puede delimitarse en razón del campo de actuación jurídica en el que se la esté exigiendo: responsabilidad civil, administrativa o penal”¹ y exponer los diferentes tipos de responsabilidades en los que se puede incurrir.

En primer lugar, debemos hacer mención a la responsabilidad civil, ésta gira en torno a la obligación de indemnizar el daño causado. Estamos ante supuestos en los que el causante tiene la obligación de reparar el daño causado (por su acción u omisión) a otra persona, la cual no tiene por qué soportarlo. Dentro de ésta responsabilidad existen tres tipos: 1. La responsabilidad civil contractual; 2. La responsabilidad civil extracontractual; 3. La responsabilidad civil derivada de la responsabilidad penal.

La responsabilidad civil es la exigible en virtud de los preceptos 1.101, 1.106 y correlativos del Código Civil (CC), sobre responsabilidad contractual, y también del art. 1.902 del mismo, sobre responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad civil se mueve en torno al concepto de culpa. Si hay culpa, existe responsabilidad. En caso de que no haya culpa, no hay responsabilidad. La culpa comprende desde las conductas dolosas hasta las culposas o imprudentes, ya sea a título de negligencia grave o leve (siempre con inteligencia y voluntad del causante del daño).

En segundo lugar, debemos hacer mención a la responsabilidad administrativa, es la responsabilidad de las Administraciones Públicas (en adelante AA.PP.), y también de los funcionarios, empleados públicos o agentes terceros que incurrieran en culpa o negligencia.

La responsabilidad patrimonial se refiere al componente económico o de reparación económica de las AA.PP.

¹ FUENTES BARDAJÍ, J. de (Dir.) y ZABALA GUADALUPE, J.J. (Coord.), Manual sobre *La responsabilidad sanitaria*, Abogacía General del Estado, Aranzadi Thompson Reuters, 2009. P. 119.

Y en tercer lugar, encontramos la responsabilidad penal, que es la que nos interesa en este trabajo (más concretamente, la imprudencia penal médico-sanitaria) y es aquella derivada del ilícito penal, es la primera -por orden de prioridades- de las responsabilidades exigibles.

Añadir que, junto con la responsabilidad penal también se exigirá la responsabilidad civil derivada de ese delito o falta.

La responsabilidad penal surge cuando se comete un delito y el principal problema que se plantea en esta jurisdicción es la exigencia de responsabilidad por imprudencia².

Finalmente, cabe decir que la exigencia de responsabilidad frente a resultados que producen daños en el ámbito médico-sanitario se reivindica cada vez con mayor fuerza en los distintos órdenes jurisdiccionales, de ahí la importancia de determinar cuándo existe realmente una responsabilidad por imprudencia, cuál es la gravedad de la misma, y ajustar la respuesta sancionadora al acto del que proviene, así como la correspondiente indemnización³.

² CARRO GONZÁLEZ, FCO. JAVIER, Tesis Doctoral sobre “*Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria*”, dirigida por BELLO JANEIRO, DOMINGO. Universidad da Coruña. 2014. Págs. 14-16.

³ GUERRERO ZAPLANA, JOSÉ, (Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo), *Criterios de reparación del daño*, artículo publicado en la Guía práctica de las reclamaciones sanitarias, Enero 2013, ISBN 978-84-9898-514-6 (BIB 2013/8988).

II. LA IMPRUDENCIA EN EL CÓDIGO PENAL LO 1/2015

1. Concepto

Según el artículo 10 CP, “son delitos las acciones y omisiones, dolosas o imprudentes penadas por la Ley” y continúa diciendo el art. 12 C.P, “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley⁴”. Si este es nuestro punto de partida, tendremos claro que debemos esperar que toda acción u omisión imprudente que no se encuentre específicamente tipificada en nuestro Código Penal carecerá de consecuencias penales.

En el delito imprudente el sujeto no quiere cometer el hecho previsto en el tipo, pero lo realiza por infracción de la norma de cuidado, es decir, por inobservancia del cuidado debido. El término imprudente equivale al de culpa.

En el CP español, la imprudencia se castiga sólo cuando a consecuencia del comportamiento negligente se lesionan determinados bienes jurídicos de especial trascendencia: vida, salud, medio ambiente, etc.

Los delitos que en el Código Penal se enlazan con conductas imprudentes que puedan afectar al profesional sanitario son exclusivamente los siguientes:

- 1.- Homicidio imprudente (art. 142 CP).
- 2.- Lesiones imprudentes (art. 152 CP).
- 3.- Lesiones al feto imprudentes (art. 158 CP).
- 4.- Manipulación genética imprudente (art. 159 CP).
- 5.- Sustitución imprudente de un niño por otro en centros sanitarios (art. 220 CP).

⁴ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, del Código Penal.
http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.11t1.html#a10

2. Clases

A) Según el contenido psicológico de la acción imprudente, se distingue entre culpa consciente y culpa inconsciente:

- La *culpa consciente* se da cuando, si bien no se quiere causar la lesión, se advierte su posibilidad y, sin embargo, se actúa: se reconoce el peligro de la situación, pero se confía en que no dará lugar al resultado lesivo. Si el sujeto deja de confiar en esto, concurre ya dolo eventual.
- La *culpa inconsciente* supone, en cambio, que no sólo no se quiere el resultado lesivo, sino que ni siquiera se prevé su posibilidad: no se advierte el peligro.

La distinción entre culpa consciente y la inconsciente es necesaria para la distinción entre dolo eventual e imprudencia. Por otra parte, condiciona la imputación subjetiva de la infracción del deber objetivo de cuidado: a igual gravedad de esta infracción, mayor imputación subjetiva de la misma en la culpa consciente.

B) La *impericia profesional*, es una categoría especialmente importante de supuestos que reciben este nombre. La imprudencia profesional consiste en la carencia de los conocimientos que le son exigibles al sujeto por su cualificación profesional. El CP toma en consideración estos supuestos (así, en el homicidio, el aborto y las lesiones imprudentes: arts. 142, 146, 152 y 158) para añadir penas de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo⁵.

El Tribunal Supremo sólo castiga la imprudencia como profesional si supone una gravísima impericia, impropia de quien debe enfrentarse a situaciones de riesgo propias de esta profesión (STS 537/2005, de 25 de abril).

⁵ MIR PUIG, SANTIAGO (Catedrático de Derecho Penal), *Derecho Penal: Parte General*, 9ª ed. Editorial Reppertor, Barcelona 2011. Págs. 292- 295 y 298.

La capacidad del sujeto se tiene en cuenta a la hora de determinar cuál es su deber de cuidado, es decir, si carece de la preparación suficiente para afrontar una situación de riesgo, entonces su deber de cuidado no consiste en controlar en la medida de lo posible dicho riesgo, sino en sencillamente no realizar la actividad, precisamente para no incrementar el riesgo que dicha situación conlleva.

Por lo tanto, el deber de cuidado se configura en virtud de las capacidades personales del sujeto y ello no quiere decir que se exija más al que más sabe sino al contrario, se le exige lo mismo que al menos experto: desplegar todo su saber para evitar la lesión del bien jurídico protegido.

Bajo estas premisas, el hecho de que el sujeto sea o no sea profesional no puede incrementar la pena por cometer una imprudencia en el ámbito de su profesión. Así pues, la inhabilitación especial que prevé nuestro Código Penal como sanción específica para la imprudencia profesional debería desaparecer, teniendo en cuenta que la pena principal (de prisión en la mayoría de los casos de imprudencia grave) conlleva como pena accesoria esa misma inhabilitación, pero por un período de tiempo muy inferior⁶.

Como establecen numerosas resoluciones del Tribunal Supremo (SSTS 2.252/2001 de 29-11 (RJ 2002, 1787) ; 1.920/2001 de 26-10 (RJ 2001, 9390) ; 1.133/2001 de 11-06 (RJ 2003, 2460) ; 703/2001 de 28-04 (RJ 2001, 7122) ó 14-02-1997 , entre otras muchas); *las infracciones culposas o por imprudencia están constituidas por los siguientes elementos:*

a) Material.- La producción de un resultado dañoso que sea la parte objetiva o material de un tipo doloso, así la muerte o las concretas lesiones.

b) Normativo. - La infracción de una norma de cuidado, cuyo aspecto interno es del deber de percatarse de la presencia del peligro, y cuyo aspecto externo es el deber de

⁶ CARRO GONZÁLEZ, FCO. JAVIER, Tesis Doctoral sobre “*Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria*”, dirigida por BELLO JANEIRO, DOMINGO. Universidad da Coruña. 2014. Págs. 68 y 69.

comportarse conforme a las normas de cuidado previamente advertido, que es la base de la antijuridicidad del ilícito penal imprudente.

“Aunque no siempre el dato de la ausencia de contravención de una norma determina la conformidad a derecho de la conducta. Un ejemplo en este sentido lo ofrece la STS de 18 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 9448), que condenó al Director de un Hospital y a la jefa del Servicio de hematología por autorizar la realización de transfusiones de sangre sin someterla a las pruebas de detección de anticuerpos del SIDA. Pese a que aun no estaba en vigor la Orden que requería analizar la presencia de anticuerpos del SIDA en la sangre destinada a transfusión, en el momento de los hechos ya se conocía el riesgo del contagio⁷”.

En el ámbito de la imprudencia médica, como imprudencia profesional, este elemento normativo se cifra en la infracción de la llamada "lex artis", es decir, no se trata de la infracción de meras normas comunes de cuidado, sino las del conocimiento y aplicación de los saberes específicos para los que se ha recibido una especial capacitación (STS 811/1999 (RJ 1999, 5253) de 25-05). Es decir, ha de tratarse de una imprudencia profesional, relacionada con los saberes y habilidades que da la condición de profesional capacitado en una rama de actividad y no de la imprudencia de un profesional, cosa substancialmente distinta ya que la agravada impericia profesional en que consiste el tipo se caracteriza en el sentido de la ley por la trasgresión de deberes de la técnica propia por evidente falta de tino, lo que constituye un subtipo agravado caracterizado por una culpa más grave y no por una mera cualificación por la condición profesional del sujeto (SSTS 547/2002 de 7-03 (RJ 2002, 5663) ; 1.823/2002 de 07-11 (RJ 2002, 10599) ó 537/2005 de 25-04 (RJ 2005, 6547)).

La lex artis es así el parámetro de inserción de la actividad profesionalmente realizada con la norma de cuidado cuya inobservancia desencadena el resultado, es la regla de actuación que establece la ciencia médica, el criterio valorativo de la corrección

⁷ Monografías: “*Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II. Comentario al art. 142 del Código Penal*”. BIB 2015\4745. Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2015. ISBN 978-84-9098-781-0.

del acto sanitario ejecutado por el profesional de la enfermería y cuya infracción es la que desencadena el resultado como condición necesaria de éste.

c) Subjetivo .- Que se haya querido la conducta descuidada, con conocimiento del peligro o sin él, en el sentido de que se haya prescindido voluntariamente de la *lex artis* ; pero no el hecho resultante de tal conducta, pues caso contrario habría dolo.

d) Psicológico .- Previsión o la posibilidad de un resultado dañoso por parte del sujeto activo de la acción, el poder o facultad del agente de poder conocer y prevenir un riesgo o peligro susceptible de determinar un daño que en el caso de este tipo de imprudencia está inevitablemente relacionado con la cualificación profesional del sujeto activo.

e) Lógico.- Nexo de causalidad entre la acción y el resultado lesivo o relación causal entre la conducta descuidada e inobservante de la norma objetiva de cuidado, como originario y determinante del resultado lesivo sobrevenido.

Debe insistirse que en el caso de la imprudencia sanitaria para imputar jurídicopenalmente un resultado de muerte y/o lesión a una conducta en el marco de la actividad sanitaria es necesario que, junto a la inexistencia de dolo, concurren los siguientes elementos:

1.- *La creación de un riesgo típicamente relevante en relación a la vida y/o salud de la persona del paciente*, elemento que en el injusto imprudente se vincula, como hemos dicho, con la infracción de la norma de cuidado, esto es, la acomodación o no del profesional en su actuación al estándar técnico aplicable al caso, calificando los hechos como constitutivos de un delito de homicidio imprudente en atención, a la gravedad de la norma de cuidado conculcada.

2.- *La denominada relación de riesgo, o imputación "objetiva"* en sentido estricto, es decir, la prueba de que el resultado de muerte y/o lesión producido es imputable al riesgo ex ante creado, o más concretamente, a la norma de cuidado vulnerada por el facultativo en cuestión, debiendo acreditarse en los casos de omisión que el tratamiento o actuación correcta hubiera evitado en una probabilidad rayana a la

seguridad dicho resultado lesivo. Asimismo debe destacarse que la imputación de responsabilidades penales en el ámbito de la actividad médica resulta especialmente compleja entre otras razones por la inexactitud, la relatividad y la imposibilidad de establecer reglas apriorísticas y generales en el marco de este saber humano sin que se pueda caer en la muy errónea y, no obstante, frecuente apreciación de confundir la Biología con la Ingeniería. Precisamente la excesiva contingencia que caracteriza la actividad médica es lo que explica la esencial relevancia de la prueba pericial en estos casos para determinar en el caso concreto si el comportamiento a examen se ha ajustado o no a la conducta técnica adecuada, base sobre la cual ha de partirse a la hora de valorar en qué medida se ha infringido en el caso concreto la norma de cuidado, auténtico fundamento del denominado tipo imprudente, pivotando sobre el resultado del mismo el sentido de su decisión. Ello no significa que el Tribunal deba someterse ciega y necesariamente a lo dispuesto en el correspondiente dictamen pericial médico solicitado, pero sí que tales dictámenes juegan un papel esencial a los efectos de concretar y apreciar los distintos elementos necesarios para la imputación a título de imprudencia profesional.

Es esencial para esta imputación objetiva observar en el caso de las imprudencias sanitarias que la causa eficiente del resultado dañoso no puede ser la causa médica final del fallecimiento. Así, por ejemplo, la parada cardiorespiratoria o la fibrilación ventricular compatible con la enfermedad previa, sino que lo es la causa inmediata de esa causa final, es decir, la causa que de modo indubitado tras la prueba practicada prepare, condicione o complete la acción de la causa inmediatamente originadora de la muerte (STS 27-01-1993 (RJ 1993, 190) u 11-02-1992 (RJ 1992, 1121)), en otras palabras, el acto médico o sanitario y su desarrollo sometidos a enjuiciamiento jurídico, que no profesional o técnico⁸.

⁸ Juzgado de lo Penal de Sevilla, sentencia núm. 502/2012, de 21 diciembre, F.J. Primero, (ARP/2012/1410).

3. Su incidencia en las profesiones sanitarias⁹

La entrada en vigor del nuevo texto legislativo del Código Penal tuvo lugar el día 1 de julio de 2015, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Final Octava y tuvo una gran incidencia en el ejercicio de las profesiones sanitarias.

Se suprimen las faltas que históricamente se regulaban en el Libro III del Código Penal, si bien algunas de ellas se incorporan al Libro II del Código reguladas como delitos leves, pero la reducción del número de faltas - delitos leves en la nueva regulación que se introduce- viene orientada, señala el legislador, por el principio de intervención mínima del Derecho Penal.

Con esta decisión se pretende facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles.

La nueva reforma reconduce las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia profesional leve hacia la jurisdicción civil o, en su caso, a la contencioso administrativa, de manera que únicamente van a resultar constitutivos de delito el homicidio y las lesiones por imprudencia profesional grave, así como el homicidio y las lesiones por imprudencia profesional menos grave que formarán parte del “catálogo” de delitos leves. La reforma ofrece una nueva distinción entre la imprudencia grave, menos grave y leve.

Así, señala el Preámbulo que esta fórmula dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche y que, al mismo tiempo, permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal. Leve sí, pero delito que antes era falta y cuyo plazo de prescripción pasará de los seis meses, que existía para las faltas, al año para estas novedosas infracciones.

Delitos de homicidio y lesiones por imprudencia profesional: son las dos figuras delictivas que con mayor frecuencia se presentan en el ejercicio diario de la profesión

⁹ RIVAS, JOSÉ MIGUEL y SAGRERA, GONZALO (ASJUSA Abogados). Artículo: “El nuevo Código Penal y su incidencia en las profesiones sanitarias”.

sanitaria. Se introduce la comisión de estos dos tipos delictivos por imprudencia menos grave, constituyendo así delitos leves, con las particularidades de que no llevan aparejada pena de prisión, no llevan aparejada pena accesoria de inhabilitación profesional y sólo son perseguibles a instancia del perjudicado o agraviado.

En su forma de comisión por imprudencia grave se mantienen básicamente las mismas consecuencias punitivas.

A modo de resumen, podemos decir que el homicidio por imprudencia grave que se encuentra regulado en el artículo 142 del Código Penal, unifica en su apartado 1 las distintas modalidades; introduce la comisión por imprudencia menos grave, elevando las penas de multa de 3 a 18 meses, manteniendo el requisito de procedibilidad, es decir, que sólo sea perseguible a instancia del perjudicado.

En cuanto al delito de lesiones por imprudencia grave, regulado en el artículo 152, se unifican también las modalidades en el apartado 1, si bien junto a la pena de prisión se introduce la alternativa de multa de 6 a 18 meses, atendiendo al riesgo creado y al resultado producido. La inhabilitación por imprudencia profesional se reduce de 6 meses a 4 años. Y por imprudencia menos grave, se elevan las penas de multa previstas de 3 a 12 meses, manteniendo el requisito de procedibilidad, derivando las lesiones cometidas por imprudencia leve a la jurisdicción civil.

Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Se abre aquí una regulación importante para el sector, pues puede pasar a redefinir y delimitar la responsabilidad penal de diversas instituciones o centros sanitarios, tales como clínicas u hospitales. Además, se introduce ya la mención a las pequeñas y medianas empresas, entre las que se encuentran infinidad de pequeñas clínicas relacionadas con el sector socio sanitario. En este sentido, la falta del debido cumplimiento del control de las obligaciones de la persona jurídica podrá suponer consecuencias jurídicas penales para la propia organización, si se cometen delitos por parte de sus empleados y en beneficio de la entidad.

Intrusismo profesional: <<Se incrementan las penas de multa previstas en el tipo básico; y se mejora la redacción actual de estos delitos incluyendo dentro del supuesto agravado aquéllos en que el culpable ejerce actos propios de una determinada profesión,

no sólo cuando se atribuye públicamente la condición de profesional, sino también cuando realiza tales actos en un local o establecimiento abierto al público en el que se anuncia la prestación de servicios propios de aquella profesión. Con ello se pretende hacer frente a supuestos de intrusismo que no están expresamente previstos en la legislación actual, pero que son frecuentes en la práctica y suponen un evidente fraude que se debe sancionar. A tal efecto se modifica el artículo 403 del Código penal, que queda redactado como sigue:

“1. El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de seis a doce meses.

2. Se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años si concurriese alguna de las siguientes circunstancias: a) Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido. b) Si el culpable ejerciere los actos a los que se refiere el apartado anterior en un local o establecimiento abierto al público en el que se anunciare la prestación de servicios propios de aquella profesión¹⁰”>>.

Delito de atentado: Incluye, por fin, una nueva definición de atentado en la que ya aparece de forma explícita que en todo caso se considerará autoridad a los efectos del sujeto pasivo el funcionario sanitario en el ejercicio de sus funciones y también miembros del personal sanitario o equipos de socorro que estén actuando con ocasión de un siniestro, calamidad pública o situación de emergencia, con intención de impedirles el ejercicio de sus funciones y una reconducción de la falta de consideración y respeto a la autoridad a un delito leve, plasmándose así en el texto legal lo que ya venía siendo aceptado jurisprudencialmente.

¹⁰ SARDINERO, CARLOS (Abogado y Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Penal en la Universidad Carlos III de Madrid). *La imprudencia profesional ante la profunda reforma del Código Penal*. Actualidad del derecho sanitario, nº 226, mayo de 2015, ref. 283.

Amenazas: Pasan a ser subtipos atenuados de los respectivos delitos y solo serán perseguibles a instancia de parte. Cabe mencionar también la novedad introducida en la reforma relativa a la posibilidad de incluir perfiles de condenados en la base de datos de ADN, la falsificación de productos médicos y otra tipología de delitos asimilables que puedan suponer amenazas para el derecho a la salud y a la integridad física y corporal.

III. LOS CONOCIMIENTOS Y CAPACIDADES DEL AUTOR¹¹

El ejercicio de la actividad sanitaria requiere una especial capacitación por parte del profesional, en sus límites mínimos, es decir, en la obtención del correspondiente título que le habilite para el ejercicio de la actividad en cuestión.

En la profesión médica a veces resulta imposible delimitar lo que pertenece al ámbito de los conocimientos, por un lado, y a las capacidades especiales, por otro.

El Código Penal no contiene declaración alguna sobre si las especiales circunstancias del autor deben tenerse en cuenta en la determinación del deber de cuidado.

En la doctrina se han defendido dos posiciones extremas. La primera, que puede considerarse mayoritaria, es la que se conoce como la “teoría de los dos peldaños”. Conforme a ésta, el tipo del delito imprudente se completa con la contravención de baremos objetivos, relegando el estudio de los poderes individuales del autor, al menos por lo que a sus capacidades especiales se refiere, al ámbito de la culpabilidad. Para esta primera postura la atención a las circunstancias personales del autor no tiene lugar de forma individual, sino en cuanto miembro de una generalidad o colectivo cuya pertenencia obliga a determinadas formas de comportamiento.

Frente a esta postura, la segunda viene representada por aquellos autores que conceden relevancia a dichos aspectos a la hora de configurar el injusto de la conducta y puede contemplarse en realidad como una fase más en la evolución de la concepción personal de lo injusto. Esta concepción señala que, en último término, todo se reduce a comprobar si el sujeto individualmente considerado estaba en condiciones de evitar el resultado lesivo.

En contraposición a ambas posturas, existen otras propuestas que pueden calificarse como intermedias. Entre ellas destaca la que propone un tratamiento diferenciado según

¹¹ GÓMEZ RIVERO, M^a DEL CARMEN (Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Sevilla), *La responsabilidad penal del médico*, 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. Págs. 381-398.

las capacidades del autor sean inferiores o superiores a la media. Esta tesis sostiene que mientras la valoración de las capacidades inferiores a lo que se tiene por normal debe hacerse en sede de culpabilidad, las capacidades especiales habrían de valorarse en sede de injusto, y el apoyo lo encuentra en la convicción de que es la única solución que permite castigar por imprudencia a quien no utiliza las capacidades especiales que posee.

Es pertinente señalar que la forma en que deban influir los conocimientos del autor no se presenta como algo especialmente conflictivo. Se suele manejar como baremo de determinación del deber objetivo de cuidado, en el tipo de injusto del delito imprudente, la referencia a la que habría sido la actuación de un hombre medio, si bien teniendo en cuenta los conocimientos que le sean propios al autor en función de las circunstancias del caso. Esto es lógico si se repara en que dichos conocimientos especiales resultan ya indispensables en el ámbito previo de la imputación, viniendo a delimitar el espectro de conductas sobre las que tiene sentido plantarse los perfiles del deber de cuidado.

Trasladando lo anterior al ámbito de la actividad médica, al deber de cuidado pertenecen de forma indiscutida aspectos como el conocimiento de la especial debilidad del paciente o su estado físico, circunstancias que pueden convertir en peligroso un tratamiento que en otro caso estaría perfectamente indicado. Pero también, en el capítulo de conocimientos especiales deben comprenderse los conocimientos proporcionados por la experiencia.

Pero también en el caso inverso en el que el médico emprende el acto médico en cuestión pese a no tener los conocimientos que le eran exigibles, el reproche que por ello se le formule incide de lleno en el ámbito de la infracción del deber de cuidado. Esto sucede por ejemplo, en el caso del anestesista que antes de proceder a la anestesia del paciente no mide su presión arterial, o en el médico que no se asegura de que la enferma a la que prescribe un tratamiento contraindicado en caso de embarazo o se halla en tal estado. En ninguno de estos casos encontrará el Tribunal dificultad alguna para tachar la conducta como negligente.

Cuando se trata de valorar en sede de tipicidad objetiva, si la actuación del autor representa un peligro relevante de producción del resultado es común tener en cuenta los conocimientos especiales de aquél. Por lo tanto, para constatar la realización imprudente de un tipo no se precisa de criterios que se extiendan más allá de la teoría de la imputación objetiva.

Por otro lado, debo hablar de la cuestión en torno a la relevancia que deben adquirir las capacidades singulares del autor. Se debe comprobar si la acción realizada en tales circunstancias es contraria a la medida de cuidado debido, la solución va a vincularse con el instituto del riesgo permitido y, contemplación objetiva de la conducta.

La doctrina reconoce de forma mayoritaria, que la permisibilidad del riesgo actúa excluyendo la tipicidad de la conducta en atención a ponderaciones relacionadas con la idea de utilidad social, (se trata de un criterio de restricción del tipo situado en el juicio sobre el peligro objetivo idóneo). Más allá de esta afirmación no puede hablarse de unanimidad, ya que, mientras algunos autores consideran que el riesgo permitido es el ejercicio cuidadoso de una actividad peligrosa, otros, parten de una concepción de la permisibilidad del riesgo que permite diferenciarla de lo que es el ámbito propio del deber objetivo de cuidado, hasta el punto de sostener que entre ambos media una relación de exclusividad: el riesgo permitido vendría a tolerar aquellos riesgos que son inevitables en el desarrollo de la actividad de que se trate, por lo que al no poder ser previstos en el caso concreto, no pueden ser objeto de atención por la norma de cuidado.

La realización de cualquier juicio en torno a la permisibilidad del riesgo sólo es posible si se tienen en cuenta las circunstancias del caso concreto, entre las que, a partir de su elaboración de la imputación objetiva, se encuentran los conocimientos y las capacidades mínimas del autor. Porque sólo si éste posee un nivel mínimo de aptitudes y conocimientos puede decirse que la conducta que realiza está permitida y que, entonces, los riesgos que eventualmente emanen de la misma serán, en sentido penal, inevitables.

Trasladado lo anterior al ámbito médico, supone que si por las circunstancias personales, (edad avanzada, embriaguez, enfermedad que repercute en la habilidad), el médico está por debajo de las capacidades mínimas para realizar la operación de que se trate, tales deficiencias, antes ya que en el deber objetivo de cuidado, esto es, a efectos de deducir la responsabilidad por imprudencia, influyen en la permisibilidad misma del riesgo emprendido. Dichas circunstancias, determinan que haya de valorarse ya como no permitido el hecho mismo de emprender la actividad, porque tales condiciones, impiden considerar que los riesgos que deriven de aquélla sean inevitables. Se trata, en definitiva, de la que se ha dado en llamar “culpa por asunción” de la actividad, cuyo fundamento dogmático se vincula a la doctrina de la “actio libera in causa”.

Las dificultades se concentran a la hora de determinar la forma en que deban valorarse los casos en que, pese a que el autor –el médico-, posee una capacidad superior a la media no la actualiza en el caso concreto.

El término capacidad del autor en el ámbito médico, se corresponde con lo que puede denominarse “el médico medio” en el sector en cuestión, es decir, se trataría de valorar la capacidad mínima que es exigible al profesional para realizar la actividad de que se trate, entendiendo por tal el conjunto irrenunciable de condiciones físicas y psíquicas que sitúan la intervención en los límites de normalidad e impiden, por tanto, valorarla como negligente. Más allá de este baremo de normalidad, condiciones como la especial capacidad de reacción ante imprevistos o la firmeza del pulso que excede de lo habitual vendrían a engrosar la lista de las capacidades fácticas superiores. Junto a las capacidades especiales se sitúan las que lo son en sentido técnico, es decir, las habilidades técnicas especiales que posea el profesional gracias a su preparación adicional y que de igual forma engrosarían la lista de sus mayores habilidades.

IV. LA IMPRUDENCIA PENAL MÉDICA

1. Concepto de tratamiento médico-quirúrgico

Para comenzar a tratar este punto debemos partir de la base de que la medicina está íntimamente ligada al tratamiento quirúrgico y para ello debemos definir el concepto de tratamiento médico-quirúrgico, el cual consiste en “la acción llevada a cabo por un médico en el ejercicio de su actividad profesional, dirigida a favorecer las condiciones de vida de un ser humano”. De esta definición pueden extraerse tres características fundamentales del tratamiento médico-quirúrgico curativo:

- A) La finalidad curativa: el tratamiento ha de ir encaminado a beneficiar la salud del paciente mediante la prevención o el mejoramiento de su enfermedad.
- B) La indicación de dicho tratamiento para el fin curativo, es decir, debe ser objetivamente apropiado para la curación del paciente.
- C) Su ejecución conforme a la “Lex Artis”. La “lex artis permite determinar cómo debe realizarse correctamente la intervención médico-quirúrgica y se refiere a una serie de reglas técnicas aceptadas generalmente por la ciencia médica para casos similares, debiendo ajustarse a las circunstancias especiales del supuesto concreto”. La valoración acerca de si el tratamiento se ha ejecutado o no conforme a la lex artis debe realizarse mediante un juicio a priori, es decir, teniendo en cuenta el estado de la ciencia y la experiencia médico-quirúrgica en el momento del tratamiento¹².

La tarea del profesional sanitario, cuya misión consiste en procurar la sanación del paciente, debe valorarse en atención a las circunstancias que concurren en cada caso entre las que debe integrarse también la propia constitución física del paciente, variable por definición. Por ello, pese a que se asiste a un proceso de progresiva protocolización

¹² BARREIRO, AGUSTÍN JORGE (Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid), *Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*. Estudios penales y criminológicos. ISSN 1137-7550, nº 14, 1989-1990. Págs. 143-147.

del acto médico, la jurisprudencia nunca pierde de vista que las variables del caso pueden modificar en mayor o menor medida ese baremo general. En virtud de ello, aunque las reglas del buen hacer del profesional sanitario suelen recibir la denominación de *lex artis*, es preferible hablar en este término de una *lex artis ad hoc*, esto es una guía del buen hacer para enfrentarse a una determinada patología, pero vinculando esas reglas generales al caso concreto¹³.

El juez no está instruido en el deber de cuidado que exige la *lex artis* médica y su criterio sobre adecuar la conducta juzgada al deber de cuidado sólo puede atender a las pruebas periciales practicadas en el proceso, pruebas que consisten en dictámenes emitidos por especialistas en los que se valora cuál sería el comportamiento adecuado en la situación en la que se encontraba el médico cuya conducta se somete a enjuiciamiento. Pero la libertad de valoración del juez también tiene el deber de explicar en la sentencia qué dictamen le convenció más y así preservará el derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales reconocido en el art. 117.1 de la Constitución Española (en adelante CE) y por nuestro Tribunal Constitucional en numerosas sentencias pero de manera particular en la STC 55/1987, de 8 de mayo, que se refiere al delito imprudente y a su carácter abierto (no escrito), lo que añade un deber ulterior de motivación por parte del juzgador:

“En la actualidad ya no caben dudas respecto del carácter 'abierto' de los tipos que describen estos hechos punibles [imprudentes], toda vez que la infracción del deber de cuidado que los caracteriza sólo puede definirse -a los efectos de la subsunción- cuando el Tribunal tiene conocimiento de todas las circunstancias del hecho. Tal definición no puede practicarla, como es claro, el legislador, quien únicamente podrá dar pautas orientadoras genéricas, demasiado amplias a los efectos de la subsunción, inclusive cuando establece reglamentos específicos en ciertos ámbitos sociales (por ejemplo del tráfico, la seguridad en el trabajo, etc.). Asimismo, es preciso que se establezcan motivadamente de qué manera la infracción del deber de diligencia se conecta con el resultado producido. Sin llevar a cabo fundadamente la concreción del deber de cuidado

¹³ GÓMEZ RIVERO, M^a DEL CARMEN (Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Sevilla), *La responsabilidad penal del médico*, 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. Págs. 329-336.

o de la diligencia exigida y su vinculación con el resultado en el caso que es objeto de juzgamiento, no cabe estimar que la sentencia esté suficientemente fundada, pues sin esta especificación no puede orientarse a convencer a la opinión pública ni al acusado de su corrección y justicia, de la misma manera que no podrá posibilitar plenamente a otro Tribunal que disponga de competencia para ello, el control de la potestad jurisdiccional vinculada a la ley y al Derecho”.

2. Fundamento de la imprudencia punible

Aunque pueden darse casos en los que la conducta médica pueda incriminarse a título de dolo eventual, no cabe duda de que la mayoría de las lesiones o muertes que se dan en la actividad médico-quirúrgica suscitan la problemática jurídico- penal de su posible incriminación a título de imprudencia.

La actividad médico-quirúrgica curativa con resultado positivo (éxito) no cumple el tipo objetivo del delito de lesiones: el cirujano, en este caso, no lesiona (no mutila ni menoscaba la integridad corporal) sino que cura al paciente. En el caso contrario, es decir, de que esta actividad tenga un resultado negativo (fracaso) no cabe afirmar sin más la atipicidad de la conducta del cirujano. Desde la perspectiva de un importante sector de la dogmática jurídico-penal puede postularse la atipicidad de la conducta del cirujano si éste ha actuado diligentemente, es decir, de forma cuidadosa (faltaría el desvalor de la acción), aunque concurra el desvalor del resultado¹⁴.

“Según la más moderna doctrina científico-penal el delito imprudente en la actividad sanitaria exige en la estructura de su tipo: a) La inobservancia de los deberes objetivos de cuidado que impone la concreta actividad; b) La producción de muerte o lesiones; c) Una relación de causa a efecto entre la conducta del agente y el resultado dañoso producido; d) Imputación objetiva del resultado». (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 febrero 1997 (RJ 1997, 728) - Pte: Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel)”¹⁵.

¹⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal: Parte Especial*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, 1990. Pág. 107.

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª), nº. 991/2008, de 3 de octubre, F.J. Primero, punto 9.2 (ARP 2009/985).

2.1. La infracción del deber de cuidado¹⁶

Un aspecto fundamental de la parte objetiva del tipo de injusto de los delitos imprudentes de resultado es la infracción del deber de cuidado (desvalor de la acción). El resultado en los tipos de los delitos imprudentes, ha de derivarse de una vulneración de las exigencias de cuidado que el ordenamiento jurídico dirige al sujeto cuidadoso y prudente que pertenece a la esfera de tráfico del autor; y aquel resultado debe ser previsible para una persona de tales características.

Así pues para el Tribunal Supremo, “la responsabilidad médica o de los técnicos sanitarios procederá «cuando en el tratamiento efectuado al paciente se incida en conductas descuidadas de las que resulte un proceder irreflexivo, la falta de adopción de cautelas de generalizado uso o la ausencia de pruebas, investigaciones o verificaciones precisas como imprescindibles para seguir el curso en el estado del paciente, aunque entonces el reproche de culpabilidad viene dado en estos casos no tanto por el error, si lo hubiere, sino por la dejación, el abandono, la negligencia y el descuido de la atención que aquél requiere» (STS 18.1191 [RJ 1991, 9448])». En estos casos, la esencia de la culpa consiste primordialmente «en la omisión del deber de cuidado normalmente exigido por el ordenamiento jurídico, por las costumbres o por las reglas de convivencia social», siempre «huyendo de generalidades pues si aquel comportamiento no infringe un deber objetivo de cuidado, el autor estará exento de culpa» (SSTS 11.2.87 [RJ 1987, 1241] , 20.5.81 [RJ 1981, 2247] , 5.4.83 [RJ 1983, 2242] ,18.11.91); y el «deber de cuidado» ha de establecerse primero, y medido después, en función de todas las concurrentes circunstancias, entre ellas la clase de actividad sobre la que se realiza el juicio de reprochabilidad, el riesgo o riesgos que comporta para las personas o las cosas, especialidad técnica o científica (SSTS 5.5.89 [RJ 1989, 4126] , 4.9.91 [RJ 1991, 6021])”¹⁷.

¹⁶ BARREIRO, AGUSTÍN JORGE (Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid), *Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*. Estudios penales y criminológicos. ISSN 1137-7550, nº 14, 1989-1990. Págs. 150-162.

¹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2ª), nº. 27/2004, de 26 de abril. F.J. segundo (ARP 2004/408).

Criterios para la concreción del deber de cuidado en la actividad médico-quirúrgica:

- A) En primer lugar, será preciso acudir al principio metodológico de qué conducta realizaría una persona inteligente y prudente en la situación del autor: habrá que tener en cuenta el modelo del “médico-medio” prudente del grupo profesional al que pertenece el autor y la situación real en la que interviene el médico. La STS del 27 de mayo de 1988 considera que “ha de ponerse el acento de la imprudencia en el comportamiento específico del profesional que pudiendo evitar con una diligencia exigible a un médico normal, de diligencia media por sus conocimientos y preparación, el resultado lesivo o mortal para una persona, no pone a su contribución una actuación impulsada a contrarrestar las patologías existentes con mayor o menor acierto si este arco de posibilidades está abierto a la actuación ordinaria de un profesional de la Medicina”.
- B) En segundo lugar, el médico tiene el deber de actualización de sus conocimientos profesionales, según su tiempo y conforme al progreso científico y resultados contrastados por la experiencia.
- C) En tercer lugar, han de tenerse en cuenta las circunstancias concretas de tiempo y lugar, en las que se lleva a cabo la actividad médica. Por un lado, de tiempo ya que han de considerarse las reglas de la ciencia médica vigentes en el momento en el que se realizó el tratamiento, y la naturaleza o carácter urgente de la intervención médica. Por otro lado, el factor local, puesto que no rigen las mismas exigencias de cuidado o de diligencia para el médico especialista, el cual desarrolla su actividad en una clínica universitaria o en un pionero centro hospitalario de una gran ciudad, que para el médico que desempeña su profesión en una zona rural o en un pueblo remoto, donde carece de una adecuada infraestructura o de medios apropiados.
- D) En cuarto lugar, el médico antes de iniciar un tratamiento o de desarrollar una actividad médica, ha de ser consciente de sus condiciones profesionales y del límite de sus posibilidades para realizar el cometido al que se enfrenta: de ahí

surge la obligación, en el caso de no considerarse suficientemente capacitado, de abstenerse de actuar o de acudir a la colaboración de personal sanitario idóneo.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8ª), de 12 mayo 2000, contempla el caso de una médica de "medicina general" que actuaba como anestésista en una intervención de cirugía estética. Según consta en dicha resolución, "cuando la acusada señora G. comprobó que la paciente comenzaba a despertar de la anestesia y estando ésta todavía intubada, procedió a cerrar el suministro de oxígeno y de protóxido de nitrógeno, hasta el momento suministrados en mezcla al 50%, abriendo a continuación el grifo correspondiente a este último gas y dejando cerrado el correspondiente al suministro de oxígeno". Es indudable que la acusada no era consciente del riesgo que estaba creando para la vida de la paciente y que, por tanto, no previó dichas consecuencias (letales). Ello no impide que, para un "anestésista medio" sí fuera previsible que el cierre del suministro de oxígeno derivaría probablemente en un coma neurológico y, posteriormente, en la muerte.

- E) En quinto lugar, el médico tiene el deber de informar al paciente sobre el tratamiento a seguir. Por lo tanto, el médico ha de cumplir con el deber de la información terapéuticamente indicada y exigible en el desarrollo de su actividad. Lejos de constituir un mero formalismo para salvaguardar la responsabilidad del profesional sanitario, el consentimiento informado se erige como un requisito fundamental para configurar la *lex artis* médica. Sin él, la actuación del profesional sanitario vulnera el derecho fundamental a la salud, reconocido en el artículo 15 CE como un derecho humano básico sujeto a la libre disponibilidad de la persona.

En la práctica médica, la regulación legal del consentimiento informado es escasa y será la Jurisprudencia, a través de las sentencias de los distintos Tribunales, las que van acotando el alcance, contenido y demás circunstancias en todo lo relativo a la institución jurídica de este requisito. En el ámbito penal, las imprudencias médicas y con ello todo lo relativo al CI no llega al Tribunal

Supremo, Sala 2ª, e impide que se establezca una jurisprudencia uniforme, aplicable a todo el territorio nacional, con lo que conllevaría de seguridad jurídica a todos los profesionales que intervinimos en esta materia: Jueces y Tribunales, abogados, incluso pacientes y, cómo no, el sujeto pasivo esencial, alrededor de quien girará el procedimiento, el médico¹⁸.

Esa es la razón que llevó al Tribunal Supremo, en su Sentencia (STS 308/2001), a condenar al médico que confundió la rodilla a operar incluso tras haberse comprobado que el acto estaba indicado por la existencia de una dolencia desconocida en la rodilla operada. Para el Alto Tribunal debe resaltarse "la relevancia que la autorización o consentimiento del paciente tiene como determinante de la atipicidad de esta clase de conductas o como causa excluyente de la punibilidad que ya puso de relieve la Sentencia del TS de 26 de octubre de 1995, cuando advertía que salvo situaciones de extrema urgencia en que exista un riesgo inminente para la vida de la persona 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".

- F) En sexto lugar, a la hora de determinar el contenido de los deberes de cuidado del médico, dentro de la actividad quirúrgica, es de gran utilidad distinguir las distintas fases del tratamiento médico-quirúrgico (la anamnesis, la diagnosis, la prognosis, la ejecución y el postoperatorio).
- La anamnesis, se refiere al historial clínico del paciente y está relacionada con la diagnosis.
 - La diagnosis, es el momento clave de todo tratamiento médico y que permite verificar si existen síntomas objetivos y cuál es la naturaleza y la gravedad de la enfermedad. El juicio de diagnosis presupone, entre otras cosas: la recogida ordenada y completa de los datos anamnésicos, la interpretación exacta de los síntomas clínicos manifestados en el enfermo, el uso oportuno de todos los medios auxiliares de investigación científica (como las

¹⁸ RODRÍGUEZ RICARDO, FERNANDO, *El consentimiento informado: su evolución jurisprudencial*, Artículo publicado en Diario la Ley nº. 7358, sección Doctrina, 9 de marzo de 2010, Año XXXI, Ref. D-77, Edit. La Ley (Ref. 191/2010). Pág. 3.

investigaciones microscópicas, clínicas, bacteriológicas, serológicas, ...) y la justa valoración de tales investigaciones; el conocimiento preciso de los cuadros nosográficos –que describen, diferencian, y clasifican las enfermedades- esquematizados por la patología.

- La prognosis es un juicio sobre el proceso y el desenlace futuro de la enfermedad. Estamos ante una situación similar a la de la anamnesis, es decir, se trata de una fase muy vinculada a la diagnosis y en la que habrá que tener muy en cuenta los principios de “libertad de terapia” y de “comparación de métodos en el tratamiento médico”.
- La ejecución de la actividad médico quirúrgica. Esta fase es donde el facultativo, debido al alto grado de pericia y atención requeridas, se encuentra más expuesto a incurrir en errores o fallos: 1) Por falta o deficiente conocimiento de la eficacia de los medios empleados o de la capacidad de reacción del paciente y por no respetar las reglas del arte médico previstas para una correcta ejecución del tratamiento; 2) Por un tratamiento irregular o tardío en su ejecución: cuando en el tratamiento anestésico no se perciben determinadas incidencias en las constantes vitales del organismo del operado, que dan lugar a procesos de descerebración irreversibles; 3) Otro supuesto es el del fallo o error cometido por ATS o ayudante en la ejecución material del tratamiento prescrito por el cirujano: ej. Típico es el de suministrar al paciente una dosis de medicación superior a la ordenada, y los casos de abandono de cuerpos extraños (gasas, pinzas,...) en el organismo del paciente.
- La fase postoperatoria, en ella el cirujano no puede ni debe desentenderse de la situación médica en la que se encuentra el operado, debiendo asumir -si el caso lo requiere- personalmente los cuidados necesarios del mismo.

2.2. La relación de causalidad¹⁹

Entre la conducta descuidada del agente (infracción del deber de cuidado del cirujano) y el resultado producido (la lesión o muerte del paciente) ha de existir un nexo causal o una relación de causalidad: el resultado debe ser producido causalmente por la acción del autor.

La relación de causalidad entre la acción y el resultado producido se constatará según la teoría de la “equivalencia de condiciones” y bajo la fórmula de la “condición ajustada a las leyes de la experiencia”: una acción será condición del resultado producido cuando haya originado efectivamente éste según la ley de la causalidad y con arreglo a los conocimientos que nos ofrece la experiencia.

No basta con la comprobación de que se han infringido los deberes de cuidado y que ha ocurrido un resultado típico y perjudicial para el paciente, sino que hay que averiguar si esa conducta imprudente causó dicho resultado, es decir, determinar si existe un nexo causal entre ambos.

2.3. La imputación objetiva²⁰

Para poder atribuir objetivamente el resultado no basta con que la conducta imprudente sea la causa del resultado producido (relación de causalidad), sino que además ha de existir una específica relación normativa (nexo de antijuricidad) entre la conducta descuidada y el resultado producido. Nos referimos a la teoría de la imputación objetiva, que aplicada a los delitos imprudentes significa que el resultado se produce como consecuencia de la infracción del deber objetivo de cuidado y aquél (el resultado) fuera de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado infringida.

¹⁹ BARREIRO, AGUSTÍN JORGE (Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid), *Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*. Estudios penales y criminológicos. ISSN 1137-7550, nº 14, 1989-1990. Págs. 150-162.

²⁰ *Idem*

Los criterios fundamentales de la imputación objetiva que son de aplicación en el ámbito de la imprudencia son:

- La relación de adecuación: que el resultado sea generalmente previsible como una consecuencia típica de la conducta, y, por ello, pudo haber sido tenido en cuenta en la formación de voluntad por parte del autor. Quedan fuera de la imputación objetiva los resultados causados por el autor pero que no son objetivamente previsibles.

“En palabras de la STS de 23 de octubre de 2001 (RJ 2001, 9074) en relación con la conducta del cirujano y anestesista que no se dieron cuenta de la hemorragia que sufría la embarazada a la que acababan de practicar una cesárea, lo que le provocó la muerte: «La gravedad de la imprudencia en que incurrieron los recurrentes es indudable porque para los dos era fácilmente previsible el riesgo, para los dos tenía una gran importancia la norma de cuidado que respectivamente les incumbía y por los dos debió ser ponderado el inestimable valor del bien jurídico que dependía de su actuación»²¹.

- El fin de protección de la norma: que el resultado sea expresión concreta de la infracción de la norma de cuidado y que en aquél (el resultado) se materialice o se realice el riesgo que la norma quería evitar. Este nexo o relación de riesgo, referido al fin de protección de la norma, se manifiesta en distintos supuestos y conforme a determinados criterios:

1º. Los supuestos de conducta alternativa ajustada a Derecho: faltará el nexo de antijuricidad, aún cuando el autor cause el resultado típico mediante una conducta descuidada, si el resultado típico causado se hubiera producido igualmente con una conducta cuidadosa.

2º. La teoría del incremento del riesgo: existirá imputación objetiva cuando la conducta incorrecta (infractora de la norma de cuidado) del autor

²¹ Monografías: “Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II. Comentario al art. 142 del Código Penal”. BIB 2015\4745. Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2015. ISBN 978-84-9098-781-0.

ha incrementado la probabilidad de producción del resultado típico en comparación con el riesgo permitido.

3º. La finalidad de protección de la norma: no se da el nexo de antijuricidad, que caracteriza la imputación objetiva, cuando el resultado causado por el autor mediante una conducta descuidada queda fuera del ámbito de protección de la norma violada.

Para mostrar la imputación objetiva del resultado pondremos un ejemplo en el ámbito de la Medicina: un anestesista utiliza en una operación cocaína en lugar de otro producto, que era el correcto, y el paciente muere, pero luego se demuestra con la autopsia que hubiera fallecido igual aunque se le hubiera administrado el que correspondía, dado su grave estado. En este supuesto concurren todos los requisitos, incluido el de la relación de causalidad, pero puesto que el resultado hubiera ocurrido igual aunque le hubiera administrado el producto idóneo, la solución correcta será la absolución. Una buena defensa será la encargada de demostrar con habilidad que el resultado se hubiera producido de igual forma pese a suministrar al paciente el producto correcto, es decir, (que se hubiera observado el cuidado objetivamente debido), pero mientras haya una causa posible o probable y la defensa consiga que exista una duda en el Tribunal, éste deberá aplicar el principio “in dubio pro reo” y absolver al procesado aplicando el beneficio de la duda.²²

2.4. Relación de imputación entre la acción imprudente y el resultado lesivo²³

La cuestión en torno a cuáles sean los requisitos de imputación para reconducir normativamente un resultado lesivo a una conducta médica imprudente requiere el traslado a éste ámbito específico de los criterios elaborados con carácter general en la dogmática jurídico penal para afirmar dicho nexo de causalidad jurídico.

²² ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA (Prof. Dr. iur. Dr. med. Dr. h. c. mult.), *Evolución del tratamiento jurídico penal de la imprudencia del personal médico- sanitario*, Catedrático de Derecho Penal; Director Cátedra Universitaria de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco. P. 241.

²³ GÓMEZ RIVERO, M^a DEL CARMEN (Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Sevilla), *La responsabilidad penal del médico*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

La doctrina y la jurisprudencia se muestran unánimes al reconocer que el juicio de responsabilidad penal desborda la mera comprobación causal entre una acción y un resultado. Las objeciones que se opusieron a la fórmula de la *conditio sine qua non* como complementaria a la indagación de la relación causal podrían encontrar su caldo de cultivo en supuestos que se plantean a menudo en este ámbito. Porque si la actuación del médico presupone, que la persona que acude al mismo se halla en un estado de enfermedad, no sería difícil afirmar que aunque aquél no hubiese intervenido en el resultado se habría producido de todas formas, lo que en la formulación tradicional de aquella teoría habría de llevar a la impunidad. Es por ello por lo que, si bien cuando esa relación naturalística no puede constatarse conforme a los distintos enunciados de las leyes causales se descartan ya las bases de la responsabilidad penal, cuando aquélla concurre la emisión de un juicio final en torno a la relevancia típica de los hechos está necesitada todavía de una comprobación ulterior: la propia de la óptica valorativa insita a los criterios de imputación objetiva. Estos criterios se concretan en la necesidad de que la acción no cubierta por el riesgo permitido incremente de forma relevante el riesgo de producción del resultado, que el mismo represente la realización del peligro contenido en la acción y que pertenezca en el ámbito de protección de la norma.

La medicina es, un buen caldo de cultivo de muchas de las dificultades que se presentan a la hora de constatar esos requisitos de la teoría de imputación. Así, en relación con el primero de ellos, a saber, que el comportamiento realizado incremente de forma relevante el riesgo de producción del resultado, discusión suscitada a propósito del valor que deba atribuirse a los comportamientos alternativos adecuados a Derecho.

Bajo esa denominación se hace referencia al modo en que deba valorarse la incidencia en el resultado final de la hipotética conducta ajustada a Derecho que el autor debió realizar. Una tarea que descansa en la reconstrucción hipotética de cuál habría sido la evolución de los hechos de haberse realizado la actuación jurídicamente correcta. Si ese juicio arrojase como resultado que en tal caso el riesgo no habría sido inferior y, por tanto, el suceso habría permanecido idéntico o prácticamente invariable, habría de negarse el juicio de imputación por faltar el criterio que exige que la conducta incremente las posibilidades de producción del resultado.

Bien es cierto que las dudas no se plantean allí donde pueda constatarse con seguridad que el resultado no se habría verificado de realizarse el comportamiento conforme a las normas de cuidado. Ejemplo paradigmático al respecto es el conocido caso en el que el médico inyecta indebidamente cocaína al paciente, produciendo su muerte, pero la misma se habría producido igual de haberse inyectado la novocaína, que era la sustancia indicada. Dado que de todas formas el resultado se habría producido, no podría decirse que la acción incorrecta incrementa el riesgo, con lo que decaerían las bases del juicio normativo de imputación. Sin embargo, la realidad misma de la actividad médica, caracterizada por la dificultad de demostrar a ciencia cierta qué habría sucedido caso de no haberse practicado el tratamiento o haberlo hecho de forma correcta, reaviva en este ámbito el interrogante que ya en general se plantea en la teoría de la imputación objetiva a la hora de determinar el modo en que hayan de valorarse dichos comportamientos alternativos ajustados a Derecho.

En realidad, las dudas en torno a las posibilidades de hacer responder al médico se plantean en los supuestos en los que no puede constatarse con seguridad la desaparición del resultado caso de que no hubiese actuado con prudencia.

La solución de estos casos ha dado paso a una vieja polémica en la doctrina y jurisprudencia. Es la que enfrenta a los partidarios de exigir para fundamentar la imputación que pueda comprobarse con seguridad que la actuación cuidadosa habría evitado el resultado lesivo frente a aquellos otros partidarios de una interpretación más restrictiva de las causas de exclusión de la imputación objetiva que consideran suficiente para el juicio de imputación que se constate un incremento del riesgo respecto al que habría existido de obrar de forma prudente.

Las razones que avalan la corrección de la segunda solución, cuyo precursor puede considerarse a “Roxin”, resultan evidentes en el ámbito médico que aquí interesa. Porque el amplio cúmulo de circunstancias que condicionan el resultado de la actividad terapéutica, en especial las relativas a la propia constitución orgánica del paciente, hacen prácticamente inviable afirmar en la mayoría de los casos que si se hubiera actuado de forma correcta habría desaparecido el resultado lesivo. Ello abocaría a un ámbito de impunidad que incluso el sentido común rechaza. Así, por ejemplo, como

observa “Roxin”, habría de excluirse la imputación en el caso en que una operación arriesgada pero médicamente indicada el cirujano provocase la muerte del paciente por burdos errores técnicos y no pudiera descartarse la posibilidad de que, de haber realizado la operación conforme a las reglas de la *lex artis*, se excluiría el riesgo del desenlace mortal. Por otra parte, esta solución del incremento de riesgo se muestra también como una opción intermedia frente a aquellas otras que, partiendo de la exigencia de una probabilidad rayana en la certeza, tienden a incriminar excesivamente la práctica médica.

Con lo anterior, sin embargo, no hemos hecho referencia más que a uno de los aspectos del primer requisito de imputación: el de incremento del riesgo. Junto a él también en el ámbito de la medicina habrán de comprobarse el resto de los criterios de atribución normativa. Así, por ejemplo, habrá de excluirse el requisito de la realización de riesgo en el resultado en casos como el de la operación en la que, si bien es cierto que el médico no desinfectó adecuadamente el bisturí, la causa de la muerte del enfermo fue un paro cardíaco motivado por una reacción a la anestesia. Por último a la exclusión de la imputación por caer el resultado fuera del ámbito de protección de la norma pueden reconducirse los supuestos en los que el mismo trae su causa de una autopuesta en peligro del afectado. Serían, por ejemplo, los casos en los que el médico trata al paciente conforme a un método que, pese a no ser el más adecuado, es el demandado por éste.

Antes de cerrar el capítulo de aspectos relacionados con el juicio de imputación resulta conveniente hacer referencia a dos cuestiones que cobran especial interés en el ámbito médico. La primera, la relativa a la incidencia de la actividad médica en una lesión previa; la segunda los problemas de imputación que en este ámbito están llamados a plantear los casos en que se produce una dilación entre la negligencia médica y el resultado lesivo.

2.4.1. La incidencia de la actividad médica en una lesión previa

Se tratan en este apartado los supuestos en los que la negligencia médica tiene lugar, no ya en el curso de una intervención dirigida a curar al paciente de la enfermedad que

padece, sino a restablecerle de las lesiones causadas –dolosa o imprudentemente- por la previa conducta de un tercero.

Casi ni que decir tiene que el problema no es exclusivo del ámbito médico que aquí interesa. Al contrario, se presenta con carácter general en todos los casos en que el curso causal inicial se interrumpe por un segundo proceso que junto a aquél acaba produciendo el resultado lesivo. La pregunta que surge entonces es la relativa a qué sujeto es imputable el resultado final: ¿sólo al primer causante doloso?, ¿al médico cuya negligencia aumenta las posibilidades de producción del resultado?, ¿o a ambos, en cuanto que los dos aportan respectivas cuotas para la producción del mismo?.

En la doctrina alemana, que con más detenimiento se ha ocupado del tema, se han ensayado distintas fórmulas para reconducir normativamente el resultado final a uno u otro interviniente. Así, por ejemplo, “Rudolph” propone atender a si el peligro que se realiza en el daño posterior supera los límites del riesgo general de la vida, siendo por ello previsible para el agente inicial la producción de su comportamiento ilícito, en cuyo caso habría de responder por el mismo. Por su parte, autores como “Frisch” o “Wolter” proponen fórmulas que conducen el problema a la comprobación de la tipicidad misma del comportamiento.

El primero de los autores, “Frisch”, a partir de la comprensión que sostiene de las exigencias mínimas para que pueda hablarse de comportamiento típico, exige para afirmar el juicio de imputación penal que el peligro creado por el autor supere la medida del riesgo tolerado. Cuando los baremos para la comprobación no se encuentren fijados normativamente, habrá de atenderse a si, desde una perspectiva ex ante, se trata de riesgos que sensatamente se tienden a evitar. Refiriéndose a la responsabilidad del primer causante por el resultado lesivo final a cuya producción ha contribuido una negligencia médica: sólo se puede hablar de un comportamiento típico cuando en el momento de realizar la acción, además de la creación del riesgo desaprobado de cara a producir el resultado lesivo, podfa constatarse el riesgo de producción de un resultado lesivo adicional o incluso de la muerte a consecuencia de un tratamiento médico incorrecto. Sólo en esos casos podría valorarse la intervención penal como medio adecuado y necesario de reacción.

Atención especial merece la postura sostenida por “Roxin”. Este autor acude a la fórmula de comprobar si el resultado pertenece a la esfera de responsabilidad del primer o segundo interviniente. Para ello, propone como criterio atender a si la conducta médica desplaza el peligro creado por el autor o no evita su realización. Pues si la víctima no muere por las lesiones que se le han inferido, sino sólo por un peligro añadido por el fallo médico, entonces el médico habrá sustituido (desplazado) el riesgo originario por otro que entre exclusivamente en su esfera de responsabilidad; y no se le puede imputar en ningún caso al primer causante.

De cara a tomar una posición al respecto, es conveniente diferenciar, entre cuatro grandes grupos de casos:

- a) Supuestos en los que el error del médico pone en marcha un nuevo curso causal que conduce a la muerte. Son los casos en los que dicho curso causal, si bien interfiere en la lesión inicial, puede considerarse creado ex novo por el médico, ya que la lesión inicial no tenía, de por sí, capacidad lesiva para evolucionar hasta el resultado de muerte. Sería el caso, por ejemplo, en el que el paciente que ha sufrido una lesión de pronóstico favorable en un pierna sufre una complicación de la misma debido a la infección que le provoca una deficiente esterilización del bisturí. Ello le ocasiona una gangrena que le causa la muerte.
- b) Casos en los que se omite el tratamiento sanitario necesario. Sirva de ejemplo el supuesto en el que la víctima de un delito es llevada al hospital donde se le niega asistencia sanitaria a consecuencia de lo cual fallece.
- c) Casos en los que la culpa del sanitario da paso a un curso causal autónomo, si bien tiene lugar en el marco de un tratamiento orientado de forma directa a eliminar el peligro de muerte creado por la lesión inicial. Se trata de una lesión que tiene, por sí misma, capacidad para evolucionar hasta la muerte. El sujeto lesionado con peligro de muerte que fallece a consecuencia de una reacción alérgica a la anestesia, que se le suministra sin realizar previamente las pruebas oportunas.

d) Casos en los que la culpa del médico, si bien tiene lugar con ocasión del tratamiento orientado a evitar la lesión, se verifica con posterioridad a la peligrosidad específica de la misma.

De la mera exposición de esta distinta tipología de supuestos puede advertirse ya el distinto grado de dificultad inherente a cada uno de ellos, en cuanto que también es distinta la forma en la conducta del agente de la lesión inicial y la negligencia médica posterior. Con todo, es posible trazar un criterio que con carácter general sirva de apoyo argumentativo común a la solución de estos supuestos. Dicho criterio debe encontrarse en la línea de solución propuesta por “Roxin”; esto es, en la atención a si el segundo riesgo desplaza o no al primero, con independencia del grado de reprochabilidad subjetiva con el que actúe el segundo interviniente. En este sentido proponía manejar como baremo la atención a si el resultado final podía seguir explicándose normativamente a partir del contenido de peligrosidad generado inicialmente por la conducta del primer agente. La aplicación de este criterio a los diferentes supuestos enunciados al principio conduce necesariamente a resultados distintos.

Ninguna dificultad plantean, en primer lugar, los supuestos en los que puede establecerse un salto cuantitativo o cualitativo entre el riesgo generado por el agente inicial y la imprudencia posterior del médico. Es los que sucede en los supuestos a) y d): en el primero, en efecto, la potencialidad lesiva del curso causal interpuesto por el primer agente se agota en la producción de un resultado lesivo, de tal forma que la muerte que finalmente tiene lugar sólo resulta explicable a partir de la irrupción de un nuevo curso causal generado por la conducta médica. Lo mismo puede decirse respecto al caso d). En él, una vez más, el resultado final sólo resulta explicable por la incidencia de un nuevo curso causal ajeno al interpuesto por el agente de la primera lesión, cuya eficacia se manifiesta incluso en un momento secuencialmente ajeno a la realización del riesgo contenido en la lesión inicial.

Mayor dificultad presentan los supuestos recogidos en los apartados b) y c). En este último, la negligencia médica incide en un curso causal que, ya de por sí, tenía

capacidad para producir el resultado muerte, lo que plantea la dificultad de determinar si el resultado final es reconducible al riesgo generado por el primer agente o si lo es, por el contrario, a la incidencia en el mismo de la negligencia médica.

En la doctrina que se ha ocupado de este problema suele gozar de predicamento mayoritario el criterio que atiende a la gravedad de la negligencia del médico porque aquí no se realiza en el resultado solamente un riesgo nuevo y de competencia exclusiva del aparato sanitario, puesto que el riesgo desencadenado por el comportamiento del reo comprende ya la posibilidad de una imprudencia por parte del médico.

Se parte de que existe un resultado lesivo que es imputable al agente y lo que se plantea es si una actuación posterior al agotamiento de la actividad peligrosa puede actuar excluyendo el juicio de imputación.

Cuando se trata de actuaciones médicas el juicio en torno a lo que se habría sucedido sólo puede realizarse en términos de probabilidad. Si en tales casos la mera posibilidad de la subsistencia del resultado se valorase como elemento suficiente para excluir la imputación, habría de llegarse, como señala “Roxin”, a descartar la responsabilidad, es decir, si en una operación arriesgada pero médicamente indicada el cirujano provoca la muerte del paciente por burdos errores técnicos porque aunque se hubiera llevado a cabo una operación *lege artis*, tampoco se podría excluir la posibilidad de un desenlace mortal. Por ello, allí donde no sea posible descartar con certeza el incremento del riesgo en la actuación negligente habrá de afirmarse la responsabilidad por el resultado más grave tanto del causante de la lesión como del médico que actúa de forma imprudente.

La aplicación del criterio que aquí se propone en torno a que la imputación al primer agente del resultado más grave requiere que el mismo sea reconducible explicativamente al riesgo generado por su conducta y esto obliga a introducir una serie de matices en otros casos. Aquellos en los que se plantea la incidencia en el

resultado final no de una acción sino de la omisión de asistencia médica por parte del profesional que estaba obligado a prestarla.

Casi ni que decir tiene que el problema solo surge allí donde dicha omisión de asistencia traiga su causa de un comportamiento imprudente o incluso doloso del médico requerido a prestar asistencia. Cuando la falta de asistencia se deba simplemente a la imposibilidad de recabar asistencia sanitaria (por ejemplo, porque la agresión se produce en un lugar despoblado), no se plantean dudas para imputar en exclusiva el resultado final al agente, por mucho que pudiera demostrarse que una adecuada intervención habría evitado la producción del resultado letal. Porque al riesgo por él creado pertenece también la eventualidad de que, por el lugar, sea imposible recabar asistencia médica en cuanto condición preexistente o simultánea a su actuación que, como suele afirmar la doctrina mayoritaria, impiden excluir la imputación.

2.4.2. La responsabilidad médica por los daños producidos a largo plazo

Sin duda, la actividad médica es uno de los sectores en el que cobra mayor relevancia práctica la problemática de la producción de resultados a largo plazo, esto es, los supuestos en los que entre la realización de la conducta y la producción del resultado lesivo media un lapso temporal importante. Es más, en tales casos a menudo dicha dilación temporal se asocia a un estado de desconocimiento o incertidumbre científica en el momento de realizar la conducta respecto a los riesgos asociados a la misma. Baste pensar, a título de ejemplo, en los supuestos en los que se somete al paciente a un tratamiento que solo transcurrido un amplio margen temporal revela sus efectos lesivos e incluso letales. Buen ejemplo al respecto es el conocido caso de la Talidomida, en el que a la dificultad de individualizar el factor causante de las lesiones se sumó la dilación temporal de su producción.

Sin embargo, no es esta la única fenomenología de casos en que se presenta el problema. Junto a estos supuestos en los que la incidencia lesiva del medicamento

se proyecta a largo plazo, la peculiar complejidad de los procesos causales dilatados en el tiempo está presente en un ámbito de especial actualidad: la transmisión del virus del SIDA. Aún no está lejos en la memoria el conocido caso del Hospital de Barcelona, en el que varias personas resultaron infectadas por el virus tras someterse a transfusiones de sangre contaminadas por el VIH, caso en el que, más allá de la responsabilidad médica por el contagio, se planteó la cuestión en torno a si era posible fundamentar también la responsabilidad del médico por el resultado muerte que, en su caso, llegara a producirse varios años después.

En tanto el problema de la dilación temporal no encuentre una regulación específica en el Código Penal, serán, la mayoría de las veces, argumentos de índole procesal los que de hecho vedan la posibilidad de perseguir penalmente los resultados producidos a largo plazo.

V. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA

El principio de confianza implica que si en el ejercicio de la actividad médica en equipo se produce un resultado lesivo para la vida o salud de las personas, el mismo deberá ser imputado al encargado de su evitación de acuerdo con la distribución de tareas y no así a los miembros que hayan obrado amparados en la confianza de los demás²⁴, por lo tanto, limita la responsabilidad de los sujetos intervinientes en la actuación conjunta proveniente de divisiones horizontales o verticales de las relaciones que surgen en el trabajo del equipo médico y supera la consideración de que el delito imprudente sólo estaba pensado para conductas individuales, pues éste pasa a desempeñar un papel fundamental al permitir delimitar la responsabilidad penal entre sujetos que realizan conjuntamente una actividad, como es el caso de la médico-sanitaria.

El postulado básico del principio de confianza indica que en las actuaciones conjuntas cada uno de los intervinientes puede confiar en que el resto de los que con él interactúan realizarán correctamente su trabajo, es decir, actuarán conforme al deber objetivo de cuidado y va a depender de los ámbitos competenciales que deban asumir cada uno de los miembros intervinientes en el equipo de trabajo. Cuanto más independientes sean las actuaciones entre sí, trazando límites claros, sin que la actuación de unos abarque la de los otros, más consistente será el principio de confianza, ya que cada sujeto se ocupará inicialmente en exclusiva de su acción más directa, la que está realizando él, teniendo en cuenta las circunstancias que le rodean pero no viéndose obligado a juzgar o valorar la corrección de la conducta de otro. Cuando los ámbitos de competencia y actuación de cada uno de los intervinientes se interrelacionen, y surjan dependencias más estrechas entre ellos, el principio de confianza irá perdiendo fuerza a favor de deberes de vigilancia y control, creando un deber de cuidado que abarcará la forma de actuar de un tercero como una circunstancia más que rodea la propia acción.

²⁴ MORILLAS CUEVA, LORENZO (Dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, JOSÉ MARÍA (Coord.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, 2009. Págs. 196 y 197.

Así, entonces será preciso delimitar cómo debe operar el principio de confianza en la actividad sanitaria atendiendo a los dos modelos de trabajo en equipo: la división horizontal y la división vertical.

1. El principio de confianza en la división horizontal de trabajo

Para la doctrina mayoritaria el principio de confianza opera con mayor intensidad en las relaciones de división horizontal de trabajo y esto tiene su razón de ser en el carácter independiente y autónomo de las funciones que desempeñan cada uno de los profesionales de la salud que se encuentran en plano de igualdad conforme a su formación académica y a la posición que ocupan en el organigrama del centro sanitario.

El principio de confianza en esta forma de división opera bajo una vigencia ilimitada, ya que se sostiene que, por regla general los profesionales que se encuentren en supuestos de división horizontal pueden confiar en el trabajo que cada uno realiza, pero este nivel de confianza debe hallarse interrumpido cuando se observe una infracción de la diligencia debida por parte del tercero²⁵.

El límite entre el principio de confianza y la división horizontal de trabajo se halla en la ruptura de la normalidad, es decir, cuando se presentan circunstancias que hacen que el cirujano desconfíe de la conducta del anestesiólogo o que el cardiólogo dude seriamente del tratamiento que un médico internista le aplica a un paciente tratado por ambos, habrá una quiebra de la normalidad y decaerá la confianza como delimitador de la infracción del deber de cuidado.

Lo primero que debe hacerse en un procedimiento sanitario en el que es necesaria la intervención de diferentes sujetos que se encuentran en división de trabajo horizontal es definir las competencias que le corresponden a cada uno de ellos.

²⁵ DEL CASTILLO CODES, ENRIQUE, (Abogado. Doctor en Derecho) *La responsabilidad penal derivada del trabajo médico en equipo*. Esta doctrina forma parte del libro “La responsabilidad jurídico-sanitaria”, ed. nº 1, edit. La Ley, Madrid, marzo de 2011. (Ref. 14166/2011). Pág. 6.

El principio de confianza determina el deber de cuidado pero no dispensa de su cumplimiento, de manera que el sujeto no puede realizar una conducta incorrecta confiando en que los terceros eviten la producción del resultado lesivo.

Los intervinientes en la actividad sanitaria deberán identificar el momento en el que comienza a decaer el principio de confianza; por lo tanto, estos tendrán que tener en cuenta la posibilidad de reconocer circunstancias que lleven a pensar que uno de los terceros participantes en la actividad sanitaria puede llegar a infringir el deber objetivo de cuidado o lo ha infringido. No se trata entonces, de una previsión absoluta, sino de una posibilidad de prever circunstancias irregulares que hagan pensar en la existencia de un error médico.

2. El principio de confianza en la división vertical de trabajo

Quien ocupa una posición de superior jerárquico confía en principio que sus instrucciones serán atendidas por quien está en un nivel inferior, pero de igual manera, este último también podrá confiar en que las órdenes o instrucciones que le fueron dadas son las correctas.

Cuando se trata de la división vertical del trabajo, el principio de confianza se halla mucho más limitado que en las relaciones horizontales. Esto obedece, al deber de control que debe ejercer el superior sobre las labores que encomienda al inferior; aquel tiene la obligación de supervisar que el trabajo que encarga se realiza conforme con los parámetros que ha indicado. Así pues, dentro de la división vertical opera también el principio de confianza, ya que, el superior puede confiar en la actuación del subordinado siempre que se trate de tareas que le son propias y para las que se encuentra convenientemente instruido y formado; y los que se encuentran en relación de subordinación con él pueden confiar en su corrección sin que estén obligados a compensar un posible comportamiento defectuoso.

La vigencia del principio de confianza es más evidente para el que recibe órdenes, sobre todo cuando existen grandes desniveles en cuanto a la preparación, mientras que en sentido inverso, es decir, cuanto menores sean la preparación y experiencia del

subordinado, mayor será el deber de supervisión del superior y menor será el alcance del principio de confianza.

El principio de confianza en las relaciones verticales es de supra-subordinación y en este sentido surgen dos clases de deberes para el superior jerárquico: los primeros se encuentran relacionados con la adopción de medidas organizativas que garanticen la calidad en la prestación del servicio y los segundos se identifican con el deber que tiene el médico-jefe de seleccionar, informar, formar, vigilar y realizar pruebas de cualificación técnica y personal de quienes están a su servicio.

El sujeto que dicta las instrucciones, o que delega funciones, no sólo habrá de vigilar y controlar la aplicación de las mismas, también deberá asegurarse de que han sido bien entendidas por sus subordinados cuando su no seguimiento estricto pueda conllevar riesgos añadidos, e incluso intervenir ante la sospecha de una defectuosa actuación de éstos²⁶.

Vemos cómo aplican los tribunales el principio de confianza en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2003, en la que se absuelve a un médico cirujano que confía en el diagnóstico emitido por un médico especialista con licenciatura cursada en Francia. Considera el alto Tribunal que no era apreciable ningún acto de anomalía en la actuación del médico encargado de emitir la diagnosis. Expresamente ha dicho: “Tras las precedentes consideraciones, y puesto que se trata de un motivo de infracción de ley, es preciso tomar en consideración lo que se dice en los hechos probados sobre la actuación de Juan Luis en este punto. Y lo que consta es que él mismo recibió de manos de la embarazada el dictamen emitido por el otro recurrente, que prestaba sus servicios en la Clínica Mediterránea, de Castellón. Es todo, y de ello resulta que esa colaboración se produjo en el marco normalizado de relaciones entre dos entidades reglamentariamente autorizadas para prestar servicios médicos. Por lo que no hay dato alguno de hecho que permita afirmar que Juan Luis hubiera tenido motivos para sospechar de la legalidad del informe recibido”.

²⁶ VALLEJO JIMÉNEZ, GEOVANA ANDREA, Tesis doctoral sobre “La responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en torno a la imprudencia médica”, dirigida por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL (Catedrático de la Universidad de León), 2012. Págs. 163-182.

VI. COMISIÓN POR OMISIÓN²⁷

Existe comisión por omisión cuando el encargado de vigilar una fuente de peligro preexistente, mediante la ausencia de una medida de precaución que le incumbe, causa materialmente el resultado, (la fuente de peligro ya es ilícita); dicho con otras palabras, más allá del deber de evitar el resultado, lo importante es si el daño que amenaza con producirse se ha desprendido de la fuente de peligro que debe custodiar el autor y tiene lugar en su ámbito espacial en el que domina el peligro, de tal modo, que se constate con seguridad que por no vigilar un foco de peligro, éste ha desembocado en un resultado típico.

Los requisitos a los que se condiciona la apreciación de la comisión por omisión se agrupan en dos grandes posiciones doctrinales: la primera de ellas, considerada la mayoritaria, exige como premisa que se constate una posición de garantía en el omitente, y a este presupuesto mínimo cuya función es reducir el círculo de posibles sujetos activos, añade esta primera doctrina la exigencia de una estricta identidad estructural entre el comportamiento activo y la comisión omisiva. Frente a esta posición, existen otros autores que consideran que lo único importante es que pueda apreciarse el referido juicio de identidad estructural al margen de que el omitente se califique o no como garante. Denominador común a ambas concepciones es, en cualquier caso, la necesidad de verificar la equivalencia estructural con la comisión activa, requisito que viene a recoger de modo expreso el art. 11 CP. Esto suele basarse en dos argumentos convergentes: el primero que, de no exigirse, se incurre en el riesgo de desenfocar el contenido de injusto que posibilita el castigo de la omisión como si de una conducta activa se tratase; y el segundo, vinculado a lo anterior, el desmesurado ámbito de punibilidad que de otro modo resultaría, si fuera suficiente apreciar la posición de garante (para los que exigen este requisito) o una omisión que de algún modo contribuye al resultado (para los que no exigen dicha posición de garantía), para atribuir al omitente, con independencia de la índole de su contribución al suceso y la proximidad con el peligro que se acaba materializando en el resultado.

²⁷ GÓMEZ RIVERO, M^a DEL CARMEN (Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Sevilla), *La responsabilidad penal del médico*, 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. Págs. 459-483 y 487-495.

Con independencia de que exista o no la posición de garante, deberá apreciarse la comisión impropia, cuando sea la omisión la que cree o desencadene el peligro o, al menos, aumente de forma considerable un riesgo preexistente.

Existen dos criterios básicos para la construcción de la responsabilidad por omisión impropia en medicina y estos son: 1) la equivalencia estructural como presupuesto de la imputación; y 2) la exigencia de equiparación valorativa como juicio de imputación del resultado producido.

1. Equivalencia estructural como presupuesto de la imputación

Esta primera fase se orienta a identificar los presupuestos bajo los que la omisión puede contemplarse con relevancia penal de forma paralela a lo que sucede en las conductas activas. En ella se analizan los presupuestos bajo los cuales la omisión adquiere relevancia penal por estar el omitente en condiciones de responder por el resultado desde un punto de vista normativo. El legislador exige en el art. 11 CP que la omisión del garante equivalga a su causación activa. Y esto, sucede cuando existe una obligación legal o contractual de actuar o cuando se da un supuesto de injerencia, exigiendo una situación de proximidad jurídica entre la omisión y el resultado.

1.A. Presupuestos de la posición de garantía del médico

En el ámbito de la responsabilidad médica pocas dificultades plantea afirmar la posición de garantía del profesional en aquellos supuestos en los que se ha comprometido expresamente a tratar al paciente. De esta forma sitúa su fundamento en la creación de un momento de peligro para el bien jurídico, el cual consistiría en que el acto de asunción genera una confianza en el paciente que provoca el abandono de otras medidas de protección.

Este mismo fundamento se extiende a la posición de garantía del médico cuando éste realiza un acto de injerencia, por ejemplo cuando el cirujano comienza una intervención

que luego abandona o cuando el médico de urgencia abandona al enfermo tras comenzar a realizar los primeros auxilios, etc.

Estos supuestos los podemos apreciar claramente en el enjuiciamiento que hace el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de noviembre de 2001, la cual versa de la conducta de un cirujano y un anestesista que intervienen a una mujer de una mamoplastia para aumento de los pechos y así mismo de la conducta del médico de guardia en funciones que la atendió. En esta sentencia se nos narra como a las pocas horas de la operación mencionada, la mujer comenzó a referir un cuadro de opresión torácica que desembocó en disnea. Pues bien, el médico de guardia comunicó al coordinador de la clínica, también acusado, la necesidad de trasladar a la paciente a un centro hospitalario suficientemente dotado de medios de diagnóstico y tratamiento. El traslado no se efectúa de forma inmediata porque no existía una ambulancia disponible en la empresa concertada de ambulancias y mientras los tres profesionales no hacen nada durante horas para trasladar a la mujer al centro hospitalario. Cuando la situación alcanzó extrema gravedad deciden llamar a una ambulancia UVI móvil. Frente a la Sentencia dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial de Madrid, el Tribunal Supremo condenó a los cuatro acusados como autores de una falta de homicidio por imprudencia leve en comisión por omisión, afirmando respecto a la posición de garantía que ésta se presentaba incuestionable frente a los cuatro acusados, ya que les correspondía a éstos atender la salud de la paciente y estaban en posición de dominio sobre lo que había que decidir resolver con medios precisos una progresiva y negativa evolución de su estado físico.

Pero sin duda, los supuestos más discutidos en torno a si existe posición de garantía son los del médico de guardia y rural, respecto a los que se plantea si su respectiva condición les convierte, de por sí y con carácter general en garantes de los posibles pacientes que pudieran demandar su auxilio, de tal modo que bastara comprobar dicha condición para afirmar el presupuesto básico de un título de responsabilidad en comisión por omisión.

Tanto respecto a la vida en el ámbito rural como en los puntos asistenciales en régimen de urgencias puede decirse que los potenciales demandantes de esos servicios confían en la atención de sus requerimientos con el sólo hecho de acudir a los médicos de guardia y rurales. No tienen, por ello, que preocuparse por asegurar su demanda de asistencia en otros puntos ni concertar para ello ninguna otra clase de medidas asegurativas. Pueden confiar en que la existencia de aquellos médicos elimina la necesidad de cualquier esfuerzo por procurarse otro tipo de asistencia. Ellos generan, en definitiva, una confianza que determina que los pacientes renuncien a otras medidas protectoras.

Una vez delimitada la obligación de actuar al médico que desempeña un servicio público, la misma no le grava de forma ilimitada o absoluta, sino que aparece esencialmente acotada por los márgenes no sólo espaciales sino también temporales de su obligación actualizada en cada demanda de auxilio. Eso quiere decir, por ejemplo, que no cabría atribuir ninguna responsabilidad derivada de una posición de garantía al médico que no socorre al paciente fuera de los horarios o de los días en que desempeña su actividad.

Por lo que se refiere a la acotación de la extensión temporal en la que rige la posición de garantía del médico debe observarse que, en tanto que la misma surja de una relación contractual, sus límites sólo se extenderán hasta donde lo haga ésta. Por decirlo en otros términos, tan pronto como cualquiera de las partes renuncie a su compromiso decaerá dicha obligación.

Estas afirmaciones necesitan algunas precisiones que delimiten las posibilidades de renuncia tanto cuando la misma proviene del enfermo como cuando encuentra su origen en la voluntad del médico. En primer lugar, por lo que se refiere a la renuncia que proviene del profesional sanitario, los límites dentro de los que la misma resulta admisible habrán de acotarse en función de dos premisas: la primera, que el presupuesto lógico de la renuncia a la obligación de actuar es que la misma se base en una relación contractual propia del ámbito privado; y la segunda, que los límites dentro de los que resulte admisible la ruptura de la relación contractual requiere que la negativa del

médico a prestar asistencia no suponga una situación de riesgo para la vida o salud del paciente. Ahora bien, debe observarse entonces que cuando el médico renuncia a su compromiso contractual en condiciones tales que su actitud puede suponer un riesgo para el enfermo, la razón de ser de la continuidad de su posición de garantía habrá de verse, no ya en el contrato médico, que también en estos casos finaliza con la renuncia de una de las partes a continuarlo, sino en su previa injerencia, nacida de un compromiso asistencial anterior que genera la obligación de mantenerlo en tanto otro facultativo no se comprometa a asumir su continuidad. Y en segundo lugar, también en los casos en los que la voluntad de poner fin al compromiso provenga del paciente. Los problemas se plantean allí donde la renuncia del enfermo surge en un contexto hospitalario o de internamiento y la misma representa una situación de riesgo para su vida.

1.A.1. Supuestos en los que el sujeto que se opone al tratamiento tiene voluntad de poner fin a su vida

Se tratan los casos en que la actitud del paciente de rechazar la terapia se traduce, en términos objetivos y subjetivos, en un acto que de forma inminente representa una situación de riesgo para su vida. Por ejemplo en el caso de un suicida que ha fracasado en su intento y es trasladado contra su voluntad a un centro hospitalario.

La voluntad de morir del suicida no cancela, de por sí, la posición de garantía del médico. Pero, lógicamente, para que ésta continúe subsistiendo pese a la negativa del enfermo, su presupuesto es que aquella existiera con anterioridad. Pero puesto que dicha posición decae como regla general cuando lo hace el compromiso de cualquiera de las partes (como ya hemos visto), allí donde el suicida persista en su deseo de morir, dicha posición de garantía del médico habrá de considerarse cancelada. En este sentido debe entenderse el art. 21 de la Ley 41/2002: “1. En caso de no aceptar el tratamiento prescrito, se propondrá al paciente o usuario la firma del alta voluntaria. Si no la firmara, la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la Ley. El hecho de no aceptar el tratamiento prescrito no dará lugar al alta forzosa cuando existan tratamientos

alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos. Estas circunstancias quedarán debidamente documentadas.

2. En el caso de que el paciente no acepte el alta, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oirá al paciente y, si persiste en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión”.

1.A.2. Supuestos en los que la negativa al tratamiento no está modificada por la voluntad de morir

Se tratan ahora los supuestos en los que la renuncia a la terapia no obedece a la decisión del paciente de poner fin a la vida, sino que con la misma sólo pretende ser fiel a sus convicciones religiosas, políticas o de cualquier otra índole.

En primer lugar, hay una fase en la que la situación del paciente está marcada por la aceptación en términos objetivos y subjetivos de una situación de riesgo inminente para su salud y, de forma mediata, para su vida. Son los casos en los que la renuncia a la terapia o a la alimentación determina un empeoramiento del estado de salud pero sin desembocar todavía en una situación inminente de pérdida de la vida. Este dato determina que su solución deba reconducirse en la mayoría de las ocasiones a la problemática más amplia de las “autopuestas en peligro”, que determinan la falta de relevancia típica de la conducta y con ello, la impunidad de las colaboraciones de terceros.

Una vez que se reconoce un espacio de impunidad a las autopuestas en peligro que se realizan mediante comportamientos activos y, con ello, a los actos de colaboración de terceras personas en las mismas, no existen razones para alterar la solución cuando lo que se contempla no es una conducta activa sino omisiva.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la tesis de mantener la vigencia de la posición de garantía cuando el afectado consiente en el riesgo de que se produzca

un resultado lesivo encerraría el peligro potencial de convertirla en el instrumento para llegar de forma indirecta a resultados difícilmente aceptables tanto desde los principios garantistas como dogmáticos que inspiran el Derecho Penal actual.

No puede obviarse que una pretensión de esta índole entraría en contraste con la razón de ser de información del paciente. Si se garantiza esa información al enfermo es, justamente, para que pueda adoptar como una de las opciones posibles una actitud de renuncia a la terapia pese a que se le haya informado de que con ello empeorará su estado de salud. Casaría mal con esa libertad de elección del paciente la persistencia de mantener la posición de garantía del médico cuando aquél renuncie a la terapia.

Junto a la fase anterior en la que el enfermo rechaza el tratamiento sin voluntad de morir y en la que éste aún no se encuentra en una situación de riesgo para su vida, es posible que se dé una segunda fase en el transcurso de los hechos y que en ella aparezca una situación irreversible o de inconsciencia del paciente. En esta fase, el respeto a la voluntad del enfermo de persistir en su actitud no se traduce ya en la aceptación de una situación de riesgo para su salud, sino que encerraría el problema de la disponibilidad de la vida, es decir, la gravedad de la situación se traduce en un peligro inminente de pérdida de la vida.

Es cierto, que al atribuir al paciente un espacio de libertad de decisión para poner fin a su existencia, habría que tener en cuenta en primer lugar el reconocimiento mayoritariamente aceptado de que la protección constitucional del derecho a la vida no supone la obligación de vivir. Porque también es verdad que aunque no se reconoce un derecho a la muerte, sí suele admitirse, la facultad del titular para ejercitar actos de libertad también cuando éstos puedan conducirle a la muerte.

Con todo lo mencionado, afirmo que la decisión del paciente de llevar hasta sus últimas consecuencias la negativa al tratamiento, como tal, no es contraria a Derecho. A partir de este presupuesto, sin embargo, como declara el Tribunal Constitucional, no se puede dar un paso más y deducir que el médico está legitimado para dejar de tratar al paciente

en tanto dicha pasividad pueda entenderse como una forma de colaboración en su muerte.

También pueden extraerse del Código Penal apoyos a esta opción, en concreto, puede manejarse el argumento relativo a la opción del legislador de tipificar las conductas relacionadas con el suicidio. Así pues, desde estas premisas de que el interés del legislador radica en preservar la vida incluso en los casos en los que el propio interesado tiene voluntad de morir, se puede sostener que la posición de garantía del médico no puede ceder ante la persistencia de una actitud del paciente que ni siquiera tiene el propósito de morir, sino sólo de ser fiel hasta el final, a sus creencias o convicciones de la índole que sean.

Por otro lado, lo que sucede en el ámbito de las relaciones penitenciarias es que el recluso no puede eludir el control médico debido a la especial relación de sujeción que le vincula con la Administración penitenciaria. Por ello, aunque quisiera cancelar cualquier compromiso de prestación asistencia se vería imposibilitado para hacerlo.

Dentro de este grupo de casos en los que el paciente no es libre para eludir la prestación asistencial también encontramos a pacientes menores de edad o incapaces que no estén en posición de decidir por sí mismos, de tal forma que serán sus padres o representantes legales los que se opongan a que reciba la terapia que necesitan. En estos supuestos, la obligación del médico se ceñirá a poner en conocimiento de la autoridad judicial tales circunstancias, de tal modo que ésta, en su caso, pueda autorizar la terapia. Estos casos de oposición de los padres a una terapia para su hijo menor de edad suelen ser frecuentes en los Testigos de Jehová cuando se niegan a recibir transfusiones sanguíneas (objeción de conciencia por motivos religiosos), en estos supuestos la posición de garantía del médico está plenamente presente ya que no se oponen a que su hijo reciba asistencia sanitaria sino sólo a que no se le transfunda sangre y esto último es contrario a las reglas de la *lex artis médica*²⁸.

²⁸ TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA, *Responsabilidad penal de terceros ante la negativa a la transfusión de sangre de Testigo de Jehová menor de edad con resultado de muerte*, artículo publicado en Actualidad Jurídica Aranzadi, n.º. 325, Aranzadi, Pamplona, 1998 (BIB 1998/533).

Estos supuestos son los únicos en los que la renuncia al tratamiento impide cancelar la obligación de actuar del médico. Fuera de estos casos, allí donde el paciente pueda y quiera eludir por completo recibir cualquier tipo de prestación sanitaria, anulando completamente los vínculos que en su día fundamentaron una relación contractual, decaerá cualquier responsabilidad del médico como comitente omisivo. Y esto sucede porque la posición de garantía del médico se basa en la relación de compromiso asumida voluntariamente por ambas partes. El hecho de que la obligación de obrar del médico surja de una relación contractual cuya vigencia se extiende hasta donde lo haga la voluntad negocial de las partes, determina que cuando el paciente renuncie a recibir el tratamiento médico en cuestión se cancele la obligación de obrar de aquél. Sólo desde este régimen de renuncia libre y absoluta puede decirse que, en tanto su decisión no afecte a terceros, el paciente puede optar libremente entre renunciar a su vida o demandar asistencia médica, de tal forma que sólo si lo hace se fundamenta la posición de garantía del médico. Al inversa, tan pronto como aquella voluntad decaiga, habrá de hacerlo ésta, y ello con independencia de la sensatez o insensatez de la decisión desde el punto de vista médico.

1.B. Los límites hasta los que se extiende la posición de garante del médico

En los casos en los que previamente se haya fundamentado la existencia de la posición de garantía del médico se plantea la cuestión en torno a los límites hasta los que se extiende. Lo que el médico asume no es la hipotética salvaguarda genérica de la vida y salud del paciente, sino que asume una obligación de medios respecto a una dolencia concreta, es decir, intentar la curación o mejora de dicho padecimiento. Este aspecto a su vez acota la extensión de su deber, en cuanto que en la medida en que se compromete a realizar una actividad curativa debe poner todos los medios necesarios a su alcance para garantizar, sino un resultado, sí la corrección del tratamiento y la paliación, en la medida de lo posible, del sufrimiento que al paciente ocasiona la dolencia por la que acudió en busca de ayuda sanitaria.

De lo anterior derivan varias consecuencias prácticas. La primera, que el médico no está obligado a realizar aquellas intervenciones que, pese a ser solicitadas por el paciente, no

respondan a una finalidad curativa o no estén indicadas conforme a las reglas de la *lex artis*.

Una segunda consecuencia que se desprende de la afirmación anterior es que, el especialista que ha asumido el tratamiento del paciente de una afección concreta responde de las omisiones relativas a la misma, no así respecto a otras posibles patologías ajenas a aquélla que en el curso del tratamiento pudieran aparecer o descubrirse. Lo contrario supondría convertir al médico en garante, no ya por razón de lo que asume, sino de la genérica protección de un bien jurídico, lo que por definición es ajeno a la actividad médica.

En tercer lugar, en tanto que el compromiso del médico se extiende al correcto tratamiento de la dolencia en cuestión, dicha posición de garantía no puede ceñirse sólo a los actos que a él corresponda realizar de forma inmediata y personal, sino también a todos los que de forma indirecta forman parte del tratamiento que prescribe. Este último aspecto cobra suma importancia a la hora de delimitar la responsabilidad de un facultativo respecto a la actuación de otros miembros de su equipo. Puesto que, el compromiso del médico se extiende a garantizar al paciente un tratamiento adecuado de la dolencia en cuestión, no puede exonerarse incondicionalmente de la suerte que pueda correr el mismo al entrar en contacto con la actuación de otros profesionales a los que por razones de división del trabajo, bien le remite, bien realizan tareas delegadas de aquél²⁹.

Por último, el compromiso de actuar del médico se refiere no sólo a curar o sanar la dolencia que se le ha confiado sino que se extiende también a paliar los sufrimientos del paciente derivados de la misma, su responsabilidad como comitente omisivo puede surgir no sólo en los casos en los que omite la terapia curativa indicada sino también en aquellos otros en los que no dispensa al enfermo los medicamentos que eliminarían o aliviarían su sufrimiento. Es, en definitiva, una omisión que abre el capítulo de la eventual responsabilidad del médico por el dolor que no evita que sufra el paciente.

²⁹ Esta parte está íntimamente ligada al epígrafe V de este trabajo, en el cual se trata específicamente el principio de confianza en la división del trabajo tanto vertical como horizontal.

1.C. La comprobación de que el comportamiento del garante representa una omisión no cubierta por el riesgo permitido y que incrementa las posibilidades de producción del resultado

En la tarea de seguir indagando la equivalencia estructural de la conducta del garante con la comisión activa de cara a fundamentar su responsabilidad como omitente, el primer requisito básico que habrá de comprobarse, es si puede identificarse una omisión concreta que debió realizar y que sirva de base a los posteriores juicios de desvalor, de la misma forma que en los comportamientos activos el punto de arranque de aquellos es siempre una acción concreta e identificada. Por tanto, se trata de comprobar que su pasividad tenía capacidad para condicionar, determinar o favorecer, mediante la omisión de una contribución concreta la lesión del bien jurídico, esto es, se trata de exigir que más allá de la posibilidad de que el garante pueda incidir con su omisión de forma genérica en la evitación del hecho, la misma se haya identificado como una de aquellas que está, al menos a priori, en condiciones de incidir de modo específico y determinado en la realización del resultado, de forma paralela a cómo en la conducta activa es siempre un acto concreto –ahora el realizado, no el omitido- el que la facilita y el que, por tanto, configura la situación de peligrosidad.

En el ámbito médico la apreciación de esta exigencia va a plantear pocas dificultades, ya que, la mayoría de las veces es posible identificar un acto concreto –de diagnóstico, curativo o de tratamiento- que, debiendo realizar, el profesional omite.

Con el primero de los requisitos se trata de exigir que la conducta –ahora la omisión de la acción debida- desborde los límites generales de permisibilidad acotados por el margen de los comportamientos adecuados.

Con la segunda de las exigencias, la de comprobar que la omisión representa un incremento relevante del riesgo de producción del resultado se trata, en definitiva, de atender, desde una perspectiva hipotética, a la relevancia de la conducta en términos de cuantificación normativa de su incidencia en orden a impedir el resultado final. Sólo cuando pueda predicarse que la omisión aumenta desde una perspectiva ex ante de

forma relevante las posibilidades de producción del resultado se dan las bases para la exigencia de responsabilidad penal.

Con dicha exigencia lo único que se reclama es que aquélla represente un peligro de producción del resultado como presupuesto del juicio de imputación. Esa comprobación requerirá verificar, dependiendo de las teorías de las que se parta, que la acción omitida hubiese evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza o que la acción omitida hubiera supuesto una disminución del riesgo de lesión del bien jurídico.

Sólo cuando se dieran todos estos requisitos concurrirían los presupuestos que permiten hablar en el ámbito omisivo del desvalor de la conducta penalmente relevante como presupuesto del juicio de atribución normativa del resultado que finalmente se produzca.

2. Exigencia de equiparación valorativa como juicio de imputación del resultado producido

Junto al primer juicio de identidad estructural relativo al desvalor de la conducta, la atribución del resultado al omitente requiere realizar adicionalmente una doble comprobación. En primer lugar, de forma paralela a lo que sucede en las conductas activas, verificar que aquél es imputable normativamente al comportamiento omisivo; en segundo lugar, dependiendo de cuál haya sido la índole de la contribución en el mismo, atribuirlo a título de autoría o participación.

Lo primero habrá de afirmarse allí donde, conforme a un juicio de pronóstico, el resultado sea reconducible en términos normativos a la no realización de la conducta esperada. Así, una vez comprobado que la omisión representa una conducta no permitida que incrementa las posibilidades de producción del resultado (desvalor de acción), se trata de constatar que efectivamente la lesión producida es imputable a la misma (desvalor del resultado) a partir de la fórmula manejada mayoritariamente por la doctrina, conforme a la cual debe examinarse si la acción omitida habría evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza, y que es justamente su ausencia la que determina que se acabe realizando en aquél. Adicionalmente, de forma paralela a lo

que sucede en la acción, habrá de verificarse que el resultado producido es uno de los que la norma pretendía evitar al consagrar la específica posición de garantía.

La segunda comprobación, esto es, la relativa a si la conducta omisiva puede reconducirse a título de autoría o participación, requiere atender a su concreta incidencia en el resultado. Así, la calificación del omitente como autor ejecutivo tendrá lugar allí donde sea la propia omisión la que, bien por crear ex novo un riesgo, bien por desestabilizar un peligro existente, se convierte en causa normativa de la producción del resultado. En el resto de los casos, el título participativo por el discurrir la pasividad del garante dependerá del alcance del acto concreto que omite realizar. Así por ejemplo, habrá de apreciarse una forma de cooperación necesaria allí donde la omisión de la conducta concreta a la que estaba obligado, y que de forma directa e inmediata incide en la producción del resultado, se traduzca en un favorecimiento tal del mismo que, conforme a un juicio de pronóstico, pueda afirmarse que sin ella no habría tenido lugar. Nada se opondrá, conforme a esas mismas reglas, a preciar una forma de autoría mediata, por dominio de la voluntad, allí donde concurren los mismos requisitos requeridos para apreciar la instrumentalización mediante una conducta activa; son los casos en los que el garante deja que un tercero, que nada sabe, realice una acción lesiva de un bien jurídico que él estaba obligado a controlar.

Trasladado lo anterior al ámbito médico, la responsabilidad del facultativo como comitente omisivo habrá de valorarse por regla general como una forma de autoría ejecutiva, siendo excepcionales los casos de complicidad, cooperación necesaria, e incluso de autoría mediata. La razón por la que esto es así resulta de la propia morfología de supuestos en los que se contextualizan las conductas médicas omisivas, caracterizados porque el deber de actuar del médico encuentra su origen directo en la contención de los riesgos –naturales, como son las enfermedades- que afecten al paciente respecto al que ha asumido un compromiso de asistencia.

Por su parte, habrá de apreciarse una forma de complicidad o de cooperación necesaria allí donde la pasividad del garante sea meramente favorecedora de la conducta de un tercero.

VII. CONCLUSIONES

Primera.- El hecho de que el sujeto sea o no profesional de la medicina no puede incrementar la pena por cometer una imprudencia en el ámbito de su profesión y por este motivo considero que la inhabilitación especial que prevé nuestro Código Penal como sanción específica para la imprudencia profesional debería desaparecer, teniendo en cuenta que la pena principal (de prisión en la mayoría de los casos de imprudencia grave) conlleva como pena accesoria esa misma inhabilitación, pero por un período de tiempo muy inferior.

Segunda.- Considero que sólo si el autor (el médico) posee un nivel mínimo de aptitudes y conocimientos puede decirse que la conducta que realiza está permitida y que, entonces, los riesgos que eventualmente emanen de la misma serán, en sentido penal, inevitables.

Tercera.- Considero que para que un tratamiento médico sea eficaz y útil debe tener una finalidad curativa, debe ser apropiado para la curación del paciente y se debe ejecutar conforme a la *lex artis* (guía del buen hacer para enfrentarse a una determinada patología).

Cuarta.- El juez para juzgar los casos relacionados con el ámbito de la medicina debe formular su criterio en base a las pruebas periciales practicadas en el proceso, ya que no será lego en materia de la *lex artis* médica y el deber de cuidado que exige ésta en la actuación de cualquier profesional.

Quinta.- De este trabajo deduzco que un aspecto fundamental de los delitos imprudentes de resultado como lo son los que acaecen en medicina, es la infracción del deber de cuidado y para determinar los deberes de cuidado de cualquier médico es muy importante distinguir la fase del tratamiento médico en la que nos encontramos (anamnesis, la diagnosis, la prognosis, la ejecución y el postoperatorio).

Sexta.- En cualquier delito imprudente el resultado debe ser producido causalmente por la acción del autor, es decir, que la acción sea condición del resultado producido al originarse éste según la ley de la causalidad y atendiendo a los conocimientos que nos ofrece la experiencia.

Séptima.- La teoría de la imputación objetiva aplicada a los delitos imprudentes implica que el resultado se produce como consecuencia de la infracción del deber objetivo de cuidado y aquél (el resultado) fuera de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado infringida.

Octava.- El principio de confianza limita la responsabilidad de los sujetos intervinientes en la actuación conjunta proveniente de divisiones horizontales o verticales de las relaciones que surgen en el trabajo del equipo médico y supera la consideración de que el delito imprudente sólo estaba pensado para conductas individuales, ya que, éste pasa a desempeñar un papel fundamental al permitir delimitar la responsabilidad penal entre sujetos que realizan conjuntamente una actividad, como es el caso de la médico-sanitaria. Éste opera con mayor intensidad en las relaciones de división horizontal de trabajo y esto tiene su razón de ser en el carácter independiente y autónomo de las funciones que desempeñan cada uno de los profesionales de la salud que se encuentran en plano de igualdad. Mientras que, en la división vertical del trabajo, el principio de confianza se halla mucho más limitado por el deber de control que debe ejercer el superior jerárquico sobre las labores que encomienda al inferior (aquél tiene la obligación de supervisar que el trabajo que encarga se realiza conforme con los parámetros que ha indicado).

Novena.- En la comisión por omisión lo relevante es si el daño que amenaza con producirse se ha desprendido de la fuente de peligro que debe custodiar el autor y tiene lugar en su ámbito espacial en el que domina el peligro, de tal modo, que se constata con seguridad que por no vigilar un foco de peligro, éste ha desembocado en un resultado típico.

Décima.- Para la imputación del médico, debe existir una obligación legal o contractual de actuar o debe darse un supuesto de injerencia y se exigirá una situación de proximidad jurídica entre la omisión y el resultado.

Undécima.- La obligación de actuar que tiene el médico que desempeña un servicio público, no le grava de forma ilimitada o absoluta, sino que aparece acotada por los márgenes espaciales (el lugar en el que trabaja) y temporales (su jornada laboral) de su obligación actualizada en cada demanda de auxilio.

Duodécima.- La obligación de actuar del médico decae cuando cualquiera de las partes (el profesional o el paciente) renuncie a su compromiso.

Decimotercera.- La voluntad de morir de un suicida no cancela de por sí la posición de garantía que tiene sobre éste el médico, ahora bien, si el suicida persiste en su deseo de morir, esta posición de garantía del médico se verá cancelada.

Decimocuarta.- “Las autopuestas en peligro”, es decir, las renunciaciones a las terapias o a la alimentación que producen un empeoramiento del estado de salud del paciente, determinan la falta de relevancia típica de la conducta y por ello, la impunidad de las colaboraciones de terceros.

Decimoquinta.- Si al paciente se le ha garantizado su derecho a la información, éste puede optar por una actitud de renuncia a las terapias que se le ofrecen, aunque a su vez se le haya comunicado que si lo hace empeoraría su estado de salud.

Decimosexta.- La decisión del paciente de llevar hasta sus últimas consecuencias la negativa al tratamiento, como tal, no es contraria a Derecho, ahora bien, no se puede deducir de ello que el médico esté legitimado para dejar de tratar al paciente, si dicha pasividad puede entenderse como una forma de colaboración en su muerte.

Decimoséptima.- En el ámbito de las relaciones penitenciarias, el recluso no puede eludir el control médico debido a la especial relación de sujeción que le vincula con la Administración penitenciaria.

Decimoctava.- En el caso de que se trate de pacientes menores de edad o incapaces que no estén en posición de decidir por sí mismos, y que sus padres o representantes legales se opongan a que reciban la terapia que necesitan, la obligación del médico se ceñirá a poner en conocimiento de la autoridad judicial tales circunstancias, de tal modo que sea ésta quien autorice la terapia.

Decimonovena.- Allí donde el paciente pueda y quiera eludir por completo recibir cualquier tipo de prestación sanitaria, anulando completamente los vínculos que en su día fundamentaron una relación contractual, decaerá cualquier responsabilidad del médico como comitente omisivo.

Vigésima.- El médico no está obligado a realizar aquellas intervenciones que, pese a ser solicitadas por el paciente, no respondan a una finalidad curativa o no estén indicadas conforme a las reglas de la *lex artis*.

Vigesimoprimera.- El especialista que ha asumido el tratamiento del paciente de una afección concreta responde de las omisiones relativas a la misma, no así respecto a otras posibles patologías ajenas a aquélla que en el curso del tratamiento pudieran aparecer o descubrirse.

Vigesimosegunda.- El compromiso de actuar del médico se refiere no sólo a curar o sanar la dolencia que se le ha confiado sino que se extiende también a paliar los sufrimientos del paciente derivados de la misma, su responsabilidad como comitente omisivo puede surgir no sólo en los casos en los que omite la terapia curativa indicada sino también en aquellos otros en los que no dispensa al enfermo los medicamentos que eliminarían o aliviarían su sufrimiento.

Vigesimotercera.- Sólo cuando pueda predicarse que la omisión aumenta desde una perspectiva ex ante de forma relevante las posibilidades de producción del resultado se dan las bases para la exigencia de responsabilidad penal, aunque para ello habrá de verificarse que el resultado producido es uno de los que la norma penal pretendía evitar al consagrar la posición de garantía.

Vigesimocuarta.- La responsabilidad del facultativo como comitente omisivo habrá de valorarse por regla general como una forma de autoría ejecutiva, siendo excepcionales los casos de complicidad, cooperación necesaria, e incluso de autoría mediata.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

FUENTES BARDAJÍ, J. de (Director) y ZABALA GUADALUPE, J.J. (Coordinador), Manual sobre *La responsabilidad sanitaria*, Abogacía General del Estado, Aranzadi Thompson Reuters, 2009.

GÓMEZ RIVERO, M^a DEL CARMEN (Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Sevilla), *La responsabilidad penal del médico*, 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MIR PUIG, SANTIAGO (Catedrático de Derecho Penal), *Derecho Penal: Parte General*, 9^a ed. Editorial Reppertor, Barcelona 2011.

MORILLAS CUEVA, LORENZO (Dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, JOSÉ MARÍA (Coord.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, 2009.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal: Parte Especial*, 8^a ed., Tirant lo Blanch, 1990.

IX. LISTA DE WEBS CONSULTADAS

ARANZADI: <http://aranzadi.aranzadidigital.es>

- Monografías: “*Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II. Comentario al art. 142 del Código Penal*”. BIB 2015\4745. Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2015. ISBN 978-84-9098-781-0.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17^a), n.º. 991/2008, de 3 de octubre, F.J. Primero, punto 9.2. (ARP 2009/985).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2^a), n.º. 27/2004, de 26 de abril. F.J. Segundo (ARP 2004/408).
- Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º. 4 de Sevilla, n.º 502/2012, de 21 de diciembre. F. J. Primero (ARP 2012/1410).

BARREIRO, AGUSTÍN JORGE (Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid), *Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*. Estudios penales y criminológicos. ISSN 1137-7550, nº 14, 1989-1990.

http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Revista%20Naranja%20%28Documentos%29/Num_14/ASPECTOS%20BASICOS.pdf

CARRO GONZÁLEZ, FCO. JAVIER, Tesis Doctoral sobre “Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria”, dirigida por BELLO JANEIRO, DOMINGO. Universidad da Coruña. 2014. <http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/11799>

DIALNET: <http://dialnet.unirioja.es/>

GUERRERO ZAPLANA, JOSÉ, (Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo), *Criterios de reparación del daño*, artículo publicado en la Guía práctica de las reclamaciones sanitarias, Enero 2013, ISBN978-84-9898-514-6 (BIB 2013/8988). <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I08cc8de0b9ec11e2a60e01000000000&srguid=i0ad818150000014e1c60f1334456a387&src=withinResuts&spos=8&epos=8&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>

LA LEY: <http://laleydigital.laley.es>

- DEL CASTILLO CODES, ENRIQUE, (Abogado. Doctor en Derecho) *La responsabilidad penal derivada del trabajo médico en equipo*. Esta doctrina forma parte del libro “La responsabilidad jurídico- sanitaria”, ed. nº 1, edit. La Ley, Madrid, marzo de 2011. (Ref. 14166/2011).
- RODRÍGUEZ RICARDO, FERNANDO, *El consentimiento informado: su evolución jurisprudencial*, Artículo publicado en Diario la Ley nº. 7358, sección Doctrina, 9 de marzo de 2010, Año XXXI, Ref. D-77, Edit. La Ley (Ref. 191/2010).

NOTICIAS JURÍDICAS: <http://noticias.juridicas.com>

- LO 1/2015: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.11t1.html#a10

RIVAS, JOSÉ MIGUEL y SAGRERA, GONZALO (ASJUSA Abogados). Artículo: “*El nuevo Código Penal y su incidencia en las profesiones sanitarias*”. <http://www.elmedicointeractivo.com/articulo/tribuna/nuevo-codigo-penal-y-incidencia-profesiones-sanitarias/20160318105911028022.html>

ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA (Prof. Dr. iur. Dr. med. Dr. h. c. mult.), *Evolución del tratamiento jurídico penal de la imprudencia del personal médico-sanitario*, Catedrático de Derecho Penal; Director Cátedra Universitaria de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco. <http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/87/596/9%20romeo.pdf?blobheader=application%2Fpdf%3Bcharset%3DUTF-8>

SARDINERO, CARLOS (Abogado y Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Penal en la Universidad Carlos III de Madrid). *La imprudencia profesional ante la profunda reforma del Código Penal*. Actualidad del derecho sanitario, nº 226, mayo de 2015, ref. 283. <http://sardineroabogados.com/uploaded/medios/Actualidad%20del%20Derecho%20Sanitario%20n%C2%BA%20226%20-%20Mayo%202015%20-%20Carlos%20Sardinero.pdf>

TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA, *Responsabilidad penal de terceros ante la negativa a la transfusión de sangre de Testigo de Jehová menor de edad con resultado de muerte*, artículo publicado en Actualidad Jurídica Aranzadi, nº. 325, Aranzadi, Pamplona, 1998 (BIB 1998/533). [http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I54efa37090d011dba6ba010000000000&srguid=i0ad818150000014e1c60f1334456a387&src=withinResuts&spos=38&epos=38&displayid=&publicacion=&clasificationMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=](http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I54efa37090d011dba6ba01000000000&srguid=i0ad818150000014e1c60f1334456a387&src=withinResuts&spos=38&epos=38&displayid=&publicacion=&clasificationMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=)

VALLEJO JIMÉNEZ, GEOVANA ANDREA, Tesis doctoral sobre “La responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en torno a la imprudencia médica”, dirigida por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL (Catedrático de la Universidad de León), 2012. <http://buleria.unileon.es/xmlui/handle/10612/2217>