

FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSITAT DE BARCELONA



DICTAMEN

TRABAJO FINAL DE GRADO

PRESENTADO POR

SARA MORALES ARIAS

Bajo la dirección de la profesora

Dra. Ujala Joshi Jubert

Derecho Penal. Parte General

Curso 2014/2015

Barcelona, junio 2015

INDICE

1. HECHOS	3
2. CUESTIONES OBJETO DEL DICTAMEN. ENUMERACIÓN	4
3. METODOLOGÍA UTILIZADA	4
4. ESTUDIO DE LA PRIMERA CUESTIÓN OBJETO DEL DICTAMEN. PRIMERA CONCLUSIÓN INTERMEDIA	7
5. ESTUDIO DE LA SEGUNDA CUESTIÓN OBJETO DEL DICTAMEN. SEGUNDA CONCLUSIÓN INTERMEDIA	22
6. CONCLUSIONES FINALES	27
7. RELACIÓN DE LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y BIBLIOGRAFIA ..	30
7.1. Legislación	30
7.2. Jurisprudencia.....	31
7.3. Bibliografía.....	32

1. HECHOS

“I.-La fallecida doña Antonia G. R., contrató con una entidad no determinada la realización de una intervención consistente en una liposucción de flancos y lipectomía abdominal. A la paciente se le realizaron estudios preoperatorios sin que se apreciara patología alguna que impidiera la intervención con anestesia general. La intervención se realizó en fecha 26 de noviembre de 1994 en la Clínica Delfos de esta ciudad, actuando como cirujano el acusado don Daniel V. F. mayor de edad y sin antecedentes penales, médico especialista en cirugía estética y como anestesista la acusada doña Montserrat G. C., también mayor de edad y sin antecedentes penales, médico de medicina general. La intervención se desarrolló sin complicaciones quedando la paciente una vez suturada y vendada y debidamente monitorizada, bajo la vigilancia de la señora G., que actuó como anestesista, permaneciendo en el quirófano el ayudante del cirujano doctor J. y el personal de enfermería, retirándose el acusado señor V. a una sala contigua para cumplimentar los informes de la operación. Cuando la acusada señora G. comprobó que la paciente comenzaba a despertar de la anestesia y estando ésta todavía entubada, 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, cuando lo correcto hubiera sido hacer exactamente lo contrario, es decir, suministrar exclusivamente oxígeno a la paciente. Como consecuencia de la falta de suministro de oxígeno la paciente comenzó a hacer una braquicardia bajando su ritmo cardíaco por debajo de 20-30 pulsaciones, circunstancia de la que se apercibió inmediatamente la acusada señora G. que sin embargo no se percató que la causa de la misma era la falta de oxígeno. La acusada reclamó la presencia de otros facultativos, acudiendo de inmediato al quirófano el señor V. que quedó a la disposición de la anestesista mientras ésta realizaba las maniobras de reanimación cardio pulmonar, maniobras correctas técnicamente pero que no consiguieron restablecer el ritmo cardíaco en tanto que faltaba el adecuado suministro de oxígeno. A los pocos instantes acudió al quirófano el anestesista doctor Tomás G. S. que rápidamente comprobó que el monitor no reflejaba el nivel de saturación de oxígeno de la paciente, por lo que, también de forma inmediata, comprobó que el suministro de oxígeno estaba cerrado, y abrió el grifo del oxígeno cerrando el del protóxido de nitrógeno, dando las oportunas

instrucciones para la reanimación. Restablecido el suministro de oxígeno, las maniobras de reanimación dieron el resultado esperado y la paciente remontó la situación de braquicardia, pero sin recobrar la consciencia, siendo trasladada a la UCI. Como consecuencia del déficit de oxigenación cerebral, efecto directo del paro cardíaco sufrido, se produjo en la paciente una lesión cerebral irreversible que a su vez derivó en una encefalopatía postanóxica y coma neurológico que motivó su fallecimiento ocurrido en fecha 9 de diciembre de 1994. El control de la fase de recuperación de la anestesia, así como del suministro de gases anestésicos, de la monitorización del paciente y de su eventual reanimación, es responsabilidad del médico anestesista. La Doctora señora G. carecía al tiempo de los hechos de la condición de médico especialista en anestesiología, habiendo realizado en ocasiones sedaciones de pacientes”.

2. CUESTIONES OBJETO DEL DICTAMEN. ENUMERACIÓN

Primera.- Análisis de la conducta de Montserrat G. C. Su tratamiento jurídico penal desde la óptica de la parte general del derecho penal.

Segunda.- Análisis de la conducta de Daniel V. Su tratamiento jurídico penal desde la óptica de la parte general del derecho penal.

3. METODOLOGÍA UTILIZADA

Para la elaboración de este dictamen, en primer lugar, se procedió a una recopilación, previa búsqueda, de fuentes de información como libros, artículos de revistas jurídicas, monografías, legislación y sobretodo jurisprudencia, todo ello sobre teoría general del delito y responsabilidad profesional sanitaria. Posteriormente, se decidió acogerse a un autor de referencia, Santiago Mir Puig, cuya postura será la que se seguirá a lo largo del dictamen, complementada con la de otros autores.

Para la construcción global del texto, se ha seguido una estructura concreta en el momento de analizar las conductas: primero se realiza un estudio detallado de la antijuricidad, la cual engloba el tipo de comportamiento; la tipicidad; las causas de

justificación y la relación de autoría. Es preciso destacar que en la tipicidad se diferencia, por un lado, la parte objetiva, que engloba un análisis de la conducta típica, es decir, si el comportamiento humano ha creado un riesgo típicamente relevante para el bien jurídico protegido, incluyendo las posibles causas de exclusión de ese riesgo típicamente relevante (adecuación social, riesgo permitido...), junto con la imputación del resultado, es decir, un análisis sobre si el resultado puede ser atribuido a la conducta, tratando la relación de causalidad y la relación de riesgo. Y por otro lado, la parte subjetiva, dónde se analiza si el sujeto conoce la parte objetiva del tipo. Posteriormente, se realiza un estudio de la responsabilidad personal (culpabilidad), es decir, una valoración de las condiciones personales e individuales en las que el autor ha realizado el hecho antijurídico, que engloba el conocimiento de la antijuridicidad, la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma y la imputabilidad. Para mayor aclaración, el esquema que muestra la estructura seguida en el análisis realizado en el presente trabajo es el siguiente:

Antijuricidad:

1. Comportamiento.
2. Tipicidad:
 - 2.1 Parte objetiva.
 - 2.2 Parte subjetiva.
3. Causas de justificación.
4. Relación de autoría.

Imputación personal (culpabilidad):

1. Conocimiento de la antijuricidad.
2. Exigibilidad de la conducta adecuada a derecho.
3. Imputabilidad.

En cuanto al material utilizado, corresponde a doctrina española (ordenada alfabéticamente) y jurisprudencia actual del Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales (separadas por órganos judiciales y ordenadas de forma cronológica). En lo referente al uso de referencias legislativas, exclusivamente forman parte del derecho penal español (ordenadas por rango legislativo y a su vez cronológicamente).

Finalmente señalar que los aspectos formales aplicados al trabajo se han seguido los establecidos en el libro *Tècniques de Treball i Comunicació. Instrumentarium per a les ciències jurídiques i socials*, que son los acogidos por la Universidad de Barcelona.

El trabajo se complementa con un índice, unas conclusiones finales y una lista de la bibliografía citada, además de la presente metodología.

4. ESTUDIO DE LA PRIMERA CUESTIÓN OBJETO DEL DICTAMEN. PRIMERA CONCLUSIÓN INTERMEDIA

Lo primero que hay que averiguar es si la conducta llevada a cabo por la doctora G. es antijurídica, por tanto, contraria a derecho, y para ello se debe examinar que:

1. Se trata de un **comportamiento humano externo y voluntario**: Siguiendo la concepción definida por Santiago Mir Puig (concepto final de la acción unido al concepto social de la acción), en el caso del tipo imprudente, se precisa que haya un comportamiento final, dónde «es la conducta descuidada que pone en marcha el proceso causal involuntariamente lesivo»¹. En el caso de la imprudencia, la esencia es el «momento normativo de la infracción de una norma de cuidado»². Montserrat ha actuado de tal forma que hay un comportamiento humano externo y voluntario, realizar la labor de anestesista, y cambiar el suministro de gases a la paciente abriendo el protóxido de nitrógeno en vez del de oxígeno, realizando una acción peligrosa y sobretodo, descuidada. Asimismo no se da ninguna de las causas de ausencia de voluntad que establece la doctrina, pues no hay fuerza irresistible, ni inconsciencia, ni actos reflejos.

Respecto a los elementos esenciales del tipo:

El **sujeto activo** (art. 27 a 29 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP)) objeto de análisis en esta primera cuestión es **Montserrat G.C**, la anestesista.

El **sujeto pasivo** es **Antonia G.R**, pues concurren en ella los requisitos especiales exigidos en el tipo. De acuerdo con Santiago Mir Puig, el sujeto pasivo es el «titular o portador del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito (Antolisei)»³. Al ser un delito contra las personas, coincide sujeto pasivo y persona sobre la que recae físicamente la acción típica.

El **objeto material u objeto de la acción** se encuentra en la persona sobre la que ha recaído la acción físicamente, que en el caso práctico coincide con **el sujeto pasivo**.

¹ S. MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*, p. 186.

² *Ibidem*, p. 187.

³ *Ibidem*, p. 220.

Relativo al **objeto jurídico**, que es el bien jurídico protegido por la ley, es **la vida de Antonia G.R.**

2. Se trata de un caso dónde se manifiesta un **tipo imprudente de comisión consumado**. Para averiguar si la conducta y el resultado son típicos, se debe comprobar que reúne los requisitos de la parte objetiva y la parte subjetiva del tipo que a continuación se analizan:

2.1 Parte objetiva: Primero es preciso examinar la conducta típica, es decir, si el comportamiento de Montserrat ha creado un riesgo típicamente relevante para el bien jurídico protegido, y para ello se debe analizar la infracción de la norma de cuidado por la anestesista, distinguiendo entre:

- ✓ El deber de cuidado interno, que «consiste en la obligación de advertir la presencia del riesgo propio de la acción que se va a realizar»⁴. Es el deber de previsión. En el caso práctico se exige a Montserrat, como profesional de la medicina, la capacidad de advertir la presencia de un riesgo que puede afectar a la vida de Antonia, y que es previsible en un juicio *ex ante*.
- ✓ El deber de cuidado externo, que «consiste en el deber de comportarse externamente conforme a la norma de cuidado previamente advertida»⁵.

Pero a la vez ello nos lleva a analizar el **deber de actuar prudentemente en situaciones de peligro**, es obvio que una intervención quirúrgica con anestesia general conlleva una situación de peligro por sí misma, y ello lo vemos reflejado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual establece que «es notorio que toda intervención quirúrgica especialmente si se efectúa bajo los efectos de anestesia general, implica graves riesgos que la Medicina y la Cirugía no han podido, pese a los innegables progresos científicos, desarraigar dándose un porcentaje sensible de fallecimientos consecutivos a dichas intervenciones»⁶, asimismo añade que «por ello, los facultativos deben extremar las cautelas y precauciones»⁷.

Al mismo tiempo se observa cómo se da una de las causas de exclusión del riesgo típicamente relevante, concretamente, el **riesgo permitido**.

⁴ SAP Málaga 32/2010, de 27 de enero de 2010.

⁵ S. MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*, p. 290.

⁶ STS 2847/1988, de 22 de abril de 1988.

⁷ *Ibidem*.

De acuerdo con el artículo escrito por Machado Rodríguez, el riesgo permitido «requiere que el comportamiento siempre se acomode a unas exigencias de diligencia. Tales comportamientos son peligrosos en sí, pero, pese a ello, la dinámica social los considera permitidos, siempre y cuando no sobrepasen lo permitido, serán legales o no ilícitos»⁸.

Siguiendo la línea de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, «se crea un riesgo admitido que la sociedad previene con determinadas normas de cuidado. Algunas de estas normas imponen la necesidad de que quienes se proponen desempeñar dicha actividad hayan demostrado su capacidad técnica y obtenido la titulación oficial correspondiente. Otras obligan, (...) a actuar con tanta pericia, atención y diligencia como demanda el peligro que en cada ocasión puede crear la intervención realizada»⁹. Según Santiago Mir Puig, «el riesgo permitido es el tope máximo de la norma de cuidado»¹⁰.

Por lo tanto, aplicando tal concepción al presente caso, **se observa un riesgo permitido y socialmente admitido pero sobrepasando esos límites de la permisión**, primero, porque es consciente de la falta de condición de médico especialista en anestesiología (posteriormente será tratada esta idea con profundidad) y es ella que decide asumir tal riesgo, y segundo porque debería haber realizado su acción de cambiar el suministro de gases con la máxima atención para evitar que el peligro se convirtiera en lesión y posterior muerte de la paciente.

Se puede poner en conexión la **infracción del deber objetivo de cuidado** con la inobservancia de la *lex artis*. Ésta consiste en «la norma de comportamiento profesional que señala los límites y el ámbito de la obligación médica, y en definitiva la observancia de las normas de la ciencia médica»¹¹. Se trata de la correcta actuación sanitaria, la cual está sujeta a modificaciones constantes debido al desarrollo de las ciencias médicas. De manera que la norma de cuidado aplicable a la anestesista es la *lex artis*.

Para observar si ha habido tal infracción, debemos preguntarnos qué es lo que un hombre diligente en la misma situación que Montserrat hubiera hecho.

⁸ C.I. Machado Rodríguez, «La incidencia del comportamiento de la víctima en la responsabilidad penal del autor (hacia una teoría unívoca)», p. 107.

⁹ STS 1904/2001, de 23 de octubre de 2001.

¹⁰ S. MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*, p. 291.

¹¹ J.J ZABALZA GUADALUPE (Dir.), *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, p. 572.

Antes es conveniente analizar el tema de la **falta de especialidad** por parte de Montserrat. Existe determinada normativa que impone la necesidad de que aquellas personas que realizan esta actividad, deben haber demostrado su capacidad técnica y estar en posesión de la titulación oficial correspondiente, es el caso de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (a partir de ahora LOPS), que reitera lo establecido en el derogado Real Decreto 127/1984, de 11 de enero; y el Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero, por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias Sociales y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada (a partir de ahora RD 183/2008).

El artículo 2 del RD 183/2008, establece que «son especialidades en Ciencias de la Salud por el sistema de residencia las que figuran relacionadas en el anexo I, clasificadas, según la titulación requerida para acceder a ellas, en especialidades médicas, farmacéuticas, de psicología, de enfermería y multidisciplinarias. De conformidad con lo previsto en el artículo 16 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, corresponde al Gobierno la creación de nuevos títulos de especialista o la modificación y supresión de los que se relacionan en el anexo I, según lo requieran las necesidades del sistema sanitario, la evolución de los conocimientos científicos en la formación de especialistas en Ciencias de la Salud y su adaptación a las directrices derivadas de la normativa comunitaria sobre la materia». En el mencionado Anexo se encuentra la especialidad de Anestesiología y Reanimación.

De manera que poniendo en relación tal artículo con el 16 y 26 de la LOPS, la Anestesiología y Reanimación es una **especialidad médica** cuya formación se realiza en Centros y Unidades Docentes acreditados. Ello supone que se trata de una **especialidad que requiere un título expedido** por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y de Sanidad y Consumo, **cuya posesión «será necesaria para utilizar de modo expreso la denominación de especialista, para ejercer la profesión con tal carácter y para ocupar puestos de trabajo con tal denominación en centro y establecimiento público y privados»¹²**. Su formación se lleva a cabo mediante un sistema de residencia en determinadas instituciones.

De manera que, en el presente caso, **Montserrat no tenía oficialmente reconocida la especialidad**, y por lo tanto capacidad para realizar tal actividad. Asimismo, ella era

¹² Artículo 16.3 *in fine* de la LOPS.

plenamente consciente de su falta de titulación profesional, y por lo tanto, asumía el riesgo y responsabilidad en caso de incidentes derivados de la anestesia.

Retomando la idea de la infracción de la norma de cuidado, siguiendo la actuación llevada a cabo por Tomas G.S cuando llegó a quirófano, lo primero que hizo fue observar en el monitor el nivel de saturación de oxígeno que recibía la paciente, aspecto que demuestra lo que un hombre diligente en tal situación debería realizar, así, se considera que Montserrat no actuó de la misma manera, pues antes de realizar la reanimación cardio pulmonar, debería haber observado el monitor.

Por todo ello, se puede sopesar que **Montserrat no procedió de acuerdo con la norma de comportamiento profesional, infringiendo así una norma de cuidado elemental**, como es la de suministrar oxígeno a una paciente en el postoperatorio, estando entubada y empezando a despertar de la anestesia, no estando todavía plenamente consciente. Montserrat cometió una confusión en los grifos que suministraban gases. En definitiva, **infringió los deberes objetivos de cuidado (*lex artis*) exigibles a una persona media, dentro del ámbito profesional analizado.**

A continuación, es conveniente determinar si la infracción de la norma es **grave o leve**, lo que da lugar a la imprudencia leve (también llamada simple) (art. 621.2 y 3 CP), que «supone la infracción de normas de cuidado tan elementales como las vulneradas por la imprudencia grave, normas que respetaría no ya el ciudadano menos diligente, sino uno cuidadoso»¹³; y la imprudencia grave (también llamada temeraria) que «consiste en la comisión de elementales normas de cuidado que cualquier persona debe observar en los actos de la vida ordinaria [...]. Se caracteriza, en suma, la imprudencia grave por imprevisiones que eran fácilmente asequibles y vulgarmente previsibles, así como por la desatención grosera relevante de lo que es exigible a cualquier persona»¹⁴ Por lo tanto, la diferencia entre ambas, se basa en el quebrantamiento del deber de cuidado esencial del tipo en mayor o menor medida.

Una vez sentados los conceptos básicos, debemos llevarlo al campo de la medicina, teniendo en cuenta la peligrosidad y riesgo de la propia situación. De acuerdo con la SAP Barcelona 606/2005, de 10 de junio de 2005, establece que se calificará como grave aquella «actuación omisiva de las cautelas o precauciones más elementales para

¹³ S. MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*, p. 287.

¹⁴ J.J ZABALZA GUADALUPE (Dir.), *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, p. 553.

prevenir un mal previsible en circunstancias normales (...) será temeraria si la conciencia del peligro es tal palmaria que éste resulta previsible a cualquiera sin exigencias de extraordinaria dotes o atención y si las precauciones a tomar eran también evidentes a la mayoría de las personas y realizables normalmente, por lo que su omisión resulta indisciplinable a la consideración social».

Aproximándose más al caso práctico que se está analizando, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, establece que «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»¹⁵. Ello es fácilmente observable en el caso, porque para cualquier persona que no tenga conocimientos especializados en la materia, considera que el error cometido y el daño causado es fácilmente previsible, así como el deber de realizar tal actividad con las máximas precauciones, de manera que en el caso de Montserrat, todavía se le exige más previsión, pues tiene determinados conocimientos médicos sobre la materia. Asimismo, la Dra. G lo podría haber evitado actuando con mucha más prudencia y cuidado, y a pesar de ello, una vez ya cometido el error, antes de realizar la maniobra cardio pulmonar, pues ésta no era útil sin el suministro de oxígeno (ello se observa en la actuación realizada por Tomás al llegar a quirófano), debería haber observado el monitor, pudiendo evitar así la falta de oxigenación en el cerebro de Antonia.

Finalmente, es preciso destacar, para acabar de confirmar de qué se trata de una imprudencia grave, la SJP Sevilla 502/2012, de 21 de diciembre de 2012, la cual establece que «la imprudencia grave requiere primariamente el olvido u omisión de los cuidados y atención más elementales lo que se traduce en impericia inexplicable y fuera de lo corriente. En el delito de **imprudencia profesional con resultado de muerte** (artículo 142.1 y 3 del Código Penal) **es necesario que la imprudencia entendida como quebrantamiento del deber profesional sea grave**». Ello se refleja en el presente supuesto, pues Montserrat ha causado la muerte de la paciente. Por todo lo anterior se puede concluir que la **infracción de la norma es calificable como grave**.

¹⁵ STS 1904/2001, de 23 de octubre de 2001.

A continuación, y antes de pasar al análisis de la parte subjetiva del tipo imprudente, es preciso confirmar que se da la figura de la **imprudencia profesional**, justificándolo a continuación. El art. 142.3 CP, establece que «cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años». Para ello, debemos tener en cuenta que en el caso práctico estaríamos ante una imprudencia médica, que respecto a ella, existe un cuerpo de doctrina jurisprudencial extenso, y que básicamente se resumiría en los siguientes principios:

«1. °-Que no se incrimina el error científico. Los errores de diagnóstico no son tipificables como infracción penal salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable.

2.°-Que por la misma razón queda también fuera del ámbito penal la falta de extraordinaria pericia o cualificada especialización pero **sí debe sancionarse la equivocación inexcusable o la incuria sobresaliente o sea, cuando la falta de pericia sea de naturaleza extraordinaria o excepcional.**

3. °-**La culpabilidad radica en que el facultativo pudo evitar el comportamiento causante del resultado lesivo.**

4. °-Que en esta materia no se pueden señalar principios inmutables al no poder realizarse una formulación de generalizaciones y precisarse una individualizada reflexión sobre el concreto supuesto enjuiciado.

5. °-Que la doctrina de la búsqueda de la responsabilidad imprudente del sanitario ha de realizarse huyendo de generalizaciones inmutables no debiendo incidirse en tesis maximalistas.

6.°-Que 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 que para su ejercicio se necesita»¹⁶.

Aplicando tales principios al caso práctico, observamos que se da el segundo y el tercero, Montserrat cometió un error extraordinario y pudo evitarlo teniendo más cuidado. Además una vez ya cometido el error, haber actuado no tan tardíamente, e incorrectamente, pues antes de realizar la maniobra de reanimación cardio pulmonar, debería haber observado la saturación de oxígeno en el monitor.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia, la imprudencia profesional es aquella «cometida por un profesional, es decir, por persona especializada en la técnica y en los entresijos de una profesión, arte u oficio»¹⁷. Por consiguiente, la imprudencia médica, como imprudencia profesional, tiene como elemento esencial la infracción de la *lex artis*, no se trata de meras normas de cuidado, sino normas del conocimiento y aplicación de los saberes científicos de la materia para los cuales se han recibido unos especiales conocimientos y capacidades/habilidades concretas, por lo tanto su infracción ha desencadenado el resultado como una condición necesaria para éste.

¹⁶ STS 6021/1991, de 4 de setiembre de 1991 (reiteradas sentencias actuales hacen referencia a la misma).

¹⁷ STS 1904/2001, de 23 de octubre de 2001.

Conviene hacer un apunte sobre el subtipo agravado creado por la jurisprudencia y la doctrina, la imprudencia del profesional, cuyo contenido es de difícil delimitación. El Tribunal Supremo ha dictado varias sentencias diferenciando ambas figuras, **la culpa profesional y la culpa del profesional**, dónde la primera consiste en la impericia, que no supone que el procesado desconozca o conozca mal o insuficientemente su contenido, sino más bien que no actuó de la forma y exigibilidad que se le requiere en su ámbito profesional, y la segunda consiste en la negligencia en que incurre el profesional en el ejercicio de su arte, oficio o ciencia.

Como se puede observar hay una difícil delimitación de ambas figuras, que ha recibido muchas críticas, pues a veces resulta contradictorio en determinadas sentencias. Concretamente la SAP Sevilla 110/2000 de 30 de noviembre de 2000, establece que «la distinción entre la imprudencia profesional y la imprudencia del profesional es un tema difícil que ha dado lugar a que **la jurisprudencia no haya seguido una línea uniforme que deslinde ambas modalidades**». Asimismo, la SAP Castellón 321/2013, de 4 de noviembre de 2013, afirma que «se construyó una sutil y en cierto modo artificial distinción, entre imprudencia profesional e imprudencia del profesional».

Como establece Fernández Hierro, «toda culpa del profesional en el ejercicio de su actividad específica deberá ser considerada como culpa profesional, que en definitiva, no es sino la culpa de una persona en el ejercicio de su profesión»¹⁸. Por lo tanto, **al no haber una clara delimitación entre ambas figuras**, y siguiendo lo establecido en el CP, dónde no aparece ningún subtipo, pues éste es creado por la jurisprudencia, y además parece que no es la intención inicial del legislador, el tipo objeto de análisis se califica como imprudencia profesional.

Finalmente es conveniente analizar la **imputación objetiva del resultado**, en este apartado se debe observar si el resultado puede ser atribuido a la conducta. Para ello debemos distinguir y examinar la relación de causalidad y la relación de riesgo.

En el caso práctico objeto de estudio hay una **relación de causalidad entre la acción y el resultado**, la conducta de la anestesista, objetivamente errónea, ha conllevado el resultado de muerte de la paciente que se encontraba bajo su cuidado. De acuerdo con la teoría de la condición (que es la predominante en la doctrina), o de la “equivalencia de

¹⁸ J.M FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, p. 590.

las condiciones”, tal y como expone Santiago Mir Puig, «es causa de un resultado toda condición de la cual ha dependido su producción con independencia de su mayor o menor proximidad o importancia. La cuestión de cuando una conducta ha sido condición del resultado se suele resolver mediante la ayuda de una fórmula heurística de carácter hipotético: la **fórmula de la “condicio sine qua non”**, según la cual puede considerarse que una conducta ha condicionado causalmente un resultado cuando, suprimiendo mentalmente aquella conducta desaparecería también el resultado»¹⁹. Aplicando tal teoría, si suprimimos la conducta de Montserrat de haber modificado los grifos de los gases, no se hubiera producido las lesiones y posterior muerte de Antonia G.R.

Al tratarse de un delito de resultado, exige la producción de un resultado separado espacio-temporalmente de la conducta en los que es necesario que el resultado causado se pueda ver como la realización del riesgo inherente a la conducta. Así pues, en el caso práctico hay una **relación de riesgo entre la conducta y el resultado**, para decidir ese riesgo de la conducta, es necesaria la utilización de un punto de vista *ex ante*, ya que la función del derecho penal es evitar los resultados típicos, y ello sólo se puede lograr desvalorando y prohibiendo conductas humanas cuya capacidad para producir aquéllas pueda ser parecida en el momento de ir a realizarlas y mientras no ha finalizado su realización, es decir, *ex ante*. De acuerdo con Santiago Mir Puig, «el desvalor de la conducta se debe a la peligrosidad para el bien jurídico que un espectador objetivo (hombre medio) puede advertir en la conducta en el momento de realizarse, *ex ante*»²⁰.

La conducta de Montserrat, ha creado un peligro para la vida de la paciente, ya que su conducta ha sido suficientemente peligrosa para un hombre medio (siempre teniéndolo en cuenta, dentro de su ámbito profesional), y además ha habido una infracción de la norma de cuidado. Según Santiago Mir Puig, «la creación del riesgo típico viene exigida por la necesidad de la infracción de la norma de cuidado»²¹. En el caso práctico, Montserrat ha vulnerado una norma de cuidado grave, la cual ha producido un riesgo y que finalmente ha causado un resultado negativo, que entra dentro de la finalidad de protección de la norma de prudencia vulnerada. «La doctrina dominante exige aquí, para la imputación del resultado, que hubiese sido seguro o prácticamente seguro que si la

¹⁹ S. MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*, p. 239.

²⁰ *Ibidem*, p. 166.

²¹ *Ibidem*, p. 297.

acción no hubiese sido imprudente no se hubiera producido el resultado (in dubio pro reo)»²², aplicando tal concepción, si la acción de Montserrat de modificar los grifos de oxígeno y protóxido de nitrógeno, hubiera sido realizada con el debido cuidado, no se habría producido el resultado, pues no se considera que fuese una acción tan complicada como para cometer el error sucedido. Por lo tanto, podemos concluir que **el resultado de muerte de Antonia G.R es imputable objetivamente al riesgo creado por la acción de Montserrat G.C.**

2.2 Parte subjetiva: En este apartado procede analizar si se trata de imprudencia consciente o inconsciente. En el caso práctico, se puede considerar que es de tipo **inconsciente**, ésta «supone que no sólo no se quiere el resultado lesivo, sino que ni siquiera se prevé su posibilidad; no se advierte el peligro»²³, en cambio 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»²⁴.

En el caso práctico, **Montserrat decidió de forma voluntaria asumir el riesgo de llevar a cabo tal actividad careciendo del título correspondiente.** Como se establece en la SAP de Málaga 32/2010, de 27 de enero de 2010, cuyo caso es parecido al que se está analizando, «el acusado no tuvo, con toda seguridad, intención de causar el mal que causó ni tampoco éste se le representó, por lo que su culpa debe ser calificada de inconsciente. La culpa inconsciente no es forzosamente de menor gravedad que la consciente toda vez que la gravedad de la culpa, o lo que es igual, de la imprudencia o negligencia, depende de la naturaleza del deber de cuidado que socialmente se impone para que el autor de la conducta advierta el riesgo que pueda crear». Montserrat no quería causar ningún mal a Antonia, llevó a cabo la labor de anestesista aún sabiendo que no poseía la titulación, aspecto que puede demostrar que no era consciente de la peligrosidad de su conducta.

3. Ausencia de causas de justificación: A continuación es preciso averiguar si concurre alguna causa que excluya la antijuricidad, si no concurre ninguna, el hecho será antijurídico. Las causas de justificación las encontramos reguladas en el art. 20 CP, y de acuerdo con el caso práctico objeto de análisis, **no se da ningún tipo de tales**

²² S. MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*, p. 298.

²³ *Ibidem*, p. 285.

²⁴ *Ibidem*.

causas; pues no hay legítima defensa, ni estado de necesidad (no se trata de una cirugía de urgencia), ni cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7 CP). Ahora bien, es conveniente aclarar la última de ellas, ya que puede dar lugar a dudas. Consiste en la producción de la lesión a un bien jurídico en el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, oficio o cargo.

En el caso de las intervenciones médicas no curativas, cómo es la realizada a Antonia, pues se le efectúa por razones estéticas, se plantea la cuestión del consentimiento del paciente. El artículo 6 de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica, establece en su apartado primero que «cualquier intervención en el ámbito de la salud requiere que la persona afectada haya dado su consentimiento específico y libre y haya sido previamente informada del mismo, de acuerdo con lo establecido por el artículo 2», añadiendo en el segundo apartado que «dicho consentimiento debe realizarse por escrito en los casos de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos invasivos y, en general, cuando se llevan a cabo procedimientos que suponen riesgos e inconvenientes notorios y previsibles susceptibles de repercutir en la salud del paciente».

Asimismo, de acuerdo con el artículo 16.2 del Código de Deontología médica, «el consentimiento se expresa habitualmente de forma verbal, dejando constancia en la historia clínica. Cuando las medidas propuestas supongan para el paciente un riesgo significativo se obtendrá el consentimiento por escrito». Por todo lo anterior, se puede considerar que Antonia prestó el consentimiento para realizar tal intervención. A pesar de ello, al haber un resultado de muerte procedente de un tipo imprudente, de acuerdo con lo establecido por Mir Puig, **el objeto del consentimiento no es el resultado de muerte**, ya que «nadie consiente eficazmente su muerte»²⁵.

Ahora bien, hay doctrina que acoge la eficacia del consentimiento en las acciones peligrosas para la vida, pero siguiendo al autor antes mencionado, «respetar la voluntad del que consiente en el riesgo no es respetar la voluntad de ser matado, sino la de vivir peligrosamente»²⁶. Tal y como establece Luzón Peña, para que en una intervención médica se dé la figura de la causa de justificación regulada en el art. 20.7 CP, **se precisa**

²⁵ S. MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*, p. 517.

²⁶ *Ibidem*, p. 518.

que durante la intervención médica consentida, se haya realizado conforme a la *lex artis*, a pesar de que finalmente tenga un resultado desfavorable. El problema, es que en el caso práctico, **Montserrat no se ajustó a la *lex artis***, infringió la norma de cuidado más elemental. Por lo tanto, no se da ninguna causa de justificación, y no se puede justificar su actuación, pues ha causado la muerte de Antonia.

4. Relación de autoría y participación: Montserrat ha intervenido en el hecho en concepto de **autora** (art. 28.1 CP), de forma individual, por haber realizado el hecho material y directamente. De acuerdo con el artículo 28 CP, «son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento». Montserrat es el sujeto principal del hecho, responsable de la equivocación en el cambio de gases, pues en ese momento era la encargada de velar por la paciente.

La **primera conclusión** es que Montserrat, la anestesista, realiza un hecho típico y antijurídico, por tanto estará obligada a pagar la responsabilidad civil derivada del delito.

A continuación se analiza la **culpabilidad/responsabilidad personal** de la anestesista.

1. Conocimiento de la antijuricidad: Consiste en si el sujeto podía saber que su hecho se encuentra prohibido por ley. Al ser un delito culposo, se precisa que «no es suficiente, como consideraba la doctrina tradicional, para afirmar la culpabilidad, la previsibilidad del resultado típico. Es preciso también que el autor pueda conocer las propiedades materiales o reales, o las circunstancias concomitantes, de la acción predeterminantes del peligro que se concreta, progresivamente, en el resultado lesivo del bien jurídico. El autor ha de ser absuelto por falta de culpabilidad si tales propiedades son inevitablemente ignoradas»²⁷.

Montserrat conocía *ex ante* las características sobre el peligro que comporta llevar a cabo tal actividad. El resultado de la acción llevada a cabo por la anestesista era previsible por su parte, ya que una actividad quirúrgica comporta unos riesgos de los cuales ella era consciente, y ello se acentúa más aún si no poseía la titulación y formación correspondiente. Por lo tanto, la Dra. G., **podía prever el resultado y además conocía, debido a la actividad profesional desempeñada, las circunstancias**

²⁷ TORÍO LÓPEZ, Ángel. «El conocimiento de la antijuricidad en el deliro culposo», p. 88.

que podían darse. Montserrat tenía el conocimiento suficiente de que si cometía tal error podría dar lugar a un resultado perjudicial, y que ello sería antijurídico, y por lo tanto ilícito.

De este modo no se da la figura del error de prohibición, pues Montserrat sabía perfectamente lo que hacía, en el sentido que era consciente que le faltaba la titulación médica pertinente y que su actuación no era correcta por la debida falta, sabiendo que para poder actuar como anestesista se precisa la titulación con la especialidad de Anestesiología y Reanimación, sin la cual no se puede llevar a cabo la tarea propia de la especialidad.

2. Exigibilidad personal de la conducta adecuada a derecho: Consiste en que «todo sujeto que actúa en sociedad se le requiere que adecúe su comportamiento a las exigencias del ordenamiento jurídico, es decir, que adopte una decisión de comportarse conforme a la norma-. Sin embargo, existen ciertos supuestos extraordinarios en los que un sujeto a pesar de tener capacidad de culpabilidad y de comprender lo ilícito del hecho no puede tener dificultades para actuar conforme a dicha comprensión y, en consecuencia, conforme a la norma de manera que no le es exigible actuar de otro modo»²⁸. Una de las causas de exculpación prevista en el art. 20.6 CP, es el miedo insuperable, la cual no tiene lugar en la situación objeto de análisis. Para que se dé tal figura se precisa que «el sujeto debe sufrir la amenaza de un mal, es decir, la lesión de un interés protegido por el derecho»²⁹ y que «el sujeto debe obrar impulsado de modo preponderante por miedo (insuperable)»³⁰. **La Dra. G ha actuado de acuerdo a su capacidad personal** sin sufrir ningún tipo de amenaza ni impulsada por ningún tipo de miedo.

3. Imputabilidad: El hecho antijurídico analizado es imputable penalmente a Montserrat, pues ha infringido una norma primaria. Montserrat tenía capacidad personal suficiente para evitar el hecho. Asimismo, es responsable penalmente del hecho, puesto que es sujeto idóneo para ello. **No se da ninguna de las causas de ausencia o disminución de imputabilidad**, no padece alteraciones o anomalías psíquicas, ni

²⁸ M. ROMEO CASABONA; E. SOLA RECHE; M.A. BOLDAVA PASAMAR (coord.). *Derecho penal, parte general: introducción, teoría jurídica del delito*, p. 281.

²⁹ *Ibidem*, p. 285.

³⁰ *Ibidem*.

estado de intoxicación plena o síndrome de abstinencia, ni alteraciones en la percepción, ni minoría de edad (art. 19 y 20 apartados 1,2 y 3 CP).

La **segunda conclusión** es que la anestesista Montserrat es personalmente responsable de un hecho antijurídico y culpable.

Primera conclusión intermedia

Del análisis de la conducta de la anestesista podemos extraer las siguientes conclusiones más destacables:

- I. Se trata de un **tipo imprudente de comisión consumado**.
- II. Se debe tener presente que nos encontramos ante una **situación de peligro y de riesgo permitido**, pero éste último, en el presente caso, no es considerado como una causa de exclusión del riesgo típicamente relevante, al considerar que **sobrepasa los límites de la permisión**.
- III. Montserrat estaba llevando a cabo una actividad legítima y socialmente importante en el ámbito de la medicina quirúrgica, dónde había un riesgo, que si bien es permitido, se previene con determinadas normas de cuidado, como la de demostrar por parte de quien lleva a cabo tal actividad, la capacidad técnica y poseer la titulación pertinente.
- IV. El principal problema que se plantea es la falta de condición de médico especialista en anestesiología, al ser médico de medicina general. De acuerdo con la LOPS y el RD 183/2008, se precisa estar en posesión de la titulación oficial y haber demostrado capacidad técnica (incluyéndose la especialidad de Anestesiología y Reanimación) para poder ejercer la profesión como tal (art. 16.3 LOPS). Montserrat **no tenía oficialmente reconocida la titulación**, y por tanto la capacidad para llevar a cabo la tarea de anestesista.

- V. Montserrat ha **infringido la norma de cuidado**, que al ser materia relativa al ámbito médico, se considera como tal la *lex artis*, no observando las normas propias de la ciencia médica, al no haber actuado de la misma forma en cómo un hombre diligente en la misma situación lo habría hecho.
- VI. De acuerdo con reiterada jurisprudencia se considera que ha habido una **imprudencia grave** al haber causado la muerte de la paciente en el contexto acontecido (situación de riesgo) y no haber tomado la máxima precaución y cuidado suficiente, pues cometió una equivocación en los grifos que suministraban gases.
- VII. Se califica como **culpa profesional** y no culpa del profesional, al ser éste último un subtipo agravado creado por la jurisprudencia cuya delimitación no es del todo clara y dónde la doctrina discrepa sobre ellos, no llegando a un acuerdo sobre su concepción y no siendo la intención del legislador.
- VIII. Existe una **relación de causalidad** entre la acción llevada a cabo por Montserrat y el resultado final acontecido.
- IX. Se trata de **culpa inconsciente**, al considerar que Montserrat no era consciente de la posibilidad de producción de la parte objetiva del hecho típico. Hubo una falta de previsión por su parte, de un resultado antijurídico, que pudo y debió haberse previsto al actuar, no imaginándose el resultado de su acción.
- X. No se da **ninguna causa de justificación**, y en especial la establecida en el art. 20.7 del CP, al no haber actuado conforme a la *lex artis*, infringiendo una norma de cuidado elemental, no siendo justificable la actuación llevada a cabo por Montserrat.
- XI. Realiza un **hecho típico y, antijurídico**, por lo tanto, contrario a derecho y se encuentra obligada a **pagar la responsabilidad civil derivada del delito**.

5. ESTUDIO DE LA SEGUNDA CUESTIÓN OBJETO DEL DICTAMEN. SEGUNDA CONCLUSIÓN INTERMEDIA

Siguiendo la estructura explicada en la metodología, correspondiente a la conducta del cirujano, debemos averiguar si es antijurídica, y por lo tanto, contraria a derecho, es decir, si esa conducta está prohibida por el derecho penal. Para averiguarlo debemos confirmar que:

1. Se trata de un **comportamiento humano externo y voluntario**: De acuerdo con la postura acogida por Santiago Mir Puig, que consiste en defender el concepto finalista de acción uniéndolo al concepto social de acción, Santiago establece que en el tipo omisivo, cómo es el caso de Daniel V., requiere un comportamiento humano externo compuesto por una actividad positiva, dónde «la no realización de la conducta descrita por la ley tiene lugar casi siempre mediante la ejecución de una acción positiva distinta a aquélla»³¹. «No es que la omisión «consista» en una conducta positiva, sino sólo que la omisión requiere, como uno de sus presupuestos, un comportamiento humano positivo»³². En el caso de Daniel V., su conducta positiva es marcharse a la sala contigua a rellenar el informe de la operación, pues se trata de un comportamiento humano, externo y voluntario, pero en ese momento quizá su acción debería haber sido quedarse en el postoperatorio vigilando a la paciente junto con la anestesista. Por lo tanto, en el tipo omisivo la conducta consiste en el deber de actuar y que el sujeto no lo hace, y además realiza una conducta positiva diferente a la que debería realizar.

Para el análisis de los **elementos esenciales del tipo** respecto a la tipicidad, es preciso hacer una **remisión** a lo ya explicado en la primera cuestión objeto de análisis (sujeto pasivo, objeto material y bien jurídico protegido), procediendo al estudio del comportamiento del **sujeto activo**, que en este caso es **Daniel V.**, el cirujano.

2. Se trataría de un tipo de **comisión por omisión**. La conducta de Daniel V. comporta una omisión, ahora bien, ésta puede ser de dos tipos. Puede ser «un solo no hacer algo determinado»³³, que será un tipo de omisión pura, o bien «requerir además la no evitación de un resultado»³⁴, que será un tipo de comisión por omisión. Asimismo, al

³¹ S. MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*, p. 187

³² *Ibidem*, p. 188-189.

³³ *Ibidem*, p. 312.

³⁴ *Ibidem*.

primer tipo le corresponden los llamados delitos de mera actividad, y al segundo, los delitos de resultado. En el presente caso, se trata de un delito de resultado, y por lo tanto, se procede a analizar el tipo de comisión por omisión (art. 11 CP).

Como ya se ha explicado en la primera cuestión, nos encontramos ante una situación de peligro. Para observar si se produce la parte objetiva del tipo, lo primero a lo que hay que atender es si se da la **situación típica**. En este caso, no se encuentra expresamente tipificada, y para averiguar si concurre o no tal situación, es preciso el estudio de la llamada **posición de garante** por parte de Daniel V., derivada del deber de control de la conducta de terceras personas, es decir, si le corresponde la función personal de vigilancia, de control.

En la medicina actual, y más aún en la cirugía, se precisa la cooperación de especialistas, por lo tanto, se trata de una actividad en grupo, ello es debido a que es imposible que un solo médico sepa de todas las especialidades. En la cirugía en general, tanto curativa como no curativa, se precisa un equipo de profesionales, que de acuerdo con el artículo 9.2 de la LOPS, «es la unidad básica en la que se estructuran de forma uni o multiprofesional e interdisciplinar los profesionales y demás personal de las organizaciones asistenciales para realizar efectiva y eficientemente los servicios que les son requeridos».

Para poder llegar a establecer la responsabilidad personal es conveniente delimitar la responsabilidad individual para cada uno de los médicos y auxiliares. Siguiendo el mismo artículo de la ley antes referida, concretamente, en los apartados 3 y 4, establece que la **actuación de tales profesionales se realizará de forma jerarquizada según los conocimientos y competencia**, así como la posible asignación de actuaciones previamente establecidas.

De acuerdo con la dogmática jurídico-penal, se han diferenciado dos principios o **criterios que permiten separar la responsabilidad** de los que intervienen en una actividad desarrollada en equipo, como es la cirugía:

- **Principio de división del trabajo:** permite delimitar los deberes de diligencia en la actividad que se lleva a cabo por el equipo médico-quirúrgico. De acuerdo con lo establecido por Barreiro, se pueden distinguir la **división del trabajo horizontal** o división de trabajo en sentido estricto, que se caracteriza porque los

que intervienen tienen el **mismo nivel de formación y cada uno debe cumplir sus propias funciones**, por lo tanto, cada miembro asume sus propios errores, tienen una relación independiente y autónoma entre ellos, encontrándose en el mismo plano de igualdad; y la **división de trabajo vertical** o delegación, que se caracteriza por la **responsabilidad por el hecho realizado por otro** o responsabilidad junto a otro, es decir, hay una relación de jerárquica entre el personal sanitario, habiendo una relación de supra y subordinación.

En el caso práctico se da una relación de trabajo horizontal, pues cirujano y anestesista trabajan juntos en funciones que se complementan con los conocimientos específicos de su especialidad, pero que son considerados como una formación del mismo nivel. Si bien es cierto, debe haber una relación de coordinación, ya que ambos quieren lograr cumplir con la finalidad común, pero en este caso, su relación es independiente.

- **Principio de confianza:** parte de la idea de que «**el cirujano puede, en principio, confiar en que sus colaboradores** (anestesista, cardiólogo, ATS...) **se comportarán diligentemente**, salvo que en el caso concreto circunstancias especiales, tales como descuidos graves, ineptitud o falta de cualificación reconocibles, le hagan pensar lo contrario»³⁵. Este principio tiene mucha importancia en la situación objeto de análisis, es decir, en la relación horizontal, pues evita la sobrecarga de trabajo del médico jefe del equipo, facilitando que se concentre más en su función y labor a desempeñar, ofreciendo seguridad en la eficacia del trabajo en equipo. El médico debe poder confiar en sus compañeros porque sino no podría ocuparse de todo. De acuerdo con Ingeborg Puppe «sin el principio de confianza, los que intervienen en un trabajo en equipo no podrían exonerarse recíprocamente de responsabilidad, y por tanto, ya no podrían cumplir sus tareas propias con la diligencia necesaria»³⁶. En el caso práctico, este principio adquiere relevancia, pues se trata de una situación donde cirujano y anestesista se encuentran en el mismo nivel, en cambio, en las relaciones de superioridad y subordinación, tal principio se encuentra de forma más limitada.

³⁵ STC 27/2004, de 26 de abril de 2004.

³⁶ I. PUPPE, «*División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica*», p. 3.

Barreiro expone que el anestesista responde del cuidado del paciente en el preoperatorio, durante la cirugía y después de la intervención, en cambio el cirujano decide sobre dónde, cómo y cuando se realiza la operación. Asimismo, de acuerdo con Fernández Hierro, Llamas Pombo establece un listado sobre las «actuaciones más frecuentes que pueden comprometer la responsabilidad del anestesista»³⁷ y entre ellas encontramos la «falta de vigilancia y actuación postoperatoria inmediata, con el enfermo en estado de inconsciencia»³⁸, así que, ello lo podemos reconducir a que es competencia del anestesista controlar el suministro de gases y la monitorización del paciente, aspecto que debería haber llevado a cabo Montserrat, que si bien lo hizo, pero no con el suficiente cuidado, pues cometió un error al abrir uno de los gases.

Por lo tanto hay una manifestación clara de los principios anteriormente explicados. **Entre Daniel y Montserrat no hay una relación de dependencia jerárquica.** Montserrat es la única responsable del error cometido, ya que es de su exclusiva y personal competencia. No se puede atribuir a Daniel el deber de vigilancia que corresponde a la anestesista, ya que era competencia de Montserrat el cuidado y vigilancia postoperatoria, y porque Daniel confiaba que ella se comportaría diligentemente. Conforme con lo expresado en los hechos, **se entiende que Daniel no eligió a la anestesista, y por lo tanto no tenía conocimiento de si Montserrat tenía la titulación y capacidad técnica pertinente**, no teniendo la obligación de comprobarlo, pues ello no se establece ni en la LOPS ni en ningún Real Decreto, como tampoco en el Código de Deontología médica, ni en los Estatuto generales del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos. Daniel se trasladó a una sala anexa, conducta que se considera correcta, ya que por su parte había finalizado su tarea profesional.

En conclusión, Daniel no es responsable del error cometido que produjo las lesiones y posterior muerte de Antonia, al no ocupar una posición de garante ni ser de su competencia el cuidado de la paciente en el postoperatorio. No cabe el tipo de comisión por omisión, ya que no concurre ni siquiera la parte objetiva del tipo, por ello no entran en discusión otros aspectos del caso que se situarían en una fase posterior de análisis.

³⁷ J.M FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, p. 408.

³⁸ *Ibidem*.

Segunda conclusión intermedia

- I. **La actividad llevada a cabo tiene una estructura interna** propia entre profesionales para facilitar que el servicio llevado a cabo sea lo más eficaz y efectivo posible.
- II. En tal actividad, **se valoran los conocimientos y competencias de cada profesional** para poder establecer la responsabilidad individual.
- III. Es **competencia del anestesista la actuación postoperatoria**, dónde no se precisa la presencia del cirujano.
- IV. Para poder delimitar la responsabilidad individual en el desempeño de la actividad se precisa **tener en cuenta dos principios establecidos por la dogmática jurídico-penal, el principio de confianza y el principio de división del trabajo.**
- V. En el presente caso se manifiesta el **principio de división del trabajo horizontal**, pues se considera por la dogmática que cirujano y anestesista poseen una formación del mismo nivel dónde cada uno tiene unos conocimientos más específicos en relación con su especialidad, a pesar de que, entre ambos, se complementan y coordinan para llevar a cabo la actividad.
- VI. Daniel **no tiene la obligación de controlar** la actuación llevada a cabo por Montserrat, pues por su parte ya había finalizado su labor profesional. Ni tampoco la obligación de conocer la formación adquirida por parte de la anestesista.
- VII. Daniel **lleva a cabo una conducta no ilícita**, y por lo tanto no contrario a derecho y no realiza ningún hecho prohibido.

6. CONCLUSIONES FINALES

A continuación de forma enumerada, se harán constar las conclusiones a las que se ha llegado realizando el análisis de cada una de las conductas por separado y posteriormente cuál sería la resolución concreta.

Respecto a la conducta llevada a cabo por **Montserrat**:

- I. Realiza un **hecho típico** considerado como **antijurídico**, concretamente realiza un **tipo imprudente de comisión consumado**, consistente en una **infracción del deber objetivo de cuidado** de un facultativo que ha dejado de actuar con el debido cuidado diligente, **causando**, con su comportamiento, un **resultado lesivo** para la vida de la paciente, existiendo una **relación de causalidad entre la conducta y el resultado**, siendo **imputable objetivamente**.
- II. Montserrat tenía el **deber de actuar prudentemente** en una situación de peligro como es la de una intervención quirúrgica realizada bajo anestesia general. Lleva a cabo una actividad voluntaria, relevante socialmente, que comporta un riesgo, que si bien, la sociedad admite, establece ciertos límites. Tal riesgo se elude mediante determinadas normas de cuidado, entre ellas la necesidad de que la persona que lleva a cabo esa actividad de peligro, tenga los conocimientos técnicos suficientes.
- III. Montserrat, en ese momento, **carecía de la titulación oficial** requerida para poder ejercer como anestesta, regulada en la LOPS y el RD 183/2008.
- IV. Infringió una **norma de cuidado elemental**, la de retirar el suministro de oxígenos a la paciente estando intubada y empezando a despertar. Su conducta fue **contraria a la *lex artis*** (las normas, reglas y protocolos propios de los procedimientos que se utilizan en la ciencia médica), cometiendo una equivocación en los grifos que suministraban los gases que permitían la recuperación de la paciente. Por todo ello, debido a esa **falta de atención e impericia** (pues le faltaban los conocimientos técnicos, experiencia o habilidad en el ejercicio de la medicina, es decir, no poseía aquellos conocimientos básicos que se necesitan para poder desempeñar correctamente tal profesión) derivó en

el resultado negativo acontecido. Además al no poseer la titulación oficial, con más cuidado debería haber actuado.

- V. Concretamente se trata de una **imprudencia** calificable de **grave**, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ésta se da cuando es fácilmente previsible y cuando se considera que tal actividad se debe realizar con el debido cuidado y precaución, como es el caso de la actuación realizada por Montserrat.
- VI. **No existe causa de justificación**, ni por el hecho de haber prestado consentimiento por parte de la paciente, ya que Montserrat actuó contra la *lex artis*.

Respecto a la conducta llevada a cabo por **Daniel**:

- I. **No realiza ningún hecho antijurídico**, ningún hecho prohibido, ya que se está realizando una actividad en equipo y ello exige delimitar las responsabilidades de los miembros. La doctrina ha establecido **dos principios** que lo hacen posible: **el principio de división del trabajo y el principio de confianza**.
- II. En el presente caso nos encontramos ante el **principio de división horizontal del trabajo**, pues se trata de una relación entre profesionales, cirujano y anestesista, con formación considerada como similar, llevando a cabo una actividad autónoma e independiente, pero coordinada. Manifestándose el principio de confianza de manera que entre ambos hay una confianza del uno con el otro en que actuaran conforme al deber objetivo de cuidado, es decir, realizaran correctamente su trabajo.
- III. Asimismo la actividad llevada a cabo en **el postoperatorio es responsabilidad del anestesista**, no existiendo obligación de que el cirujano se encuentre presente en ella. Por este motivo, Daniel V., el cirujano, no es responsable del error cometido, pues éste confiaba en la actuación realizada por Montserrat, no existiendo un deber de control sobre ella.

Por consiguiente, la resolución del caso según la calificación jurídica de los hechos realizada sería la siguiente:

- **Montserrat** debería ser declarada **responsable por un delito de homicidio por imprudencia profesional grave**, tipificado en el art. 142.3 CP, en grado de autora individual, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio de la medicina, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como a pagar la responsabilidad civil derivada del delito.

- Daniel V., **no debería ser declarado responsable** de ningún tipo punible, al no realizar ningún hecho antijurídico.

7. RELACIÓN DE LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y BIBLIOGRAFIA

7.1. Legislación

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. (BOE, núm. 281, 24-11-1995, pág. 33987-34058).

España. Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (BOE [en línea], núm. 280, 22-11-2003, pág. 41442 a 41458). <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-21340>>. [Consulta: 2 de abril de 2015].

España. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. (BOE [en línea], núm. 274, 15-11-2002, pág. 40126 – 40132). <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2002-22188>. [Consulta 23 de marzo de 2015].

España. Real Decreto 757/2006, de 16 de junio, por el que se aprueban los Estatutos generales del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos (BOE [en línea], núm. 144, 17-06-2006, pág. 23167 – 23173). <<http://www.boe.es/boe/dias/2006/06/17/pdfs/A23167-23173.pdf>>. [Consulta: 30 de mayo de 2015].

España. Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero, por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada (BOE [en línea], núm. 45, 21-02-2008, pág. 10020-10035). <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2008-3176>. [Consulta: 2 de abril de 2015].

España. Real Decreto 639/2014, de 25 de julio, por el que se regula la troncalidad, la reespecialización troncal y las áreas de capacitación específica, se establecen las normas aplicables a las pruebas anuales de acceso a plazas de formación y otros aspectos del sistema de formación sanitaria especializada en Ciencias de la Salud y se crean y

modifican determinados títulos de especialista (BOE [en línea], núm. 190, 6-08-2014, pág. 6130-63167). <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-8497> [Consulta: 31 de mayo de 2015].

Cataluña. Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica (DOGC [en línea], núm. 3303, 11-1-2001, pág. 464). <http://portaljuridic.gencat.cat/ca/pjur_ocults/pjur_resultats_fitxa/?action=fitxa&portallid=1&documentId=246194&newLang=ca_ES>. [Consulta: 23 de marzo de 2015].

7.2. Jurisprudencia

Tribunal Supremo:

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal, sección 1ª), de 22 de abril de 1988.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal), de 4 de septiembre de 1991 (recurso 1162/1991).

Sentencia del Tribunal Supremo 1904/2001 (Sala Penal, sección 1ª), de 23 de octubre de 2001 (recurso 4073/2001).

Sentencia del Tribunal Supremo 1612/2002 (Sala Penal, sección 1ª), de 1 de abril de 2003 (recurso 5062/2000).

Audiencia Provincial:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 110/2000 (Sala Penal, sección 7ª), de 30 de noviembre de 2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo 27/2004 (Sala Penal, sección 2ª), de 26 de abril de 2004 (recurso 29/2004).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 606/2005 (Sala Penal, sección 10ª), de 10 de junio de 2005 (recurso 6/2005).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 32/2010 (Sala Penal, sección 1ª), de 27 de enero de 2010 (recurso 22/2010).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón 321/2013 (Sala Penal, sección 1ª), de 4 de noviembre de 2013 (recurso 776/2013).

Juzgado de lo Penal:

Sentencia del Juzgado de lo Penal de Sevilla 502/2012 (Sala Penal), de 21 de diciembre de 2012.

7.3. Bibliografía

Manuales

FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica*. 4ª ed. Granada: Comares, 2002. 670 pág. (Biblioteca Comares de ciencia jurídica). ISBN: 8484446093.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de derecho penal: parte general*. 2º ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. 586 pág. (Manuales: Tirant lo Blanch). ISBN: 9788490332696.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 9ª ed. Barcelona: Reppertor, 2011. 814 pág. ISBN: 9974578361.

ROMEO CASABONA, Carlos María; SOLA RECHE, Esteban; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (coord.). *Derecho penal, parte general: introducción, teoría jurídica del delito*. Granada: Comares, 2013. 344 pág. ISBN: 9788490450918.

TURULL RUBINAT, Max (dir.). *Tècniques de treball i comunicació: instrumentarium per a les ciències jurídiques i socials*. 2ª ed. Barcelona: Huygens, 2013. 335 pág. (Lex acadèmica. Català). ISBN: 9788415663218.

ZABALA GUADALUPE, Juan José (dir.). *Manual sobre responsabilidad sanitaria*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2009. 784 pág. (Grandes tratados Aranzadi; 596). ISBN: 9788499033327.

Monografías

JORGE BARREIRO, Agustín. *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*. Madrid: Tecnos, cop. 1990. 175 pág. (Semilla y surco. Serie de derecho). ISBN: 8430918450.

VILALTA NICUESA, A. Esther; MÉNDEZ TOMÁS, ROSA M. *Responsabilidad médica*. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 2001. 95 pág. (Biblioteca básica de práctica procesal; 45). ISBN: 8476769016.

Recursos electrónicos

Consejo General del Poder Judicial. *Buscador de Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. [Recurso electrónico]. Actualización diaria [Consulta 28 de abril de 2015] <<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>>.

Criteris de la Universitat de Barcelona (CUB). [en línea] Barcelona: Universitat de Barcelona. Serveis Lingüístics. <<http://www.ub.edu/criteris-cub>>. [Consulta: 20 mayo 2005].

Westlaw.es: el servicio Internet de Aranzadi [recurso electrónico]. Cizur Menor: Aranzadi. Actualización diaria [Consulta: 10 de abril de 2015] <<http://www.aranzadidigital.es/maf/app/authentication/signon>>.

Textos electrónicos

Consejo General de Colegios Oficiales de Médico de España. *Código de Deontología Médica. Guía de ética médica*. [Recurso electrónico]. Madrid: Organización Médica Colegial, julio de 2011. [Consulta: 30 de mayo de 2015]. Disponibilidad i acceso: <https://www.cgcom.es/sites/default/files/codigo_deontologia_medica.pdf>.

Contribuciones en artículos de revistas electrónicas

MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo Iván. «La incidencia del comportamiento de la víctima en la responsabilidad penal del autor (hacia una teoría unívoca)». *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*. [En línea]. 2010, Vol. 31, Núm. 90. <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3311823>>. [Consulta: 26 marzo 2015]. ISSN 0121-0483.

PUPPE, Ingerborg. «División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica». *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. [En línea]. 2006, Núm. 4. <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2123776>>. [Consulta: 15 abril 2015]. ISSN-e 1698-739X.

TORÍO LÓPEZ, Ángel. «El conocimiento de la antijuricidad en el delito culposo». *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. [En línea]. 1980, Tomo 33, Fasc/Mes 1. <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46162>>. [Consulta: 2 abril 2015]. ISSN 0210-3001.