



Universidad de León

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Público

TESIS DOCTORAL

**Responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en
torno a la imprudencia médica**

Doctoranda: Dña. Geovana Andrea Vallejo Jiménez

Director: Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo, Catedrático
de la Universidad de León

León, 2012

Esta tesis doctoral ha sido realizada en el marco del proyecto de investigación “Repensando el Derecho Penal: Complejidad social y seguridad como retos de un Derecho Penal a la vez garantista y eficaz”, código: DER2010-16558, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España, en parte con fondos FEDER, del que es investigador principal el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo y de cuyo equipo investigador formo parte.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	5
INTRODUCCIÓN Y MÉTODO	10
CAPÍTULO I. ASPECTOS QUE INCIDEN EN LA CONFIGURACIÓN DEL CONCEPTO DE IMPRUDENCIA SANITARIA	22
1. Introducción	22
A) Consideraciones históricas del concepto imprudencia	25
B) Aproximación al concepto de imprudencia	35
2. Elementos que inciden en la determinación de la imprudencia en la profesión sanitaria	39
A. Deber de cuidado.....	39
a) Concepto y contenido del deber de cuidado.....	42
b) Límites al deber de cuidado	55
b ₁) Modelo de la eficacia causal.....	55
b ₂) Modelo sociologista: Puro del hombre medio y de la adecuación social.....	56
b ₃) Modelo del hombre medio ideal.....	59
B) Capacidades y conocimientos especiales del personal sanitario	60
a) Distinción entre capacidades y conocimientos especiales	61
b) Deber objetivo y subjetivo de cuidado	65
b ₁) Teoría individualizadora o subjetivas	65
b ₂) Teoría objetiva	69
b ₃) Teorías intermedias	72
b ₄) Consideraciones particulares	78
C) Deber de cuidado y su relación con el riesgo permitido.....	82
D) La lex artis	87
E) Imprudencia profesional.....	103
a) Tratamiento legislativo de la imprudencia profesional.....	105
b) El tratamiento jurisprudencial de la imprudencia profesional	111

c) El tratamiento doctrinal de la imprudencia profesional	123
3. Recapitulación.....	131
CAPÍTULO II. LA RESPONSABILIDAD POR IMPRUDENCIA EN EL EQUIPO SANITARIO: ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS	138
1. Introducción.....	138
2. Principio de la división del trabajo en equipo	141
A) La división horizontal.....	148
B) La división vertical.....	154
3. El principio de confianza	163
A) El principio de confianza en la división horizontal de trabajo	170
B) El principio de confianza en la división vertical de trabajo	180
a) Deberes de selección, instrucción y coordinación	183
b) Deberes de vigilancia, control o supervisión	189
4) La coautoría imprudente en el equipo médico	194
A) Introducción	194
B) Aspectos generales de la autoría	197
a) Concepto unitario de autor	198
b) Concepto extensivo de autor	202
c) Concepto restrictivo de autor	205
d) Teoría objetivo-formal	206
d ₁) Teorías objetivo-material: La teoría del dominio del hecho	208
d _{1.1}) La propuesta de ROXIN: Dominio del hecho	208
d _{1.2}) La propuesta de LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: Determinación objetiva y positiva del hecho.....	210
C) ¿Qué entender por coautoría?	214
a) Dominio funcional del hecho.....	215
b) La coautoría como determinación objetiva y positiva del hecho	222
c) Los demás elementos de la coautoría: El plan común y la división de trabajo	225
c ₁) Plan común o común acuerdo.....	225

c2) División de trabajo o acumulación de esfuerzos.....	230
D) ¿Es posible la coautoría imprudente?.....	237
a) La coautoría imprudente en la actividad sanitaria.....	246
a1) Opiniones y argumentos en contra.....	247
a2) Opiniones y argumentos a favor.....	249
a3) La coautoría imprudente y la autoría accesoria imprudente en la actividad sanitaria	253
a4) la coautoría imprudente en los supuestos de división de trabajo vertical en la actividad sanitaria.....	256
a5) La participación imprudente en la actividad sanitaria	259
a6) Supuestos prácticos	265
a7) A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal de Colombia de 8 de noviembre de 2007. Proceso: 27388.....	271
a7.1) Resumen de la sentencia.....	271
a7.2) Análisis de los argumentos de la CSJ y toma de postura	277

5. Recapitulación.....284

**CAPÍTULO III. RESPONSABILIDAD PENAL POR IMPRUDECIA
EN LA ACTIVIDAD PSIQUIÁTRICA290**

1. Introducción.....290

2. El deber objetivo de cuidado en la actividad psiquiátrica297

A) El baremo en la actividad psiquiátrica.....	299
a) La Atención Primaria en Psiquiatría.....	302
a1) Evolución legislativa	302
a2) Deficiencias subsistentes.....	310
a3) El médico de familia como parte fundamental del equipo de la atención primaria en Psiquiatría.....	313
a4) El médico de familia y el especialista en psiquiatría	322
B) La <i>lex artis</i> en la actividad psiquiátrica	333
b) La naturaleza de la <i>lex artis</i> en Psiquiatría de conformidad con la doctrina y la comunidad científica.....	334
b1) Manual de diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales: El DSM IV.....	337

b2) Otras guías clínicas y protocolos de la actividad psiquiátrica	354
b2.1) Las guías clínicas en Psiquiatría.....	355
b2.2) Los protocolos clínicos en Psiquiatría	363
b2.3) El deber de información y el consentimiento informado en Psiquiatría.....	371
b2.3.1) La información terapéutica en la actividad psiquiátrica	381
b2.3.4) La información clínica y el consentimiento informado en la actividad psiquiátrica	396
b2.4) Consideraciones particulares sobre el contenido de la <i>lex artis</i> en la actividad psiquiátrica.	434
3. Situaciones de riesgos lesivos para el paciente con trastorno mental: Suicidio, fuga y errores diagnósticos.....	446
A) Suicidio	446
a) Supuestos prácticos	456
B) Fuga	465
C) Error diagnóstico.....	476
4. Recapitulación.....	486
CONCLUSIONES	497
BIBLIOGRAFÍA.....	511

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Act.Der.San.	Actualidad del Derecho Sanitario (cit. por número y año).
Actas Esp. Psiquiatr.	Actas españolas de Psiquiatría.
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (cit. por año).
AEN	Revista de la Asociación española de Neuropsiquiatría (cit. por número y año).
AFDUA	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá (cit. por número y año).
AP	Audiencia Provincial.
APA	American Psychological Association.
APr.	Revista Atención Primaria (cit. por número y año).
APS	Atención Primaria en Salud.
ARCH. NEURO	Archivos de Neurología, Neurocirugía y Neuropsiquiatría (cit. por número y año).
ARP	Aranzadi Penal. Sentencias y autos de las Audiencias Provinciales y Juzgados de lo Penal y de instrucción (base de datos online de Aranzadi westlaw.es)
art., arts.	Artículo, artículos.
BIOT.	Bioética (cit. por número y año).
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Federal Supremo de la República Federal de Alemania).
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cap.	Capítulo.
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial (cit. por año y número de tomo anual).
Cfr.	Confróntese.
CIE	Clasificación estadística internacional de enfermedades y problemas relacionados con la salud.
Cit., cits.	Citado, citados.
Cit.	Citado.
Clin. Psiq.:	Psiquiatría geriátrica basada en la evidencia. Clínicas Psiquiátricas norteamericanas (cit. por número y año).
Comp.	Compilador.
Coord., coords.	Coordinador, coordinadores.
CP	Código Penal.

CSJ	Corte Suprema de Justicia (Alto Tribunal de Justicia de Colombia).
Cuad. Bart.	Cuadernos Bartolomé de las Casas (cit. por número y año).
Cuad.Psiq.	Cuadernos de Psiquiatría Comunitaria (cit. por número y año).
Der. Sad.	Derecho y Salud (cit. por número y año).
Dir., dirs.	Director, directores.
LL	La Ley (cit. por año y número del tomo anual)
DP	Derecho penal.
DPCirc.	Derecho penal de la circulación.
DPCO.	Derecho penal contemporáneo. Revista internacional (cit. por número y año).
DPCrim.	Revista de Derecho Penal y Criminología (cit. por número y año).
DS	Revista de Derecho social (cit. por número y año).
DSM	Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales.
EAP	Equipo de Atención Primaria.
Ed.	Edición, editor.
edits.	Editores.
Educ. Med. Salud	Educación Médica y Salud (cit. por número y año).
EH-Casas Barquero	Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas-Barquero, Córdoba, Universidad de Córdoba, 1996.
EM-Valle Muñiz	El Nuevo Derecho penal Español. Estudios Penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, Navarra, Aranzadi, 2001.
EEAG	Escala de evaluación de la actividad global.
Ej., ejs.	Ejemplo, ejemplos.
EPB	Enciclopedia Penal Básica (Diego-Manuel Luzón Peña, dir., Granada, Comares, 2002).
ESE	Empresa Social del Estado.
Etc.	Etcétera.
Fr.	Frenia (citada por volumen y año).
SEGEN	Semergen (cit. por número y año).
GPC	Guías de Práctica Clínica.
GS	Guía de Salud.
HC	Hojas Clínicas de Salud Mental (cit. por número y año).
ID	Indret (cit. por número y año).

Imág. Psiq.	Imágenes de la Psiquiatría española, Barcelona, Glosa, 2004.
IPS	Instituciones Prestadoras de Salud.
JUR	Resoluciones no publicadas en los productos CD/DVD de Aranzadi. Sentencias y autos de las Audiencias Provinciales, Juzgados de los Penal y de Instrucción (base de datos online de Aranzadi westlaw.es).
LBAP	Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en Materia de Información y documentación Clínica.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LGS	Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
LH	Libro homenaje.
LH-Cerezo	La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo Siglo. Libro homenaje al profesor Doctor don José Cerezo Mir. Madrid, Tecnos, 2003.
LH-Gimbernat	Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat I, Madrid, Edisofer, 2008.
LH-Jakobs	El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
LH-Mir	Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig, Madrid, La Ley, 2010.
LH-N. Barbero	“Universitas Vitae”. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2007.
LH-Roxin (1995)	Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona, Bosch, 1995.
LH-Roxin (1997)	Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona, Bosch, 1997.
LH-Tiedemann	Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Madrid, Boletín oficial del Estado, 1995.
LH-Torio	El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torio-López, Granada, Comares, 1999.
LJ	Letras jurídicas. Revista electrónica de Derecho (cit. por número y año).

	http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/01/OGG05.pdf).
LO	Ley Orgánica.
LLP	La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario (cit. por número y año).
Med. Seg. Trab.	Medicina y Seguridad del Trabajo (cit. por número y año)
MedClin.	Medicina Clínica (cit. por número y año).
MIR	Médico Interno Residente.
n.	Nota.
ND	Nuevo Derecho (cit. por número y año).
Neurol.	Revista de Neurología. (cit. por número y año o volumen, suplemento y año).
Nº	Número.
OMS	Organización Mundial de la Salud.
P., pp.	Página, páginas.
Pap.Ps	Papeles del Psicólogo: Revista del Colegio Oficial de Psicólogos (cit. por número y año http://www.papelesdel psicologo.es/vernumero.asp?id=121).
PG	Derecho penal. Parte general.
PJ	Poder Judicial (cit. por número y año).
Psicop.	Revista de Psicopatología Clínica, Legal y Forense (cit. por número y año).
Psiq. Esp.	La psiquiatría en España del fin de siglo: Un estudio sobre la reforma psiquiátrica y las nuevas formas de atención, Madrid, Ediciones Díaz de Santos, 1998 (García, José/Espino, Antonio/Lara, Ladislao).
RAD	Revista Aranzadi Doctrinal (cit. por número y año. Base de datos online de Aranzadi westlaw.es)
RChA	Revista Chilena de Anestesia (cit. por número y año).
RChD	Revista chilena de Derecho (cit. por número y año).
RD	Real Decreto.
RDCirc	Revista de Derecho de la circulación (cit. por número y año).
RDH	Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas (cit. por volumen y año).
RDm	Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina legal (cit. por número y año).

RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (cit. por número y año http://criminet.ugr.es/recpc/).
Reimpr.	Reimpresión.
REJ	Revista de Estudios de la Justicia (cit. por número y año).
REPSI	Revista Colombiana de Psiquiatría (cit. por número y año).
RJ	Repertorio de Jurisprudencia. Sentencias y autos del Tribunal Supremo (base de datos online de Aranzadi westlaw.es)
Rev Psíqu Clín.	Revista de Psiquiatría Clínica (cit. por número y año).
Rev. Pen.	Revista Penal (cit. por número y año).
Rev. Psicol.	Revista de psicología.com (cit. por número y año http://www.psiquiatria.com/revistas/index.php/psicologiaacom/).
Rev.DP.	Revista de Derecho Penal (cit. por número y año).
Rev.Psiqu.Ur.	Revista de Psiquiatría del Uruguay (cit. por número y año).
RGD	Revista General de Derecho (cit. por número y año).
RML	Revista Médico-Legal (cit. por número y año).
s., ss.	Siguiente, siguientes.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SCC	Sentencia Corte Constitucional.
SCS	Sentencia Corte Suprema de Justicia.
SNPS	Sinopsis (cit. por número y año).
SNS	Sistema Nacional de Salud.
STC	Sentencia Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
Sup.	Suplemento.
TC	Tribunal Constitucional.
TEC	Terapia electroconvulsiva o electroshock.
Trad.	Traducción, traducido.
TS	Tribunal Supremo.
v.	Véase
Vol.	Volumen.
XG	Revista Xurídica Galega (citada por número).

INTRODUCCIÓN Y MÉTODO

1. Introducción

1. En los últimos años la ciencia ha venido progresando a pasos gigantescos; las nuevas tecnologías y los riesgos que implican han generado en la sociedad incertidumbre, desasosiego, temores e inseguridades, que han hecho que el Derecho en general, y también el Derecho penal intervenga, de manera constante para regular los comportamientos que han surgido en torno a los nuevos cambios sociales provenientes de la constante evolución científica.
2. La actividad sanitaria se ha convertido en una de las grandes protagonistas de la sociedad moderna. La labor médica ha cobrado una especial importancia, no sólo por los avances científicos desarrollados en esta área de la ciencia, sino también, porque las expectativas sociales respecto su correcta aplicación son cada vez más frecuentes en los usuarios de los servicios de salud, implicando que la intervención judicial por *mala praxis* sea cada vez más común, ya que las demandas y denuncias han aumentado progresivamente en los últimos años¹.

¹ HAVA GARCÍA, *Imprudencia médica*, 2001, 11: “Si hace ya más de diez años era un hecho palpable el creciente interés de los ciudadanos por todo lo relacionado con la exigencia de responsabilidades al médico por su actuación negligente, parece que en los últimos tiempos ese interés se ha intensificado en buena medida. En efecto, en la actualidad puede percibirse cómo el hasta hace poco indeterminado y difuso colectivo de usuarios de la sanidad ha decidido ‘plantarle cara’ al personal sanitario, reclamando, de una forma cada vez más organizada y activa, respuestas jurídicas eficaces y contundentes frente a los casos más graves del denominado ‘error médico’. Debido a ello, han proliferado en nuestro país asociaciones de defensa de los derechos de los pacientes, algunas de las cuales, adoptando posturas quizá excesivamente

3. Algunas de las razones por las cuales se han incrementado las demandas y denuncias en contra del personal sanitario, se pueden resumir en las siguientes: aumento de la actividad médica; el progreso de la Medicina que permite tratar enfermedades que hasta hace poco eran incurables; divulgación por los medios de comunicación de los problemas médicos y sus soluciones con carácter triunfalista, que hacen suponer al enfermo que la curación es un derecho; los riesgos diagnósticos y terapéuticos; la existencia de pautas hospitalarias muy específicas que condicionan el funcionamiento de los centros anteponiéndolos a la efectividad y atención personalizada al enfermo; el cambio en la relación médico-enfermo que, en muchas ocasiones, significa una pérdida de confianza; el incremento de normas deontológicas; y el exceso de la especialización clínica, entre otras.

4. Estas situaciones han creado en la comunidad médica una frecuente sensación de incertidumbre, sobre todo cuando se realizan en contra de los facultativos procesos penales, pues, por un lado, existe el temor para el profesional de la salud de que, de llegar a ser declarado penalmente responsable de una conducta imprudente, se le prive de su libertad y/o se le inhabilite para el ejercicio su profesión²; pero, por otro lado, los avances de la Medicina, el incremento de las enfermedades, la diversidad de tratamientos, las nuevas alternativas tecnológicas, entre otros, han significado que las técnicas empleadas sufran continuas modificaciones, generando dudas en el médico respecto de qué procedimiento debe aplicarse conforme la *lex artis* y el ordenamiento jurídico.

extremas, han llegado a propugnar la publicación de listas con los nombres de los condenados por imprudencia médica”.

² Como cuando concurren imprudencias profesionales graves.

5. Lo anterior ha redundado en una continua confrontación científica y jurídica en torno a qué ha de considerarse comportamiento imprudente en la actividad sanitaria, qué conductas deberían por lo tanto ser punibles y qué sujetos han de considerarse responsables, bien sea cuando el resultado lesivo es producto de un comportamiento individual, bien cuando proviene de un conjunto de actuaciones divididas en un equipo de trabajo³.

6. Por lo anterior, esta tesis doctoral se ha elaborado con el objetivo de analizar y brindar desde el ámbito jurídico penal, propuestas a algunos problemas específicos relacionados con la responsabilidad sanitaria por imprudencia (no se abarcan todos los problemas, porque eso implicaría un trabajo interminable, pero sí los que a mi modo de ver son los más relevantes). De ahí que haya decidido seleccionar algunos temas en concreto y este trabajo vaya a constar de tres capítulos, dos de ellos correspondientes a problemas que pueden afectar cualquier especialidad de la profesión sanitaria: aspectos que inciden en la configuración del concepto de imprudencia penal sanitaria y responsabilidad penal por imprudencia en el equipo médico, y el último capítulo, referido a una especialidad médica específica, en concreto, la responsabilidad penal imprudente en la actividad psiquiátrica, que considero todavía ha sido poco estudiada.

³ De acuerdo con ARMAZA ARMAZA, en: ADROHER BIOSCA/DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (dirs.), *Avances*, 2008, 276: “Si bien es cierto que hace tan sólo unos años el legislador español prestaba muy poca atención a la cuestión de la regulación de la responsabilidad de los profesionales sanitarios y, por ello, los juzgadores tenían que resolver muy pocos casos de esta naturaleza, hoy en día esta suerte de vacíos legales han sido paulatinamente superados y se han ido implementando una serie de dispositivos tanto penales como extrapenales para poder regular la actividad médica con más eficiencia”.

7. El primer capítulo de esta tesis doctoral guarda relación con los aspectos que inciden en la configuración del concepto de imprudencia sanitaria. La infracción de una norma por *mala praxis* médica, en sí misma, resulta insuficiente para determinar la responsabilidad imprudente del profesional sanitario desde el punto de vista penal. Tiene razón LÓPEZ BOLADO cuando afirma que “el criterio para determinar dónde principia y dónde termina la responsabilidad penal médica no debe ser ni excesivamente liberal ni extremadamente severo. Lo primero llevaría a consagrar prácticamente la impunidad, lo cual sería un grave peligro para el enfermo, en el caso de profesionales que no siempre consultan los verdaderos intereses de éste. Lo segundo implicaría hacer imposible el ejercicio de la medicina, porque es necesario no perder de vista que en el ejercicio profesional hay siempre, como en todas las cosas humanas, pero quizás en más alto grado, la posibilidad de error”⁴. Por lo tanto, en este capítulo he pretendido valorar, examinar y delimitar todos aquellos elementos que podrían contribuir a la configuración de la imprudencia en la actividad sanitaria. Así, se hace un análisis de los conceptos que inciden en la configuración de la imprudencia desde la perspectiva de esta actividad, como por ejemplo: deber de cuidado, conocimientos y capacidades especiales del personal sanitario, riesgo permitido, *lex artis*, imprudencia profesional e imprudencia del profesional.
8. En el segundo capítulo se aborda el tema de la responsabilidad imprudente en el equipo médico. El ejercicio de la medicina moderna ha exigido una constante evolución en la ejecución de la actividad sanitaria, hasta tal punto que en la actualidad resulta excepcional que aquélla sea ejercida por un solo profesional. Habitualmente el diagnóstico, pronóstico y tratamiento del

⁴ LÓPEZ BOLADO, Jorge, *Los médicos y el Código penal*, 1981, 22.

paciente compete a varios profesionales, quienes además son ayudados por auxiliares sanitarios, como es el caso de las enfermeras(os), ayudantes, instrumentistas, matronas, entre otros. Esto implica que los diversos miembros que intervienen en la curación del paciente trabajen de bajo relaciones horizontales o de forma conjunta y coordinada bajo la dirección y supervisión de uno de ellos, es decir, el jefe del equipo, quien en virtud de sus funciones jerárquicas se encarga de dirigir a los distintos facultativos que participan en la actividad. Este fenómeno de la medicina en equipo exige, tanto en el ámbito jurídico como en el sanitario, la necesidad de delimitar las respectivas responsabilidades, normalmente por hechos imprudentes, de los diversos miembros del equipo. Por lo tanto, quienes forman parte del equipo médico tendrán que trabajar de manera coordinada, pero a la vez con delimitación de sus funciones, pero, en el evento de presentarse alguna imprudencia por parte de alguno de los intervinientes en la actividad y que desencadene en un resultado lesivo para el paciente, el juez tendrá que ser extremadamente cuidadoso en el momento de dilucidar con exactitud sobre establecer quién o quiénes de los que conforman el equipo recaerá la responsabilidad penal. Para abordar la problemática planteada, en este capítulo se abarcan tres grandes temas: el principio de la división de trabajo en equipo, el principio de confianza y la coautoría imprudente en la actividad sanitaria.

9. Para finalizar, en el último capítulo de esta tesis doctoral he procurado particularizar los temas abordados en los dos capítulos anteriores y aplicarlos a una actividad médica en concreto. Teniendo en cuenta que la gran mayoría de los trabajos existentes sobre responsabilidad médica analizan los problemas de esta a partir de las actuaciones médico-quirúrgicas, he decidido alejarme un poco de esta temática, aunque esto no implica que las discusiones jurídico-penales que allí surgen se encuentren

cerradas y los problemas resueltos, pues la cirugía es una especialidad con tantas particularidades que hacen de ella un tema inacabable y controvertido en materia penal (de hecho en los dos primeros capítulos de este trabajo se acude bastante a esta especialidad para aportar a las discusiones generales). Pero, no obstante, me pareció importante innovar en cuestiones que actualmente poseen menor desarrollo doctrinal, pero que también resultan bastante problemáticas, como es el caso de la responsabilidad penal imprudente en la actividad psiquiátrica.

La doctrina pone de manifiesto que en Psiquiatría las denuncias no son tan abundantes como en otras especialidades, sobre todo si se hace una comparación con las actividades médico-quirúrgicas, pero no por ello el estudio de la responsabilidad penal en las actividades psiquiátricas producto de imprudencias médicas resulta menos importantes, ya que, en primer término, las obras sobre responsabilidad penal en Psiquiatría son escasas; quienes han escrito sobre responsabilidad penal médica atienden otras especialidades y sólo algunos hacen una referencia somera a la responsabilidad penal del psiquiatra. En segundo término, tal y como afirman FUERTES ROCAÑÍN/CABRERA FORNEIRO⁵, cuando se producen denuncias por *mala praxis* psiquiátrica, estas prosperan en un 90% de los casos. En tercer lugar, el psiquiatra, al igual que otros médicos, siente temor ante el aumento de las reclamaciones, lo cual puede hacer suponer que actúe tomando medidas que lo defiendan ante una posible reclamación, como, por ejemplo, el hecho de inhibirse de hacerse cargo del tratamiento de un paciente, lo cual se traduce no sólo en una práctica defensiva del ejercicio de la Psiquiatría, sino en un descenso en la calidad de la asistencia que se presta. En cuarto lugar, existe cierta inseguridad normativa, toda vez que en

⁵ FUERTES ROCAÑÍN/CABRERA FORNEIRO, *Salud mental*, 2007, 61.

España, a diferencia de lo que ocurre en otros países, no existe una legislación específica para los enfermos mentales, pues se considera que normativizar la enfermedad mental implicaría la estigmatización de estos pacientes.

En todo caso, el médico que ejerce la actividad psiquiátrica no está exento de incurrir en errores médicos, dada la complejidad de esta especialidad y de los tratamientos que en ella se aplican; por lo tanto, en este capítulo se pretende dejar sentadas las primeras bases de un estudio que espero pueda servir para el desarrollo de otros posteriores; por lo tanto, he procurado tratar en profundidad el contenido del deber objetivo de cuidado en Psiquiatría y algunas situaciones de riesgo lesivo para el paciente con trastorno mental que surgen como consecuencia, no sólo del trastorno, sino de la aplicación de los tratamientos, como es el caso del suicidio, la fuga y los errores diagnósticos en Psiquiatría.

- 10.** En definitiva, en esta tesis doctoral se pretende abarcar problemas específicos de la actividad sanitaria con una repercusión general para las diversas especialidades médicas, pero, a la vez, también abordar problemas particulares de la responsabilidad penal por imprudencia que pueden acaecer en una especialidad, en concreto, la actividad psiquiátrica. No obstante, en ningún momento este trabajo pretende brindar soluciones indiscutibles en el ámbito del análisis de la responsabilidad penal médica por imprudencia, sino que simplemente es una aportación a la reflexión sobre este tema, que espero contribuya en algo a la discusión y a la crítica.

2. Método

1. La ruta metodológica que se ha seguido para la elaboración de esta tesis doctoral comprende básicamente tres momentos: exploratorio, focalización y profundización. En el primer momento, se procedió a la búsqueda y recopilación de fuentes de información en orden cronológico como libros, artículos de revista, monografías, documentos oficiales y privados e investigaciones, jurisprudencia sobre teoría general del delito, responsabilidad profesional sanitaria, Medicina y Derecho, responsabilidad penal médica imprudente, Psiquiatría, Psiquiatría y Derecho, responsabilidad profesional en Psiquiatría. Construido el sistema de categorías ya para el momento de focalización se devela la trama de nexos y relaciones entre las categorías a partir de las que se van definiendo para cada capítulo las posibles hipótesis o supuestos que dirigen el presente trabajo. Por último, en el momento de profundización, lo que se hizo fue concluir el ciclo hermenéutico producto de la recopilación de fuentes y formulación de hipótesis, para proceder a la construcción global del texto. Se retoman las tendencias dogmáticas, epistemológicas, teóricas y metodológicas utilizadas por la doctrina y la jurisprudencia, analizando e interpretando las tendencias teóricas que permitieron ampliar, precisar, descartar, reformular y proponer fundamentos y alternativas a las problemáticas planteadas.
2. La metodología científica empleada en este trabajo ha sido la dogmática penal, pues tal y como me lo ha infundido mi maestro DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO⁶, “la dogmática jurídico-penal sigue teniendo un futuro”⁷; el correcto uso del contenido del Derecho y la aplicación racional del mismo se logra a través de la dogmática

⁶ A quien también se lo enseñó el suyo, LUZÓN PEÑA.

⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 35.

penal⁸. Asimismo, a lo largo de la elaboración de esta tesis doctoral siempre se buscó que la conclusión o el argumento final tuvieran un fundamento válido a partir del principio de legalidad; no obstante, atendiendo a lo diverso que puede resultar el ejercicio de la actividad sanitaria he procurado brindar propuestas que sin vulnerar el principio de legalidad, se ajusten a las circunstancias de cada caso en concreto, para evitar la arbitrariedad en las decisiones judiciales y hacer estas compatibles con la justicia material y las necesidades político-criminales.

3. En cuanto al material utilizado, el 80% de las obras corresponde a la doctrina española desde el siglo XIX hasta nuestros días, y el 20% restante refiere en su gran mayoría a obras alemanas traducidas al español, con una especial referencia a los estudios de WELZEL, ROXIN, JESCHECK, y JAKOBS. Por otra parte, quiero aclarar, que en este trabajo no se hace mayor referencia a las obras de la doctrina de mi país, Colombia sobre

⁸ Tal y como ya había señalado desde hace varios años GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3^a, 1990, 158: “La dogmática ‘nos debe enseñar lo que es debido en base al Derecho’ debe averiguar qué es lo que dice el Derecho. La dogmática juridicopenal, pues, averigua el contenido del Derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuando menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, sino se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que –por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico– se desconoce su alcance y su límite”. Cit. también LUZÓN PEÑA, *Legítima defensa*, 1^a, 1978, 15; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 35.

responsabilidad médica, toda vez que la misma es escasa, aunque sí se mencionan algunos trabajos elaborados por autores que han hecho su aportación al tema, pero que a la vez se han orientado por los parámetros de la doctrina española y alemana. De igual manera, dentro de este 20% restante, se ha hecho referencia a textos de la doctrina anglosajona, aunque no exhaustivamente y específicamente en el capítulo que corresponde a la responsabilidad penal médica imprudente en Psiquiatría. Para desarrollar esta tesis doctoral he acudido tanto a bibliografía de la Parte general del Derecho penal, sobre todo en aquellos apartados en los que era indispensable hacer un estudio de elementos de la teoría del delito, como los conceptos de imprudencia o de autoría y participación, para abordar posteriormente las particularidades de estos en la actividad sanitaria. De igual manera, los textos citados sobre responsabilidad médica corresponden a obras que hacen referencia al tratamiento penal, pero también se acudió a autores que han escrito sobre este tema, principalmente en el ámbito del Derecho civil y el Derecho administrativo. Asimismo, cuando se aborda el capítulo relacionado con la responsabilidad penal en la actividad psiquiátrica, se acude a manuales de psiquiatría para intentar comprender algunos asuntos específicos de las patologías psiquiátricas y las consecuencias de los tratamientos médicos, pero, debo señalar que la escasa doctrina sobre el particular tema me condujo a consultar en su mayoría artículos de revista o textos de obras conjuntas.

4. En lo que tiene que ver con la utilización de las referencias legislativas, estas forman parte en su gran mayoría del Derecho penal español; sin embargo, en los dos primeros capítulos, también hago referencia a la legislación colombiana, con el objetivo de analizar y relacionar el tratamiento legislativo de algunos temas en concreto, como los conceptos de imprudencia, autoría y participación. Por último, en lo que refiere a la

jurisprudencia procuro citar ampliamente la española producida por el TS y las AP (y, en ocasiones por el TC); no obstante, en los dos primeros capítulos, también intento ejemplificar a través de la jurisprudencia colombiana de la CSJ, e incluso en el segundo capítulo he optado por analizar una sentencia de este alto tribunal en materia de coautoría imprudente en la actividad médica, atendiendo al poco y discutible desarrollo jurisprudencial que ha tenido este tema en Colombia y procurando así contribuir de algún modo al avance de la discusión en mi país. En el tercer capítulo, es decir, la responsabilidad penal por imprudencia en Psiquiatría, no realizo ninguna referencia al tratamiento legislativo y jurisprudencial que se le ha dado a este tema en Colombia, entre otras cosas porque, por razones de tiempo sobrepasa mi capacidad de trabajo, pero no descarto que en próximos trabajos lo haga; sin embargo, creo que el estudio realizado aquí podrá brindar alguna aportación a la materia en Colombia.

5. En cuanto al sistema de citas empleado, he utilizado el aprendido de mi maestro y que considero muy acertado, pues combina la brevedad con la posibilidad de identificación temporal de la obra. Los libros, manuales, monografías, etc., se citan empleando el apellido del autor, una palabra clave en cursivas (que igualmente aparece en las referencias bibliográficas en cursiva y negrita para que el lector logre identificarla), la fecha de publicación y la página de la cita. Cuando se trata de artículos de revista, contenidos en libros-homenaje, libros escritos por varios autores, se emplea el modelo anterior exceptuando lo que se refiere a la palabra clave, pues en su lugar va el título abreviado de la revista (seguido de tomo y año o sólo de año, según la revista, y la página de la referencia) o del libro de que se trate (cuando son varios autores los que escriben un libro, si estos indican qué tema ha escrito cada uno ellos, simplemente se pone el apellido del autor

del tema de que se trate; si no se considera obra conjunta de todos). El trabajo se completa con un índice, un resumen de conclusiones y una lista de la bibliografía citada en la tesis, además de la presente introducción.

- 6.** Por último, quiero manifestar que en esta tesis doctoral no se pretende buscar la originalidad a toda costa, sino más bien intervenir en la discusión de un tema tan amplio y significativo para la sociedad contemporánea como es la responsabilidad penal por imprudencia en el ámbito sanitario. Las opiniones que he emitido en los temas abordados no pretenden estar exentas de valoraciones, ni críticas; por el contrario, considero que el debate aportaría mucho a esta investigación, pues este no sólo podría afianzar los argumentos expuestos, sino que también permitiría replantear algunos de ellos, formular nuevas preguntas y realizar nuevos planteamientos teóricos.

CAPÍTULO I

ASPECTOS QUE INCIDEN EN LA CONFIGURACIÓN DEL CONCEPTO DE IMPRUDENCIA SANITARIA

1. Introducción

En los últimos tiempos la labor médica ha cobrado una especial importancia, no sólo por los avances científicos que se han venido generando en esta área, sino porque los errores que se cometen en el ejercicio de la actividad médica han adquirido gran relevancia en los estrados judiciales, toda vez que cada día son más comunes las denuncias que realizan los pacientes por mala praxis médica; denuncias que en algunas oportunidades tienen consecuencias penales⁹ derivadas en su gran mayoría de comportamientos¹⁰

⁹ En España con la entrada en vigor del Código penal de 1995 se incrementaron los delitos médicos: violación del secreto profesional, omisión de socorro, omisión de socorro cometida por el personal sanitario, intrusismo, homicidio, feticidio y lesiones al nacido y al feto cometidos por imprudencia. Cfr. MARTÍNEZ-PEREDA/DE LORENZO Y MONTERO, *Los médicos*, 1997. En Colombia por su parte aunque no existen tipos penales especiales que tipifiquen la actividad médica, se aplican frecuentemente los tipos penales generales de homicidio, lesiones personales y lesiones al feto, aunque existen algunos tipos penales que imponen como sanción principal, además de la pena privativa de la libertad, la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término, cuando la conducta ha sido cometida por algún profesional de salud; así por ejemplo sucede en los casos de lesiones al feto dolosas y culposas, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

¹⁰ Cuando hablo de comportamientos me estoy refiriendo a que las conductas ejecutadas por el personal sanitario son desarrolladas tanto por acción como por omisión.

imprudentes¹¹, situación que ha venido generando en la comunidad

¹¹ Se aclara que en el presente trabajo se hará alusión en lo posible, al término imprudencia y no al de culpa. Lo anterior por cuanto si bien durante muchos años se empleó la noción de culpa, ello podría conllevar a que se presenten confusiones entre los conceptos de culpa y culpabilidad; por lo tanto, en la doctrina moderna se ha preferido hablar de imprudencia; por ello trataré en todo lo posible —salvo cuando se trate de aspectos históricos o de una necesidad excepcional de utilizar la culpa como sinónimo en la escritura— de emplear el término imprudencia. En España a partir del CP de 1995, la ley emplea el término imprudencia. LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 490 s., haciendo referencia a la evolución que ha tenido la dominación del término “culpa” o “imprudencia” en la legislación española ha dicho lo siguiente: “En la doctrina penal española se utiliza como equivalente la ‘imprudencia’ el término ‘culpa’ –procedente del Derecho romano–, y a su vez el adjetivo ‘culposo(a)’ como equivalente a ‘imprudente’ (mayor importancia aún tiene el vocablo latino *culpa* en la doc. Italiana, que habla sólo de ‘colpa’ y ‘colposo/a’, o en la doc. civilista española, que también se refiere casi exclusivamente a culpa y culposo). Asimismo el CP español ha utilizado ambos términos. El CP de 1822 hablaba de culpa, pero los siguientes CP españoles desde el de 1848 prefieren ‘imprudencia’ (o en algunos casos ‘negligencia’). El CP 1944/1973, hasta la reforma de 25-6-1993 empleaba fundamentalmente la denominación imprudencia, para regular la comisión de delitos o faltas por imprudencia temeraria, simple y antirreglamentaria y simple sin infracción de reglamentos en los preceptos de la Parte especial que contienen las cláusulas generales al respecto (arts. 565, 586.3.º -después 586 bis- y 600); pero también hablaba de culpa en la anterior regulación del caso fortuito en el art. 8,8.º (desde 1983 sin contenido, que hablaba de ‘sin culpa ni intención’). Pero después de la reforma de 1983, junto al mantenimiento del término ‘imprudencia’ (temeraria o simple, con o sin infracción de reglamentos) en los arts. 565, 586 bis y 600, reguladores de los delitos o faltas imprudentes, en el art. 1 en la definición de delito se utiliza el término culpa (‘acciones y omisiones dolosas y culposas’) en el párr.1.º, ‘no hay pena sin dolo o culpa...al menos por culpa’ en el párr. 2.º), y sigue utilizando en la definición de caso fortuito (‘sin dolo ni culpa’) del nuevo art. 6 bis a. En cambio, el nuevo CP opta por unificar la terminología y utilizar permanentemente ‘imprudencia’ o ‘imprudente’”. Situación contraria presenta la legislación penal colombiana, donde la actual codificación continúa refiriéndose de manera incorrecta al término “culpa”, así, ha establecido en el artículo 21 del CP, lo siguiente: “Modalidades de la conducta punible. La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley.” y en el artículo 23 define: “Culpa. La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la

médica una sensación de incertidumbre, máxime si se tiene en cuenta que, debido a los avances de la medicina, el incremento de las enfermedades, la diversidad de tratamientos, las nuevas alternativas tecnológicas, entre otros, ha significado que las técnicas empleadas sufran continuas modificaciones¹², implicando que los protocolos médicos que las contienen lleguen a ser confusos y varíen en algunas ocasiones de manera ostensible de un paciente a otro, lo cual hace que, en caso de derivarse lesión para la salud o de que se produzca la muerte del paciente, el operador jurídico se encuentra obligado a analizar con especial detenimiento si el sanitario actuó de manera prudente o imprudente.

infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”.

¹² VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2003, 24, advierte que, “puesto que la ciencia médica está en constante evolución, y los conocimientos y técnicas aplicadas quedan obsoletos en pocos años, podríamos encontrarnos con que la utilización de una técnica diagnóstica o terapéutica, aceptada por la comunidad médica en el momento de ser aplicada, fuera después abandonada, pudiendo generarse un deber de garante del facultativo o del personal sanitario en relación con los pacientes que fueron tratados con la referida técnica”. Menciona también que un ejemplo en el que se podría encontrar esta situación lo hallamos en la SAP Barcelona de 26 de marzo de 1999 (ARP 1999, 1780), donde un cirujano interviene a una paciente por un hernia crural (también conocida como hernia femoral, es muy común en mujeres y consiste en una protrusión de la parte superior del músculo muy cerca de la ingle) introduciendo en el conducto venoso su dedo meñique al momento de suturar; produciendo una estenosis; sin embargo, el médico fue absuelto por la Audiencia Provincial al haber aplicado correctamente la praxis médica. No obstante, si el cirujano aplicara actualmente esta misma praxis y se generara como consecuencia una lesión similar, muy seguramente la decisión sería de condena por haber actuado imprudentemente.

A. Consideraciones históricas del concepto imprudencia

En la teoría general del delito se han expuesto diversos conceptos sobre la imprudencia¹³ e incluso en el siglo XVIII y a principios del siglo XIX se habló de su exclusión del Derecho penal, pues era concebida como vicio de la inteligencia y defecto de la capacidad de entendimiento¹⁴. Los primeros autores que pretendieron integrar el delito imprudente en el sistema penal¹⁵ y darle una explicación sistemática partieron de la adopción de teorías de la peligrosidad del sujeto. Teniendo en cuenta la importancia que representaba, en el siglo XVIII y principios del XIX la función de prevención general negativa o intimidatoria de la pena, hay una continua búsqueda por interiorizar la conducta del sujeto imprudente y reprocharla al autor por considerarla conducta

¹³ La imprudencia o culpa –tal y como solía llamarse algunos años atrás- fue vista durante mucho tiempo como el hijastro del Derecho Penal, tal y como señala JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado V*, 2ª, 1963, 675: “También la ciencia tiene sus hijastros que desatiende no porque le sean menos interesantes, sino más secos”, se trata de hijastros “porque ningún hijo de carne y sangre ha sido tan despreciado por su madre, tan desdeñado sin conocerle, como el delito culposo lo ha sido durante siglos, por las páginas a él consagradas”; no obstante, actualmente, como advierte WELZEL, *Derecho penal alemán*, 4ª, 1997, 153 el delito imprudente pasa de un segundo orden en el estudio de la dogmática y la política criminal a ocupar un papel protagónico.

¹⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, 2001, 35 ss.

¹⁵ Como por ejemplo TOSTI, ANGLIOLINI, ALMENDINGEN.-Aunque este último en un principio negó su aplicación en el sistema penal- (Cits. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado V*, 2ª, 1963, 682, 687, 742 ss.). Señala JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado V*, 2ª, 1963, 687, que fue a partir del mandato de Adriano cuando se autorizó la imposición de pena extraordinaria en aquellas acciones culposas que causaban consternación pública, como la que ocurrió en aquel incidente en que jóvenes en una fiesta bromeando hacen caer a otro joven, que días más tarde fallece a raíz del golpe sufrido.

peligrosa¹⁶; por lo tanto, se aplican las teorías de la “coacción psicológica” que reconocen que en la imprudencia acaece “la voluntad de infringir la ley penal”, suponiendo un estado de peligrosidad del sujeto que debe ser castigada, es decir, que la imprudencia consistiría en la infracción de la norma penal por un querer defectuoso del sujeto y debe recibir un tratamiento similar al que se aplica al sujeto cuando ha cometido un delito doloso¹⁷. Sin embargo, este concepto no logró convencer en absoluto a los Italianos FILANGIERI, ROMAGNOSI¹⁸,

¹⁶ Así entonces, el médico imperito ya no lo sería para una cirugía, sino para todas las intervenciones quirúrgicas.

¹⁷ Desde esta teoría habrá que decir que no existe una real justificación del delito imprudente, ni mucho menos un concepto claro que permita diferenciarlo del delito doloso; quien ha cometido un delito imprudente no puede recibir igual tratamiento que quien actúa con el ánimo y la voluntad de causar un resultado típico, sólo por el hecho de que su conducta sea considerada como ilícita. La intervención punitiva, cuando se trata de delitos imprudentes, no sólo debe operar cuando el legislador así lo determine, de manera taxativa, sino que debe obedecer a los criterios de determinación de la pena y de necesidad de la norma de sanción. Tal y como advierte BUSTOS RAMÍREZ, *Delito culposo*, 1995, 15 ss., cuando se trata de delitos imprudentes, la intervención punitiva debe operar bajo criterios de absoluta necesidad de la pena, lo cual significa que esta debe ser muy inferior a la que corresponda, en caso de tratarse de delitos dolosos, y por eso propugna que, en principio, excluya la pena privativa de la libertad y se recurra a penas igualitarias, como las de días-multa, que impliquen una colaboración con el sujeto para resolver su problemática entre riesgo y cuidados que deba tomar en relación a ellos. Esta propuesta resulta acertada, en el sentido que el Derecho penal —como mecanismo de control social que goza de las características de fragmentario y subsidiario— no puede tratar por igual comportamientos que no lo son, es decir, el delito imprudente y el doloso no pueden merecer igual tratamiento, cuando es claro que en el primero no existe voluntad por parte del sujeto de cometer una conducta ilícita y, por ende, su punibilidad que, en muchas oportunidades se debe a la infracción de reglamentos, puede ser tratada a través de otros mecanismos diferentes a la pena privativa de libertad, aunque ello va a depender de la gravedad de la afectación al bien jurídico; es decir, que el juez debe valorar en cada caso concreto de acuerdo con la intensidad de la lesividad causada y a través del test de proporcionalidad, en que eventos será necesario aplicar pena privativa de la libertad y en cuáles otros mecanismos alternos.

¹⁸ Ambos autores cits. por: JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado V*, 2^a, 1963, 752.

CARRARA¹⁹ y a los alemanes FEUERBACH²⁰ y VON LISTZ²¹, entre otros, quienes proponen que la esencia de la imprudencia se encuentra en la previsibilidad²², lo que se debe castigar es, precisamente, que el sujeto ha tenido la posibilidad de prever el resultado dañoso. El individuo como miembro de la sociedad en la que convive tiene la obligación y la capacidad intelectual de prever y prevenir hechos que producen menoscabo de bienes jurídicos de los individuos de una comunidad^{23 24}.

¹⁹ Cits. por JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado V*, 2ª, 1963, 750, ANTÓN ONECA, *PG*, 2ª, 1986, 245.

²⁰ Cit. por DEL ROSAL/RAMOS RODRÍGUEZ, *Compendio*, 1974, 211.

²¹ VON LISZT, *Tratado*, II, 4ª, 1999, 430, define la culpa como la no previsibilidad del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de la voluntad, siendo previsible el resultado cuando el autor hubiera podido y debido evitarlo.

²² La jurisprudencia española viene reconociendo desde hace algún tiempo la importancia de la previsibilidad en la imprudencia, pero no como concepto, sino como elemento psicológico o subjetivo de esta. Véanse por ejemplo: STS 30-4-1979 (RJ 1738), STS 30-4-1979 (RJ 1738), STS 26-6-1980 (RJ 2297), STS 25-11-1980 (RJ 4556), STS 5-2-1981 (RJ 491), STS 13-10-1981 (RJ 3637), STS 2-10-1984 (RJ 4784), STS 24-11-1984 (RJ 5950), STS 22-4-1986 (RJ 20849), STS 27-5-1988 (RJ 3849), STS 12-11-1990 (RJ 8880), STS 24-5-1991 (RJ 3852), STS 29-2-1992 (RJ 1509), STS 4-2-1993 (RJ 934), STS 29-10-1994 (RJ 8333), STS 22-9-1995 (RJ 6755), STS 14-2-1997 (RJ 1357), SAP Almería 06-06-1998 (ARP 3422), SAP Granada 28-09-1999 (ARP 3677), SAP Valladolid 7-7-2001 (JUR 250775), SAP Lleida 18-09-2002 (JUR 257248), SAP Bizkaia 9-10-2003 (JUR 270910), SAP Almería 28-11-2004 (JUR 8944), SAP Girona 24-05-2005 (JUR 182781), SAP Zamora 31-03-2006 (JUR 67472), SAP Albacete 17-04-2007 (JUR 290162), SAP Bizkaia 21-01-2008 (JUR 175028), STS 27-10-2009 (RJ 5755), AAP Madrid 23-07-2010 (JUR 336150). De igual manera en la jurisprudencia colombiana encontramos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en las que incluyen este elemento, por ejemplo: SCS 28-11-1996 (Proceso 10340), SCS 28-07-2000 (Proceso 13223), SCS 22-05-2008 (Proceso 27357), SCS 04-02-2009 (Proceso 30731).

²³ LUZÓN DOMINGO, *Culpa penal*, II, 1960, 247; ANTÓN ONECA, *PG*, 2ª, 1986, 245; LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 503; FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, 2001, 263; CORCOY BIDASOLO, *Delito imprudente*, 2ª, 2005, 18.

²⁴ Es preciso reconocer que esta noción nos acerca más a un concepto de imprudencia; sin embargo, hay que aclarar que la previsibilidad por sí sola no es

A principios del siglo XX, el delito imprudente deja de encontrar su fundamento en la relación psicológica con el resultado típico, para encontrarlo en un juicio normativo de reproche. En esta oportunidad, la esencia de la imprudencia se encuentra representada por la exigencia del deber de cuidado que debe tener el hombre al momento de realizar actividades de riesgo. EXNER²⁵ realiza una descripción objetiva y subjetiva para determinar cuándo el sujeto obra imprudentemente. El primer presupuesto se compone de la falta de atención o de cuidado. El segundo presupuesto se complementa con las cualidades individuales del sujeto; por lo tanto, el operador jurídico se encuentra obligado a determinar si de acuerdo con las capacidades individuales al autor descuidado le era exigible un comportamiento cuidadoso. Posteriormente, continuando con los postulados de EXNER y, a partir de la formulación sobre la exigencia del deber de atención, ENGISCH²⁶ consideró que el juicio de reproche en la imprudencia se debe al desprecio que por los bienes jurídicos ha tenido el sujeto que ha obrado sin tener en cuenta la atención que le era exigida al momento de actuar.

constitutiva de esta, sino que en la doctrina moderna forma parte del elemento ontológico de la imprudencia; por lo tanto, la previsibilidad como elemento único de la imprudencia sería insuficiente para lograr determinarla, porque, aun siendo previsible y prevenible el resultado, si la conducta del sujeto ha sido diligente y no ha superado el riesgo de lo permitido, no podrá hablarse de imprudencia. Otro asunto que resulta importante aclarar es que tampoco se requiere una efectiva previsión por parte del sujeto, sino que, en aquellos casos donde la imprudencia sea inconsciente, será preciso hablar de una posibilidad de prever, es decir, que para que sea punible la imprudencia inconsciente al sujeto no se le puede exigir prever el resultado, pero si haber tenido la posibilidad de preverlo, en caso de que su comportamiento se hubiera ajustado a la de un hombre medio ideal.

²⁵ EXNER, cit. por BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa y finalidad*, 1967, 15 ss.

²⁶ ENGISCH, *Pensamiento jurídico*, 1967, 199.

Sin embargo, realmente quien afianzó el contenido de la imprudencia como elemento del injusto típico²⁷ y tuvo en cuenta los elementos objetivos y subjetivos fue WELZEL -partiendo de las concepciones de ENGISH y de EXNER-, quien, después de algunas dificultades y críticas a su teoría de la acción final²⁸ acuña un concepto que ha resultado importante para la doctrina contemporánea²⁹. WELZEL³⁰ argumenta

²⁷ Pues tanto EXNER como ENGISH entienden que el deber objetivo de cuidado debía ser estudiado como uno de los elementos normativos del tipo. V. BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa y finalidad*, 1967, 25.

²⁸ WELZEL, *Nuevo sistema*, 1964, 112 ss. En sus inicios, la teoría welzeliana explica que la falta de cuidado implica no haber aplicado a la acción la finalidad que le correspondía; luego, lo que se pretendía era que el sujeto al aplicar la finalidad de acción evitara los procesos de alto riesgo —por ejemplo, si el médico, en lugar de cocaína hubiera utilizado novocaína para anestesiar al paciente, este no hubiera fallecido—, pero entendiéndose que sólo podrían ser típicas aquellas conductas dirigidas a causar un resultado típico. Este es el primer gran error de la teoría welzeliana, pues, desde este punto de vista, las únicas conductas que deben ser reprochadas por el Derecho penal serán las cometidas con dolo, en tanto que son las únicas que se dirigen a causar un resultado típico; es decir, que se están excluyendo los comportamientos causados por imprudencia, en el sentido de que la acción final del sujeto, independiente de que se trate de una culpa consciente o inconsciente, en momento alguno, se encuentra dirigida a causar este tipo de resultados (FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, 2001, 76). Por lo anterior, posteriormente, tratando de subsanar esta imprecisión, WELZEL procura concebir la acción como una causación finalista previsible, en tanto que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta (WELZEL, *Nuevo sistema*, 1964, 41); por lo tanto, para diferenciar entre la acción dolosa y culposa, asume la primera como una acción real, y la segunda como una acción ciega.

²⁹ Así por ejemplo MAURACH, *Tratado II*, 1962, 229, considera que el juicio global “imprudencia” se define por dos componentes, configurados tradicionalmente como lesión del general, objetivo, deber de cuidado y desatención del cuidado individual, posible al autor concreto. Por su parte JESCHECK, *Tratado II*, 3ª, 1981, 776, afirma que actúa imprudentemente quien sin quererlo realiza el tipo de una ley penal a consecuencia de la infracción de un deber de cuidado y, contrariamente a su obligación, o no se da cuenta de ello o lo tiene por posible pero confía en que el resultado no tenga lugar. Consideraciones similares encontramos en DEL ROSAL/RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio*, 1974, 209; CUELLO CALÓN, *PG I*, 1980, 470;

que la acción final debía estar integrada por tres grandes grupos de normas. Un primer grupo al que califica como el más importante, y que se encuentra conformado por aquellas normas que prohíben acciones cuya voluntad de realización vaya dirigida a producir un resultado socialmente no deseado, es decir las acciones de los delitos dolosos. Un segundo grupo de normas que se refieren a la debida utilización y cuidado en la selección y aplicación de los medios que exigen “el cuidado necesario en el tráfico”, con el fin de evitar efectos concomitantes no queridos y socialmente no deseados. Y por último un grupo de normas que exigen la realización de acciones para evitar resultados socialmente no deseados. En los dos últimos grupos de normas se encuentran justificadas las exigencias normativas que deben tenerse presentes al momento de determinar la imprudencia; es decir, que la acción final no será la que determine la existencia de la imprudencia, sino el cumplimiento de la exigencia del deber de cuidado, en tanto que lo decisivo en los delitos imprudentes lo sintetiza en la divergencia entre la acción realmente emprendida y la que debía haber sido realizada en virtud del cuidado necesario en el tráfico.

En síntesis, la imprudencia reúne en WELZEL tres elementos: Un elemento objetivo-normativo³¹, otro elemento subjetivo, y un último

CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 1989, 81 ss.; BUSTOS RAMIREZ, *El delito culposo*, 1995, 38 ss.; VIVES ANTÓN, *Comentarios I*, 1996, 89 ss.; LUZON PEÑA, *PG I*, 1996, 499 ss.; MARTÍNEZ PEREDA, *Responsabilidad penal*, 3ª, 1997, 38; CEREZO MIR, *PG,II*, 6ª, 1998, 167 ss.

³⁰ WELZEL, *Nuevo sistema*, 1964, 47 ss.

³¹ BERISTAIN, *Finalismo*, 1966, 18 ss. advierte que WELZEL se refiere con el deber de cuidado, no sólo a un elemento normativo, sino también ontológico; es decir, que constituye el aspecto ontológico-normativo de la imprudencia, en tanto que la finalidad en la acción culposa es una mera negligencia natural. La culpa natural es la mera violación objetiva del cuidado debido en la vida social, de ahí que el concepto penal de la acción culposa debe considerar la realidad ontológica de la negligencia objetiva. Que el deber de cuidado sea considerado como elemento ontológico-normativo ha sido acreedor de numerosas críticas, como por ejemplo la de ROXIN, *Problemas Básicos*, 1976, 97, el mismo, *PG I*, 1997, 1001, quien niega la estructura

elemento al que se podría denominar valorativo. El primero de ellos está compuesto por “el cuidado necesario en el tráfico”; se trata no de un simple cuidado, sino de aquel cuidado necesario proveniente de un hombre inteligente y prudente en la situación del sujeto³². El elemento subjetivo se encuentra conformado por la prudencia que debe observar el hombre inteligente que guarda el cuidado necesario³³. Y por último se hace necesaria la existencia de un elemento valorativo, que precisa la relación entre la producción del resultado y la falta de observancia del cuidado debido³⁴. En lo que tiene que ver con este último, FEIJOO

ontológica preexistente que decide sobre el carácter de la acción imprudente. Habrá que decir que a ROXIN le asiste parcialmente la razón en el sentido de que la imprudencia no depende de la finalidad sino de la trasgresión de mandatos jurídicos de cuidado y es, por tanto, un elemento fundamentalmente normativo, pero no absolutamente normativo, porque también tiene elementos ontológicos, concretamente un elemento psicológico, compuesto por dos aspectos: el obrar sin dolo y la posibilidad de prever.

³² MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva*, 1992, 65, piensa que, a pesar de los esfuerzos de WELZEL, no se consiguió explicar el injusto penal única o esencialmente sobre la base de la finalidad de la acción como lo pretendió inicialmente, sino que fue necesario acudir de manera más o menos explícita a la ayuda de elementos objetivo-normativos, debiendo acudir al deber objetivo de cuidado, con cuya aplicación niega la tipicidad tanto de las acciones inadecuadas como de acciones peligrosas pero prudentes.

³³ El baremo del hombre inteligente como presupuesto de determinación del deber de cuidado, resulta insuficiente y nada dice; en la actualidad se encuentra con mayor arraigo que el baremo se fundamenta partiendo de aquel hombre prudente que actúe dentro del mismo tráfico jurídico del autor. JESCHECK, *Tratado II*, 1981, 811, QUINTERO OLIVARES, *Introducción al Derecho penal*, 1981, 136 ss; MAURACH, *DP II*, 1962, 228; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *PG*, 2ª, 1986, 276; LUZON PEÑA, *PG I*, 1996, 500; ROXIN, *PG I*, 1997, 1009.

³⁴ CADAVID QUINTERO, *Teoría del delito*, 1998, 150, indica que para WELZEL el delito imprudente está conformado por dos aspectos: volitivo y de determinación, de ahí que considere que el resultado forma parte del delito imprudente. La valoración coincide con el concepto causal de acción, que en síntesis significa la causación del resultado típico. Por su parte la determinación es la actuación contraria al precepto normativo, que además pudo haber orientado la conducta conforme a Derecho.

SÁNCHEZ³⁵ lo resalta como uno de los mayores aciertos de la teoría de ENGLISH y WELZEL, porque el resultado típico tiene que ser siempre uno de aquellos que se encuentra protegido en el delito imprudente por la norma de cuidado. De esta manera, la imputación del resultado desempeña para un sector mayoritario de la doctrina una función distinta que la que desempeña el desvalor de la conducta, colocándose junto a este³⁶.

Pese a la reconocida aportación de la teoría finalista, el funcionalismo moderado liderado por ROXIN³⁷ afirma que, para solucionar el problema básico de los delitos imprudentes, no basta con la infracción del deber, toda vez que no siempre la infracción al deber de cuidado será suficiente para determinar la responsabilidad penal del sujeto³⁸, proponiendo que lo que se hace preciso establecer es si, en un curso causal al final del cual aparece un resultado, este puede imputársele a la acción de una persona como su obra, por lo tanto, el lado objetivo del

³⁵ FEJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo*, 2001, 148.

³⁶ Otros autores como Agustín JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 64, también destacan la importancia de la relación entre el desvalor de acción y el desvalor del resultado, distinguiendo que para imputar 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 antijuridicidad) entre la conducta descuidada (infracción del deber objetivo de cuidado) y el resultado producido, es decir, que la conducta descuidada del autor haya creado un peligro jurídicamente desaprobado, y ese peligro se haya realizado materialmente en el resultado producido.

³⁷ ROXIN, *PG I*, 1997, 997 ss.

³⁸ Para JAKOBS, *PG*, 2ª, 1997, 384, en el delito de comisión, lo que suele decirse es que el autor ha dejado de observar el cuidado debido, lo cual es completamente falso desde el punto de vista de la lógica de las normas: en el delito de comisión el autor no es que deba obrar cuidadosamente, sino que debe omitir el comportamiento descuidado, no existe un deber de manejar las cerillas con cuidado, sino una prohibición del manejo descuidado. Por lo tanto concluye: “Penalmente relevante es sólo la *previsibilidad del riesgo que sobrepasa el riesgo permitido y que además es objetivamente imputable*”.

injusto en los delitos imprudentes no puede consistir en la mera causación evitable de un resultado.

Una superación definitiva del dogma causal se busca actualmente mediante la moderna teoría de la imputación objetiva³⁹ elaborada a partir del principio de “la realización de un riesgo no permitido comprendido en el ámbito típico”⁴⁰. Según esta, para que un resultado pueda ser atribuido a un sujeto, es necesario que el resultado imputado constituya la realización de un riesgo jurídicamente relevante, cuya evitación sea precisamente la finalidad de la norma infringida por el sujeto⁴¹. Entonces, para los funcionalistas, tan sólo serán imputables aquellos resultados producidos que son manifestación de la realización de un riesgo jurídicamente relevante⁴², el denominador común no está

³⁹ CANCIO MELIÁ/FERRANTE/SANCINETTI, *Teoría de la imputación objetiva*, 1998, 101 ss. Para SANCINETTI, la imputación objetiva no es propiamente una teoría, sino que es un principio homogéneo aglutinante, que se encuentra compuesto por diversos principios delimitadores o correctivos de la tipicidad de una conducta punible, especialmente las formas de conducta que la ley describe de modo relativamente abierto.

⁴⁰ ROXIN, *Política criminal*, 2000, 45. De acuerdo con LUZON PEÑA, *PG I*, 1996, 643, esta definición es discutible, esto obedece a que “la admisión del riesgo permitido responde a una ponderación de intereses. Por una parte, se autoriza la acción porque sólo es arriesgada, peligrosa para bienes jurídicos, pero nada más que eso: no es directamente lesiva, no es una acción que con seguridad va a producir la lesión del bien jurídico, y además el grado de peligro se considera admisible por no ser muy alto y haberse tomado suficientes medidas para un control satisfactorio del mismo. Frente a esto y en el otro platillo de la balanza están múltiples intereses económicos, industriales, médicos, científicos e investigadores, militares, deportivos y de esparcimiento, e incluso de la propia libertad, etc., de las sociedades modernas, que se consideran importantes o esenciales para su adecuado funcionamiento y que sólo es posible satisfacer si está dispuesto a correr determinados riesgos”.

⁴¹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva*, 1992, 30.

⁴² El presupuesto básico de la imputación objetiva con relación a que la vida social por definición entraña riesgos cuyo desencadenamiento no ha de ser ilícito en la medida en que no puede prescindirse de la vida en sociedad, es sistematizado mediante el instituto del riesgo permitido. En su conformación y justificación, el riesgo permitido

ya en el “deber de cuidado”, sino en el “principio del riesgo”⁴³, según el cual, partiendo del resultado, se logra determinar si la conducta del sujeto creó o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico en relación con dicho resultado⁴⁴. Particularmente considero, que el riesgo permitido no es criterio de imputación objetiva; por lo tanto, el riesgo que influye en la imputación objetiva es aquel típicamente relevante o mínimamente relevante para el tipo penal⁴⁵.

responde directamente al postulado de que la sociedad no es un mecanismo de protección de bienes, sino que es un contexto de interacción. Dado que no es posible la interacción sin la constante puesta en peligro de bienes – piénsese en el riesgo de transmisión de enfermedades que comporta un simple darse la mano, o el peligro de la intoxicación oculto en la más trivial ingesta de alimentos-, ciertos riesgos han de ser irremediablemente tolerados. CANCIO MELIÁ/FERRANTE/SANCINETTI, *Teoría de la imputación objetiva*, 1998, 88.

⁴³ ROXIN, *Problemas básicos*, 1976, 169. Explica que para determinar el riesgo permitido hay que partir de la ponderación entre las exigencias del tráfico y los intereses de protección de los individuos. “El incremento del peligro que aún se toleraba hace que la balanza se incline a favor de la protección de bienes jurídicos y que resulte imprudente una producción del resultado a la que en otro caso no hubiera habido nada que objetar”.

⁴⁴ Para LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 378 ss., la creación del riesgo constituye un subcriterio del criterio más amplio del fin de la norma, pues precisamente lo que la norma pretende evitar es justamente la realización de peligros inherentes a la acción inicial, es decir, que uno de los presupuestos del fin de protección de la norma es la realización del riesgo; por lo tanto, si de una acción dolosa o imprudente es objetiva y normalmente previsible que se pueda derivar un resultado típico, eso significa que la propia acción supone una creación de riesgo penalmente relevante, esto es, que la acción conlleva el mínimo de peligrosidad para ser significativa a efectos del tipo, pero si de la acción misma no es normalmente previsible que se sigan resultados como ése, la acción no crea el mínimo riesgo para el bien jurídico que la haga preocupante para el Derecho penal.

⁴⁵ V. LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 382.

B. Aproximación al concepto de imprudencia

Tras este breve recorrido histórico en el que he tratado de presentar *grosso modo* diferentes acepciones del concepto de imprudencia⁴⁶, se podrá decir que esta encontraba continuamente su justificación en teorías autónomas e independientes unas de otras; por lo tanto, como punto de partida, habrá que rechazar propuestas que pretenden justificar por sí sola su existencia; es decir, que los criterios que pretenden individualizar la imprudencia, sólo como forma de previsibilidad, evitabilidad, deber de cuidado o superación del riesgo, fracasan por no representar verdaderos criterios que satisfagan todas las necesidades del concepto; por lo tanto, cada una de las acepciones presentadas para el delito imprudente sólo podrán ser acogidas en la medida en que se reagrupen en un solo conjunto para, así, con mayor acierto, determinar este concepto.

Es preciso reconocer, tal y como se advirtió, y acogiendo la doctrina mayoritaria, que el núcleo de la imprudencia se encuentra compuesto por su elemento objetivo–normativo, es decir, por la infracción del deber de cuidado. El individuo, como médula de una sociedad, se halla en la obligación de reconocer la importancia del significado que implica la convivencia en sociedad y el respeto por los derechos de los demás individuos y los objetos pertenecientes a los mismos, y por lo tanto, le surge el deber —teniendo presente que cuenta con la capacidad de respuesta para comportarse de acuerdo con la norma— de obrar atendiendo al respeto por los bienes jurídicos, lo cual se logra bajo el empeño de obrar cuidadosamente, de acuerdo con las normas penales,

⁴⁶ Sobre este tema puede verse: VALLEJO JIMÉNEZ, *ND* 6 (2010), 29-37.

extrapenales, reglamentarias, técnicas, científicas e incluso experiencia humana⁴⁷.

Además del presupuesto objetivo-normativo de la imprudencia, es pertinente que obre un elemento ontológico, compuesto por dos aspectos, uno negativo y otro positivo. En cuanto al elemento negativo este se encuentra configurado por la ausencia de la voluntad que yace en el sujeto de realizar la parte objetiva del tipo, es decir por el obrar sin dolo⁴⁸. Ahora en lo que se refiere al aspecto positivo del elemento psicológico de la imprudencia, este se concreta en la posibilidad de previsión, que a su vez se encuentra compuesto por dos momentos: el primero la posibilidad de prever la producción del resultado imprudente (previsibilidad), y el segundo la posibilidad de evitar la acción u omisión que infringe el deber de cuidado (evitabilidad). El juicio de valoración debe realizarse teniendo presente que la capacidad de previsión debe ser desarrollada por un hombre prudente que realice actividades en el mismo sector del tráfico jurídico o de actividad del autor, es decir, en el

⁴⁷ En la mayoría de la doctrina moderna, tal y como se dijo antes, surge como parte nuclear de la imprudencia: el deber de cuidado de ahí que se diga que los delitos imprudentes son tipos esencialmente abiertos o relativamente abiertos, en tanto que las normas de cuidado o diligencia, a pesar de tener apoyo legal en los preceptos del CP reguladores de la comisión de estos delitos, suponen implícitamente una remisión a la normas de diligencia contenidas en normas extrapenales, reglamentos, protocolos, etc., y que, en muchos otros campos, constituyen normas de la común experiencia humana, o de la práctica científica o técnica (LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 499). Aunque JAKOBS, *PG*, 2^a, 1997, 388, rehúsa concebir la imprudencia como tipos abiertos o relativamente abiertos, y para este autor tanto en el delito doloso, como imprudente, el sujeto debe deducir la prohibición del comportamiento, habría tantas modalidades de actuar imprudentes como doloosas, “y este empaquetamiento de lo imprudente en el concepto de lo contrario a cuidado no da por resultado ninguna precisión de lo prohibido que vaya más allá de lo que hay que mencionar de todos modos, es decir, más allá de la congoscibilidad de un riesgo ya no permitido”.

⁴⁸ PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, 391, considera innecesaria la existencia de este elemento negativo en la imprudencia, pues advierte que hablar de “ausencia de dolo” constituye un referente fáctico, que en todo caso lo único que hace es diferenciarlo del delito doloso.

caso de un médico cirujano, no será el hombre medio común o el buen padre de familia del Derecho romano el que sirva de baremo de determinación de este juicio valorativo, sino que se debe tener en cuenta el cuidado y diligencia que tendría un médico cirujano cuidadoso en las mismas condiciones del actor; igual, si se trata de un arquitecto, un conductor, un constructor, etc⁴⁹.

Por último, para que el resultado típico imprudente sea atribuido al sujeto, aquél tiene que ser objetivamente imputable al comportamiento, debiendo quedar probada la relación causal entre la actividad y el resultado⁵⁰ conforme a los criterios de la teoría de la condición⁵¹; por lo tanto, es preciso que haya una adecuación de la concreta forma de producción del resultado, producto de una acción que conlleve a un

⁴⁹ Entre otros, PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, 332 ss.; LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 502; CEREZO MIR, *PG II*, 6ª, 1998, 169; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALRÉE, *Lecciones*, II, 1999, 745; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PG I*, 2005, 298; CORCOY BIDASOLO, *Delito imprudente*, 2ª, 2005, 111 ss.; MUÑOZ CONDE, *Teoría general*, 4ª, 2007, 85; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 293 (en prensa); RODRÍGUEZ RAMOS, *PG*, 2ª, 2010, 170.

⁵⁰ Salvo en los delitos de comisión por omisión, donde no hay relación causal. Cfr. LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 513

⁵¹ Para determinar si algo es condición, se utiliza la llamada “fórmula hipotética”, según la cual la condición es todo aquel factor que, si se suprime mentalmente, da lugar a que también desaparezca o se suprima el resultado. LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 371, s. ha venido defendiendo la fórmula hipotética frente a las críticas que se le han hecho en los cursos causales hipotéticos, al respecto ha dicho que “en los cursos causales hipotéticos (denominados así para abreviar, porque realmente hay es un curso causal efectivo, y el hipotético es sólo la alternativa no producida) hay relación causal incluso siguiendo la fórmula hipotética de la teoría de la condición, ya que, si suprimimos mentalmente la acción ejecutada: la acción incorrecta de adelantar el camionero al ciclista a escasa distancia o de anestesiar con cocaína, o la acción dolosa de envenenar o disparar, como no hay que añadir nada más (no hay que sustituir la acción real suprimida por una hipotética acción correcta propia o por una acción dolosa ajena), lo que nos quedaría es una situación modificada en que desaparecería el resultado”.

peligro inherente a la conducta imprudente, cuyo resultado encuadre en el fin de protección o evitación de la norma.

En síntesis, en términos generales la imprudencia se define como la infracción del deber objetivo de cuidado determinado por normas jurídicas, reglamentarias, técnicas, científicas o de experiencias humanas, de un hombre que con su actuación le era previsible y evitable la lesión al bien jurídico, causando como consecuencia un resultado típico no querido e imputable objetivamente a su acción.

Lo visto hasta ahora permitiría concluir, que el concepto que en materia de teoría general de delito se tiene para la imprudencia, es el mismo que debe aplicarse para definir la imprudencia médica⁵²; por lo tanto, los elementos que la integran son iguales a los que deben ser analizados en cualquier caso de imprudencia; sin embargo, estos últimos deben ser analizados con mayor detenimiento y delimitarlos con relación a la actividad sanitaria⁵³.

⁵² No obstante, la jurisprudencia española –a modo de ejemplo SAP Zaragoza 5-7-2006 (JUR 100961)- ha tratado de acercarse a un concepto sobre imprudencia médica definiéndola como “...la imprudencia nace cuando el tratamiento médico o quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendidas las circunstancias del lugar, tiempo, personas, naturaleza de la lesión o enfermedad, que olvidando la «*lex artis*» conduzcan a resultados lesivos para las personas...”. Sin embargo, el caso colombiano es diferente, cuando se trata de procesos sobre de imprudencias médicas la Corte Suprema de Justicia continúa aplicando los presupuestos generales del concepto de imprudencia -percibiéndose una orientación hacia el concepto que ROXIN nos brinda sobre imprudencia- sin una adaptación a las particularidades de la imprudencia médica, como en el citado ejemplo de la jurisprudencia española, a modo de ejemplo SCS 22-05-2008 (Proceso 27357).

⁵³ Los elementos que inciden en la configuración de la imprudencia se ven mucho más comprometidos en aquellos comportamientos cometidos por el personal sanitario, toda vez que su actividad se encuentra orientada a salvaguardar dos de los bienes jurídicos más preciados para la humanidad, es decir la vida y la salud; por lo tanto, los médicos deberán guardar la suma diligencia requerida en el desarrollo de su profesión para

No siempre que el médico o alguien de su equipo infringe una norma por mala *praxis* médica podría considerarse su conducta como imprudente desde el punto de vista penal, pues van a existir criterios que tendrán que ser analizados para llegar a esa conclusión. Por lo tanto, se hace preciso examinar todos aquellos elementos que en su momento podrían contribuir a la configuración de la responsabilidad médica imprudente, como: deber de cuidado, capacidades y conocimientos especiales, riesgo permitido, *lex artis*, imprudencia profesional y del profesional.

2. Elementos que inciden en la determinación de la imprudencia en la profesión sanitaria

A. Deber de cuidado

Una conducta será considerada imprudente, entre otras cosas, cuando se ha infringido el deber de cuidado⁵⁴. En el ejercicio de la medicina se puede considerar que es casi infinito el número de técnicas y protocolos que deben tenerse presentes en el momento de realizar una de las

evitar que su actividad contrarie el fin perseguido tanto por el Derecho penal como por la labor médica. Así entonces, el Derecho penal sólo perseguirá los comportamientos sanitarios que excedan el límite de su actividad, es decir, que lesionen de manera reprochable bienes jurídicos que fueron asignados a su protección.

⁵⁴ La afirmación de que el tipo del delito culposo requiere la infracción de un deber de cuidado no significa que el delito imprudente sea un delito de infracción de deber. Concebido el deber en sentido amplio, todos los delitos, también los dolosos, son delitos de infracción del deber en cuanto representan la lesión del deber general de no causar daño a otro. Así CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado*, 1998, 27. Pero precisamente a esos delitos que lesionan el principio general de no dañar a otro no se los llama de infracción de deber, pues en realidad lo que se infringe es una norma prohibitiva directa.

tantas actividades que impone el desarrollo del ejercicio de esta profesión. Lo anterior, por lo tanto, implica que se presenten dificultades de tipo teórico y práctico que dificultan el establecimiento y la delimitación del “deber de cuidado” en la actividad médica, dado que se trata de una labor que se encuentra determinada por el continuo progreso de la ciencia médica, la aparición de extrañas y diversas patologías y la complejidad en las distintas especialidades; esto ha hecho que la medicina sea tratada como una ciencia compleja, en la que en muchas oportunidades difícilmente se pueden apreciar con claridad cuáles son las técnicas apropiadas y el deber de cuidado que tendría que tener en cuenta el personal sanitario al momento de realizar un determinado procedimiento o emitir un diagnóstico; por lo tanto, a veces resultará problemático para el operador jurídico la identificación de las normas del deber de cuidado cuando de procedimientos médicos se trate, máxime si se tiene en cuenta que las normas que determinan la infracción del deber de cuidado no solamente corresponden a normas de carácter jurídico, sino también a reglas técnicas que en muchos casos vienen dadas por manuales internos de los centros clínicos, por la costumbre de la profesión, la vida social, etc.; normas que incluso en ocasiones pueden resultar contradictorias entre sí⁵⁵.

⁵⁵ Un caso muy interesante se presenta en la legislación colombiana con dos normas de carácter jurídico, una de ellas la ley 23 de 1991 –conocida como Código de ética médica- y la otra, ley 100 de 1993 –Ley de Seguridad Social-. Por un lado la primera de ellas pretende regular los comportamientos éticos del médico, y por otro lado la ley 100 establece los criterios del sistema de salud colombiano, estableciendo esta última entre otras disposiciones, cuáles son los medicamentos, tratamientos y procedimientos cubiertos por el sistema de seguridad de salud; por lo tanto, suelen presentarse eventos en los que el médico en virtud de la aplicación de la ley 100 de 1993 deja de formular un medicamento esencial para el tratamiento del paciente no cubierto por el Plan Obligatorio de Salud (POS), cumpliendo con las disposiciones legales administrativas, pero contrariando de esa forma las disposiciones éticas que se deben tener frente al paciente y que han sido consagradas en la ley 23 de 1991, o puede suceder, a la inversa, que el médico decide comportarse conforme las disposiciones éticas, pero, a su vez, termina contrariando las disposiciones establecidas en la Ley de Seguridad Social. Esta contradicción puede darse sobre todo

Antes de adentrarnos en el tema del deber de cuidado, resulta importante hacer referencia a la diferencia que CORCOY BIDASOLO realiza entre deber de cuidado, norma de cuidado y regla técnica. La norma de cuidado es una norma penal y como tal está prevista en los tipos penales⁵⁶; mientras el deber de cuidado, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo⁵⁷, “no es, en sí mismo, una norma penal sino que sólo determina una de las formas posibles en que se debe realizar la conducta para que esta sea correcta. La infracción del deber objetivo de cuidado no fundamenta, por sí sola, la lesión de la norma de cuidado siendo, por el contrario, preciso que concurra además el deber subjetivo de cuidado junto a la posibilidad de atribución del carácter típicamente relevante”⁵⁸. Por otra parte, la regla técnica aparece constituida por órdenes, reglamentos, principios jurisprudenciales o usos y costumbres del ámbito de la vida social de que se trate, cuya inobservancia es determinante del error o fallo técnico, llamado también falta profesional, que tan sólo implica un indicio del incumplimiento del deber objetivo de cuidado, pero cuyo incumplimiento no supone *per se* responsabilidad penal. Por lo tanto, se hace preciso considerar que tanto la norma de cuidado, como el deber de cuidado y la regla técnica, aunque presenten diferentes significados, en su conjunto podrían servir como fundamento para determinar la existencia de la infracción del deber de cuidado.

en aquellos casos en los que el médico decide cumplir disposiciones administrativas, como por ejemplo dejar de aplicar un procedimiento no incluido en el POS, con este comportamiento el médico no sólo va a infringir normas éticas, sino que en el evento de que su omisión derivase en una lesión para los bienes jurídicos del paciente, su comportamiento va a tener además una relevancia jurídico-penal. Cfr. YEPES RESTREPO, *RML 2* (1996), 64 ss.

⁵⁶ CORCOY BIDASOLO, *Delito imprudente*, 2^a, 2005, 73 ss.

⁵⁷ Aunque como se vera más adelante, en este trabajo se aboga únicamente por un deber objetivo de cuidado.

⁵⁸ CORCOY BIDASOLO, *Delito imprudente*, 2^a, 2005, 75.

a) Concepto y contenido del deber de cuidado

La infracción del deber de cuidado es el núcleo esencial de la conducta imprudente, constituyendo su desvalor de acción⁵⁹; la imprudencia supone la infracción al actuar de un deber objetivo–general de cuidado. Ello supone vulnerar el deber de cuidado o diligencia que se impone a todos los ciudadanos en esa situación en concreto⁶⁰.

Los clásicos veían en la imprudencia una falta de diligencia, que les resultaba equiparable a un descuido voluntario; es así como significaban que aquella se castigaba por causa del demérito implícitamente voluntario del agente descuidado⁶¹; no obstante, otro sector doctrinal, refiriéndose exclusivamente al ejercicio profesional de la medicina, consideraba que no podrían admitirse elementos de voluntariedad cuando de imprudencia se trata, pues el médico que en un tratamiento, en un diagnóstico, en una operación quirúrgica fracasa, no será por su propia voluntad, sino por la injerencia de otros factores⁶².

⁵⁹ Para MONTEALEGRE LYNETT, *RChD* 14 (1987), 285, el deber de cuidado se ha establecido para evitar la producción del desvalor de resultado: “La observancia del deber de cuidado necesario en el tráfico jurídico se ha instituido para evitar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos”.

⁶⁰ LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 499.

⁶¹ SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho penal I*, 5ª, 1950, 193; también aceptan la intervención de la voluntad en el delito imprudente; CUELLO CALÓN, *PG I*, 1980; ANTÓN ONECA, *PG*, 2ª, 1986, 244.

⁶² A modo de ejemplo BENZO, *Responsabilidad profesional*, 1944, 53 ss.; considera que en la imprudencia no opera el elemento de la voluntad típica, toda vez que el sujeto al infringir el deber de cuidado carece de este clase de voluntad; lo cual es cierto, pues la infracción del deber de cuidado no se encuentra dirigida a la comisión de una conducta ilícita, ya que de ser así, estaríamos hablando de que el comportamiento resulta doloso y no imprudente. Lo que sí resulta criticable de

Un sector minoritario de la doctrina contemporánea y en especial los funcionalistas ROXIN⁶³ y JAKOBS⁶⁴ -aunque en distintos grados- han puesto en tela de juicio la necesidad de la existencia del deber de cuidado como elemento de la imprudencia. El primero de ellos advierte que el delito imprudente se colma con la teoría de la imputación objetiva: “El elemento de la infracción del deber de cuidado no conduce más allá que los criterios generales de imputación. Es más vago que éstos y por tanto prescindible. En rigor es incluso ‘erróneo desde el punto de vista de la lógica de la norma’, pues produce la impresión de que el delito comisivo imprudente consistiría en la omisión del cuidado debido, lo que sugiere su interpretación errónea como un delito de omisión. Sin embargo, al sujeto no se le reprocha haber omitido algo, sino el haber creado un peligro no amparado por el riesgo permitido y sí abarcado por el fin de protección del tipo, que se ha realizado en un resultado típico”. De igual manera JAKOBS niega que exista un deber de cuidado: “Lo que suele decirse de que el autor ha dejado de observar el cuidado prescrito es falso desde el punto de vista de la lógica de las normas: En el delito de comisión el autor no es que deba obrar cuidadosamente, sino que debe omitir el comportamiento descuidado. Ejemplo: En el ámbito de la comisión no se prescribe manejar las cerillas con cuidado, sino que se prohíbe el manejo descuidado; no existe un deber de manejar”. Por ello, entiende en realidad que todo se traduce en la idea de evitabilidad: “La imprudencia es, pues, aquella forma de evitabilidad en la que la falta de conocimiento actual es lo que

BENZO es que, aunque excluye la voluntad, esta la reemplaza por factores de orden moral y psíquicos que en su parecer confluyen en la imprudencia médica, a tal punto que termina por atribuir la ausencia de cuidado a aquellos que pusieron al médico en condiciones legales de ejercer su profesión, lo cual resulta completamente absurdo, primero porque en Derecho penal la responsabilidad es eminentemente individual y cada quien debe responder por sus comportamientos y segundo porque en esos casos operaría el principio de “prohibición de regreso”.

⁶³ ROXIN, *PG I*, 1997, 1000.

⁶⁴ JAKOBS, *PG*, 2^a, 1995, 384 ss.

ha de evitarse”; por lo tanto, “las limitaciones del tipo objetivo que se efectúan por medio de la imputación objetiva afectan también a la imprudencia: Penalmente relevante es sólo la *previsibilidad de aquel riesgo que sobrepasa el riesgo permitido y que además es objetivamente imputable*”.

Al respecto vale la pena decir que, la idea de prescindir del deber de cuidado sustituyéndola por la imputación objetiva, pues precisamente lo que la norma pretende evitar es justamente la realización de peligros inherentes a la acción inicial, es decir, que uno de los presupuestos del fin de protección de la norma es la realización del riesgo⁶⁵.

Pero ¿a qué llamamos cuidado razonable o debido cuidado en una situación concreta: hacer cosas tales como detenerse, observar y escuchar en las intersecciones de tráfico? Todos sabemos que las situaciones en las que hay que poner cuidado son enormemente diversas y que en muchas otras acciones se exigen además de “detenerse, observar y escuchar”, ó en lugar de estas últimas; en realidad éstas pueden no ser suficientes y podrían ser totalmente inútiles si observar no ayudara a conjurar el peligro. Mediante la aplicación de *standard* de cuidado razonable se trata de asegurar, primero que se tomen precauciones que eviten un daño sustancial, y segundo que esas precauciones sean tales que el peso de ellas no implique un sacrificio demasiado grande de otros intereses respetables. Pero debido a la inmensa variedad de casos posibles en los que se exigen prudencia o cuidado, no podemos prever *ab initio* qué combinaciones de circunstancias se presentarán, ni prever qué intereses tendrán que ser sacrificados, o en qué medida, para adoptar precauciones contra el daño. Por ello no podemos considerar, antes de que se presenten los casos particulares, cuál es precisamente el

⁶⁵ LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 378 ss.

sacrificio o compromiso de intereses y valores que estamos dispuestos a hacer para reducir el riesgo de daño⁶⁶.

PAREDES CASTAÑÓN, para referirse al deber de cuidado, utiliza el término de deber de conducta, el cual define como “un deber que impone ciertas obligaciones de actuar o de abstenerse de hacerlo, de acuerdo con criterios fijados de forma (relativamente) general, no dependientes de las capacidades personales concretas (sí, sin embargo, de las concretas circunstancias externas); y que el juicio sobre su infracción depende principalmente de la comparación entre la conducta –objetiva, externa– efectivamente realizada y el espectro de la(s) conducta (s) debidas o indicada(s) (espectro que puede ser más o menos amplio, según los casos).”⁶⁷

Así las cosas, la definición de deber de cuidado se puede adecuar al ámbito médico indicando que este debe entenderse como un conjunto de obligaciones de comportamientos que exigen en el profesional de la salud comportarse de conformidad con los estándares normativos de su profesión⁶⁸.

⁶⁶ HART, *Concepto de Derecho*, 2ª, 1968, 165 s.

⁶⁷ PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, 302.

⁶⁸ En realidad no existe una lista deberes de cuidado; sin embargo, la jurisprudencia colombiana, mediante SCS 19-01-2006 (Proceso 19746), trata de establecer una serie de reglas mínimas que a consideración de la Corte Suprema de Justicia debe tener en cuenta el funcionario judicial en el momento de analizar la infracción del deber de cuidado (no obstante, es bueno aclarar que esto afecta al deber de cuidado en general y no al ámbito médico en concreto): “1. Las normas de orden legal o reglamentaria atinentes al tráfico terrestre, marítimo, aéreo y fluvial, y a los reglamentos del trabajo, dirigidas a disciplinar la buena marcha de las fuentes de riesgos; 2. El principio de confianza que surge como consecuencia de la anterior normatividad, y consiste en que quien se comporta en el tráfico de acuerdo con las normas puede y debe confiar en que todos los participantes en el mismo tráfico también lo hagan, a no ser que de manera fundada se pueda suponer lo contrario. Apotegma que se extiende a los ámbitos del trabajo en donde opera la división de funciones, y a las esferas de la vida cotidiana, en las que el actuar de los sujetos depende del comportamiento asumido

Realmente en cuanto al concepto de deber de cuidado no existe mayor dificultad; el problema surge respecto de la determinación de su contenido y las fuentes del deber de cuidado, toda vez que en el campo sanitario, los conocimientos y las disposiciones establecidas por la comunidad no tienen un cuerpo de doctrina estable, son difíciles de determinar, además porque el conjunto normativo se proyecta para un determinado momento histórico -habrá que observarlas atendiendo al

por los demás; 3. El criterio del hombre medio, en razón del cual el funcionario judicial puede valorar la conducta comparándola con la que hubiese observado un hombre prudente y diligente situado en la posición del autor. Si el proceder del sujeto agente permanece dentro de esos parámetros no habrá violación al deber de cuidado, pero si los rebasa procederá la imprudencia siempre que converjan los demás presupuestos típicos; 4. Relación de causalidad o nexo de determinación. La trasgresión al deber objetivo de cuidado y el resultado típico deben estar vinculados por una relación de determinación, es decir, la vulneración debe producir el resultado”. Pese a estos requisitos establecidos de forma genérica por la Corte Suprema de Justicia, en esta sentencia la magistrada Marina Pulido acertadamente realiza algunas aclaraciones de voto (voto particular), las cuales comparto, excepto aquella en la que propone verificar normas consuetudinarias, tal y como se expondrá en su debido momento; así entonces objeta la magistrada: “Para desentrañar el ámbito del deber objetivo de cuidado en un caso concreto cuya ocurrencia guarda nexo de causalidad con el resultado dañoso finalmente producido se debe acudir, primero, a lo establecido en la ley, como ocurre con la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el Código Único Disciplinario o con las legislaciones que reglamentan el ejercicio de ciertos cargos públicos. Segundo, a las leyes técnicas o *lex artis*, entendida esta como el conjunto de protocolos dispuestos por asociaciones de profesionales para el desempeño de ciertas actividades, como sucede en la actividad médica o en la ingeniería. Tercero, al ‘modelo diferenciado’, que supone verificar el correcto proceder (prudencia y diligencia) que de conformidad con la costumbre asumen las personas que desempeñan la labor de aquél que es ahora investigado, para a partir de ello, deducir si se sujetó o no a las expectativas sociales derivadas de su rol. De ello se desprende que se puede acudir al “criterio del hombre medio” (modelo diferenciado), sólo cuando la legislación y la *lex artis* no brinden solución al asunto, en la medida en que tales criterios de verificación son residuales y progresivos, es decir, se tiene en cuenta el siguiente en la medida en que el anterior no permite arribar a una solución al caso objeto de estudio.”

tiempo en el que se presentó el comportamiento descuidado⁶⁹-, por lo tanto, las normas del deber de cuidado en la actividad sanitaria adquieren un contenido, como es natural, variable⁷⁰.

Un sector de la doctrina⁷¹ suele distinguir entre deber de cuidado interno y deber de cuidado externo. El primero de ellos se encuentra compuesto por la previsibilidad⁷², es decir, se exige del sujeto que infringe el deber de cuidado la posibilidad de prever el resultado que está causando con su comportamiento indebido. Mientras que el deber de cuidado externo se encuentra conformado por la obligación que se le impone al sujeto de comportarse y actuar dentro del riesgo permitido exigido dentro del contexto social⁷³.

⁶⁹ De acuerdo con RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, LL 2006-27 (2006), 1652: “El deber de cuidado se corresponde con aquella conducta que el médico medio ideal llevaría a cabo en la misma situación (tiempo y lugar) en la que se encontraba el concreto médico cuya conducta se está enjuiciando”.

⁷⁰ CORDOBA RODA, *Der.Sad.* 2 (1996), 142.

⁷¹ Entre otros MAURACH, *DP II*, 1962, 215 ss; MONTEALEGRE LYNETT, *RChD* 14 (1987), 288ss.; MARTÍNEZ PEREDA, *Responsabilidad del médico*, 3, 1997, 38; JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5^a, 2002, 622 ss.; CORCOY BIDASOLO 2^a, 2005, 207 ss. De igual manera WELZEL, *Nuevo sistema*, 1964, 71 y 103 ss., opina que el contenido del cuidado objetivamente se determina por un doble criterio: uno intelectual, según el cual “el concepto de cuidado objetivo comprende la consideración de todos los efectos de una acción que sean previsibles por medio de un juicio inteligente (objetivamente) y otro criterio de carácter normativo” (...) “No toda acción, sin embargo, que según un juicio inteligente cree un peligro para los bienes jurídicos infringe el cuidado debido, pues de lo contrario tendría que ser omitida casi toda la acción en el ámbito social (...) sólo el peligro que excede de lo ‘normal en el tráfico’, o de ‘lo socialmente adecuado’ es contrario al cuidado debido”.

⁷² Aunque MONTEALEGRE LYNETT, *RChD* 14 (1987), 288, advierte que el deber de cuidado interno, en lo que respecta a la actividad curativa, se resume en dos hechos fundamentales: a) la evaluación adecuada del paciente, y b) el examen de la propia capacidad del médico.

⁷³ MARTÍNEZ-PEREDA, *Responsabilidad penal del médico*, 3^a, 1997, 39. El deber de cuidado interno obliga a advertir la presencia de un riesgo, y el externo consiste en la

Conforme a lo anterior, es importante advertir que se comparte esta clasificación del deber de cuidado en interno y externo. En cuanto al elemento interno, se debe valorar si el médico tiene la posibilidad de prever que su actuar descuidado puede generar un resultado lesivo para la vida o la salud del paciente⁷⁴. La exigencia de previsibilidad⁷⁵ del riesgo opera tanto para la imprudencia consciente, como para la

obligación de comportarse y actuar en el ámbito de la vida social dentro del marco de riesgos socialmente aceptados.

⁷⁴ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 293 (en prensa), advierte y con razón que la previsibilidad se encuentra referida al resultado y no al curso causal producido; por lo tanto, desde este punto de vista ha de indagarse si era posible prever, conforme al sentido común y a la experiencia general, si con esa concreta acción se podría producir un resultado lesivo para un determinado bien jurídico.

⁷⁵ No se puede confundir previsibilidad, con previsión. La previsibilidad como presupuesto del deber de cuidado es entendida como la posibilidad de prever el resultado lesivo para el bien jurídico; es decir, opera como la exigencia que se le hace a un sujeto que desempeña una actividad de riesgo para que adopte medidas de cuidado que eviten la producción de un daño en un bien jurídico en concreto, pudiendo aplicarse tanto para la imprudencia consciente, como inconsciente. Mientras que la previsión sólo opera para casos de imprudencia consciente, el sujeto es consciente de su comportamiento peligroso, pero confía en poder evitarlo. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 290 (en prensa), considera que “desde este punto de vista, se entiende que la persona, a quien va dirigida la norma y la pena, es una persona libre, por lo tanto motivable. Siendo éste el sujeto del que se parte, el Derecho no puede pretender que cumpla con un deber de cuidado determinado quien se encuentra en una situación en la que no existe ninguna razón que haga pensar que a partir de la conducta realizada se pueda producir el resultado lesivo que finalmente se produce”. Por otra parte, la previsión es otra cosa, es la consciencia de la posibilidad de realizar el hecho típico, se requiere que el sujeto conozca la peligrosidad de su acción y se represente mentalmente la producción del resultado típico; es decir, que la previsión sólo puede operar en la imprudencia consciente, excluyendo la inconsciente, pues en este último caso no se le podría exigir al sujeto ese grado de consciencia de su actuar peligroso. Así entonces, el deber de cuidado interno sólo puede ser comprendido como previsibilidad o posibilidad de prever”.

inconsciente, por ejemplo, si un médico por descuido utiliza un bisturí que no se encontraba junto con el instrumental estéril y se produce una infección que le causa al paciente lesiones en sus órganos podría ser declarado responsable penalmente, porque aunque no fue consciente de su descuido, estaba en posibilidad de prever el resultado lesivo⁷⁶ - siempre y cuando converjan los demás elementos de la imprudencia-.

Ahora, en cuanto al elemento externo, es decir, que el deber de cuidado se encuentre compuesto por los presupuestos del contexto social, tal y como se verá a continuación, no resulta apropiado aceptar esta afirmación en el campo de la profesión médica, pues esto podría suponer la generación de inseguridad jurídica.

La exigencia del deber de cuidado viene impuesta por la misma norma penal subyacente en los delitos imprudentes. Por regla general se ha dicho que con este requisito se está obligando a los ciudadanos a adecuar su comportamiento a los deberes y reglas establecidos por el conglomerado social⁷⁷. No obstante, en el deber de cuidado es muy discutible la naturaleza del contenido de las normas que deben estar internamente establecidas en este, es decir, la determinación de si deben pertenecer a lo estrictamente fáctico o a lo meramente normativo.

⁷⁶ La jurisprudencia española acepta la división del deber de cuidado en elemento interno y elemento externo; por ejemplo: STS 02-03-1979 (RJ 1290); STS 16-02-2001 (RJ1262). De igual manera acepta que en cuanto al elemento interno la previsibilidad debe ser vista como la posibilidad que tuvo el sujeto de prever el riesgo; entre otros STS 20-10-2005 (RJ 1357).

⁷⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado V*, 2ª, 1963, 829, refiere a que la forma legislativa más antigua que se conoce de esta noción fue construida por Feuerbach, quien la plasmó en el Código Penal de Baviera de 1813, que rezaba: “Todo ciudadano debe abstenerse de acciones peligrosas y proceder en todos sus actos con la debida atención y prudencia de no lesionar incluso intencionalmente los derechos ajenos o violar las leyes del Estado. Quien obrase u omitiera obrar de modo contrario a esa obligación, incluso sin intención, se hace responsable de un delito por culpa”.

Lo fáctico presenta el acto humano tal como es, independiente de cómo debería ser. Se trata en este caso de reducir el contenido del deber de cuidado a fundamentos exclusivamente reales en los que bastaría con comparar la conducta real con una conducta posible, es decir, se busca diferenciar entre lo que el sujeto efectivamente hace y aquello que puede realizar, a través de un juicio que obedece a criterios extrajurídicos de conocimiento, es decir, se acude a las condiciones personales del sujeto y a las circunstancias concretas de actuación⁷⁸. Este es prácticamente el modelo acogido por los defensores de la teoría de la evitabilidad individual⁷⁹, donde se exige el enjuiciamiento de elementos subjetivos y psicológicos del sujeto que ha actuado imprudentemente, es decir, se hace preciso analizar que el comportamiento del sujeto no se ajustó a las reglas del cuidado debido, porque dejó de utilizar todas las capacidades que le eran exigibles por

⁷⁸ JESCHECK, *Tratado*, II, 1981, 778, advierte que solamente cuando se ha constatado el aspecto objetivo del hecho imprudente (tipo de injusto) puede seguirse preguntando si el mandato general de cuidado y previsión también hubiese podido ser cumplido por el autor individual según su inteligencia y formación, su habilidad y capacitación, su experiencia de vida y su posición social (tipo de culpabilidad). Además de JESCHECK son seguidores de este modelo MAURACH, *Tratado*, II, 1962, 23; ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP*1984), 330; CORCOY BIDASOLO, *Delito imprudente*, 2ª, 2005, 102 ss.; JAKOBS, *PG*, 2ª, 1997, 380 ss.

⁷⁹ De acuerdo con PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, 256 ss.: El modelo de la evitabilidad individual entiende que el deber de conducta consiste en *hacer todo lo posible para evitar* la realización del desvalor del resultado. Concepto que a su parecer merece tres posibles interpretaciones que han de valorarse de forma diferente: capacidad individual –hacer todo aquello que el sujeto es capaz de evitar–, necesidad causal –hacer todo aquello naturalísticamente necesario para suprimir los factores que causarían el resultado disvalioso– y por último, como exigencia jurídica, hacer todo lo jurídicamente exigido para evitar. No obstante, considero que esta última interpretación supondría entender que el deber de cuidado no se encuentra ya compuesto por aspectos puramente fácticos, sino por caracteres normativos y, por lo tanto, no sería posible estudiar esta interpretación desde un contenido de deber de cuidado estrictamente fáctico; aunque hay que reconocer que PAREDES CASTAÑÓN acepta que el modelo de evitabilidad individual contiene componentes normativos, puesto que hay una pauta ideal de conducta a la que referirse.

su posición en el tráfico jurídico, sabiendo que posiblemente si los hubiera utilizado habría podido evitar su comportamiento imprudente. Así pues, el injusto depende de las capacidades del autor respectivo para evitar la acción⁸⁰.

En lo que refiere a la determinación del contenido del deber de cuidado a través de criterios normativos⁸¹, hay que decir que este aspecto se entiende bajo el conjunto de normas y comportamientos ideales y perfectos, a los cuales se espera que el individuo se ajuste. Lo normativo está constituido por los imperativos que se refieren a algo que debe ser. La exigencia normativa de lo que el sujeto debía saber en un ámbito concreto de actuación facilita la determinación del contenido de las normas a las que debe atender para no infringir el deber de cuidado. El fundamento normativo descansa sobre el imperativo de que la norma sólo puede dirigirse a que se haga lo posible. Para Armin KAUFMAN “el momento teleológico de la norma tiende a que ella sea pensada como motivo de los hombres. El hombre es el obligado, el sujeto de la norma, el ‘portador del deber’. Pero contenido de un deber humano sólo puede ser aquello que puede ser cumplido por el hombre. El efecto obligante de la norma está condicionado por la posibilidad de cumplimiento de la norma ‘tú debes, si puedes’ y ‘no debes si no puedes’ ”⁸². Se determina que el sujeto sea capaz de comportarse del modo jurídicamente exigido, para evitar que el delito imprudente se convierta en un delito de una simple omisión del deber de todo, sin establecimiento de límite alguno.

Otro sector de la doctrina⁸³ aboga por una postura intermedia, al considerar que toda la teoría del delito se encuentra compuesta tanto

⁸⁰ Cfr. JAKOBS, *PG*, 2ª, 1997, 389.

⁸¹ Cfr. CEREZO MIR, *PG*, II, 6ª, 1998, 167; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 295.

⁸² Armin, KAUFMANN, *Teoría de las normas*, 1977, 139 ss.

⁸³ Entre otros, SCHÜNEMANN, *Sistema moderno*, 1991, 37 ss.; MIR PUIG, *RECPC* 07-18 (2005), 18:15.

por elementos fácticos, como normativos⁸⁴, al concebir que las estructuras que componen el delito son un conjunto de exigencias derivadas de principios normativos cuya realización requiere tener en cuenta las posibilidades que ofrece la realidad⁸⁵. MIR PUIG, acudiendo al filósofo SEARLE, busca explicar la razón de ser de esta teoría mixta, al considerar que tanto lo normativo como lo fáctico son fundamentos esenciales, que dependen cada uno del otro y se complementan entre sí, es decir, que junto a lo fáctico hay que reconocer el papel decisivo de lo normativo, de tal manera que lo fáctico tampoco se agota en lo naturalístico-causal, ni en su dimensión subjetiva, por lo que se hace preciso que lo fáctico se extienda a lo social, puesto que buena parte de los hechos sociales se definen en términos normativos; así entonces lo normativo ha de relacionarse con lo fáctico, no en una relación lógica, sino en una relación causal: nuestro ser real es causa de los valores y en él han de desplegar su efecto nuestras normas⁸⁶.

⁸⁴ La jurisprudencia española por ejemplo en: SAP Barcelona 19-9-1995 (ARP 980), acepta que en el deber de cuidado se encuentran elementos de carácter normativo y fáctico “La infracción del deber objetivo de cuidado, que unas veces se halla definido y proclamado en normas de carácter legal o reglamentario y otras se encuentra inmanente en el seno de la vida comunitaria, obligando al individuo en sus relaciones sociales a respetar el principio *«alterum non laedere»*”. Verse también SAP Navarra 1-9-1997 (ARP 1317); STS 19-10-2002 (RJ 9700); STS 13-10-2004 (RJ 7501).

⁸⁵ MIR PUIG, *RECPC* 07-18 (2005), 18:15. Incluso autores que han escrito sobre responsabilidad médica consideran que, para que se vea configurada la infracción del deber de cuidado, no basta con la determinación normativa, sino que se hace preciso acudir a otros criterios que pueden ser calificados como de carácter fáctico, como por ejemplo el hecho de determinar si el médico ha actualizado sus conocimientos, si ha observado la evolución del enfermo, ha previsto los efectos secundarios o contraindicaciones, lo ha remitido a otros especialistas, circunstancias de tiempo, modo y lugar, etc. Entre otros: Agustín JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 48 ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, 4ª, 1994, 357; GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 340 ss.

⁸⁶ MIR PUIG, *RECPC* 07-18 (2005), 18:12.

En lo que refiere al primero de los postulados, es decir, reducir el contenido del deber de cuidado a lo estrictamente fáctico, resulta realmente problemático sobre todo en la actividad sanitaria, pues ello podría conducir a la aplicación de juicios de responsabilidad penal exclusivamente de carácter empírico y a valoraciones personales que sobre la conducta realice el operador jurídico, porque para determinar si un médico ha infringido el deber de cuidado para nada importarían las normas, reglas y/o técnicas utilizadas en el procedimiento, sino que se acudiría a juicios de valor abstractos e indeterminados⁸⁷ producto de la comparación con conductas recreadas y desconocidas en su gran mayoría por el juez, máxime si se tiene en cuenta que la actividad médica es una ciencia demasiado especializada y para valorar si el personal médico utilizó todos sus conocimientos, se requiere estar al tanto no sólo de la actividad, sino también de los conocimientos adquiridos por el sujeto activo de la conducta, exigiendo del juez también poseer conocimientos superiores para comprender el comportamiento del médico.

Ahora bien, tampoco se comparte la propuesta de un deber de cuidado fundamentado exclusivamente sobre bases normativas, si bien es cierto, se reconoce que la actividad sanitaria debe estar delimitada por un sistema normativo –jurídico y técnico– que ofrezca un mínimo de seguridad jurídica, tanto para la actuación del sanitario, como para la valoración que debe realizar el juez, porque, en el primer caso, si el médico acude a lo estipulado en la norma –técnica o jurídica– podrá tener mayor certeza que su actuación se encuentra ajustada a los parámetros aprobados por las autoridades legislativas y científicas, y asimismo en el segundo caso, le permitirá al juez a la hora de realizar la valoración jurídica para determinar si ha existido infracción del deber

⁸⁷ Que pueden conllevar incluso una clara vulneración de los principios de legalidad y taxatividad inequívoca, toda vez que la valoración que se haga del deber de cuidado va a depender no de contenidos normativos, sino de valoraciones subjetivas que realice el juez.

cuidado comparar la conducta desplegada por el facultativo con lo que se encuentre estipulada en la norma; sin embargo, las ventajas que puede ofrecer un deber de cuidado apoyado en un carácter puramente normativo no es suficiente, pues por una parte, el mismo carácter objetivo del deber de cuidado impide que se excluyan elementos fácticos, y por otra parte, al médico cirujano que deba practicar una intervención quirúrgica en un hospital lejano sin mayores recursos tecnológicos, no se lo podrá exigir comportarse conforme lo haría un médico que debe practicar el mismo procedimiento en un hospital de ciudad con reconocimiento por su nivel tecnológico, esto implica entonces, que el juez deberá atender no solo los elementos normativos aplicados por el médico en la intervención, sino también, la circunstancias específicas que rodearon el caso concreto, lo que implica añadir elementos fácticos al contenido del deber objetivo de cuidado.

Lo anterior implica que en este trabajo se comparte una postura intermedia, el deber de cuidado debe estar compuesto por elementos normativos y fácticos, es decir, por el conjunto normativo que regula la práctica de la actividad sanitaria y por las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que se lleva a cabo esta, los medios al alcance del profesional, el grado de urgencia, la especialidad del profesional y las circunstancias que en general puedan afectar la situación en concreto.

Para delimitar los extremos que el juez debe tener en cuenta para determinar si hubo o no infracción del deber objetivo de cuidado, el operador jurídico además de analizar la presencia de elementos de carácter normativo y fáctico, tendrá que partir de un baremo que le permita diferenciar el comportamiento del médico con otros profesionales puestos en la misma situación de este. Por lo tanto, en la doctrina se han establecido unos límites al deber de cuidado que le permiten realizar esta diferenciación.

b) Límites al deber de cuidado

Para limitar la infracción del deber de cuidado, se han propuesto⁸⁸ varios modelos: modelo de la eficacia causal, modelo sociologista y modelo del hombre medio ideal, los que a continuación serán tratados de manera muy resumida.

b₁) Modelo de la eficacia causal

Este modelo presenta un criterio de límite a la infracción del deber de cuidado fundamentado en la idea del “cuidado necesario”, es decir, se refiere a que el sujeto deberá guardar la diligencia necesaria para entender que ha cumplido con el “deber de cuidado”. Se trata aquí de un criterio objetivo que exige de las personas que realicen una actividad que implique peligro tomar todas las medidas que sean objetivamente necesarias para eliminar cualquier riesgo de lesión para el bien jurídico⁸⁹.

Frente a este criterio resulta oportuna la crítica que hace PAREDES CASTAÑÓN, al considerar que la idea de “diligencia necesaria” como criterio limitador del deber de conducta carece de potencialidad limitativa suficiente para operar como límite al contenido normativo del deber de conducta, toda vez que, si se exige al sujeto que desarrolla una actividad peligrosa tomar todas las medidas necesarias para eliminar todo riesgo de lesión, prácticamente las actividades peligrosas estarían prohibidas y por ende tampoco habría lugar a la aplicación de la figura del riesgo permitido⁹⁰.

⁸⁸ PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, 305 ss.

⁸⁹ RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *PG*, 18^a, 1995, 477.

⁹⁰ PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, 310 s.: “(...)En efecto exigir que el sujeto obligado actúe de tal forma que cree o conserve todas aquellas condiciones de actuación que hacen, causal o previsiblemente, imposible la aparición de un peligro de

Además de lo anterior, resulta inconveniente esta teoría por cuanto el mantenimiento objetivo de todos los cuidados necesarios en actividades peligrosas como la Medicina en muchas ocasiones no dependen exclusivamente del sujeto actuante, sino de otros factores⁹¹ que en muchas ocasiones van a impedir que el profesional de la salud aplique efectivamente todos los cuidados necesarios exigidos.

b2) Modelo sociologista: Puro del hombre medio y de la adecuación social

Este modelo parte de establecer los límites a la infracción del deber de cuidado atendiendo a criterios del ámbito social, por lo que, para explicarlo, se han utilizado dos teorías: la teoría del “hombre medio” y la teoría de la “adecuación social”.

Modelo sociologista puro: del hombre medio

Este modelo propone que una acción será contraria al deber de cuidado desde el momento en que un observador, un hombre medio cuidadoso hubiera podido reconocer la acción como peligrosa para el bien

producción del resultado disvalioso, implica un nivel de exigencia por parte del ordenamiento jurídico desde todo punto de vista inusitado, y difícilmente compatible además tanto con los valores constitucionales (dignidad humana, libertad) como con las funciones atribuidas al sistema penal (prevención)...”, y agrega: “Otra posible cuestión objetable sería la de la consideración que en esta construcción merece la realidad del riesgo permitido. En principio, en la interpretación que hemos adoptado de la misma, no parece haber lugar para la figura del riesgo permitido: diligencia objetivamente necesaria desde el punto de vista causal. Evidentemente, si esto es así, significa que no caben en absoluto restricciones de carácter normativo dentro del deber de conducta, tan sólo las externas al mismo.”

⁹¹ Falta de recursos en la red hospitalaria como por ejemplo de medicamentos, tecnología, personal, etc.

jurídico⁹². Algunos autores procuran concretar este modelo al tráfico jurídico, es decir, lo que debe determinarse es que el sujeto ha actuado conforme lo hubiera hecho un hombre medio perteneciente al mismo sector del tráfico jurídico del autor⁹³.

Esta teoría ha recibido serias críticas por parte de un sector de la doctrina, que considera que este modelo resulta violatorio del principio de igualdad, en el sentido que exige a las personas que carecen de ciertas capacidades para desempeñar determinada actividad actuar conforme lo haría un hombre medio perteneciente al mismo sector del tráfico jurídico del autor⁹⁴.

Cuando se habló sobre el contenido fáctico del deber de cuidado, ya se había dicho que esta teoría presenta serias dificultades⁹⁵, pues sólo

⁹² Vale la pena aclarar, que no es lo mismo el modelo sociologista del hombre medio y el modelo del hombre medio ideal, toda vez que el primero corresponde a los cuidados que el sujeto debe atender conforme con las normas sociales en el caso concreto, mientras el segundo, posee una fuente normativa desde el punto de vista del Derecho para la situación en particular.

⁹³ Entre otros, MAURACH, *DP*, II, 1962, 228; JESCHECK, *Tratado*, II, 1981, 811, QUINTERO OLIVARES, *Introducción al Derecho penal*, 1981, 136 ss.; el mismo en *PG*, 4^a, 2010, 377; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *PG*, 2^a, 1986, 276.

⁹⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP* (1984), 329. Aplicando dos ejemplos se pregunta lo siguiente: “¿Por qué razón la contrariedad al deber de cuidado de un conductor de cincuenta años, novato y asustadizo (que conduce tomando en cuenta su capacidad), debe confrontarse con la imagen del conductor medio cuidadoso –si en definitiva el mandato jurídico penal sólo puede pretender que se haga lo posible? ¿Por qué y cómo generalizar respecto del hombre medio cuidadoso para juzgar la conducta del investigador nuclear cuando el hombre medio de la calle normalmente no suele manipular ingenios atómicos?” En este sentido también CORCOY BIDASOLO, *Delito imprudente*, 2^a, 2005, 117 ss.

⁹⁵ Aunque no se deja de reconocer, tal y como hace PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, 315, que este modelo tiene sus ventajas en el sentido que procura establecer unos criterios no tan radicales como en su momento podría serlo la teoría de la evitabilidad individual y la teoría normativa.

acude a las realidades del hombre medio para determinar la infracción del deber de cuidado, sin hacer alusión alguna a los criterios de carácter normativo que dejó de observar en su momento el sujeto y que también van a influir en la determinación de la infracción del deber de cuidado.

Modelo sociologista: de la adecuación social

Lo que se pretende con este modelo es identificar si el sujeto adecuó su comportamiento a los usos sociales, es decir, que lo importante para determinar si hubo o no infracción del deber de cuidado consiste en establecer si la conducta del sujeto estuvo ceñida a los estándares sociales; no interesa aquí que el sujeto haya utilizado los cuidados requeridos en el caso concreto, sino la utilización de los cuidados requeridos en la vida de relación social respecto a la realización de una conducta determinada⁹⁶.

A este criterio se le ha objetado que es demasiado abstracto y dificulta, por tanto, averiguar en cada caso concreto cuál era el cuidado objetivamente debido exigible en la vida de relación social⁹⁷; además de dispendioso, resulta impreciso⁹⁸, porque ¿quién define que un comportamiento es adecuado socialmente en un mundo multicultural? Sería un criterio que estaría sometido a las divagaciones culturales de una región determinada. Además, someter estos criterios para la

⁹⁶ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8ª, 2010, 285; RUEDA MARTÍN, *ID* 4 (2009), 21.

⁹⁷ Claro que, tal y como advierte PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, 322, no es que la realidad social sea la fuente de la que se extraen sin más las mediciones valorativas, sino que ello se hace a partir de una “supuesta normatividad social”; sin embargo, añade que “precisamente lo que hace cuestionable esta concepción es la discutida existencia de ‘dicha normatividad social’ y, en segundo lugar, cuál sea la relevancia jurídica de la misma”.

⁹⁸ Al respecto V. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente*, 1991, 123 ss.; ROBLES PLANAS, *Participación*, 2003, 94 ss.

limitación de la infracción del deber de cuidado en la profesión sanitaria a todas luces resultaría gravemente peligroso y caótico, al dejar en manos de la gente del común la determinación de una actividad tan especializada como lo es la Medicina.

Igual que sucede con el anterior criterio, resulta también criticable el hecho de que las normas que limitan el deber de cuidado provengan sólo de usos sociales, excluyendo fuentes jurídicas, pues tal y como se dijo líneas atrás el deber de cuidado está compuesto tanto por elementos normativos, como fácticos.

b.) Modelo del hombre medio ideal

Este es un modelo que determina el límite del deber de cuidado a partir de fuentes primordialmente jurídicas⁹⁹. “Se trata de modelos ideales, jurídicamente contruidos. A la hora de realizar esta construcción, lo que haría el Derecho sería proponer a los sujetos obligados una determinada *pauta de comportamiento social ideal*, pauta respecto de la cual se juzgaría la conformidad o no de la conducta efectivamente realizada. La pauta propuesta se construiría mediante el método de referirse a la realidad del tráfico jurídico (en general o a un sector de ella), pero, eso sí, corrigiéndola a tenor de las exigencias normativas del propio ordenamiento. Y, en cualquier caso, lo común a todas las formulaciones de este género es su carácter *escasamente individualizado*: así el criterio sería único para todo el conjunto del tráfico jurídico, o al menos para cada sector del mismo”¹⁰⁰.

⁹⁹ Aceptan este criterio, aunque bajo diferentes nombres: (“hombre prudente”, “buen ciudadano” “buen profesional”), entre otros, Agustín JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 43; PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, 332 ss. (aunque PAREDES CASTAÑÓN se refiere a hombre medio ideal y considera que, no obstante, el criterio aún resulta insuficiente); LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 502.

¹⁰⁰ PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, 332.

Hay quienes conciben este modelo a partir de un criterio mixto, es decir, compuesto por elementos normativos y sociales; se considera en este sentido que el deber de cuidado parte de un carácter normativo que se concreta de acuerdo a criterios objetivos, es decir, se busca la medida de lo usual según la experiencia de la sociedad y de la conducta de la media exigida por la cultura general y por los valores específicos de la profesión¹⁰¹.

Si se atiende a lo dicho antes, en cuanto al contenido normativo y fáctico del deber objetivo de cuidado, no queda duda alguna que este último criterio es el que más se ajusta a la propuesta que aquí se ha hecho; es decir, la determinación del contenido del deber de cuidado a partir de estructuras normativas y fácticas debe analizarse partiendo del baremo del hombre medio ideal, así, en el caso de la profesión médica el comportamiento social ideal es el que debe servir como parámetro indicador de la imprudencia médica. Por lo tanto, el juez al momento de realizar la valoración deberá comparar la conducta del médico que se acusa de haber infringido el deber objetivo de cuidado con la de otro galeno puesto en las mismas circunstancias de aquél y de esta manera determinar si este último hubiera actuado de manera igual o diferente.

B) Capacidades y conocimientos especiales del personal sanitario

En la doctrina se ha suscitado una discusión en torno de si será necesario al momento de realizar el análisis de la imprudencia médica, tener en cuenta las capacidades y conocimientos especiales del sanitario, y, en caso de hacerlo, la discusión radica en analizar si seguirían siendo un deber objetivo general de cuidado o un deber subjetivo (individual, particular) de cuidado.

¹⁰¹ CORCOY BIDASOLO, *Delito imprudente*, 2ª, 2005, 110 ss.

Por lo tanto, de lo que se trata es de examinar si en un procedimiento médico será necesario exigirle al galeno utilizar todos sus conocimientos y capacidades especiales al momento de realizar una actividad; es decir, que aquel sanitario que posea habilidades o tenga conocimientos superiores tendrá la obligación de utilizarlos, pues de no hacerlo y de actuar como lo haría un médico común, en el evento de llegarse a producir un resultado lesivo para la vida o la salud del paciente, habría de responder penalmente por un delito imprudente. Tal y como explica ZUGALDÍA ESPINAR, “La contrariedad al deber debe orientarse al conocimiento y capacidades del autor, por lo que una acción será contraria al deber cuando el autor hubiera podido prever la peligrosidad de la conducta con arreglo a sus conocimientos y capacidades. El cirujano excepcional no cumple ante una complicación en el quirófano comportándose como lo haría cualquier cirujano del montón; como el nadador excepcional no cumple ante el salvamento de su esposa nadando como lo haría cualquier veraneante ocasional poco entrenado. No es que el cirujano excepcional o el nadador excepcional estén obligados a realizar un esfuerzo excepcional -se alega en defensa de este punto de vista- el esfuerzo que han de realizar es el normal, pero poniendo en él sus especiales conocimientos y las capacidades de que están dotados”¹⁰².

a) Distinción entre capacidades y conocimientos especiales

Para poder analizar esta situación, lo primero que se hace preciso es distinguir entre capacidades individuales y conocimientos especiales, aunque un sector de la doctrina considera que no existe diferencia entre

¹⁰² ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP* (1984), 328.

unos y otros¹⁰³; sin embargo, para este trabajo, se analizarán las dos corrientes a efectos de tomar postura a favor de la que resulte más adecuada y coadyuve para identificar la necesidad de su exigencia en el ámbito sanitario.

La posición que distingue entre capacidades y conocimientos especiales¹⁰⁴ considera que las capacidades individuales son aquellas aptitudes o habilidades innatas¹⁰⁵ que posee el médico en particular para el desempeño de su actividad¹⁰⁶; así, por ejemplo, el cirujano que posee ciertas habilidades individuales para el desempeño de su profesión, debe utilizar todas las aptitudes que tiene al momento de realizar alguna intervención quirúrgica. Por otra parte, se advierte que los conocimientos especiales son entendidos como el aprendizaje que ha ido adquiriendo el galeno a lo largo del desempeño o por estudio de su actividad, obteniendo un especial conocimiento sobre situaciones o casos concretos¹⁰⁷.

Como se ha dicho, un sector doctrinal¹⁰⁸, considera que resulta inconveniente realizar una diferenciación entre conocimientos y

¹⁰³ MARTÍNEZ-CALCERRADA, *Derecho médico*, I, 1986, 259; Agustín JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 50; CORCOY BIDASOLO *Delito imprudente*, 2ª, 2005, 107.

¹⁰⁴ ROMEO CASABONA, *La actividad curativa*, 1981, 244; PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, 261 ss.; LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 500 ss.; CHOCLAN MONTALVO, *Deber de cuidado*, 1998, 44 s.; FEJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo*, 2001, 105 s.; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 281 s. (en prensa); MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 300 ss.

¹⁰⁵ Aptitudes o habilidades que necesariamente deben estar actualizadas en la situación concreta.

¹⁰⁶ MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 300.

¹⁰⁷ CORCOY BIDASOLO, *Delito imprudente*, 2ª, 2005, 107.

¹⁰⁸ Así por ejemplo, entre otros, Agustín JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 50; HAVA GARCÍA, *Imprudencia médica*, 2001, 62; CORCOY BIDASOLO *Delito imprudente*, 2ª, 2005, 107; GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 392.

capacidades, por lo que ha unificado ambos conceptos llamándolos simplemente “capacidad”; así, se considera que esta debe ser definida como “todo aquello que el sujeto conoce, o debería conocer, sobre las circunstancias que concurren en el caso concreto y sobre su propia capacidad, en particular, sobre la peligrosidad que entraña la situación creada”¹⁰⁹. El asociar ambos conceptos, es decir, capacidad y conocimiento, bajo un mismo criterio, se debe especialmente a la consideración que se tiene respecto, a que cuando los conocimientos especiales son actuales, éstos están determinados ya por la propia capacidad del sujeto al momento de realizar la conducta; así por ejemplo, no pueden separarse del sujeto los conocimientos que este tiene sobre técnicas de conducción, estado de la carretera, etc., de su capacidad de conducir¹¹⁰.

Otro sector de la doctrina en cambio¹¹¹, ha criticado que no se diferencie entre capacidades y conocimientos especiales. Para PAREDES CASTAÑÓN¹¹² resulta erróneo establecer una interrelación directa entre conocimientos y capacidades, pues aunque reconoce que en ciertas situaciones concretas los conocimientos se derivan de una especial capacidad técnica, no en todos los casos va a ser así, porque en algunos, pese a existir un nivel de conocimiento sobre la situación concreta, el grado de capacidad para controlar los cursos causales varía notablemente en función de la mayor o menor aptitud técnica previa. No obstante acepta que cuando se trata de conocimientos técnicos

¹⁰⁹ CORCOY BIDASOLO, *Delito imprudente*, 2ª, 2005, 108.

¹¹⁰ De acuerdo con esta idea, HAVA GARCÍA, *Imprudencia médica*, 2001, 69 ss.

¹¹¹ Entre otros, ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP* (1984), 328 (aclaró que aunque este autor diferencia entre capacidades y conocimientos, opta por una teoría subjetiva del deber de cuidado); LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 500 ss.; CERESO MIR, *PG II*, 6ª, 1998, 162; CHOCLAN MONTALVO, *Deber de cuidado*, 1998, 43 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB* (2002) 798; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 261 (en prensa); MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 300.

¹¹² PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, 261.

generales, las aptitudes o habilidades forman parte integrante de aquéllos.

Sobre la particular diferenciación o unificación de conceptos, considero que en principio, podría asistirle a quienes no admiten diferenciar entre conocimientos y capacidades especiales, unificándolos bajo el criterio de capacidad, pues, por ejemplo, en actividades específicas como lo es la profesión sanitaria, en muchas oportunidades las habilidades o aptitudes especiales para el desempeño de la misma, vienen determinadas por aquellos conocimientos que han venido siendo adquiridos por el profesional de la salud; así por ejemplo, el médico que por sus estudios conoce una técnica avanzada para el tratamiento de una determinada enfermedad, no podrá desligar la utilización de la misma de su habilidad o aptitud para ejecutarla; sin embargo no en todos los casos el médico que posee mayor habilidad es porque tiene más conocimientos que otros o viceversa, el médico que tiene mayor conocimientos por ese simple hecho no va a poseer mayor habilidad para el desarrollo de una determinada técnica. Por lo tanto, tendrá que admitirse la necesidad de la distinción entre capacidades y conocimientos especiales, entendiendo las primeras como las que se adquieren o son innatos en el médico producto de su destreza y los segundos como los obtenidos por los estudios que ha realizado el profesional o el aprendizaje adquirido a lo largo del desempeño de su actividad.

Por lo tanto, en materia de imprudencia médica, al hablar de conocimientos y capacidades especiales, será preciso diferenciar entre ambos conceptos, pues como se acaba de advertir, si bien ambos pueden complementarse, no siempre será así y su unión absoluta podría presentar dificultades prácticas.

b) Deber objetivo y subjetivo de cuidado

Tal y como se advirtió al comenzar este tema, lo primero que había que hacer era identificar si entre conocimientos y capacidades especiales existía alguna diferencia, según lo que se acaba de expresar, ha quedado claro que aquí se asume una postura orientada a distinguir entre estos dos conceptos; por lo tanto, a continuación se va a analizar, si estos forman parte del deber objetivo de cuidado o si es preciso como sugiere un sector de la doctrina hablar de un deber subjetivo de cuidado, para ubicar allí los conocimientos y las capacidades especiales del sujeto.

En la doctrina, nos encontramos con tres supuestos de teorías que pretenden dar una explicación sobre si, es pertinente o no, incluir un elemento subjetivo en el deber de cuidado en donde se ubiquen los conocimientos y capacidades especiales del sujeto, en este caso, del profesional sanitario. Estas teorías corresponden a la teoría individualizadora o subjetiva, teoría objetiva y teorías intermedias, en estas últimas, se realizan dos propuestas, una que se sitúa entre la teoría objetiva y subjetiva, y otra que parte de las teorías objetivas.

b₁) Teoría individualizadora o subjetivas

La corriente doctrinal¹¹³ que predica la individualización de la conducta, considera, que en materia de delito imprudente no se puede acudir al baremo del hombre medio; sino a la de un hombre diligente en

¹¹³ Como por ejemplo: ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP* (1984), 328 ss.; JAKOBS, *PG*, 1995, 387 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado*, 1998, 51; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª, 1999, 646; HAVA GARCÍA, *Imprudencia médica*, 2001, 69 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5ª, 2002, 622 ss.; CORCOY BIDASOLO, *Delito imprudente*, 2ª, 2005, 108; QUINTERO OLIVARES, *PG*, 4ª, 2010, 377 s.; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 299 ss.

la misma posición del autor. Para un sector¹¹⁴ de esta doctrina¹¹⁵, tanto las capacidades como los conocimientos especiales influyen en el momento de determinar la infracción del deber de cuidado. Las concepciones individualizadoras propugnan que tanto los conocimientos especiales del autor como sus capacidades individuales son circunstancias que deben valorarse en orden a la cognoscibilidad del riesgo, y, por lo tanto, son fundamentalmente problemas del tipo subjetivo del delito imprudente. El riesgo que no puede ser conocido por el hombre medio (caso fortuito) puede, sin embargo, ser conocido por el sujeto que posee cualidades superiores (entonces, delito imprudente) y por ello para él la realización del tipo es evitable¹¹⁶. Se busca entonces comprobar la capacidad individual del sujeto para entrar a determinar si desde lo subjetivo se ha infringido el deber de cuidado; de este modo se le exige hacer todo lo posible y que esté a su alcance para evitar que se produzca un daño o lesión para el bien jurídico.

De acuerdo con las premisas subjetivistas, el médico sólo debe impedir el resultado típico que puede evitar¹¹⁷. En otros términos, en la actividad sanitaria se responsabiliza de un delito imprudente al médico que, teniendo capacidades y conocimientos superiores, no los utiliza, pese a que su actuación se haya ajustado a *lex artis* de un médico

¹¹⁴ Porque algunos como LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 501 s.; MIR PUIG, *PG*, 9^a, 2011, 300, pese a considerar que en materia de delito imprudente debe acudir al baremo del hombre diligente, asumen frente a los conocimientos y capacidades especiales del autor una postura intermedia, tal y como se verá más adelante.

¹¹⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP* (1984), 328 ss.; JAKOBS, *PG*, 2^a, 1997, 388 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado*, 1998, 51; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5^a, 1999, 646; GARCÍA RIVAS, *DS 6* (1999), 92; JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5^a, 2002, 622 ss.; STRATENWERTH, *PG I*, 4^a, 2005, 421; QUINTERO OLIVARES, *PG*, 4^a, 2010, 380. JAKOBS, *PG*, 2^a, 1997, 257 s. advierte que será necesario distinguir entre el papel del autor en la organización, el rol del autor cuando es garante, cuando se trata de responsabilidad institucional y cuando el autor asume por iniciativa propia el conocimiento especial.

¹¹⁶ CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado*, 1998, 51.

¹¹⁷ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Delito imprudente*, 1991, 179.

medio; es decir, si este practica un procedimiento como lo haría un galeno del común y se produce un resultado lesivo para el paciente, pero se comprueba que aquél tenía la posibilidad de evitarlo por poseer capacidades y conocimientos especiales, ha de responder penalmente por el resultado que se produzca. Al respecto ha dicho ROXIN que: “Hay que darle la razón a la teoría individualizadora en aquello en lo que radica exclusivamente su trascendencia práctica: en el terreno de las capacidades especiales. Un participante medio en la circulación no actúa independientemente si un transeúnte se le echa encima del coche de tal modo que un conductor dotado de capacidades normales no habría podido ya esquivarlo. Por eso un “experto conductor de *rallies*, cuyas muy superiores habilidades en la conducción le permiten aún esquivar y dominar su coche cuando derrapa, debe sin embargo hacer uso de estas capacidades y se le ha de castigar por homicidio imprudente cuando por negligencia no lo hace. Cualquier otra concepción permitiría sin necesidad el sacrificio de una vida humana; ello sería incompatible con los fundamentos de nuestro ordenamiento jurídico. Tampoco un cirujano de primerísimo calidad, respecto de cuyas técnicas de operar a su paciente con resultado mortal, por rendir en la medida –muy por debajo de su nivel– correspondiente al estándar mínimo vigente para cirujanos medios. No puede suceder aquí algo distinto a lo que sucede en los delitos de omisión: un campeón del mundo de natación, que trabaja además como socorrista y puede nadar el doble de rápido que sus colegas, no puede dejar ahogarse a un accidentado por ir sólo a la velocidad de los demás”¹¹⁸.

Esta teoría también incluye las capacidades y conocimientos inferiores a la media como circunstancias que deben valorarse en orden a la cognoscibilidad del riesgo y como problemas del tipo subjetivo del delito

¹¹⁸ ROXIN, *PG I*, 1997, 1017. Pero con una postura completamente opuesta MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *PG, 7ª*, II, 1995, 144, consideran que una concepción de tal magnitud puede resultar peligrosa, pues conduciría a privilegiar aquellos sujetos cuya capacidad fuera mayor a la del promedio.

imprudente, pero a diferencia de lo que sucede con los conocimientos y capacidades especiales donde el sujeto puede conocer el riesgo y evitarlo, en los poderes inferiores, el riesgo no es cognoscible por el sujeto y no podría responder a título de imprudencia, pero en algunos supuestos de acuerdo con ZUGALDÍA ESPINAR¹¹⁹ y CHOCLAN MOTALVO¹²⁰ en los que las capacidades individuales están por debajo de la media y el sujeto emprende la actividad, su compartimiento podrá ser apreciado como “culpa por asunción”.

Sin embargo, para otros autores como TORIO LÓPEZ los conocimientos y capacidades no son un problema de tipo subjetivo del delito imprudente, sino de culpabilidad, en tanto que el deber objetivo de cuidado es un elemento limitativo del juicio sobre la culpabilidad individual, “no puede negarse la posibilidad de que en el juicio de culpabilidad encuentren lugar momentos objetivos cuyo sentido es, sin embargo, subjetivo-personal, la objeción sería exacta si con la inobservancia del cuidado necesario, la culpabilidad resultase fundamentada. Sin embargo, esto no es realmente así. Establecido que el cuidado objetivo ha sido infringido, ha de ponderarse si las defectuosas propiedades del comportamiento externo están correspondidas por la defectuosa actitud interna del sujeto. La infracción del deber objetivo de cuidado no produce, todavía, ningún perjuicio para el autor. El juicio de culpabilidad exige, previa la comprobación de que quedo lesionado el cuidado necesario en el tráfico, establecer valorativamente dentro del marco trazado por este, que la actitud del autor es reprochable como imprudencia, negligencia o impericia”¹²¹.

¹¹⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP* (1984), 330.

¹²⁰ CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado*, 1998, 54.

¹²¹ TORIO LÓPEZ, *ADPCP* (1974), 57.

b2) Teoría objetiva

Existe una tesis completamente contraria a la anteriormente expuesta, se trata de las teorías objetivas¹²², estas suponen que cualquier persona está obligada al empleo del cuidado objetivamente debido para evitar la realización de comportamientos imprudentes. El criterio en la atención que se exige del autor para la identificación del peligro es el de una persona concienzuda y juiciosa perteneciente al ámbito del que procede el autor¹²³. En palabras de CERESO MIR, “El deber de cuidado es, por tanto, un deber objetivo. No es posible que su contenido se determine en función a la capacidad individual. Si cada persona estuviera obligada únicamente a prestar el cuidado o diligencia que le fuera posible, según su capacidad y estuviera facultado, con esa condición, para realizar cualquier tipo de actividad en la vida social, se produciría el caos más absoluto. Ello supondría un grave quebranto para la protección de bienes jurídicos”¹²⁴.

Así entonces, bajo este presupuesto, en materia sanitaria bastará con que el médico emplee la diligencia debida que le brinda la *lex artis* para que se entienda que ha cumplido con el deber objetivo de cuidado; por ejemplo, al médico cardiólogo que adelanta una operación quirúrgica a corazón abierto sólo se le podrá exigir actuar como lo haría cualquier otro médico cardiólogo diligente en su misma situación; por lo tanto, si aquél llegará a poseer cualidades y conocimientos especiales que le

¹²² Defendidas entre otros, por TORÍO LÓPEZ, *ADPCP* (1974), 56; RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG*, 1978, 341; GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción*, 1979, 127; CUELLO CALÓN, *PG I*, 1980, 467; Agustín JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 48; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Delito imprudente*, 1991, 196 s.; WELZEL, *Derecho penal alemán*, 4^a, 1997, 158 s.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *PG*, 7^a, II, 1995, 142 ss.; CERESO MIR, *PG*, II, 6^a, 1998, 160 s.; JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5^a, 2002, 624; RODRÍGUEZ RAMOS, *PG*, 2^a, 2010, 170.

¹²³ JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5^a, 2002, 624.

¹²⁴ CERESO MIR, *PG*, II, 6^a, 1998, 161.

hubiesen podido permitir evitar el fallecimiento del paciente, de conformidad con lo expuesto, esas circunstancias superiores no se tendrían en cuenta en el momento de realizar la valoración jurídica, toda vez que el médico actuó como lo haría cualquier otro especialista normalmente capacitado¹²⁵.

Tal y como advierte RODRÍGUEZ VÁZQUEZ¹²⁶, esta concepción objetiva del deber de cuidado se fundamenta en razones teóricas y prácticas. Desde lo teórico, se considera corresponde con la ubicación sistemática que la imprudencia ocupa en la actualidad, al incluirse dentro del tipo

¹²⁵ Al respecto, ROMEO CASABONA, *La actividad curativa*, 1981, 217, pone el siguiente ejemplo y asume que la teoría correcta será la que propugna por el deber objetivo de cuidado: “El cirujano de gran prestigio, que conoce una técnica operativa nueva y de gran utilidad, o que posee una habilidad especial para aplicarla, y que sólo posee él, estará, por supuesto, por encima de la media de entre los colegas de su especialidad. En este caso, la causación a su paciente de una lesión fácilmente evitable por él, en base a sus conocimientos y habilidad excepcionales, pero no por otros colegas, ¿constituirá una infracción del deber de cuidado, acreedora, por consiguiente, del tipo culposo? Según el criterio objetivo no se habría producido en el caso en cuestión una infracción del cuidado objetivamente debido, obtenido de acuerdo con el criterio de la previsibilidad del hombre cuidadoso y prudente del mismo ámbito en relación; a lo sumo dicho cirujano excepcional podría incurrir en responsabilidad civil. Por el contrario, según la teoría de la individualización de la infracción del deber de cuidado, existiría esta infracción y, por consiguiente, el tipo del delito culposo correspondiente, al poder conocer el cirujano la posibilidad de producción del resultado, lo cual depende de su capacidad y conocimientos, en base a los cuales sí puede aportar más que la media, tiene que aportar también ese mayor rendimiento. A la objeción de que en realidad se está sobrecargando a este autor de capacidad excepcional en la medida de su deber, se responde que aquél debe aplicar el mismo *maximum* de cuidado a él posible que el que posee una capacidad media, ‘el que está muy capacitado no tiene que aportar una medida especial de esfuerzo, una energía moral, sino aplicar precisamente su habilidad’ (...) Y añade luego (219) “ La norma en estos delitos no pide simplemente obediencia, sino únicamente exige una *actuación diligente* para aquellos que tienen la capacidad suficiente, que aporten el grado de atención necesario para evitar la peligrosidad de su conducta; este es el caso de la mayoría de los ciudadanos”.

¹²⁶ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 264 ss. (en prensa).

de injusto¹²⁷; al dirigirse a todos los sujetos por igual ya existe una independencia respecto de la motivación de estos frente a la norma, la capacidad o conocimientos para obrar. Asimismo desde el punto de vista práctico, el deber objetivo de cuidado permite imponer medidas de seguridad aunque el autor sea inimputable¹²⁸.

En resumen, la teoría objetiva a diferencia de la subjetiva, plantea el delito imprudente a partir de un aspecto enteramente objetivo; por lo tanto, se excluye cualquier análisis sobre conocimientos y capacidades especiales del sujeto; es decir, que esta teoría parte de un hombre medio ideal, que en el caso de la actividad sanitaria será un médico

¹²⁷ LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 494.

¹²⁸ Además señala RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 264 s. (en prensa) que “la tesis sostenida por este sector doctrinal ha recibido la denominación de ‘teoría del doble baremo’ o ‘teoría de los dos peldaños (o de la doble posición)’, porque, como se deduce de lo ya expuesto, realiza una valoración jurídica de la conducta en dos fases diferentes. Una primera, en la que se trata de determinar si la conducta es o no típica, para lo cual se lleva a cabo el análisis objetivo, sin tener en cuenta las características individuales del sujeto activo a que el tipo de los delitos imprudentes se realiza con la contravención de baremos objetivos. Una vez constatada la infracción del deber objetivo de cuidado y por lo tanto la existencia de una conducta imprudente y por ello antijurídica, se abre una segunda fase en la que, en la culpabilidad, se examina si el mandato general de cuidado y previsión también podía ser cumplido por el sujeto individual conforme a sus condiciones personales, esto es, su inteligencia y formación, su habilidad y capacitación, su experiencia y posición social. Conforme a las tesis objetivas, y remitiéndonos al ejemplo antes propuesto, el cirujano que posee conocimientos o capacidades inferiores a la media de los profesionales de su especialidad cometerá una conducta típica si en el caso concreto el ‘cirujano medio ideal’ hubiera podido prever y evitar el resultado. La conducta del cirujano es típica y antijurídica, lo que no significa que sea punible, ya que sus específicas condiciones, inferiores a la media y que por ello reducen su motivabilidad o su capacidad de respuesta en la concreta situación, darán lugar a la exclusión de la culpabilidad, salvo que se pueda reconducir a una imprudencia por asunción. Por su parte, el cirujano que posea capacidades superiores pero que en el supuesto de hecho analizado no las haya empleado, ajustando su conducta al nivel que se exigiría al ‘buen’ cirujano en su misma posición, no realizará una conducta típica, ya que habrá obrado conforme al deber de cuidado”

cuidadoso y diligente que debe actuar conforme a la media de sus colegas, sin que deba incluir conocimientos y capacidades superiores en la práctica de una intervención, por lo que el juez no tendrá que valorarlos en caso de que el facultativo que los posea haya omitido emplearlos.

b3) Teorías intermedias

Tal y como se advirtió anteriormente, al lado de estas dos posturas opuestas entre sí, existen unos criterios intermedios entre las teorías individualizadoras y objetivas, que pretenden explicar la necesidad de acudir a las capacidades y conocimientos especiales cuando estos son superiores a la media y cuando estos ni si quiera superan el umbral de la media del médico medio ideal, ubicando las primeras en sede del injusto típico y las segundas en sede culpabilidad. Y otra postura también intermedia, propuesta por LUZÓN PEÑA, que se ubica en la órbita de las teorías objetivas.

Así entonces, encontramos en primer lugar, las propuestas de ROXIN y MIR PUIG, quienes parten de diferenciar entre capacidades y conocimientos inferiores y superiores.

ROXIN ha propuesto que hay que diferenciar entre capacidades inferiores a la media y capacidades superiores a esta, en tanto que, respecto de las primeras existe acuerdo en que la punibilidad del sujeto no puede ir más allá de su capacidad de rendimiento, por lo tanto, en el evento de que un cirujano padeciera de una disminución visual que hace que su capacidad se encuentre por debajo de la media, su comportamiento no se verá excluido ni por la tipicidad, ni mucho menos, por la antijuridicidad, sino por la culpabilidad, ya que la imposibilidad de actuar de otro modo es siempre un problema de culpabilidad¹²⁹. Cuando se trata de capacidades superiores a la media,

¹²⁹ ROXIN, PG, 1997, 1014 s.

en caso del médico que posee facultades que lo hacen ser reconocido en determinado ámbito de la medicina, se hará preciso acudir a baremos subjetivos; por lo tanto, será necesario exigirle al galeno comportarse utilizando todos sus conocimientos especiales. Se trata por lo tanto, de generalizar hacia “abajo” e individualizar hacia “arriba”.

Ha dicho ROXIN que esta postura intermedia se fundamenta en lo siguiente: “El que las capacidades inferiores a la media no puedan excluir el injusto, sino sólo la culpabilidad, se deriva de la estructura sistemática del delito. La imposibilidad individual de actuar de otro modo es –al menos en los delitos comisivos– siempre un problema de culpabilidad, mientras que la imputación al tipo objetivo se vincula a los baremos de creación del peligro y del fin de protección, que son independientes de la individualidad del sujeto. Si se hace depender ya la realización del tipo de baremos individualizadores, entonces se anula en parte la separación entre injusto y culpabilidad. Pues es verdad que también para la concepción individualizadora restan la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, el conocimiento virtual de la prohibición y la exigibilidad como componentes de una culpabilidad que hay que separar del injusto; pero como la falta de imputabilidad (p.ej. en caso de ebriedad o de trastornos mentales o psíquicos) suele mermar decisivamente también ‘el poder instrumental’, o sea la capacidad de rendimiento, la falta de culpabilidad conduce sin embargo de modo mediato en tales casos a la exclusión del tipo”¹³⁰.

Por otra parte, MIR PUIG parte de diferenciar entre conocimientos especiales y capacidades superiores e inferiores. Este autor opta por analizar los conocimientos y capacidades por encima de la media en sede del deber objetivo de cuidado partiendo del hombre medio diligente con conocimientos y habilidades superiores; pero aclarando que cuando

¹³⁰ ROXIN, PG, 1997, 1015.

estos se encuentran en un nivel inferior al nivel medio ideal sólo podrán excluir la culpabilidad del sujeto.

En lo que tiene que ver con los conocimientos especiales MIR PUIG considera que el autor debe tener en cuenta tanto la experiencia especial, como el aprendizaje obtenido particularmente; por lo tanto, si un médico cirujano decide utilizar una técnica operatoria que sólo él domina, deberá tenerlo en cuenta si objetivamente es conocida por él, por lo que si se produce una lesión en la vida o salud del paciente, habrá que preguntarse que hubiera hecho el hombre diligente en la misma situación del cirujano, atendiendo el dato excepcional de su preparación¹³¹.

Respecto de las capacidades, MIR PUIG distingue entre facultades sobresalientes y capacidades inferiores. En cuanto a las primeras ha distinguido entre si se trata de una utilización de facultades voluntarias o no; por lo tanto, considera que si el sujeto tiene la posibilidad de emplear voluntariamente las facultades sobresalientes en una situación concreta y no lo hizo, la conducta sería contraria al deber de cuidado, pues su obligación consiste en hacer todo lo necesario para evitar la lesión del bien jurídico; sin embargo, si se trata de un poder excepcional no disponible por la voluntad, la norma no puede motivarlo a utilizarlo; así por ejemplo MIR PUIG propone la siguiente explicación: “El cirujano que deja de emplear su especial capacidad para practicar determinada técnica, no sólo adquirida por aprendizaje, sino debido a la especial capacidad del médico, y emplea sólo la que el cirujano medio puede utilizar”¹³², infringe la norma de cuidado que le exigía comportarse del modo más diligente posible, pues tuvo la posibilidad de emplear voluntariamente esas facultades. En cambio, “si el cirujano normalmente mejor dotado que los demás para practicar una

¹³¹ MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 300.

¹³² MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 301.

determinada técnica operatoria, el día de autos no logró demostrar su especial habilidad”¹³³, no habrá infringido la norma de cuidado, toda vez que será difícil demostrar que para ese momento en concreto, el médico se hallase por encima de la media, pues únicamente logro comportarse como cualquier otro pese a que no quería prescindir de ninguna de sus aptitudes.

Por otra parte, destaca MIR PUIG que cuando se trata de capacidades inferiores no imaginables en una persona normal habrá de excluirse es la imputación personal¹³⁴ de la misma; es decir, “mientras que el hombre normal que sirve de baremo para el injusto puede y debe imaginarse en posesión de todas las cualidades sobresalientes que puedan concurrir en el sujeto, y también de las limitaciones físicas que puedan darse en una persona normal, por definición no puede suponerse privado de las facultades que como mínimo exige la normalidad. Esto no significa que personalmente pueda exigirse el mismo grado de cuidado objetivo al que se halla por debajo de la normalidad, sino sólo que su conducta no puede considerarse prudente desde el prisma de un hombre diligente. La inferioridad anormal del sujeto determinará, no obstante, la exclusión o atenuación de la imputación personal de la objetiva norma de cuidado”¹³⁵.

Por otra parte, LUZÓN PEÑA¹³⁶ opta por una postura intermedia a partir de la teoría objetiva, en un sentido distinto a la propuesta realizada por los dos autores anteriores, propone que será necesario tener presente la diferencia entre conocimientos especiales y capacidades superiores, toda vez, que al ser terminológicamente diferentes, de la misma manera han de manejarse, además porque no

¹³³ MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 301.

¹³⁴ Terminología de MIR PUIG que alude o es próxima a lo que generalmente se entiende por culpabilidad.

¹³⁵ MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 301 s.

¹³⁶ LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 500 ss.

se puede olvidar que el límite del deber de cuidado viene dado por la fórmula del hombre medio ideal y por lo tanto no todas las circunstancias especiales pueden transmitirse a un sujeto medio ideal. Este autor parte de la idea de las teorías objetivas para resolver el dilema que se ha venido trabajando, al tratarlo como un problema de previsibilidad objetiva. Por lo anterior, considera que si el sujeto posee conocimientos superiores a través de los que es posible prever objetivamente que se puede infringir un tipo penal, le será exigible utilizarlos, pues, por ejemplo, si al lado de un médico que posee conocimientos superiores sobre un procedimiento quirúrgico, ponemos a otro en igual situación y con conocimientos iguales o que simplemente se comporta como un médico medio ideal, pero se le pueden adicionar los conocimientos de aquél, a ambos les será perfectamente posible prever objetivamente los daños que se puedan generar para la salud o vida del paciente, de no hacerlo y comprobada la previsibilidad objetiva, habrá infracción del deber objetivo de cuidado.

Exactamente LUZÓN PEÑA dice: “En el caso de que el sujeto posea especiales y *superiores conocimientos*, que le permitan prever la realización del tipo, que en principio el hombre o profesional medio cuidadoso no hubiera podido prever –p. ej. un médico y su equipo han desarrollado una técnica de detección de anomalías en un determinado tipo de operaciones, que todavía no es conocida por los especialistas de esa rama- y por no utilizar esos conocimientos no prevé la producción del tipo, p. ej. la causación de la muerte, existe infracción del deber objetivo de cuidado porque *hay previsibilidad objetiva* y pese a ello no se ha previsto la realización del tipo. Pues la fórmula de la previsibilidad objetiva, expuesta abreviadamente para lo que aquí interesa destacar, consiste en lo que en el momento de actuar hubiera podido prever el hombre –o profesional- inteligente y cuidadoso (el sujeto ideal), colocado en la situación del autor real y *añadiéndole los conocimientos de ese autor concreto*. Como conceptualmente los conocimientos especiales del autor son perfectamente transmisibles al sujeto –en su caso

profesional– ideal, p.ej. un buen médico podría conocer y aprender el nuevo procedimiento de detección de anomalías, automáticamente pasa a ser objetivamente previsible lo que también es previsible para el sujeto concreto con sus conocimientos especiales”¹³⁷.

Sin embargo, esta misma solución no se podrá brindar cuando se trata de capacidades especiales y superiores, pues estas, al ser circunstancias personalísimas del sujeto, que obedecen a factores que este ha adquirido como producto de su habilidad innata o por la experiencia que le ha permitido actuar con mayor pericia en determinadas actividades, no podrán ser transmitidas a otro sujeto para efectos de determinar la previsibilidad objetiva que pueda poseer un sujeto medio ideal. De acuerdo con lo expresado por LUZÓN PEÑA¹³⁸: “(...) las capacidades especiales y superiores del autor –pericia, habilidad, etc.- son personales y no transferibles al sujeto o profesional ideal, inteligente y cuidadoso, por lo que no es posible añadírselas hipotéticamente al mismo. Por eso, aunque el sujeto que tiene una especial capacidad como tirador, etc. – no emplee y se limite a llevar a cabo una actividad arriesgada normal con la misma técnica o pericia que utilizaría un buen profesional o un ciudadano bien preparado pero sin esa capacidad superior, no infringe el deber objetivo-general de cuidado ni por tanto actúa imprudentemente”.

Así entonces, cuando una enfermera tiene especial habilidad para canalizar venas y en alguna oportunidad simplemente utiliza la misma pericia que hubiera utilizado otra enfermera cuidadosa y diligente – ideal–, aquella no habrá infringido el deber objetivo de cuidado, si se produce en el paciente un daño en los tejidos que le cause una pérdida de movilidad del antebrazo, toda vez que su habilidad superior para canalizar venas, por ser personalísima no puede transmitirse hipotéticamente a otra enfermera puesta en su misma situación, y, por

¹³⁷ LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 502.

¹³⁸ LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 502.

lo tanto, bastará con constatar que aquella ha actuado en ese evento como lo haría una enfermera ideal.

b4) Consideraciones particulares

De acuerdo con lo expuesto hasta el momento, habrá que decir que las dos primeras posturas, radicales y opuestas entre sí, es decir, aquella que exige al galeno utilizar conocimientos y capacidades superiores a la media, como las teorías objetivas, que están orientadas a la generalidad de las actuaciones médicas, riñen con la propuesta que se ha venido haciendo en este trabajo, veamos por qué.

El criterio subjetivista que acude solamente a los conocimientos y capacidades especiales del sujeto implica una vulneración del principio de igualdad¹³⁹ al exigirle al personal sanitario que simplemente se comporta prudentemente más de lo que realmente la norma le demanda. Regirse por criterios individuales entorpecería la disposición de adoptar prevenciones de seguridad todavía sin obligatoriedad general e inhibiría todo intento de desarrollar las capacidades personales y científicas por encima de la media, pues ello conduciría por ejemplo a que un médico se abstuviera de demostrar sus habilidades y capacidades, por temor a una condena por imprudencia¹⁴⁰. Además, porque la consideración del criterio individualista de establecer en el

¹³⁹ SCHÜNEMANN cit. por CORCOY BIDASOLO, *Delito imprudente*, 2ª, 2005, 119, para evitar las críticas que se hacen frente a la consideración que los criterios sobre conocimientos especiales vulneran el principio de igualdad, propone un juicio de valoración que consiste en la estandarización de las especiales capacidades del sujeto, de tal manera que las normas que se aplicarían, serían aquéllas establecidas de acuerdo con los estándares fijados para un cirujano especialmente capacitado. CORCOY BIDASOLO (122) comparte lo dicho por SCHÜNEMANN esta teoría ofrece una coherencia sistemática, sin que con ello se afecten los principios de igualdad y de justicia.

¹⁴⁰ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Delito imprudente*, 1991, 187 s.

tipo de injusto imprudente un aspecto subjetivo tiende a confundir el tipo de injusto con la culpabilidad¹⁴¹. Frente a esto último comparto lo dicho por LUZÓN PEÑA quien dice que “la exigencia de infracción de un deber subjetivo-individual es rechazable, pues hay que insistir en que la antijuridicidad de una conducta es un juicio objetivo-general de diligencia, mientras que la incapacidad individual de entenderlo o cumplirlo es un problema de culpabilidad. Por otra parte (...) la no utilización de especiales conocimientos –no así de especiales capacidades o habilidades– del sujeto determina ya la infracción de un deber objetivo (y no sólo subjetivo) de cuidado por haber previsibilidad objetiva”¹⁴².

Asimismo, las posturas objetivas, al valorarse desde un sentido amplio y absoluto, resultan demasiado permisivas y dejan en la impunidad comportamientos de profesionales que al poseer conocimientos especiales dejan de utilizarlos, poniendo en riesgo evidente la salud o la vida del paciente, pese a que tenían la posibilidad de prever el resultado lesivo¹⁴³. Además, porque los conocimientos especiales entendidos como la facultad que va obteniendo un sujeto a través del aprendizaje o el estudio continuo de una actividad se pueden transmitir a otro profesional medio ideal desde un baremo objetivo¹⁴⁴, por ejemplo, el cirujano que utiliza una nueva técnica operatoria ortopédica conocida y aplicada por este, y que fue aprendida por él a través de estudios específicos de ortopedia y su práctica, esos conocimientos se pueden transmitir perfectamente a otro cirujano para que lleve a cabo esta misma técnica de manera cuidadosa y en la forma como un cirujano

¹⁴¹ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 270 (en prensa).

¹⁴² LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 501.

¹⁴³ BLANCO CORDERO, *Limites a la participación delictiva*, 2001, 162, ha dicho que “Es muy difícil valorar la creación de un peligro con base exclusivamente en realidades objetivas. Han de tenerse en cuenta determinados conocimientos que alberga el sujeto activo para el juicio sobre la creación de un riesgo desaprobado”.

¹⁴⁴ No sucede lo mismo, con las capacidades especiales que son circunstancias individuales y personales del sujeto que son intransmisibles.

diligente la practicaría; por lo tanto, desde esta perspectiva, un criterio puramente objetivo queda desvirtuado ya que desde lo objetivo se pueden analizar situaciones que involucren a un médico con conocimientos superiores a la media, sin que se entiendan como circunstancias personalísimas del sujeto que supongan una subjetivización del injusto.

Por lo anterior, habrá que decir que la postura que aquí se asumirá corresponde a la propuesta realizada por LUZÓN PEÑA. Lo acertado es afirmar que se debe partir de un concepto objetivo del deber de cuidado, lo que se corresponde con lo que haría un buen profesional sanitario, es decir, que en caso de que este posea conocimientos superiores a la media deberá hacer uso de ellos al momento de realizar alguna intervención que así se lo exija. Si atendemos a los criterios de transmisibilidad u objetivización de los que habla LUZÓN PEÑA, perfectamente en el evento de presentarse alguna consecuencia lesiva para la vida o la salud del paciente, el operador jurídico al momento de realizar el juicio de valor sobre la infracción del deber objetivo de cuidado, deberá poner un médico ideal en la misma situación de aquel que posee los conocimientos especiales, ya que este componente superior puede ser aprendido por la generalidad de los profesionales sanitarios, lo que le permite al Juez adicionar en el médico medio ideal datos sobre el nivel de preparación superior del sujeto, pues en ese caso el resultado lesivo puede ser previsible objetivamente, tanto para el facultativo con conocimientos superiores que ha omitido aplicarlos, como para aquel que es puesto en su lugar y se le añaden estos.

En palabras de RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, ya en relación con la actividad sanitaria: “En tal construcción del deber de cuidado habría que añadir, de acuerdo con LUZÓN PEÑA, los datos susceptibles de objetivización, como los conocimientos especiales del autor. La razón de que se adopte una solución distinta para los conocimientos y para las capacidades superiores radica en la idea de transmisibilidad (u objetivización).

Mientras los conocimientos especiales del autor son perfectamente transmisibles al sujeto -en su caso profesional- ideal, por ejemplo, un buen médico podría conocer y aprender el nuevo procedimiento de detección de anomalías, las capacidades superiores son personales y no transferibles al sujeto o profesional ideal, inteligente y cuidadoso, por lo que no es posible añadirse las hipotéticamente al mismo. O lo que es lo mismo, lo que es adquirido, como los conocimientos, puede ser susceptible de objetivización, ya que puede llegar a ser aprendido por la generalidad de los cirujanos, por ejemplo, un determinado método de diagnóstico, o el tratamiento a través de la aplicación de un determinado tratamiento, o la identificación de unos síntomas con una enfermedad”¹⁴⁵. Además hay que tener en cuenta que los profesionales de la salud están en la obligación de capacitarse y prepararse, y tienen el deber de perfeccionar y actualizar sus conocimientos, adaptándolos a los nuevos descubrimientos y avances de su profesión¹⁴⁶.

No obstante, esta consideración no podrá ser la misma cuando se trate de capacidades especiales, toda vez que estas no pueden ser objetivizadas como sucede con los conocimientos superiores; el médico que ha dejado de utilizar sus habilidades superiores y simplemente ha actuado conforme lo haría otro médico de manera prudente y diligente, no podrá transmitir sus cualidades a otro colega, pues estas no pueden ser aprendidas por la generalidad y por ende el resultado lesivo que se pueda causar no es posible de prever, ya que se trata de circunstancias personalísimas.

En resumen, para analizar el deber objetivo de cuidado hay que partir de las actuaciones de un hombre medio ideal, que en la caso de la actividad sanitaria corresponde a la de un médico medio diligente y cuidadoso situado en la posición de aquél que es procesado, a quien deberá sumársele además un nivel de preparación superior cuando el

¹⁴⁵ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 284(en prensa).

¹⁴⁶ MARTÍNEZ-CALCERRADA, *Derecho médico I*, 1986, 259.

profesional juzgado posea conocimientos superiores, lo cual es posible debido a que se trata de datos que son susceptibles de objetivización y transmisibilidad. Por lo tanto, quedan excluidos de análisis las capacidades especiales que el médico haya omitido emplear, por lo que en caso de poseerlas y no emplearlas, simplemente se examinará que su comportamiento se haya ajustado a la de un médico medio ideal, y por lo tanto, su conducta no habrá infringido el deber objetivo de cuidado; aunque en aquellos casos en los que se determine que el profesional ha dejado de utilizar capacidades superiores con la intención de provocar un resultado lesivo en el paciente, la responsabilidad del médico ya será a título de dolo directo o dolo eventual¹⁴⁷.

Por último, en lo que tiene que ver con los conocimientos y capacidades inferiores, habrá que decir, que le asiste razón a quienes consideran que estos no hacen parte tipo de injusto, sino de culpabilidad, toda vez que estas circunstancias se corresponden con la exigibilidad de la conducta del sujeto, y esto sólo puede analizarse en sede de culpabilidad, bien sea para atenuar o excluir la responsabilidad del médico.

C) Deber de cuidado y su relación con el riesgo permitido

La concepción actual sobre la función que desempeña el riesgo en la estructura del delito imprudente sigue siendo muy importante, sobre todo en lo que tiene que ver con la relación que guarda con el deber de cuidado y las dificultades que reportan establecer sus límites; por lo tanto, los esfuerzos deben centrarse en la obtención de criterios lo más precisos y fiables posibles que permitan identificar con facilidad el límite entre lo lícito (de acuerdo con el deber objetivo de cuidado) y lo

¹⁴⁷ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 285 (en prensa).

ilícito (contrario a ese deber) como exigencia de la seguridad jurídica que se requiere en la actividad sanitaria¹⁴⁸.

En la dogmática más moderna el problema de la infracción de cuidado se plantea como un problema de imputación objetiva, por lo tanto, lo determinante es comprobar si el autor creó o no un riesgo jurídicamente relevante¹⁴⁹. De tal manera que en el delito imprudente la imputación objetiva del resultado –y con ella la tipicidad– queda excluida si la acción se ha mantenido dentro del riesgo permitido, lo que equivale a decir que no ha habido infracción del deber de diligencia. Por ejemplo, si el cirujano se ha comportado conforme a la *lex artis* no es imputable objetivamente a su acción la muerte del paciente. Por el

¹⁴⁸ ROMEO CASABONA, LL 1993-4, 982.

¹⁴⁹ CHOCLAN MONTALVO, *Deber de cuidado*, 1998, 36. LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 382, con quien estoy plenamente de acuerdo, se ha mostrado enfáticamente en contra de considerar la imputación objetiva como riesgo jurídicamente desaprobado, al respecto ha fundamentado que “con esta exigencia fundamentalmente se quiere indicar que si la acción implica ya una dosis considerable de peligro, pero se trata de un *riesgo permitido* y por tanto jurídicamente aprobado, ya no hay imputación objetiva del resultado. Sin embargo, la imputación objetiva sólo significa que se da uno de los requisitos de la parte objetiva del tipo positivo (en los tipos de resultado) y, por ello, un indicio de antijuridicidad; pero para eso basta con que la acción cree un riesgo típicamente relevante, o sea mínima o suficientemente relevante para el tipo penal. Si luego, pese a esa relevancia inicial, por una ponderación de intereses el riesgo es jurídicamente permitido –lo cual puede suceder no sólo en ausencia de dolo e imprudencia, sino incluso aunque haya dolo (neutro) de causar el resultado con la acción peligrosa permitida–, estamos ante una causa de justificación, que excluye la antijuridicidad y con ello el tipo total del injusto, pero la conducta cumplía con las exigencias de imputación objetiva del resultado siempre que la acción creara un riesgo jurídicamente aprobado de lesionar el bien jurídico en legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento del deber o ejercicio del derecho o cargo, es decir, en cualquier supuesto en que el riesgo de la acción estuviera amparado por una causa de justificación. Esta línea supone por consiguiente el germen de una desmedida ampliación y desnaturalización del concepto de imputación objetiva y una confusión de las diversas funciones del tipo estricto (o parte positiva del tipo) y de la exclusión de la antijuridicidad (parte negativa del tipo)”.

contrario, hay delito imprudente cuando el resultado lesivo ha generado un riesgo que ha rebasado los márgenes del riesgo permitido en la medida que concurren los demás presupuestos del delito culposo; el elemento de infracción de cuidado, según ROXIN¹⁵⁰, no establece más que los criterios de la imputación objetiva. Así, debe comprobarse primeramente la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado; además, el resultado debe ser la realización de ese riesgo y, como problema de tipo subjetivo, la producción del resultado debe ser previsible o cognoscible¹⁵¹.

No obstante, tal y como quedo sentado anteriormente, la imprudencia no se agota en la imputación objetiva, en tanto que constituye un elemento autónomo e independiente de esta y que debe tratarse en el aspecto subjetivo de la tipicidad.

De acuerdo con un sector de la doctrina¹⁵², el deber normativo de cuidado o diligencia sólo tiene sentido observarlo respecto de aquellas conductas o situaciones cuya peligrosidad exceda del riesgo jurídicamente permitido¹⁵³. Es por tanto condición necesaria, pero no

¹⁵⁰ ROXIN, *PG*, I, 1997, 997. La posición adoptada por ROXIN es altamente criticada por SCHÜNEMANN, *Temas actuales*, 2002, 86: “Roxin tiene razón en un principio al identificar las reglas de imputación en el delito doloso y culposo, pero va demasiado lejos cuando lo hace de manera absoluta, pues en el delito culposo no se alcanza la creación de peligros inadecuados; si así fuera sería limitada la libertad de acción, mientras que en el delito doloso el riesgo permitido debe ser determinado más restringidamente en los casos en que el autor actúa con el propósito de lesionar”.

¹⁵¹ Entre otros, CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PG I*, 2005, 299.

¹⁵² SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas*, 1999, 12; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Comentarios CP*, I, 1999, 552; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 299. No obstante otro sector de la doctrina niega la utilidad del riesgo permitido como componente interno del deber de cuidado; REHBERG, cit. por CORCOY BIDASOLO, *Delito imprudente*, 1ª, 1989, 310, unifica ambos conceptos, pues considera que el riesgo permitido no proporciona ningún elemento de valoración diferente que no pueda ser considerado en el ámbito del examen general de cuidado.

¹⁵³ LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 504.

suficiente, la falta de cuidado (pues no toda falta de cuidado da origen a un delito imprudente), a la cual entonces se le adiciona un elemento específico normativo; este elemento implica determinar qué riesgos o peligros debieron ser previsibles para el personal sanitario¹⁵⁴; por lo tanto, no hay infracción del deber de cuidado sino se rebasa el riesgo de lo permitido¹⁵⁵.

Según CORCOY BIDASOLO, lo que ha de valorarse como riesgo permitido no es “el ejercicio cuidadoso de la actividad peligrosa”, sino el riesgo existente que no resulta abarcado por el deber objetivo de cuidado y que se justifica por la utilidad social de la actividad. Esta concepción del riesgo permitido prueba la utilidad de dicha construcción dogmática, al dotar de contenido propio al deber objetivo de cuidado como al riesgo permitido. El riesgo permitido y el deber objetivo de cuidado no se superponen sino que se contraponen¹⁵⁶.

En cuanto a considerar el riesgo permitido como elemento de la imprudencia, particularmente comparto lo que dice LUZÓN PEÑA¹⁵⁷ cuando explica que no se infringe el deber de cuidado y, por lo tanto, no se puede hablar de imprudencia cuando el sujeto ha adoptado suficientes medidas de prudencia y control de peligro; es decir, cuando se mantiene en los límites del riesgo permitido. El riesgo permitido opera como una causa de justificación que excluye la antijuridicidad,

¹⁵⁴ BUSTOS RAMÍREZ, *El delito culposo*, 1995, 37 s.

¹⁵⁵ Aunque aquí me parece que hay que tener en cuenta la advertencia que hace LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 504, cuando manifiesta que existen ciertas situaciones atípicas o de emergencia, en las que se puede contravenir formalmente lo reglamentado, “p.ej. invadir un vehículo de la izquierda de la calzada o el arcén si están despejados y en cambio por la mitad bien de frente e imprudentemente otro vehículo (*Cerezo*), pues a veces el cumplimiento literal y pedantesco de los reglamentos puede constituir una imprudencia (*Quintano*)”.

¹⁵⁶ CORCOY BIDASOLO, *Delito imprudente*, 2ª, 2005, 312.

¹⁵⁷ LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 637 ss.

concretamente el desvalor de acción, pero si se concibe el riesgo permitido como subespecie dentro del caso fortuito, el riesgo permitido supondrá por definición la exclusión de la imprudencia, operando de manera simultánea como excluyente de la parte subjetiva del tipo y como causa de justificación excluyente de la antijuridicidad. Lo anterior implica, que el riesgo permitido no es un elemento del deber de cuidado, sino que es una causal de justificación que excluye la antijuridicidad, aunque ciertamente, si el médico actúa dentro del riesgo permitido no habrá imprudencia.

En materia de responsabilidad penal médica, hay quienes suelen distinguir entre riesgos típicos y riesgos atípicos¹⁵⁸, entendiendo por los primeros aquellos que se producen con un nivel de frecuencia considerable, como son los casos de daños o complicaciones que se producen constantemente en determinadas patologías, como por ejemplo: las embolias grasas, en los intervenidos quirúrgicamente sobre huesos largos, las embolias sanguíneas, cuando se producen importantes destrucciones de vasos, etc.; por lo tanto, estas complicaciones periódicas, son consideradas como previsibles, por lo que se encuentran dentro de los riesgos típicos. Por otra parte, cuando el riesgo está por debajo de la frecuencia del riesgo típico, se trataría de un riesgo imprevisible y por ende atípico. Así, por lo tanto, un autor como PORTERO LAZCANO considera que “el médico, sólo estará obligado a poner los medios necesarios para prevenir los riesgos típicos, de lo contrario, no sería posible ejercer la medicina, ya que la totalidad de riesgos potenciales ante una intervención es tan elevado, que no sería operativa la prevención de todos ellos. Evidentemente, los riesgos típicos no sólo dependen de la frecuencia, sino también de la gravedad que entrañan, de la facilidad o no, de su prevención y, de los efectos secundarios de las medidas preventivas. Por ello, la consideración de

¹⁵⁸ ROMEO CASABONA, *El médico*, 1985, 84 s.; PORTERO LAZCANO, *RDm* 6 (2002), 93.

riesgo típico dependerá de la conjunción de todas las variables mencionadas y no sólo de su frecuencia”¹⁵⁹.

El riesgo típico al que se refiere PORTERO LAZCANO, guarda relación con la normatividad existente en la comunidad sanitaria que establece los procedimientos a seguir en un caso determinado, de lo contrario, se estaría ante una situación imprevisible y, por ende, en caso de producirse alguna situación que lesione la vida o la salud del paciente, no habrá responsabilidad del médico, pues este habría obrado bajo un evento de caso fortuito que excluye la antijuridicidad y simultáneamente la imprudencia.

D) La *lex artis*

Para identificar que el personal sanitario ha infringido el deber objetivo de cuidado la doctrina mayoritaria¹⁶⁰ y la jurisprudencia¹⁶¹ consideran

¹⁵⁹ PORTERO LAZCANO, *RDm* 6 (2002), 93.

¹⁶⁰ Agustín JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 52; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *Responsabilidad penal del médico*, 3ª, 1997, 56 ss.; FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, 1997, 134 ss.; GARCÍA ANDRADE, *Responsabilidad médica*, 1998, 81 ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *PG*, 2ª, 2010, 273; GARCÍA HERNÁNDEZ, *Derecho sanitario*, 2002, 26 ss.; GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 330 ss.; GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos*, 2ª, 2004, 331; ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia*, 2005, 209 ss.; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PG*, 1ª, 2005, 299; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *LL* 2006-27, 1652; DE VICENTE REMESAL/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *LH- N. Barbero*, 2007, 150, entre otros.

¹⁶¹ En la jurisprudencia española podemos encontrar un sinnúmero de resoluciones que acuden a la *lex artis* como uno de los fundamentos para la determinación de la infracción del deber de cuidado: STS 26-6-1980 (RJ 2997); STS 25-11-1980 (RJ 4546); STS 24-11-1984 (RJ 5950); STS 28-11-1987 (RJ 8623); STS 4-9-1991 (RJ 6021); SAP Cádiz 21-3-1997 (ARP 677); SAP Barcelona 9-10-1998 (ARP 4975); SAP Las palmas 2-3-2001 (JUR 160683); SAP Tarragona 21-7-2004 (JUR 22403); AAP Madrid 19-06-2009 (ARP 893); AAP Cadiz 15-09-2009 (JUR 203206). De igual manera en la jurisprudencia colombiana podemos encontrar sentencias que exigen acudir a la *lex*

que debe acudirse a la *lex artis*. GÓMEZ RIVERO ha dicho que los comportamientos frente a los cuales puede formularse una pretensión jurídica de responsabilidad médica son aquellos en los cuales el médico contraviene las prácticas mínimas de conducta que le son exigibles; es decir, la *lex artis*¹⁶².

Antes de entrar a referirme propiamente a la *lex artis*, resulta importante subrayar la distinción que ROMEO CASABONA¹⁶³ realiza entre *lex artis* e indicación terapéutica¹⁶⁴, pues si bien advierte que se trata de dos conceptos diferentes entre sí, ambos logran complementarse, toda vez que un buen número de las indicaciones médicas son aplicables a la *lex artis*.

La indicación terapéutica consiste en una tarea de ponderación que el sanitario debe realizar del tratamiento que debe utilizar, identificando los beneficios y resultados lesivos objetivamente previsibles para la salud del paciente, de tal manera que esto le va a permitir al sanitario valorar la conveniencia o no de la aplicación de un tratamiento. Por su parte, la *lex artis* se refiere al método o procedimiento que debe seguirse. Por ejemplo a un paciente que le fue diagnosticada una hipertensión arterial se decide tratarlo con medicamentos –indicación terapéutica–, el médico tendrá que hacer uso de la *lex artis* para determinar la dosis y la frecuencia del suministro de estos. En este sentido, la realización de un procedimiento será correcto, conforme a la

artis: SCS 24-10-1995 (Proceso 9651); SCS 26-06-2002 (Proceso 13454); SCS 02-06-2004 (Proceso 21421); SCS 01-06-2005 (Proceso 22237); SCS 17-10-2007 (Proceso 24458); SCS 19-07-2007 (Proceso 23286); SCS 30-01-2008 (Proceso 28268); SCS 22-05-2008 (Proceso 27357); SCS 11-11-2009 (Proceso 32007).

¹⁶² GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 330.

¹⁶³ ROMEO CASABONA, *La actividad curativa*, 1981, 160 s.

¹⁶⁴ Prácticamente se trata de una diferenciación entre el qué y el cómo, es decir, mientras la indicación terapéutica define el tratamiento a seguir, la *lex artis* define la forma en que debe hacerse.

lex artis, cuando no sea contrario a la técnica establecida por la indicación. De ahí que la realización de una intervención técnicamente correcta sin existir la previa indicación no permite encuadrar esta operación como curativa ni, propiamente, como ajustada a la *lex artis*. En resumen, señala ROMEO CASABONA que “en el juicio objetivo de una medida médica o quirúrgica como tratamiento curativo son decisivos estos dos elementos, la indicación y la *lex artis*, que siendo distintos, se hallan en estrecha relación de dependencia. Relación que hay que extender al diagnóstico, el cual incide decisivamente en la ponderación de la indicación”¹⁶⁵.

En términos de la doctrina general, la *lex artis*¹⁶⁶ es conocida como el conjunto de reglamentaciones provenientes de pautas, protocolos, usos o costumbres de la vida social que regulan las actuaciones de profesionales en el ejercicio de su oficio¹⁶⁷, se exige por lo tanto, que los ciudadanos adecuen sus conductas a las reglas que se encuentran definidas en el ámbito social en el que se desempeñan, que por lo general se encuentran en normas no escritas provenientes de la común experiencia, de la práctica científica, de la técnica profesional o que podrían encontrarse también en normas escritas extrapenales, es decir, en leyes o reglamentos que regulan el tráfico, la fabricación de elementos tóxicos, producción de alimentos, la actividad médica, entre otros.

¹⁶⁵ ROMEO CASABONA, *La actividad curativa*, 1981, 161 s.

¹⁶⁶ Conocida también como: ley del arte, ley artesanal o regla técnica.

¹⁶⁷ V., entre otros, ROMEO CASABONA, *El médico*, 1985, 64; LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 499; FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, 1997, 471; GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos*, 2ª, 2004, 332; CORCOY BIDASOLO, *Delito imprudente*, 2ª, 2005, 78; DE LAS HERAS GARCÍA, *Estatuto ético-jurídico*, I, 2005, 85; QUINTERO OLIVARES, *PG*, 4ª, 2010, 377.

No obstante lo anterior, un concepto de *lex artis* en su sentido más amplio, es decir, entendida como norma consuetudinaria y que escasea en los textos legales¹⁶⁸, para la actividad médica resultaría bastante complejo y sería contradictorio con el aspecto normativo del deber objetivo de cuidado; así que, el fundamento normativo del deber de cuidado debe estar compuesto por normas jurídicas y técnicas que regulan la profesión sanitaria¹⁶⁹. Por lo tanto, en la *lex artis* médica, los usos y costumbres sociales no representan un concepto válido.

¹⁶⁸ DE LA FUENTE, *RChA* 2 (2000), 21.

¹⁶⁹ HAVA GARCÍA, *Imprudencia médica*, 2001, 56, considera que en la actividad médico sanitaria es imposible determinar legalmente estándares objetivos de cuidado; ello se justifica porque se trata de una actividad que se encuentra en continuo desarrollo científico, en la que existen además múltiples factores que inciden en la determinación de lo correcto en cada caso concreto. Agrega además que dicha regulación presentaría dos obstáculos insalvables: por un lado, la imposibilidad de mantener su vigencia si se tiene en cuenta la celeridad de los avances científicos, y, por otro lado, la imposibilidad de condensar todos los conocimientos de la ciencia médica en un solo precepto legal.

La *lex artis*¹⁷⁰ se encuentra sujeta a continuas variables que dependen de los avances científicos y las nuevas tecnologías. BOCKELMANN cit. por GARCÍA HERNÁNDEZ¹⁷¹, advierte que la *lex artis* es un concepto dinámico y evolutivo lo que exige al médico “un actuar de igual forma, es decir, adaptarse a esta evolución de la ciencia en forma diaria y constante, actualizando sus conocimientos científicos, técnicos y materiales, de conformidad al estado reconocido de la ciencia y por las academias científicas o similares”.

¹⁷⁰ Algún sector de la doctrina prefiere utilizar los términos estándar o fallo técnico. ROMEO CASABONA, *La actividad curativa*, 1981, 233, considera que el fallo técnico en Medicina supone un defecto en la aplicación de métodos, técnicas o procedimientos en las distintas fases de la actuación del médico. Contradiendo parcialmente a ROMEO CASABONA, VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2003, 95 s. prefiere hablar de estándar, pues considera que el término “fallo en el tratamiento” no se corresponde con el estándar de la ciencia médica, toda vez que esa expresión se encuentra desligada de cualquier sentido valorativo: “El concepto no representa más que la contradicción al estándar médico que provoca un resultado dañoso, lo que obviamente no supone todavía infracción imprudente” (...) “Por estándar médico, término que comienza a utilizar la doctrina jurídico-penal española y cuyo uso se halla ya generalizado entre los juristas alemanes, no se entiende nada distinto al ideal de comportamiento prudente y cauteloso de un miembro del contrato ámbito del tráfico jurídico, esto es, en referencia a la actividad médica, el estándar de un especialista (médico) experimentado. Constituye un sinónimo de lo que antaño se designaba como el ‘estado de la ciencia, lo que no debe interpretarse como aquello que es usual en el comportamiento médico, sino como categoría normativa identificada con el comportamiento reconocidamente correcto y necesario en la *praxis*. En este sentido, el término no tiene una distinta significación a uno cuyo uso es mucho más habitual entre nosotros, la denominada *lex artis*, que no representa más que el conjunto de reglas técnicas vigentes en la profesión médica”. Sobre el uso del término “estándar” véase también: SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas*, 1999, 45; HAVA GARCÍA, *Imprudencia médica*, 2001, 56; FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo*, 2001, 309. De todas formas, independientemente de las discusiones que surjan respecto de si debe llamarse estándar, fallo técnico, guías, etc., para efectos de este trabajo el término que se utilizará será el de *lex artis*, por ser el más común y genérico para las reglas técnicas de cuidado en la ciencia médica.

¹⁷¹ GARCÍA HERNÁNDEZ, *Derecho sanitario*, 2002, 26.

Lo anterior permite afirmar que en materia de responsabilidad médica, sería imposible que existiera un ordenamiento jurídico único; pero esto tampoco significa que, al ser la medicina una ciencia sometida a continuos cambios, al personal médico se le pueda someter a una inseguridad jurídica insalvable.

En las dos últimas décadas el legislador se ha venido preocupando constantemente por regular la actividad médica, estableciendo reglas de conducta médica, derechos de los pacientes, disposiciones sobre historia clínica, marcos regulatorios de asistencia médica, Código de Derecho médico,¹⁷² entre otros. Así, podemos encontrar cómo en España, si bien no existe un Código que regule toda la actividad sanitaria, existen una serie de normas –leyes y decretos– que procuran regular las prácticas médicas, entre los que vale la pena destacar: Ley 30 de 1979 -sobre extracción y trasplante de órganos-; Ley 14/1986 – Ley General de Sanidad-; RD 2409 de 1986 -sobre centros sanitarios acreditados dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo-; RD 411 de 1986 -por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos-; Ley 35 de 1988 -sobre técnicas de reproducción asistida-; ley 42 de 1988 -sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos-; Ley 41/2002 - reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica-; Ley 16/2003¹⁷³ – Sobre cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud-;

¹⁷² Como es el caso de Francia, Ley N° 2002-303, 4 de marzo de 2002.

¹⁷³ Quizá esta sea una de las más importantes, toda vez que dedica el capítulo VI de los once que contiene, a la calidad del sistema sanitario, y en el mismo se da una importancia capital a los criterios de valoración y de exigencia del sistema. Acoge el protocolo, aún sin utilizar esta terminología, como un instrumento fundamental para la realización de sus objetivos de calidad del sistema de salud. A tal efecto, en el artículo 59.2 a), se establece como elemento básico para la mejora de la calidad del sistema, la elaboración de normas de calidad y seguridad. Dichas normas contendrán los requerimientos que deben guiar los centros y servicios sanitarios para la realización de una actividad sanitaria de forma segura, refiriéndose en el apartado C, a

Ley 44/2003 –de ordenación de profesiones sanitarias; Ley 55/2003 – estatuto marco del personal estatutario de los servicios en salud-; Ley 25/2009 -de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios-; -RD 1718/2010 -sobre receta médica y órdenes de dispensación-; entre otras¹⁷⁴.

Sin embargo, no se deja de reconocer que las reglamentaciones hechas por el legislador en ocasiones van a presentar ambigüedades y pueden

las guías de práctica clínica y guía de práctica asistencial, que son descripciones de los procesos por los cuales se diagnóstica, trata o cuida un problema de salud.

¹⁷⁴ De igual manera, en Colombia podemos encontrar una grupo de normas que procuran regular las prácticas médicas; así por ejemplo hallamos normas de carácter general: Ley 14 de 1962 -regula la profesión médica-; Ley 23 de 1981 -Código de ética médica- y su Decreto reglamentario 3380 de 1981. Normas por especialidades: Ley 23 de 1.962 - Químico farmacéutico-; Ley 44 de 1.971 - Microbiología y laboratorio clínico-; Ley 73 de 1.979 - Nutrición y dietética-; Ley 9 de 1.976 -Fisioterapia-; Ley 6 de 1.982 -Instrumentador técnico-; Ley 31 de 1.982 -Terapia ocupacional-; Ley 58 de 1.983 - Psicología-; Ley 6 de 1.991 -Anestesiología- ; Leyes 36 de 1.993 y 841 de 2003 -Bacteriología-; Ley 266 de 1.996 -Enfermería-; Ley 372 de 1.997 -Optometría; Ley 711 de 2001-por la cual se reglamenta el ejercicio de la ocupación de la cosmetología y se dictan otras disposiciones en materia de salud estética-; Ley 657 de 2001 - Radiología; Ley 784 de 2002 -Instrumentador quirúrgico. Asimismo existen algunas resoluciones y decretos expedidos por el Ministerio de la protección social que regulan la actividad sanitaria: Resolución 13437 de 1991 -por la cual se constituyen los comité de ética y hospitalaria y se adopta el decálogo de los derechos de los pacientes-; Resolución 8430 de 1993 -por medio de la cual se establecen normas científicas, técnicas y administrativas para investigación en salud-; Resolución 1995 de 1999 - manejo de la historia clínica- modificada por resolución 1715 de 2005; Decreto 2200 de 2005 -por el cual se reglamenta el servicio farmacéutico y se dictan otras disposiciones. Prescripción de Medicamentos- Decreto 2323 de 2006 -por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 9ª de 1979 en relación con la Red Nacional de Laboratorios y se dictan otras disposiciones; Resolución 4796 de 2008 -por medio de la cual se reglamenta la atención por brigadas o jornadas de salud, se adoptan estándares de condiciones técnico científicas para la habilitación de unidades móviles acuáticas y se dictan otras disposiciones- ; Decreto 2376 de 2010 - Por medio del cual se regula la relación docencia -servicio para los programas de formación de talento humano del área de la salud-; entre otros.

llegar a constituir normas en blanco, pero esto no quiere decir que nos encontremos ante un vacío legal; tal y como afirma PELAYO GONZÁLEZ-TORRE¹⁷⁵, de lo que se trata más bien es de la remisión a una regulación diferente a la proporcionada por el legislador tradicional. “Una regulación surgida a partir del sector profesional médico”, por lo tanto, será el mismo personal sanitario quien se encargue de desarrollar la regulación de la normativa que debe inspirar la profesión médica¹⁷⁶, cuando no exista regulación proveniente del legislador o esta resulte confusa u obsoleta. Por lo tanto, lo más razonable en esos casos será acudir a los protocolos establecidos por las sociedades científicas del orden nacional¹⁷⁷ e internacional, por la Organización Mundial de la Salud¹⁷⁸, las guías clínicas y los protocolos de los hospitales, para así evitar la configuración de una continua indeterminación normativa; indeterminación que en última instancia, podría conducir a no saber específicamente qué puede constituir infracción del deber objetivo de cuidado, porque, si se acude a un marco global de todas las actuaciones médicas, el deber de cuidado en la actividad sanitaria podría estar compuesto por la vaguedad y la confusión.

Una de las ventajas que conlleva acudir a la *lex artis*¹⁷⁹ consiste en que permite prescindir de la apreciación subjetiva y conduce a que la

¹⁷⁵ PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, *Cuad. Bart.* 5 (1997), 38 ss.

¹⁷⁶ Véase PECES-BARBA MARTÍNEZ, *RDH* 2 (1993-1994), 318.

¹⁷⁷ De hecho el artículo 12 de la ley 23 de 1980 del Código de ética médica en Colombia exige que el médico solamente emplee medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas, salvo que se trate de una urgencia, donde se podrá acudir a la junta médica del hospital.

¹⁷⁸ En contra, ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia*, 2005, 209 ss., quien considera que una completa vinculación con la *lex artis* resulta incompatible con la libertad de técnica diagnóstica y de prescripción del tratamiento. Al respecto verse también en la jurisprudencia española, STS 08-06-1994 (RJ 1193); STS 25-05-1999 (RJ 811), entre otros. Sobre libertad de método, verse SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas*, 1999, 46 ss.

¹⁷⁹ Pero bajo el criterio limitado que se esta proponiendo.

conducta médica se compare con una conducta tipo o modelo que se toma como unidad de medida y que se supone es como hubiese actuado un profesional prudente y conocedor de la ciencia y técnicas exigibles en esas circunstancias en su profesión.

La *lex artis*¹⁸⁰ en materia sanitaria será entonces la aplicación de las reglas técnico-médicas a casos similares; es decir, se trata de la actuación conforme al cuidado debido, utilizando las normas, reglas técnicas y protocolos¹⁸¹ propios de los procedimientos que se utilizan en la ciencia médica.

Ahora bien, habrá que aclarar que en el contenido de la *lex artis* no hay lugar para las normas sobre deontología médica¹⁸², reglas relativas al

¹⁸⁰ V. SAP Cádiz 21-3-1997 (ARP 677); STS 23-06-2005 (RJ180630). Los tribunales españoles prefieren hablar de *lex artis ad hoc*, que se refiere a las normas que han de aplicarse en la actividad médica para el caso concreto, es decir, aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina -ciencia o arte médico- que tiene en cuenta las específicas características de su autor, de la profesión, la complejidad del acto y la trascendencia vital para el paciente y, en su caso, la influencia de factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria- para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal empleada.

¹⁸¹ Con los protocolos hay que tener una evidente precaución, pues, aunque facilitan la labor del juzgador al momento de identificar el estándar médico admitido, proporcionan mayor seguridad jurídica y otorgan un plus indiciario a la *lex artis*, en ocasiones podrían carecer de validez jurídica, ya que, debido a los avances de la medicina, rápidamente pueden convertirse en obsoletos o corresponder a intereses de índole distinta a la mejoría del paciente; por lo tanto, deben ser revisados y analizados con mucha cautela. Así lo señala RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 244 ss. (en prensa).

¹⁸² Sobre este asunto ha existido alguna discusión en la doctrina, pues, hay quienes ven necesaria la inclusión de normas deontológicas en la *lex artis*, por ejemplo, GARCÍA BLÁZQUEZ/MOLINOS COBO, *Manual*, 2ª, 1997, 18; CASTELLANO ARROYO, en: ROMEO CASABONA (coord.), *bioética*, 1998, 31 ss.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALRÉE, *Lecciones*, II, 1999, 177: “La complejidad de la

vida moderna ha llevado a que, en ciertas profesiones, por su trascendencia en ella, se contemple por los propios profesionales o técnicos una determinada regulación de su actividad que se contiene, por regla general, en códigos de ética profesional o que, sin encontrarse dentro de estos, se denominan simplemente reglas técnicas. El conjunto de estas reglas éticas y técnicas se denomina *lex artis* (...) Luego, quienes desarrollan tal actividad están también obligados a conocer dichas normas y a aplicarlas en su actividad profesional. Ellas, del mismo modo que los reglamentos, también contienen llamadas de atención y precauciones a implementar. Por esto, en el momento del enjuiciamiento de un comportamiento desarrollado en un ámbito profesional o técnico, si bien con carácter diferente al reglamento, pues éste tiene más valor en caso de conflicto ya que surge de la autoridad, se han de considerar también estas reglas éticas y técnicas.”; también en este mismo sentido MEIRELLES GOMES/DE FREITAS DRUMOND/VELOSO DE FRANCA, *Error médico*, 2002, 131. Mientras que otros, con quienes estoy de acuerdo, las excluyen, como por ejemplo: ROMEO CASABONA, *El médico*, 1985, 72 “No cabe la menor duda que el ejercicio de la Medicina implica frecuentemente decisiones, y acciones problemáticas y contrastables desde un punto de vista ético o deontológico. Para orientar a sus colegiados, el Consejo General de los Colegios Oficiales de Médicos de España elaboró y aprobó un ‘Código de Deontología Médica’ que fue refrendado por el Ministerio de Sanidad el 23 de abril de 1979. La utilidad de estas normas deontológicas como orientación al médico en su actuar profesional de carácter terapéutico es evidente. Incluso, alguna de sus prescripciones coincide con frecuencia con las líneas jurídicas general apuntadas (‘el médico tiene el deber y la responsabilidad de mantener actualizados sus conocimientos científicos y perfeccionar su capacidad profesional’, art. 29; ‘debe abstenerse de recomendar exploraciones y tratamientos innecesariamente...peligrosos’, art. 30; etc.). Sin embargo, hay que recordar que las normas éticas y jurídicas tienen un procedimiento de aplicación independiente, aunque frecuentemente coincidan en sus contenidos; pero en ningún caso puede fundamentarse una responsabilidad penal en normas éticas o deontológicas que no hayan recibido una plasmación jurídica neta”. En esta misma línea, también se puede encontrar a Agustín JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990; CHOCLAN MONTALVO, *Deber de cuidado*, 1998, 95; HAVA GARCÍA, *Imprudencia médica*, 2001, 54 s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, 2001, 308 s.; VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2003, 101 ss.; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 223 (en prensa).

deber de información clínica, ni sobre consentimiento¹⁸³, pues a lo que estas se refieren es a las relaciones que se deben guardar entre médico-paciente, pero no a la forma como deben llevarse de manera cuidadosa los procedimientos médicos en un caso concreto, que es lo que debe interesar en la *lex artis*¹⁸⁴. De tal manera que, la *lex artis* sólo va a estar compuesta por reglas técnicas que se expidan en materia sanitaria.

¹⁸³ Este asunto en particular, el deber de información y el consentimiento, se amplía en el capítulo sobre responsabilidad penal de la actividad psiquiátrica; por el momento se dirá que las razones que conducen a no considerarlos dentro de la *lex artis* obedece a que estas no forman parte de lo que se entiende por normas técnicas sanitarias, es decir, no hacen parte del conjunto de normas que regulan las actuaciones médicas para llevar a cabo una intervención sanitaria, mientras que el deber de información y el consentimiento son principios deontológicos que regulan la relación entre el médico y el paciente. No obstante, hay que aclarar que, salvo cuando se trata de información terapéutica, esta puede incluirse dentro de la *lex artis*, por cuanto guarda relación con las medidas terapéuticas que el paciente debe adoptar antes, durante y después de la intervención sanitaria y que tienen una relación directa con el tratamiento que se pretende aplicar o que se ha aplicado en el paciente para lograr su recuperación, como por ejemplo, seguir una dieta específica.

¹⁸⁴ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 223 s. (en prensa) realiza el siguiente comentario, el cual comparto plenamente debido a la naturaleza de la *lex artis* como norma de carácter eminentemente técnico, no descriptiva de datos genéricos del paciente, ni mucho menos éticas: “En mi opinión, la *lex artis*, definida como el conjunto de normas técnicas que rigen la actividad médico-sanitaria, no comprende normas de naturaleza deontológica, que en la mayoría de los casos regulan la función médica atendiendo a consideraciones de corte ético. Las normas éticas recogidas en códigos deontológicos tiene como finalidad primordial establecer las pautas de comportamiento del médico en relación con su paciente, en relación con otros profesionales sanitarios y con la propia profesión. Constituyen, en general, una declaración de principios que ordenan con carácter abstracto el quehacer del médico. Se refieren al secreto profesional, al modo en el que el profesional sanitario debe acercarse a la intimidad del paciente sin lesionarla, a la forma en la que debe gestionar la relación con el enfermo, a cuestiones de carácter económico, etc. Pero en un código deontológico no se recogen reglas de cómo actuar ante una operación de apendicitis, ante un enfermo que entra en un servicio de urgencias con un traumatismo craneoencefálico o ante un embarazo ectópico, por ejemplo. (...) En cuanto a la información al paciente, considero imprescindible atender a la realizada

Para ser coherente con la propuesta inicial, lo que aquí se sugiere es atender a un concepto limitado de *lex artis*. Las normas a las que se acuda para determinar el deber de cuidado, de acuerdo con la *lex artis*, deben estar positivizadas¹⁸⁵, bien sea a través del legislador, el ejecutivo, guías o protocolos provenientes por las sociedades científicas o comunidades sanitarias. Esta codificación escrita de reglas técnicas busca evitar la arbitrariedad de pericias individuales sobre la base de usos generalizados indemostrables; los instrumentos en los que se produce un proceso de reglas técnicas para el ejercicio de la profesión

para tratar de determinar qué clase de información puede integrar la *lex artis* y cuál debe quedar excluida. En mi opinión, la información terapéutica es parte integrante de la *lex artis*, por cuanto contiene prescripciones técnicas, referidas a la ejecución del tratamiento o a otro tipo de medidas médicas que el médico transmite al paciente delegando así la totalidad o una parte de la intervención sanitaria.. En contraposición, a diferencia de lo que considera un importante sector de la doctrina, la información clínica, base del consentimiento informado, no tiene cabida en la *lex artis*. La información clínica comprende datos descriptivos relativos al diagnóstico, pronóstico y tratamiento, previos a la ejecución de una intervención sanitaria, que tiene como finalidad permitir al paciente conocer su estado presente y el posible desarrollo futuro de su enfermedad para, a partir de ahí, adoptar una decisión sobre su salud o su vida, consensuada, en la medida de lo posible, con el cuerpo médico. Desde este punto de vista, la información clínica puede condicionar la intervención sanitaria, pero no incide en la práctica médica, que atenderá a las reglas de ejecución propia de la ciencia, ajena, en definitiva, al paciente. (...) En conclusión, con la expresión *lex artis* nos referimos a reglas técnicas sanitarias, de las que se excluyen las normas éticas y las reglas relativas al deber de información que grava al médico respecto a su paciente, así como el consentimiento que éste debe emitir como paso previo necesario a la intervención sanitaria”.

¹⁸⁵ En este sentido PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, 526 s., considera que para dotar de seguridad jurídica a actividades peligrosas como la medicina ó el trafico rodado, se hace necesario el establecimientos de códigos claros, precisos y concretos que definan las reglas de conducta que han de seguirse, los que a su vez, deberán ser realizados por quienes tienen la competencia debida, pues “hay importantes sectores (medicina...) en los que aún sigue operando en buena medida una normativa consuetudinaria. Ello, a pesar de las ventajas que en ocasiones comporta, tiene el grave inconveniente de no permitir fijar los estereotipos conforme a los cuales se enjuicia en principio la conducta del sujeto concreto actuante”.

sanitaria estarán compuestos por guías clínicas, protocolos producidos por las sociedades científicas, por los centros médicos y por los miembros de la comunidad científica¹⁸⁶.

Antes de finalizar con este tema, resulta conveniente discutir si la *lex artis* a la que se hace referencia deberá depender de la aceptación que las mayorías hacen de las normas técnicas¹⁸⁷; es decir, se trata de si hay que sacrificar el principio de la libertad de método, en virtud de aceptar lo que digan las reglas generales de las comunidades científicas¹⁸⁸. Por ejemplo MAURACH/GÖSSEL/ZIPF creen que sí, al considerar que la regla social exige un método de tratamiento generalmente reconocido; “Un médico que en general se oponga a la llamada *medicina de escuela* debe, especialmente frente a enfermedades que acarrear peligro de muerte, respetar la experiencia generalmente asegurada y utilizar los métodos de tratamiento aprobados, o bien suspender su tratamiento, con el fin de someter al paciente a aquel método”, y añaden: “En tales casos, el juez requiere siempre de la ayuda de un perito para establecer la vigencia de la respectiva regla social, a falta de un científico propio”¹⁸⁹, por lo que, la *lex artis* en materia sanitaria deberá comprender las reglas técnicas aceptadas por las mayorías de la comunidad de expertos y apartarse de ellas implicaría un indicio de imprudencia.

Tal y como se dijo antes, este criterio limita claramente el principio de la libertad de método, por lo que, otro sector de la doctrina como ROMEO CASABONA¹⁹⁰ cree que la *lex artis* no debe estar compuesta

¹⁸⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2003, 108.

¹⁸⁷ Cfr. VALENCIA PINZÓN, *RML 3* (Septiembre-Diciembre de 2001), 22 ss.

¹⁸⁸ A favor, entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado*, 1998, 170; GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos*, 2ª, 2004.

¹⁸⁹ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *PG*, 7ª, II, 1995, 151.

¹⁹⁰ ROMEO CASABONA, *El médico*, 1985, 70.

necesariamente por reglas aceptadas por la generalidad de ese sector profesional, sino que se debe respetar la libertad de método, en virtud del cual la responsabilidad imprudente del sanitario ha de realizarse huyendo de las generalizaciones, pues siempre será necesario hacer una individualizada reflexión sobre el concreto supuesto enjuiciado¹⁹¹.

A lo largo del desarrollo de este trabajo, se ha venido exponiendo que la medicina constituye una ciencia sometida a continuos cambios, no se trata de una actividad que permanece intacta en el tiempo, sino todo lo contrario, diariamente se advierten modificaciones; por lo tanto, iría en contra de la naturaleza misma de la medicina establecer reglas estratificadas e invariables¹⁹².

La jurisprudencia española¹⁹³, desde hace algunos años, ha tratado con bastante claridad este tema y ha advertido sobre la necesidad de apartarse de cualquier tipo de generalidades; lo importante será que el método que elija el médico no obedezca a sus caprichos personales, sino que su elección sea el producto de unas reglas técnicas vigentes derivadas de reflexiones de una comunidad científica mayoritaria o minoritaria con previa comprobación de que resulta ser el más eficaz y conveniente para el tratamiento que requiere el paciente.

¹⁹¹ QUINTANO RIPOLLÉS, *Culpa*, 1958, 511; CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad médica y psiquiatría*, 2ª, 1998, 43; FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, 1997, 471 s.

¹⁹² En este sentido Agustín JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 45.

¹⁹³ STS 17-07-1982 (RJ 4693); STS 05-07-1989 (RJ 6091); STS 13-11-1992 (RJ 9693); SAP Barcelona 9-10-1998 (ARP 4975); SAP Granada 12-11-1998 (ARP 5445); SAP Santa Cruz de Tenerife 10-09-1999 (ARP 2612); SAP Almería 27-04-2000 (ARP 1054); SAP A Coruña 29-04-2003 (ARP 623); APP Jaén 20-03-2006 (JUR 196260); APP Madrid 05-07-2007 (JUR 100961); APP Cádiz 12-11-2009 (JUR 202454).

Sobre esto último señala acertadamente RODRÍGUEZ VÁZQUEZ que el médico está obligado a aplicar el método que resulte especialmente eficaz en el caso concreto, pues, si existen dudas respecto de este y el sanitario utiliza otro, infringiría el deber de cuidado: “Sería pues contrario al deber de cuidado que el médico se sirviera de otro método sobre la base de su convicción particular o, en todo caso, sobre la correspondiente a un grupo minoritario, cuando esta, por las razones que fuere, todavía no ha alcanzado (o ya ha perdido) el grado de convicción intersubjetiva suficiente para producir, como mínimo, la duda en cuanto a las ventajas de su empleo en relación con el método dominante. Ahora bien, si existen dudas pueden darse los siguientes casos: en primer lugar, que ante ese supuesto de hecho sí exista un método reconocido por la comunidad científica y mayoritaria, junto con otros métodos minoritarios, pero que haya claridad sobre cuál de ellos puede ser el más adecuado. En segundo lugar, que en un supuesto concreto ante la variedad antedicha de métodos se haya demostrado la ineficacia de los métodos mayoritarios pero se desconoce cuál puede llegar a ser la eficacia de los métodos minoritarios y hasta sus efectos secundarios. En el primer caso, el médico debe seguir optando por el método mayoritario y sólo en el segundo caso puede escoger el método minoritario”¹⁹⁴.

De lo expuesto hasta el momento, me parece conveniente optar, por una postura intermedia; es decir, habrá que analizar la efectividad y ventajas que pueden ofrecer los métodos sugeridos por la comunidad científica, bien sea mayoritaria o minoritaria, por lo tanto, si existe contradicción entre estos, hay que analizar la prevalencia o no de los métodos; es decir, que si estamos ante técnicas que resultan idóneas para ambas partes, el facultativo tendrá que acudir a la técnica definida por las generalidades, si la técnica que es propuesta por la minoría no logra superar las ventajas ofrecidas por aquellas; pero si contrario

¹⁹⁴ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 230 s. (en prensa).

sensu, se demuestra que esta última resulta más adecuada, el médico deberá optar por su empleo. Ahora, en los casos en los que no se logre demostrar la eficacia de ninguna de las técnicas propuestas por la colectividad o por particulares, se sugiere acudir al método estipulado por las mayorías; pero, en aquellos eventos en los que se compruebe la ineficacia de los procedimientos establecidos por las generalidades y aunque se desconozca la efectividad de las técnicas minoritarias, el médico puede seleccionar estas últimas.

Como conclusión, considero que la *lex artis* será un elemento importante, como criterio indiciario, para analizar si el médico ha infringido el deber objetivo de cuidado en su actividad¹⁹⁵, siempre entendida aquella como norma técnica en sentido estricto; sin embargo, no se debe olvidar que, si bien los procedimientos que se siguen para tratar una determinada patología reportan situaciones similares, ello no quiere decir que sean idénticas o iguales; por lo tanto, tal y como advierte MARTÍNEZ-CALCERRADA¹⁹⁶, además de la aplicación de la *lex artis* es necesario tener en cuenta en cada caso concreto las diversas circunstancias con las que se encuentre el facultativo al momento de realizar una intervención, tales como: material, personal, urgencia, tiempo, complejidad, lugar, estado del paciente, la organización sanitaria, entre otros¹⁹⁷. Sólo la conjugación de estos aspectos va a

¹⁹⁵ Sin embargo, el criterio de imprudencia médica no se verá configurado por el hecho de que el médico se aparte de la *lex artis*, pues esto sólo consistiría en un mero indicio de la infracción del deber de cuidado. Así CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado*, 1998, 51: “El apartamiento de las reglas científicas (vigentes al tiempo de la acción) establecidas por una comunidad de expertos no da lugar sin más a la creación de un riesgo no permitido, aunque, como se dijo la contradicción –en supuestos típicos- de esas reglas técnicas vigentes en el momento de la actuación del profesional y resultado de un elaborado proceso de discusión científica constituirá un indicio de actuación contraria al deber (*lex artis* como regla sobre la carga de la prueba)”.

¹⁹⁶ MARTÍNEZ-CALCERRADA, *Derecho médico*, I, 1986, 211.

¹⁹⁷ Sobre este punto ha considerado RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 239 s. (en prensa), que “(...) en este mismo sentido hay que advertir

modular la medida del cuidado debido, por lo que no es de extrañar que en el ámbito médico se afirme que “cada acto es una ley”, hasta el punto que será cada actuación la que conforme su propia autorregulación, dependiendo de las circunstancias que se presenten en cada caso en concreto¹⁹⁸, pero sin que ello implique tal y como se ha venido dejando sentado que el médico se deba abstener de observar las reglas de la *lex artis*.

E) Imprudencia profesional

El Código penal español ha establecido desde hace varios años y ahora de manera específica desde la expedición de la actual legislación penal

que la *lex artis* permite identificar el fallo técnico desde el punto de vista estrictamente médico, por lo que su determinación corresponde a los expertos en esa materia (en un proceso judicial habrá que atender al médico forense o a los peritos médicos designados para cada caso); sin embargo, la constatación del fallo técnico no implica ninguna valoración jurídica del acto médico y, menos aún, una valoración jurídicopenal. La valoración jurídica del acto médico, es decir, la apropiación de la corrección o incorrección desde el punto de vista del Derecho penal de la conducta del profesional sanitario en un caso concreto, corresponde única y exclusivamente al juez. El órgano judicial tendrá que ponderar, además de la *lex artis*, otras circunstancias que rodean el caso y que sumadas de forma razonada darán lugar al deber de cuidado; es decir, al parámetro jurídicopenal con el que comparar la conducta realizada y concluir si ha existido o no imprudencia. La *lex artis* habrá de ser enfrentada ante las propias características del paciente objeto de atención sanitaria, ya que no es lo mismo el estudio abstracto de la enfermedad que su manifestación en la persona concreta. Es necesario tener en cuenta otros muchos factores que pueden incidir en la actuación médica, como la urgencia de la intervención, el grado de complejidad, así como los factores de tiempo y lugar, que se revelan en las condiciones sociales, económicas, culturales y hasta religiosas del enfermo o del medio en el que va a ser atendido. En definitiva, la *lex artis*, regla pensada en abstracto, se encuentra con las circunstancias de cada caso como obstáculo que impide su identificación automática con el deber de cuidado jurídicopenalmente relevante”.

¹⁹⁸ En este sentido, entre otros, GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 340 s.

una particular graduación de la imprudencia grave o temeraria, a través la fijación de una circunstancia de agravación punitiva para los profesionales, cuando el resultado lesivo de su comportamiento sea atribuible a una imprudencia profesional¹⁹⁹. Por lo tanto, en la legislación española encontramos una figura denominada: imprudencia profesional.

Sin embargo, el legislador español ha dejado al arbitrio del operador jurídico la interpretación de lo que pueda llegar a entenderse por imprudencia profesional, al no especificar a que tipo de actuación debía aplicarse el elemento de agravación punitiva. Lo anterior ha propiciado que el Tribunal Supremo español²⁰⁰ haya procurado justificar su

¹⁹⁹ Desde la revisión del Código penal en 1963 y hasta la reforma penal de 1995, la imprudencia profesional se describe como “impericia o negligencia profesional”, determinando una agravación de la pena privativa de la libertad prevista para la imprudencia temeraria en caso de que se produjera muerte o lesiones graves. A partir del Código penal de 1995 se suprime la agravación de la pena privativa de la libertad y se modifica por la aplicación de otra sanción principal que acompaña la ya establecida para la imprudencia grave; es decir, la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por una duración que varía dependiendo del resultado producido: de tres a seis años en el caso de homicidio; de uno a cuatro años si se producen lesiones; de uno a tres años si el resultado ha sido de aborto; y finalmente de seis meses a dos años si se le han ocasionado lesiones al feto.

²⁰⁰ Tal y como advierte FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, 1997, 463 s., “la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el campo de la responsabilidad profesional puede ser criticada por falta de coherencia interna, y porque además, y en mi opinión, confunde, -aun cuando la cuestión sea semántica- los términos: 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. Posiblemente la raíz de la actuación del Tribunal Supremo es la dificultad de precisar todas las graduaciones que la legislación le impone entre ‘culpa civil, imprudencia simple, imprudencia temeraria e imprudencia profesional’. Hoy en día se ha simplificado la situación al desaparecer un delito de imprudencia, pero sigue habiendo dos tipos penales, además de una culpa civil y de la propia imprudencia profesional, lo que, en mi opinión, complica la situación y obliga al Juez a hacer filigranas para buscar la clasificación y

inclusión en el Código penal y mediante múltiples pronunciamientos ha intentado diferenciar entre “imprudencia profesional” y “del profesional”; sin embargo, en algunas sentencias la confusión y la incoherencia conceptual es evidente, llevando a establecer en ocasiones penas injustas y desproporcionadas para los profesionales de la salud. Esta agravante que propone el legislador español hace más compleja la determinación del deber objetivo de cuidado y conductas similares de los sanitarios reciben respuestas jurídico-penales diferentes²⁰¹.

a) El tratamiento legislativo de la figura de la imprudencia profesional en España

En la legislación española, específicamente en el Código penal de 1944 se estableció por primera vez la figura de la imprudencia profesional²⁰².

diferenciación entre las distintas figuras de imprudencia, por lo que la crítica expuesta no es sólo achacable a la jurisprudencia sino, al final, al legislador, que obligar a efectuar una graduación –con el nuevo Código Penal– de cinco categorías no dolosas en un profesional en el Código Penal (actos no culposos, culpa civil, falta cometida por imprudencia, delito cometido por imprudencia y delito cometido por imprudencia profesional), lo que es bastante difícil de conseguir (...) Pero sigue siendo atribuible a la jurisprudencia (apoyada, ciertamente, por parte de la doctrina jurídica existente) el convertir –lo que no era necesario e infringiendo, posiblemente, la intención original del legislador– la imprudencia profesional en un subtipo más. De tal forma que el Juez parece necesitar, más que una vara, un centímetro para medir las distintas conductas y encasillarlas en los grupos existentes, con lo que el Derecho parece en estos momentos tomar el relevo de la moral, en cuanto al casuismo que tanto se ha criticado”

²⁰¹ Así también, por ejemplo HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, 2002, 183.

²⁰² Esta figura es completamente desconocida en Colombia. Lo que más pudiera aproximarse a ella y sólo por la circunstancia de agravación es la pena de inhabilitación en el ejercicio de la actividad sanitaria, sería la descripción contenida en el artículo 126 del Código penal –Ley 599 de 2000–: “Artículo 126. Lesiones culposas al feto: Si la conducta descrita en el artículo anterior se realizare por culpa, la pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses./ Si fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término.” Sin embargo, repito no se trata propiamente de la figura de imprudencia profesional de la que se habla en el CP español, toda vez que en

En el artículo 565²⁰³, párrafo 5º, se recogían tres modalidades agravadas de imprudencia, que no alcanzaban sino a las conductas llevadas a cabo por los conductores de vehículos a motor²⁰⁴: una agravación de carácter administrativo que consistía en la privación del permiso de conducción, otra agravación de la pena privativa de la libertad prevista para el delito común cuando el conductor produjere la muerte o lesiones graves para el peatón, y una última que aumentaba la pena en uno o dos grados más, cuando a juicio del Tribunal los daños causados fuesen de extrema gravedad, evento en el que además se suspendía definitivamente el permiso de conducción²⁰⁵.

la legislación colombiana no se está midiendo el grado de la infracción del deber de cuidado, sino que se adiciona una pena principal además de la privativa de la libertad, cuando el médico culposamente ha producido lesiones al feto, con independencia de la gravedad de la conducta presentada por el sanitario.

²⁰³ Este artículo establecía lo siguiente: “El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare malicia, constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor./ Al que con infracción de los reglamentos, cometiere un delito por simple imprudencia o negligencia, se impondrá la pena de arresto mayor. (Arts. 586. 3º y 600.)/ En la aplicación de estas penas procederán los Tribunales a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 61./ Lo dispuesto en los dos primeros párrafos de este artículo no tendrá lugar cuando la pena señalada al delito sea igual o menor que las cometidas en los mismos, en cuyo caso los Tribunales aplicarán la inmediata inferior a la que corresponda en el grado que estimen conveniente./ Toda infracción sancionada en este artículo cometida con vehículos de motor llevará aparejada la privación del permiso para conducirlos por tiempo de uno a cinco años. Cuando se produjere muerte o lesiones graves a consecuencia de impericia o negligencia profesional, se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en este artículo, pudiéndose aumentar dichas penas en uno o dos grados, según los casos, a juicio del Tribunal cuando los daños causados fuesen de extrema gravedad, teniendo en este caso carácter definitivo la retirada del permiso de conducción. En ningún caso se impondrá pena que resultare igual o superior a la que correspondería al mismo delito cometido intencionalmente.”

²⁰⁴ GUIASOLA LERMA, *Imprudencia profesional*, 2005, 3.

²⁰⁵ Esta calificación de la conducta que hizo el legislador en aquella época donde sólo agravaba las conductas llevadas a cabo por los conductores, recibió en su momento una fuerte crítica de QUINTANO RIPOLLÉS, *Culpa*, 1958, 542, quien expreso su

No obstante, lo insatisfactorio de esta concepción de la imprudencia profesional dirigida única y exclusivamente a agravar la conducta de los conductores de vehículo motor dejando fuera otras profesiones que también pudiesen causar también graves daños para los bienes jurídicos condujo a que legislador español, mediante Decreto 691/1963, de 28 de marzo, por el cual se aprueba el texto revisado de 1963 del Código penal, modificase el nº 5º del art. 565 y extendiese el ámbito de aplicación de la imprudencia profesional a todos los sectores profesionales²⁰⁶. Posteriormente y hasta la entrada en vigor del actual CP de 1995 –LO 10/1995– no se estableció ninguna otra modificación al párrafo 5º del artículo 565.

La actual codificación penal presentó una profunda modificación en la regulación del delito imprudente, se pasa del concepto de *numerus*

descontento frente a que esta regulación sólo estuviese dirigida a los conductores de vehículo motor: “En el caso del Código español, reformado a los cuatro años de hacerse tan importante abolición en el de Alemania, la agravación es todavía menos comprensible, por cuanto no alcanza, como era el caso en el antiguo alemán, a toda conducta profesional, cargándose exclusivamente sobre los conductores de vehículos, sin razón plausible para ello, a no ser la meramente episódica y oportunista de la frecuencia de los accidentes de tráfico. La verdad es que fuera de ella no se alcanza el motivo de por qué otros profesionales, médicos, arquitectos o conductores de trenes, pongo por caso, no han de sufrir idénticas agravaciones en sus propias culpas, siendo así que en no pocas ocasiones los resultados de ellas son harto más catastróficas y espectaculares que las determinadas por lo vehículos de motor. Así resulta que por una inexplicable inquina del legislador contra este medio de locomoción, una imprudencia temeraria de un conductor de tren que determine una docena de muertes, podrá ser castigado con pena menor, pero obligadamente en su grado máximo para el taxista, que por añadidura ha de sufrir la sanción complementaria de la retirada del permiso de conducción, no impuesta al maquinista.”

²⁰⁶ Quedando redactado de la siguiente manera: “Cuando se produjere muerte o lesiones graves a consecuencia de impericia o negligencia profesional se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en este artículo. Dichas penas se podrán elevar en uno o dos grados, a juicio del Tribunal cuando el mal causado fuere de extrema gravedad”.

apertus al de *numerus clausus*; es decir, de una amplia regulación de los delitos imprudentes sobreviene una pormenorizada y concreta definición de los supuestos punibles²⁰⁷. De esta manera el CP define expresamente las conductas imprudentes punibles²⁰⁸ que afectan a los profesionales²⁰⁹ en los artículos 142.3 –homicidio imprudente–²¹⁰, 146

²⁰⁷ Esta disposición queda claramente definida en el artículo 10: “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley”. Sin embargo, es el artículo 12 el que establece específicamente este nuevo precepto, así: “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”.

²⁰⁸ Este nuevo sistema de imprudencia se limita, en términos generales, a las formas de imprudencia grave, con la excepción de la imprudencia leve tipificada en los artículos 621.2 y 621.3 que únicamente puede dar lugar a una falta y a un supuesto de imprudencia grave constitutivo de falta; pero que no admite la pena de inhabilitación profesional al no ser establecida para este caso por el legislador; por lo tanto en la falta no será necesario la distinción entre imprudencia profesional y de profesional. La imprudencia grave ha venido equiparándose de acuerdo con la doctrina mayoritaria a la imprudencia temeraria; es decir, como la no observación de las más elementales reglas de cuidado o como la omisión de la diligencia más elemental. Cfr. GUIASOLA LERMA, *Imprudencia profesional*, 2005, 24.

²⁰⁹ No obstante, la lista de delitos y faltas imprudentes en el CP español es mucho más amplia y abarca también sujetos activos indeterminados con independencia de su profesión, así: arts. 142.1; 142.2 –homicidio–; 146 párrafo 1º -aborto–; 152.1,152.2 – lesiones–; 158 párrafo 1º -lesiones al feto–; 159.2 –alteración del genotipo–; 188.4 c) – prostitución y corrupción de menores–;220.5 –sustitución de un niño por otro–; 195.3 –omisión del deber de socorro–; 267 –daños–; 301.3 –blanqueo de bienes o capitales–; 317 –faltas de medidas de seguridad en el trabajo–; 324 –daños al patrimonio histórico–; 331-delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente–; 344 – delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes–; 347 –estragos–; 358 –incendio; 367–delitos contra la salud pública–; 380,381, 382 –delitos contra la seguridad vial–; 391 –falsedad de autoridad o funcionario–; 447 –prevaricación–; 467.2 párrafo 2º –deslealtad profesional–; 532 –delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad–; 576 bis.2 –financiación del terrorismo–; 601 – descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional–; 615 bis. 2 –delitos de genocidio, lesa humanidad, contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado–; 621.1, 621.2, 621.3 –faltas por imprudencia–.

párrafo 2º –aborto–²¹¹, 152.3 –lesiones–²¹², 158 párrafo 2º –lesiones al feto²¹³–. A parte de los hechos constitutivos de delito, en el ámbito de la imprudencia médica el legislador consagra las faltas contra las personas en los arts. 621.1²¹⁴, 621.2²¹⁵ y 621.3²¹⁶ del CP, pero que a diferencia de los delitos que traen como sanción principal la pena privativa de la libertad y la inhabilitación del ejercicio de la profesión, las faltas sólo son castigadas con la pena de multa²¹⁷.

²¹⁰ “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.”

²¹¹ “Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años”.

²¹² “Cuando las lesiones fueren cometidas por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a cuatro años”.

²¹³ “Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años”.

²¹⁴ “1. Los que por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en el apartado 2 del artículo 147, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.”

²¹⁵ “Los que por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.”

²¹⁶ “Los que por imprudencia leve causaran lesión constitutiva de delito serán castigados con pena de multa de 10 a 30 días”.

²¹⁷ DE VICENTE REMESAL/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *LH- N. Barbero*, 2007, 158, refiriéndose a esta consagración legal de las faltas en las que puede incurrir el médico, han expuesto acertadamente lo siguiente: “Si la imprudencia profesional se considera un *plus* respecto de la imprudencia grave, es un contrasentido hablar de imprudencia leve profesional. No obstante, como acabamos de ver, en las faltas hay casos de imprudencia grave, con lo que, en principio cabría admitir las posibilidad de la ‘falta de imprudencia profesional’. Lo cierto es, sin embargo, que el legislador cierra tal posibilidad porque en la falta no prevé la pena de inhabilitación profesional. En consecuencia lo único que se tipifica en el art. 621 es la ‘falta de imprudencia del profesional de la medicina’ ”.

La actual codificación, no sólo introdujo cambios respecto de la enumeración cerrada y legal de las figuras delictivas imprudentes, sino que también añadió en los artículos antes mencionados una pena de inhabilitación especial para el desempeño de profesión, cargo u oficio cuando las conductas de homicidio, aborto, lesiones y lesiones al feto, sean cometidos en virtud de negligencia profesional²¹⁸; es decir, que lo que hizo el legislador fue traer la figura consagrada en el artículo 565 de la anterior codificación a comportamientos específicos que sólo pueden ser desarrollados por un sujeto activo calificado, es decir, por los profesionales.

Frente a esta regulación que trae el Código penal de 1995, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ²¹⁹ ha dicho que se alcanzan a vislumbrar dos importantes modificaciones que hacen más gravosa la conducta del profesional de la salud. Así, el primer cambio que se presenta se da en relación “con conductas que afectan de forma especial a los profesionales de la sanidad que antes quedaban al margen de dicha agravación o incluso de la esfera de lo típico. Así junto con el homicidio y las lesiones, se extiende dicha agravación al aborto imprudente y las lesiones al feto cometidas por imprudencia. El primero de ellos no se encontraba entre los supuestos contemplados en el párrafo 2º del art. 565 CP 1944/1973 susceptibles de tal agravación. El segundo simplemente no estaba tipificado”. Asimismo, la otra reforma importante obedece a la adición de la inhabilitación para el ejercicio profesional; es decir, además de la agravación de la pena privativa de la libertad que se preveía para la imprudencia temeraria en el CP 1944/1973, se añade junto a aquella como pena principal la inhabilitación profesional.

²¹⁸ TENA ARAGÓN, *CDJ* (2005), 87 ss.

²¹⁹ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 53 (en prensa).

b) El tratamiento jurisprudencial de la imprudencia profesional

Atendiendo a que el legislador español, desde el momento en que reguló la imprudencia profesional, sólo se limitó a clasificarla como parte de la imprudencia temeraria –ahora imprudencia grave–, sin definir que podría entenderse por aquella y dejando esta decisión en manos del juez, la jurisprudencia del TS y las AP tratando de resolver este legado, han emitido múltiples pronunciamientos²²⁰ procurando distinguir que debe entenderse por culpa del profesional y culpa propiamente

²²⁰ A modo de ejemplo, se pueden citar las siguientes: STS 16-06-1972 (RJ 3152); STS 29-05-1973 (RJ 2467); STS 04-05-1974 (RJ 2083); STS 23-02-1979 (RJ 728); STS 20-04-1979 (RJ 1738); STS 26-06-1980 (RJ 2997); STS 25-11-1980 (RJ 4556); STS 05-02-1981 (RJ 491); STS 17-06-1982 (RJ 4693); STS 18-06-1982 (RJ 3546); STS 21-02-1986 (RJ 910) específicamente en esta sentencia ha dicho: “Hay que distinguir *entre la culpa* del profesional que es imprudencia o negligencia comunes cometidas por el mismo, en el ejercicio de la profesión y *la culpa profesional* que es la impericia, ineptitud o ignorancia, es decir falta de los conocimientos básicos y elementales propios de su técnica o ciencia, que puede ser de origen, o bien incurriendo en ella por olvido o falta de ejercicio, de práctica o de perfeccionamiento posterior. En la primera, se encuentra el sujeto en posesión de los conocimientos suficientes, pero obra con abandono o descuido, en la segunda se ha producido una impericia por los factores ya señalados u otros semejantes que puedan concurrir”; STS 27-05-1988 (RJ 3849); STS 17-03-1989 (RJ 2688); STS 05-07-1989 (6091); STS 15-01-1990 (RJ 313); STS 05-11-1990 (RJ 8667); STS 28-12-1990 (RJ 10102); STS 07-03-1991 (RJ 1927); STS 04-07-1991 (RJ 6021); STS 18-11-1991 (RJ 9448); STS 16-12-1991 (RJ 9319); STS 23-04-1992 (RJ 6783); STS 21-04-1992 (RJ 3174); STS 26-04-1994 (RJ 3357); STS 05-04-1995 (RJ 2882); STS 30-01-1996 (RJ 189); STS 08-05-1997 (RJ 4038); STS 03-10-1997 (RJ 7169); SAP Murcia 25-02-1998 (JUR 98105); SAP Segovia 22-11-1998 (ARP 5814); SAP Islas Baleares 03-03-1999 (ARP 1207); SAP Toledo 05-05-1999 (ARP 1684); SAP Tarragona 28-06-1999 (ARP 3286); SAP Madrid 27-01-2000 (ARP 298); SAP Santa Cruz de Tenerife 25-02-2000 (ARP 22); SAP Murcia 01-03-2000 (ARP 2210); STS 26-02-2001 (RJ 1340); SAP Madrid 26-03-2002 (ARP 438); AAP Castellón 25-04-2002 (JUR 158621); STS 15-10-2002 (RJ 9907); AAP Girona 09-06-2002 (JUR 247100); SAP Sevilla 14-06-2003 (ARP 639); AAP Barcelona 31-01-2004 (ARP 99); SAP Toledo 23-04-2004 (ARP 408); AAP Guadalajara 10-03-2005 (ARP 90); AAP Castellón 27-11-2007 (ARP 331); AAP Madrid 26-11-2008 (ARP 174).

profesional; sin embargo, pese a los esfuerzos de la jurisprudencia española, tal y como se advirtió al inicio de este tema, es evidente que existen serias y claras contradicciones entre las diferentes decisiones, y por ende, al faltar unanimidad de criterios, ello ha conllevado a que se profirieran sentencias que si bien presentan situaciones similares, las sanciones penales son completamente diversas. Por lo tanto, a continuación veremos una serie de fallos que dejan serias dudas acerca de cuál es la doctrina asumida por los tribunales, así como la naturaleza y contenido de la imprudencia profesional.

Los primeros fallos emitidos por el TS²²¹ apuntaban a que la imprudencia profesional²²² debía ser entendida como aquel comportamiento llevado a cabo por un sujeto en el ejercicio de su actuación profesional, de la que hace su medio de vida ordinario y dedicación laboral; es decir, para que la imprudencia tuviese el calificativo de profesional, se requerían tres requisitos según el TS: la posesión de un título profesional²²³, el ejercicio habitual de la actividad

²²¹ Verse por ejemplo: STS 25-04-1956 (RJ 1281); STS 09-06-1956 (RJ 2060); El TS, STS 22-10-1958 (RJ 3220), para apreciar la culpa profesional simplemente exigía “que el sujeto activo realice los actos en el ejercicio de su profesión de la que hace su medio de vida ordinario y dedicación laboral”

²²² Al respecto, LUZÓN DOMINGO, *Culpa penal*, II, 1960, 105, señalaba que la negligencia profesional no era otra cosa que cualquier clase de imprudencia, toda vez que esta tiene un aspecto pasivo, que referida a los que en el ejercicio de cualquier arte, industria o profesión, de que hacen un medio principal, pero habitual de vida, faltan a las reglas de precaución exigidas en el ejercicio de su actividad; por lo tanto, la imprudencia profesional será toda culpa jurídico penalmente relevante, “y, como toda imprudencia, como toda conducta culposa, implica una dejación de medidas de precaución, un dejar a un lado la mesura y el buen juicio necesarios para evitar el mal y alcanzar el bien, siempre que hablemos de culpa penal, en el ejercicio de una profesión, podremos hablar también de negligencia profesional”.

²²³ Sin embargo, posteriormente el TS emite nuevos fallos contrariando esta tesis pues no limita la imprudencia profesional a la simple posesión de un título. Por ejemplo STS 23-04-1992 (RJ 6783): “El carácter profesional de la imprudencia, por otra parte, no se debe entender de una manera puramente formal y por lo tanto limitada al

y que esta constituyera el medio de subsistencia del sujeto; por ejemplo, si el comportamiento descuidado provenía de una matrona de pueblo (que nunca ha obtenido el título) que en un parto ha causado la muerte de un bebé, no se le aplicaría la agravante por imprudencia profesional, toda vez que carece del título, pese a que esta actividad fuese su modo de vida ordinario y su actividad habitual.

Posteriormente la doctrina del TS superando esta primera concepción que se fijaba tan sólo en la condición profesional del agente, distingue a partir de la sentencia del 22 octubre de 1958²²⁴, entre la culpa del profesional y la culpa profesional, indicando que la primera no es sino la imprudencia o negligencia común cometida por el agente en el ejercicio de su arte u oficio, y la segunda, es decir, la culpa propiamente profesional, es simplemente la impericia²²⁵, “además de hacer el sujeto modo de vivir de su profesión, incurre en una notoria vulneración de la

ejercicio de una profesión titulada. Naturalmente que el otorgamiento de un título profesional es suficiente para estimarla, pero ello no significa que queden fuera de una protección penal más elevada otros ámbitos de actividad social más o menos constante que, por sus características, requieren especiales conocimientos y capacidades como consecuencia de los bienes jurídicos que pueden llegar a ser afectados. Desde este punto de vista, la culpa profesional no se puede limitar ni a las profesiones tituladas ni a la impericia, toda vez que la finalidad del reproche más elevado es precisamente una mayor protección de los bienes jurídicos, afectados por actividades que requieren un cuidado especial en su ejercicio. En tal sentido no cabe duda que quien asume como forma habitual de sus ocupaciones el comercio, especialmente en el campo de la alimentación, ejerce una actividad que no sólo requiere una pericia, sino también una prudencia especial.”

²²⁴ (RJ 1958\3320)

²²⁵ RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *PG*, 18^a, 1995, 489, han significado que la impericia “consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de una profesión o arte. La fuente de la impericia puede estar, bien en la total falta de conocimiento (ignorancia), bien en un error en el juicio (diagnóstico equivocado de un médico, por ejemplo), bien en la defectuosa ejecución del acto (inhabilidad, torpeza, ineptitud). La impericia requiere que el sujeto posea un título profesional; si no lo tiene no se podrá hablar de impericia ‘profesional’. Por consiguiente, la impericia es siempre una culpa profesional.”

lex artis o del reglamento que gobierna su actividad, desmintiendo así la presunta capacidad y competencia que le concede la habilitación oficial para la práctica de su oficio; pero cuya naturaleza es mucho más difícil de captar en su otra rama de negligencia profesional en confrontación con la imprudencia temeraria de la que viene a ser su subespecie agravada, entendida ésta no de modo cuantitativo sino cualitativo, de modo que como viene enseñando un sector de la doctrina científica, se trata de la especie de una «imprudencia funcional», de una especial transgresión de deberes técnicos que sólo al profesional competen, estén o no reflejados en el estatuto gobernador de su actividad”²²⁶. Tal y como expone MARTÍNEZ PEREDA, si en un principio se utilizó la agravación bajo el rigor objetivo de ser aplicado a cualquier profesional que infringiera las normas de cuidado de su profesión, con este pronunciamiento se observa como la jurisprudencia ha restringido el concepto, refiriéndolo más en concreto a la imprudencia misma y no a la condición del sujeto²²⁷. Así entonces la culpa del profesional será aquella que vulnera las reglas propias de la *lex artis*, mientras que la culpa profesional será aquella que vulnera la *lex functionis*²²⁸.

No obstante, el TS no ha sido claro al establecer cuáles son los límites para definir cuándo nos encontramos frente a una conducta que

²²⁶ Tomado de la STS 05-11-1990 (RJ 8667).

²²⁷ MARTÍNEZ-PEREDA, *Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 1985, 52 s.

²²⁸ Así, en la STS 29-12-1975 (RJ 1975\4979), se advierte que para su aplicación se requiere una plural exigencia: 1.º En cuanto al sujeto activo, la realización de los actos negligentes en el ejercicio de su profesión, de la cual hace su medio de vida ordinario y de dedicación laboral. 2.º Respecto a la conducta, que sea perteneciente a la serie de actos que de manera habitual se exigen y practican por los profesionales del ramo. 3.º Sobre el resultado, siendo preciso la producción de muerte o lesiones graves –esto en los tipos de entonces–. 4.º En cuanto a la culpabilidad es preciso que el resultado se produzca a consecuencia de impericia o negligencia profesional, incompatibles con la profesión, practicándola con manifiesta peligrosidad, caracterizada por un plus de culpa sobre la temeraria. 5.º La apreciación de tales factores ha de realizarse con criterio de relatividad, ponderando en todo caso circunstancias, personas, actividad profesional desarrollada.

infringe normas comunes que realiza el sujeto mientras ejerce la profesión y cuando frente a una imprudencia que desata impericia, pero la situación se hace más grave aún porque no existen parámetros claros que permitan diferenciar entre la imprudencia temeraria y la negligencia o impericia profesional.

La jurisprudencia del TS ha indicado que no siempre que exista una vulneración grave a las reglas de cuidado por parte del profesional de la salud que se califique como imprudencia temeraria, esta por ese sólo hecho va a recibir el tratamiento de impericia o negligencia profesional²²⁹. Así lo estableció por ejemplo en STS 26-06-1980^{230 231},

²²⁹ Sin embargo, existen otros pronunciamientos completamente contrarios en los que parece que el Tribunal aplica la circunstancia de agravación sólo por el hecho de que el comportamiento provenga de una imprudencia temeraria; así por ejemplo: STS 05-02-1981 (RJ 491): “Que en el segundo motivo del recurso, primero de fondo, articulado al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la L. E. Crim. se denuncia la indebida aplicación del art. 565, párr. 1.º del C. P., en relación con el art. 420 núm. 2.º del mismo Cuerpo legal, como si de la declaración de hechos declarados probados no apareciera con toda evidencia la comisión de un delito de imprudencia con resultado de lesiones graves cometido por negligencia profesional que no se habría efectuado si el procesado, médico cirujano del Hospital en que fue ingresada la niña al causarse las lesiones que se dice en el «factum» y a la que operó en el mismo día, al presentarse a los dos siguientes de la operación con una rápida alteración de su estado general, con todos y cada uno de los síntomas generales y locales de la gangrena, en lugar de explorar técnicamente y de «visu» la herida, se limitó a recetar «Acetuber» porque el análisis de orina practicado el día anterior dio una cruz de acetona, falta de celo y negligencia que produjo el error de diagnóstico, error que habría evitado procediendo de aquél modo correcto y volviendo a visitar a la enferma en el mismo día para estudiar la evolución de la alteración sufrida, ya que permaneció en el Hospital hasta las primeras horas de la tarde del repetido día -sábado 6 agosto-, en que la familia estaba requiriendo constantemente la presencia de algún facultativo ante la agravación del estado de la enferma, hasta que fue atendida por el médico de guardia, y al ser avisado el domingo por éste dándole cuenta de lo ocurrido para que acudiera al Hospital, al apreciar que la herida olía mal, levantó el apósito, viendo el estado de tumefacción en sus bordes, y sospechando se encontraba ante una gangrena gaseosa, ordenó se hiciera una radiografía que al no dar existencia de gases, insólitamente y sin acudir a diagnóstico de más certeza, descartó esa posibilidad y

prescribiendo una dosis o choque masivo de antibióticos y antihistamínico (sic.), decidió esperar al día siguiente, por lo que el padre de la niña acordó, aconsejado por un amigo médico que allí veraneaba y alertado del gran descuido de que había sido objeto por una monja del centro hospitalario, trasladarla a Madrid, pidiéndole al procesado que le diera de alta, a lo que accedió, permitiendo el traslado sin darle medicamento de clase alguna para el largo viaje, ni entregarle el historial médico, ni advertirle de las graves consecuencias que el traslado en esas condiciones podía traer, dando lugar con tal conducta digna de reproche y enraizada en la esfera de la culpa lata que la imprudencia temeraria entraña, al mal grave que la sentencia recurrida acusa, por negligencia profesional, al ser total la ausencia del deber objetivo de cuidado que resultaba de cumplimiento inexcusable, produciendo el resultado de lesiones graves en una bien definida relación de causalidad, con notoria vulneración de la «lex artis» y de los principios generales que gobiernan el adecuado ejercicio de la profesión médica”. Pueden consultarse también, entre otras: STS 02-01-1984 (RJ 3); 24-03-1984 (RJ 5035); STS 23-02-1985 (RJ 1532); STS 30-09-1985 (RJ 4584); STS 28-11-1987 (8623); STS 17-03-1989 (RJ 2688).

²³⁰ (RJ 2997).

²³¹ Siguiendo esta misma línea véase STS 29-03-1988 (RJ 2124): “Ahora bien, el plus de penalidad a que provee el apartado quinto del artículo 565 del Código Penal para el supuesto de que se produjesen muerte o lesiones graves a consecuencia de impericia o negligencia profesional, no supone su operatividad o aplicación inmediatas por la circunstancia de que la imprudencia provenga de un profesional, no tratándose de un elemento subjetivo necesariamente presente en las culpas o negligencias imputables a cualesquiera profesionales. De ahí que la doctrina tanto científica como legal, venga distinguiendo entre la *culpa del profesional*, imprudencia o negligencia comunes cometidas por aquél en el ejercicio de su arte u oficio, y la *culpa profesional* propia, que descansa en la impericia, señalando la Sentencia de 21 de junio de 1974 (RJ 1974\2918) que cuando el profesional actúa dentro del estrecho marco de su especialidad, los límites entre la «culpa del profesional» y la «culpa profesional» son indecisos y confusos, y la aplicación de la agravación del párrafo quinto muy discutible y dudosa, a menos que se eleve lo que tenía que ser excepcional y por tanto circunstancial, al rango de figura primaria normal y ordinaria, que es lo que no parece querer el legislador; abundando en estas distinciones una reiterada jurisprudencia posterior, tales, entre otras, las Sentencias de 2 de enero y 24 de marzo de 1984 (RJ 1984\3), 23 de febrero y 30 de septiembre de 1985 (RJ 1985\1532 y RJ 1985\4584) y 21 de febrero de 1986 (RJ 1986\910). La culpa profesional aparece en el precepto del artículo 565 como una especie de subtipo agravado y viene a englobar, de un lado, a la impericia profesional en la que el sujeto activo, pese a ostentar un título habilitador que reconoce su capacidad científica o técnica para el ejercicio de la actividad que

en la que se califica de imprudencia temeraria –más no de profesional– la conducta de un anestesista, que al emplear una excesiva difusión de agente anestésico en una paciente, le produjo un paro cardiaco y ante la creencia errónea que se había recuperado pese a presentar signos o síntomas de lesión cerebral por amnesia, indicó al cirujano que había de intervenir que podía iniciar la operación quirúrgica, la cual se llevó a efecto con la extirpación del cálculo en uréter izquierdo, trasladando posteriormente a la paciente al servicio de urgencias de otro hospital, donde se le diagnosticó cuadro de coma cerebral con evidentes signos de descerebración, falleciendo en el referido centro días después a

desarrolla, desmiente o contradice en su actuación semejante presunta competencia, ya que porque, realmente, en su origen no adquiriese la formación o el dominio precisos, ya porque una inactualización inexcusable le haya abocado a situación de ineptitud o inhabilidad manifiestas; de otra parte, queda también subsumida en dicha denominación la negligencia profesional, escalón progresivo o acentuado de la imprudencia temeraria en la que se acusa -cual resaltan las Sentencias de 14 de diciembre de 1978 (RJ 1978\3953) y 21 de febrero de 1986 (RJ 1986\910)-, una especial transgresión de deberes técnicos que sólo al profesional competen, estén o no reflejados en el estatuto gobernador de su actividad, inatenciones que tornan la acción u omisión del profesional en extremadamente peligrosas e incompatibles con el ejercicio de la profesión. La conducta del ginecólogo encausado, recabando la conceptualización de imprudente y temeraria, no ha de merecer su ubicación en el área de la culpa profesional, en el sentido antes expuesto. La falta de tratamiento adecuado arranca de un fallo de diagnóstico, si bien por su dimensional alcance y las causas contribuyentes a su formación merecedor de la imputación de temeridad antedicha, a lo que se unen ciertas consideraciones sobre las dificultades que en determinados casos puede ofrecer el tratamiento de la eclampsia en orden a su eficacia. Atendió el procesado a la paciente cuantas veces fue requerido, e hizo acto de presencia en la clínica Cajal al tiempo de su ingreso, en las horas de la madrugada, visitándola horas más tarde. En su actuación campea la falta de atención, la actuación negligente, el fallo de previsibilidad; no puede acusarse, sobre tal general incriminación, ese especial y peculiar plus de ignorancia, inhabilidad o extrema inhibición, reveladores de la incapacidad técnica para el ejercicio de una profesión o función determinada que acaban por caracterizar a la culpa profesional. El motivo ha de ser, pues, estimado en parte.” Asimismo, entre otras: STS 07-06-1988 (RJ 4481); STS 24-11-1989 (RJ 8720); STS 04-10-1991 (RJ 6021); STS 08-11-1999 (RJ 8701); STS 26-02-2001 (RJ 5253); STS 15-10-2002 (RJ 9907).

causa de la descerebración. Frente a este caso advirtió el Tribunal lo siguiente: “Que aplicando esta doctrina al caso de autos, no puede reprocharse al anestesista ese plus en su actuar que genera la culpa profesional, pues si con caracteres indelebles y destacados aparece la imprudencia temeraria, la profesional no aparece con los caracteres específicos que el párr. 5.º del art. 565 del C. P. requiere, que ha de ser apreciado con ponderación y medida, y la atenta lectura del resultando de hechos probados, no permite calificar tan gravemente la conducta del recurrente.”

En principio podría pensarse que esta última decisión del TS se caracteriza por ser una postura garantista y prudente; sin embargo, en realidad considero que este tipo de pronunciamientos no brinda más que inseguridad jurídica, pues deja al arbitrio del juez la emisión de un fallo eminente subjetivo y personal, al no establecer reglas claras que definan en que eventos se debe imponer al profesional de la salud la agravación, pues tal y como la misma doctrina jurisprudencial ha definido la imprudencia temeraria²³² y la imprudencia profesional²³³, desde el punto de vista de su contenido no se observan diferencias entre una y otra²³⁴; por lo tanto, será el operador jurídico quien deba decidir en que eventos debe aplicar además de la sanción general de la imprudencia temeraria, la agravación por imprudencia profesional, que

²³² La STS 28-12-1990 (RJ 10102) entre otras, señala que la imprudencia temeraria supone la eliminación de la atención más absoluta, la inadopción de los cuidados más elementales o rudimentarios exigidos por la vida de relación, suficientes para impedir o contener el desencadenamiento de resultados dañosos previsibles.

²³³ La STS 07-03-1991 (RJ1927), entre otras, advierte que la imprudencia profesional equivale al desconocimiento inadmisibles de aquello que profesionalmente ha de saberse, se trata de una impericia crasa, de un descuido grave de las normas que regulan la actividad.

²³⁴ Aunque se diga que la imprudencia profesional simplemente le adiciona un plus de antijuridicidad a la imprudencia temeraria, la diferencia entre una y otra no se observa, obedeciendo su aplicación a un capricho del operador jurídico, pues no hay parámetros que marquen la diferencia entre ambas.

de imponerla, considero que podría llegar a transgredir los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la sanción penal.

Por otra parte, también se destacan incongruencias respecto del concepto inicial que se le otorgaba a la imprudencia profesional, en el sentido que esta era entendida en un principio como la vulneración a la *lex functionis*, mientras que la imprudencia del profesional correspondía a la infracción de la *lex artis*; sin embargo, con posterioridad en otra decisión el TS comienza a emitir pronunciamientos en los que modifica el concepto de lo que debía entenderse por culpa profesional y sin explicación alguna comienza a concebirla como infracción a la *lex artis*²³⁵; es decir, lo que antes denominaba imprudencia del profesional, de un momento a otro paso a entenderse como imprudencia profesional²³⁶.

²³⁵ Pero en STS 05-11-1990 (RJ 8667); SAP Málaga 20-10-1996 (ARP 1215); SAP Tarragona 28-06-1999 (ARP 3286); SAP Santa Cruz de Tenerife 25-02-2000 (ARP 22); STS 15-10-2002 (RJ 9907); SAP Sevilla 14-07-2003 (ARP 639), se califica una vez más la imprudencia o negligencia profesional como una especie de imprudencia funcional. Al igual que en SAP Murcia 25-02-1998 (JUR 98105) la imprudencia del profesional se concibe como infracción a la *lex artis*: “Así las cosas y con carácter previo al examen de las pruebas de referencia, considera necesario el Tribunal precisar que la imputación que se formula al acusado e incardinable en el apartado 1º del art. 565 del Código Penal de 1973 es la denominada culpa del profesional consistente en la imprudencia o negligencia comunes cometida por un profesional en el ejercicio de su arte u oficio; es decir habrá de acreditarse si obró en el ejercicio de su concreta actividad profesional con abandono, descuido, apatía, omisión de precauciones o sin adoptar la debida diligencia. En definitiva si su comportamiento despreció de forma grave y patente los deberes del cuidado exigibles e inherentes a una buena praxis en el ejercicio de su profesión de Ayudante Técnico Sanitario”.

²³⁶ STS 07-03-1991 (RJ 1927) “Y es que se confunde, una vez más, la culpa profesional con la culpa del profesional, siendo así que la primera, sin relevancia penal, afecta al profesional que incurra en cualquier conducta culposa, en tanto que la segunda ya indica la existencia de una carga profesional, indica un «plus», una mayor responsabilidad si la conducta culposa se genera precisamente, causa y efecto, por la condición profesional, por la impericia profesional como desconocimiento inadmisibile de aquello que profesionalmente ha de saberse”.

En virtud de lo anterior²³⁷, en STS 21-02-1986²³⁸ expreso el TS: “La posición del Tribunal Supremo respecto del párrafo 5º del art. 565 del CP cuando se produjere muerte o lesiones a consecuencia de impericia o negligencia profesional, se ha reiterado modernamente a través de numerosas sentencias de las que respecto del problema planteado cabe destacar las siguientes afirmaciones; 1.º Que la culpa, sólo merece calificarse de profesional, cuando el resultado, al cual debe ir ligada por una relación causal inexcusable se produzca a consecuencia de un acto profesional de una impericia o negligencia profesional, esto es una ineptitud incompatible con la profesión, torpeza o descuido inexcusable conforme a la *lex artis* -sentencias 29 Mayo de 1973 (RJ 1973\2467), 4 Mayo 1974 (RJ 1974\2083), 29 Abril 1974 (RJ 1974\1957), 16 Junio de 1972 (RJ 1972\3152)-. 2. Hay que distinguir entre la culpa del profesional que es imprudencia o negligencia comunes cometidas por el mismo, en el ejercicio de la profesión y la culpa profesional que es la impericia, ineptitud o ignorancia, es decir falta de los conocimientos básicos y elementales propios de su técnica o ciencia, que puede ser de origen, o bien incurriendo en ella por olvido o falta de ejercicio, de práctica o de perfeccionamiento posterior. En la primera, se encuentra el sujeto en posesión de los conocimientos suficientes, pero obra con abandono o descuido, en la segunda se ha producido una impericia por los factores ya señalados u otros semejantes que puedan concurrir - Sentencia 21 junio de 1974 (RJ 1974\2918)-, 3.º En esta culpa profesional hay por consiguiente, un plus de culpa sobre la temeraria que radica en la torpeza o descuido inexcusable del profesional que torna su acción u omisión en extremadamente peligrosas e incompatibles con el correcto ejercicio de la profesión -Sentencia de 29 de Diciembre de 1975 (RJ 1975\4979)-. 4.º Por tanto y resumiendo, la culpa propiamente profesional, descansa en la impericia -Sent. 25 de Noviembre de 1980 (RJ 1980\4556)- en la ignorancia, al ejecutar el acto

²³⁷ Sin que se entienda como la doctrina más generalizada.

²³⁸ (RJ 1986\910).

profesional, de las exigencias de la «lex artis», un comportamiento inadecuado, conforme a las normas, medios y deberes de tal lex artis. - Sent. 5 febrero de 1981 (RJ 1981\491), 2 Enero y 3 de Febrero de 1984 (RJ 1984\3 y RJ 1984\718), 30 de Septiembre de 1985 (RJ 1985\4584)”²³⁹.

De acuerdo con la jurisprudencia examinada, los criterios que se han venido adoptando a lo largo de los años por el TS respecto de la cualificación de la imprudencia profesional no son unívocos, como puede verse en las providencias más antiguas, en que no se hacían equivalentes entre la imprudencia profesional y la *lex artis*; sin embargo, esa equivalencia parece desprenderse cada vez más con mayor arraigo²⁴⁰.

Por lo anterior, habrá que decir que ante esta falta de claridad le asiste razón al Tribunal cuando advierte sobre las dificultades que genera

²³⁹ Cfr. entre otros STS 27-05-1988 (RJ 3849); STS 05-07-1989 (RJ 6091) “En efecto, culpa profesional es la imprudencia del profesional en el ejercicio de su específica actividad técnica o facultativa y en la que el soporte está constituido precisamente por lo específico de la profesión. Este plus punitivo, en cuanto a la actividad imprudente o negligente del profesional, tiene su asiento en el incumplimiento de los deberes propios del ejercicio de determinadas actividades o profesiones que presupone sin duda, un evidente incremento de la culpabilidad. El hecho de no preocuparse de examinar con la atención debida al enfermo y comprobar su situación, sólo constatable con eficacia a través de la apreciación directa y personal del facultativo, representa una imprudencia temeraria profesional porque es precisamente la llamada «lex artis» la ciencia médica, la que se olvidó en este supuesto teniendo en cuenta que un profesional medio hubiera podido y debido captar en virtud de sus conocimientos la realidad del peligro y riesgo que suponía hacer un diagnóstico en los términos en que se realizó y prever sus fatales consecuencias.”; STS 07-03-1991 (RJ 1927); STS 08-05-1997 (RJ 4038); STS 03-10-1997 (RJ 7169); SAP Islas Baleares 03-03-1999 (ARP 1207); SAP Madrid 27-01-2000 (ARP 298); SAP Madrid 26-02-2002 (ARP 438); AAP Castellón 25-04-2002 (JUR 158621); AAP Guadalajara 10-03-2005 (ARP 90); STS 08-05-1997 (RJ 4038); AAP Madrid 26-11-2008 (ARP 174).

²⁴⁰ Así por ejemplo, lo advierte FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, 1997, 463.

distinguir entre esta y la imprudencia del profesional. En STS 08-05-1997²⁴¹ ha dicho 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, en cada caso concreto, ambas modalidades de culpa delictual”²⁴². Incluso la STS 23-10-2000, con ponencia del Excmo Sr. José Jiménez Villarejo, y con cita de otras anteriores va más allá y reconoce que esta diferenciación no tiene ninguna justificación desde el punto de vista político-criminal pues tan peligrosa puede ser la negligencia del experto como la impericia del inexperto²⁴³; por lo tanto, el alto Tribunal en esta

²⁴¹ (RJ 4038).

²⁴² En un sentido similar véase AAP Castellón 25-04-2002 (JUR 158621).

²⁴³ STS 23-10-2001 (RJ 9074). “La doctrina tradicional de la Sala -Sentencias, entre otras, de 23-7-1987 (RJ 1987, 5619), 24-1-1990 (RJ 1990, 481) y 7-7-1993 (RJ 1993, 6057)- distinguió entre la «culpa del profesional», que no es más que una imprudencia común cometida por un profesional en el ejercicio de su arte, profesión u oficio, y la culpa propiamente profesional que consiste en la impericia. Esta distinción, no siempre fácilmente perceptible en la práctica -ni tampoco claramente justificable en su perspectiva político-criminal puesto que tan peligrosa puede ser la negligencia del experto como la impericia del inexperto- ha perdido lo que parecía ser su apoyo legal al sustituirse la redacción del párrafo segundo del art. 565 CP 1973 -en que los términos definatorios eran «impericia o negligencia profesional»- por la que presenta el apartado 3 del art. 142 CP 1995, ya vigente cuando se cometió el hecho enjuiciado, que alude escuetamente a la «imprudencia profesional». Es por ello por lo que la más reciente jurisprudencia elaborada sobre el nuevo Texto legal -véanse, entre otras, las SS. 811/1999 (RJ 1999, 5253), 1606/1999 (RJ 1999, 8701) y 308/2001 (RJ 2001, 1340)- viene insistiendo en que la imprudencia profesional sólo supone «un plus de antijuridicidad consecutivo a la infracción de la "lex artis" y de las precauciones y cautelas más elementales, imperdonables e indisciplinables a personas que, perteneciendo a una actividad profesional, deben tener unos conocimientos propios de una actividad profesional». Quiere esto decir que la imprudencia profesional -sobre la base naturalmente de que la misma sea grave porque si no lo fuese desaparecería la misma entidad del delito- no debe sugerir una diferencia cualitativa sino sólo cuantitativa con respecto a la imprudencia que podemos llamar común, pues lo que la misma representa es un mayor contenido de injusto y un más intenso reproche social en tanto la capacitación oficial para determinadas actividades sitúa al profesional en condiciones de crear riesgos especialmente sensibles para determinados bienes

sentencia ha sugerido que la distinción se realice desde el punto de vista cuantitativo, atendiendo a que la imprudencia profesional supone un mayor contenido de injusto y por ende merece un alto reproche social²⁴⁴.

c) El tratamiento doctrinal de la imprudencia profesional

Como se ha podido observar, en la jurisprudencia del TS no podemos encontrar una respuesta respecto de lo que debe entenderse por imprudencia profesional, de ahí que la doctrina se haya pronunciado en diversas oportunidades, bien sea para rechazar su aplicación, justificarla por razones de política criminal debido al ejercicio de una actividad peligrosa en la vida moderna o aceptarla en virtud de los fines preventivos de la pena.

Así, encontramos un sector de la doctrina que rechaza la distinción entre culpa profesional y del profesional²⁴⁵, considera que en realidad

jurídicos y proyecta consiguientemente sobre ellos normas sociales de cuidado particularmente exigentes. A la luz de este criterio, no parece que pueda suscitar demasiadas dudas la corrección de aplicar a los dos recurrentes la norma que tipifica el tipo agravado de imprudencia profesional, teniendo en cuenta el valor absoluto de la vida humana que tenían encomendada en la ocasión de autos, la transcendencia de la norma de cuidado que infringieron y la elementalidad del deber de cuidado que dejaron de cumplir”.

²⁴⁴ Han seguido una línea similar a la propuesta que se hace en la sentencia antes mencionada, entre otros, AAP Castellón 25-04-2002 (JUR 158621); STS 15-10-2002 (RJ 9907); APP Girona 09-06-2003 (JUR 247100); SAP Toledo 26-04-2004 (ARP 408).

²⁴⁵ Entre otros, GUTIÉRREZ LUNA, *Responsabilidad de sanitarios*, 1992, 15 ss.; GARCÍA ANDRADE, *Responsabilidad médica*, 1998, 18; GARCÍA RIVAS, *LH-Torio*, 1999, 372 ss.; FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, 1997, 463 s.; CADAVID QUINTERO, en: DÍAZ-SANTOS/ SÁNCHEZ LÓPEZ (coords.), *Cuestiones penales*, 1998, 92 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas*, 1999, 24; CHOCLAN MONTALVO, *Deber de cuidado*, 1998, 88 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2003, 124.

no existe una diferencia entre una y otra, y, aunque aparentemente el Tribunal admite formalmente estas dos modalidades, los fallos son confusos, y, pese a presentar supuestos prácticamente idénticos, se proponen soluciones opuestas en el enjuiciamiento de imprudencias cometidas en el terreno profesional. Por otra parte, advierten, que la legislación vigente sólo aparenta atenuar el rigor punitivo de la sanción, pues aunque deja inalterada la pena privativa de la libertad para el delito de imprudencia común, ha añadido a esta una inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión que puede variar dependiendo del resultado producido²⁴⁶; por lo tanto, esta nueva sanción va a resultar especialmente gravosa por cuanto deja marginado al profesional sanitario del campo laboral en el ejercicio de su profesión²⁴⁷. Así, tal y como propone CERESO MIR, “debería suprimirse la circunstancia calificativa de la imprudencia profesional, por llevar implícito un residuo de responsabilidad objetiva, contrario al principio de culpabilidad, con arreglo al cual no hay pena sin culpabilidad y la medida de la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad. Cuando la reprochabilidad de la inobservancia del cuidado objetivamente debido fuera mayor por ser el autor un profesional, el

²⁴⁶ GARCÍA RIVAS, *LH-Torio*, 1999, 372, explica lo siguiente: “Digo que la atenuación es más aparente que real porque conforme a los criterios legales sobre la gravedad de las penas, recogidos en el art. 33 CP, la inhabilitación especial por tiempo superior a tres años [2.c]] es calificada como pena grave, siendo así que dos de los cuatro preceptos legales que sancionan la imprudencia profesional (los arts. 142.3 y 152.3, relativos al homicidio y las lesiones, respectivamente) contemplan un marco punitivo que supera ese límite. No ocurre de igual manera en lo referente a los delitos de aborto y de lesiones al feto (arts. 146 y 158), cuya comisión por esta clase de imprudencia lleva consigo una pena de inhabilitación no superior a los dos años, aunque conviene añadir que en la anterior regulación la agravante de profesionalidad no era aplicable al delito de aborto imprudente. En consecuencia, las novedades que introduce el CP de 1995 a este respecto no son tan relevantes como a primera vista pudiera parecer, sigue resultando muy gravosa para quien la sufre, pues los efectos indirectos de la inhabilitación especial someten al condenado a un paréntesis de inactividad que puede dejarle marginado de su campo laboral.

²⁴⁷ HAVA GARCÍA, *Imprudencia médica*, 2001, 32 s.

Tribunal podría y debería tenerlo en cuenta en la medición de la pena, dentro del marco fijado por la ley”²⁴⁸.

De igual manera, esta doctrina rechaza la propuesta que hace el TS cuando justifica la aplicación de la sanción de la imprudencia profesional en un “plus de antijuridicidad”, en virtud de que este tipo de conductas merecen un mayor reproche penal²⁴⁹. Son prácticamente dos las razones expuestas por la doctrina para su desestimación: La dificultad que supone distinguir entre normas de cuidado comunes y normas de cuidado propias de la profesión²⁵⁰ y la sobreestimación de la conducta del sanitario, en el sentido de que el operador jurídico al

²⁴⁸ CERESO MIR, PG, II, 6^a, 1998, 178 s.

²⁴⁹ Cfrs. DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Bienes jurídicos*, 1993, 62 s.; Alberto JORGE BARREIRO, en: MARTÍNEZ MARTÍN (coord.), *Personal sanitario*, 1995, 96 ss; DÍEZ RIPOLLES/GRACIA MARTÍN/LAURENZO COPELLO, *Comentarios*, I, 1997, 157: “Semejante interpretación, sin embargo, no logra superar la objeción, como ha puesto de relieve Cerezo Mir. En primer lugar porque si el cuidado objetivamente debido es el estrictamente *necesario* para lo protección de los bienes jurídicos ante el desarrollo de una determinada actividad, entonces carecerán de justificación unas pretendidas normas especiales de cuidado para los profesionales en el caso de actividades que, como por ejemplo, la conducción de vehículos de motor puede desarrollar tanto profesionales como no profesionales. No puede decirse, por ello, que en este tipo de actividades haya por encima del cuidado exigible a todos unas reglas de cuidado especiales que sólo obliguen a los profesionales. De modo que no cabría hablar en el caso de los profesionales de un plus de injusto, porque el cuidado objetivo que hayan infringido será exactamente el mismo en que infrinjan los no profesionales: *el necesario*. No cabe ver, por otro lado en las actividades que sólo pueden llevar a cabo los profesionales la infracción del deber objetivo de cuidado se concreta siempre en la infracción de las reglas técnicas que *sólo obligan a los profesionales*. Mas, como el cuidado definido por dichas reglas no puede ser otro que el objetivo, y por tanto, el *necesario*, no cabe ver tampoco en la infracción de las mismas ningún plus de injusto que justifique la agravación. Estamos, por tanto, ante una agravación contraria al principio de culpabilidad que debería ser suprimida.”

²⁵⁰ Recuérdese que el TS desde un principio manifestó que la imprudencia profesional obedecía a la infracción de normas comunes de la profesión, mientras que la imprudencia del profesional correspondía a la vulneración de las normas propias de la profesión.

momento de valorar si el médico ha actuado imprudentemente deberá analizar si este ha infringido el deber objetivo de cuidado, circunstancia que será determinada atendiendo a otro médico medio ideal puesto en la posición concreta del profesional de la salud que ha llevado a cabo la actuación; es decir, que el dato de la actividad profesional sólo servirá para determinar si se ha producido la infracción al deber objetivo de cuidado, mas no para sobrevalorar la conducta e imponer un mayor grado de injusto en el comportamiento del infractor²⁵¹.

Por el contrario, otro sector de la doctrina, está de acuerdo con la diferenciación que hace el alto Tribunal entre imprudencia profesional y del profesional, y por ende con la imposición de la sanción más grave en el primer caso²⁵². En este sentido ROMEO CASABONA considera que la imprudencia profesional encuentra su justificación político-criminal en la vida moderna, toda vez que esta se orienta al ejercicio de numerosas profesiones cualificadas; por lo tanto, el que necesita ser operado deberá acudir necesariamente a un cirujano y no a un profano; en ese caso, el paciente está en el derecho de exigir de estos profesionales que posean capacidad para el ejercicio de su actividad y que se comporten cuidadosamente. Así, será apenas lógico que cuando se infrinjan reglas técnicas que sólo obligan a los profesionales se les imponga la agravación punitiva. Por lo tanto, advierte ROMEO CASABONA que, cuando el legislador se refiere al término “profesional”, esta indicando es que el profesional no aplica los conocimientos y la habilidad que ha adquirido a partir de la obtención de su título y por lo tanto merece un mayor reproche social²⁵³.

²⁵¹ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 56 (en prensa).

²⁵² Por ejemplo, entre otros, NUÑEZ BARBERO, *Delito culposo*, 1975, 93 s.; CORDOBA RODA, *Der.Sad.* 2 (1996) 146; REY HUIDOBRO, *EH-Casas Barquero*, 1996, 713; GRATASCÓS GÓMEZ, *Der.Sad.* 1 (1997), 74.

²⁵³ ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia*, 2005, 21 s.

Por otra parte, otro sector de la doctrina ha venido considerando que el problema de la imprudencia profesional no puede solucionarse bajo las premisas de la peligrosidad que comporta el desempeño de la actividad sanitaria, por cuanto esa característica por sí sola no la hace merecedora de un mayor contenido de injusto. Así, DE VICENTE REMESAL²⁵⁴ y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ²⁵⁵ aceptan la importancia y la necesidad de que en la imprudencia profesional se imponga como pena principal, además de la privativa de la libertad, la inhabilitación profesional, por razones de prevención general y prevención especial²⁵⁶.

²⁵⁴ DE VICENTE REMESAL, *Controversia* 1 (2000), 106 ss.

²⁵⁵ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 60 (en prensa), considera que la previsión de la inhabilitación del ejercicio profesional como pena principal tiene una especial incidencia en el ámbito sanitario que se puede justificar atendiendo a los fines de prevención general y especial de la pena.

²⁵⁶ Siguiendo una línea similar desde antes encontramos a HAVA GARCÍA, *Imprudencia médica*, 2001, 39, ha dicho “En todo caso, con independencia de la naturaleza jurídica que se le adjudique a tal sanción, lo que sí debe resultar necesario (y es quizá en ello en lo que se ha de poner especial se dictamine exclusivamente en aquellos casos en que se constate de manera efectiva que el autor ha provocado el resultado lesivo típico por no controlar los riesgos inherentes al ejercicio de su profesión, incrementando la peligrosidad estadística de dicha actividad más allá de lo legalmente permitido al infringir las concretas normas de cuidado que la rigen. Sólo en estos supuestos, por lo tanto, podrá afirmarse la existencia de una verdadera imprudencia profesional, y ello con independencia de que ésta pueda calificarse además ‘con impericia’ o ‘negligencia’”. Asimismo GUIASOLA LERMA, *Imprudencia profesional*, 2005, 37, también comparte esta postura, aunque advierte que la agravante de inhabilitación profesional debe operar no solamente para quien se encuentre bajo posesión de un título profesional, sino también para quien no lo posee pero ejerce de manera habitual y continuada la actividad, pues a este también se le debe exigir atención, diligencia y esmero; por lo tanto, si un intruso ejerce actos de la profesión médica sin los conocimientos debidos y causa un resultado lesivo, además de incurrir en el delito de intrusismo, en el caso de que con su actividad produzca uno de los resultados lesivos previstos en los arts. 142.3, 152.3, 146 y 148, se le aplicará también la agravación de la imprudencia profesional. De igual manera, BENITEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA, en: MORILLAS CUEVAS (dir.), *Estudios Jurídicos*, 2009, 167: “las imprudencias profesionales constituyen modalidades agravadas de las imprudencias graves que obligan al juez a imponer, junto a la pena privativa de la

Al respecto, estos autores han afirmado que “el papel que juega la inhabilitación profesional desde esta perspectiva puede ser muy importante, quizá tanto o más como el de la pena privativa de la libertad, teniendo en cuenta lo que su conminación (acompañada de su efectiva aplicación y ejecución) puede representar para ese sector de la colectividad que se dedica al ejercicio de la medicina. Ahora bien, dicha función preventiva pierde su eficacia si la conminación legal no va acompañada de la correspondiente aplicación judicial y ejecución de la inhabilitación profesional. Es evidente, por otra parte, la finalidad preventivo especial que corresponde a la aplicación judicial y ejecución de la inhabilitación profesional, pues se impone a los sujetos que han cometido el delito en el ejercicio de su actividad profesional infringiendo gravemente el deber objetivo de cuidado, con la finalidad de que con la conminación y correspondiente imposición de la pena –que no puede sobrepasar la culpabilidad del autor– éste no vuelve a delinquir; fundamentalmente mediante la comisión de hechos de la misma clase. Por eso, el ámbito concreto de la pena de inhabilitación profesional médico-sanitaria no debe consistir necesariamente en una prohibición total o general del ejercicio de la medicina; sino restringirse al ámbito concreto en el que se cometió el hecho delictivo (por ejemplo, prohibición del ejercicio de la ginecología, o prohibición del ejercicio

libertad, una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo. Previsión punitiva que aparece con una fundamentación lógica, en tanto que si la fuente del peligro deriva de la conducta voluntaria no intencionada realizada en el marco de una actividad que requiere una capacidad reglada, la función de prevención general de la pena aparece más reforzada impidiendo al sujeto el ejercicio de dicha profesión, oficio o cargo, que la que se derivaría de la privación de libertad de corta duración o de la pena de multa, pero también de la prevención especial. Por ello es exigible que el sujeto cuya conducta ha sido calificada previamente como imprudencia grave, para ser calificada como profesional se exija que en el caso concreto actuase en ejercicio de esa determinada profesión”. Asimismo recientemente, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, en: GALLARDO CASTILLO (dir.), *Responsabilidad jurídico-sanitaria*, 2011, 221 s., aunque advierte, como la anterior autora, la innecesariedad de diferenciar entre imprudencia profesional y del profesional.

autónomo de la medicina, pero no la de ser colaborador de otro médico con el cual puede trabajar bajo supervisión o control) y sobre el cual se pretende la eficacia tanto preventivo-general (nada desdeñable) como preventivo-especial, de la pena”²⁵⁷.

De acuerdo con esta postura, la imprudencia profesional no se fundamenta en un mayor desvalor de acción, ni en un plus de antijuridicidad, o en un mayor contenido de injusto, sino en el hecho de que el profesional, en este caso el médico, que en el ejercicio de su profesión comete una imprudencia grave está poniendo de manifiesto su incapacidad para controlar el peligro diario que reporta el ejercicio sanitario; por lo tanto, lo pertinente será apartar a esta persona de la actividad a través una sanción que lo inhabilite para ejercer su profesión²⁵⁸ por un período de tiempo determinado.

Por otra parte, VILLACAMPA ESTIARTE²⁵⁹ propone otra opción de limitación de las concretas profesiones a las que deba referirse la imprudencia profesional, bajo el presupuesto de que sólo puede inhabilitarse al profesional, cuando su profesión tiene por cometido principal la protección de bienes jurídicos como la vida y la salud. Por lo tanto, la sanción para la imprudencia profesional habría de aplicarse a las imprudencias graves cometidas en el ejercicio de la actividad sanitaria.

Lo visto hasta el momento demuestra que ni en la doctrina, ni mucho menos en la jurisprudencia, existen razones lo suficientemente sólidas que permitan justificar la existencia de la agravación de la responsabilidad penal por imprudencia profesional. Pese a los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales para diferenciar entre imprudencia

²⁵⁷ DE VICENTE REMESAL/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *LH- N. Barbero*, 2007, 156.

²⁵⁸ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 57 (en prensa).

²⁵⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2003, 123 ss.

profesional y del profesional, imprudencia grave -o temeraria- e imprudencia profesional, persisten problemas conceptuales que impedirían la aplicación de la pena de inhabilitación en virtud del principio del *in dubio pro reo*, ya que existirían dudas respecto de la forma de graduar la conducta del profesional de la salud.

El juez ha de valorar previamente si el sujeto ha cometido una imprudencia; para ello bastará que determine mediante la formula del médico medio ideal puesto en las mismas condiciones de aquél que ha infringido la *lex artis* técnica y que con su comportamiento ha producido un resultado lesivo para la vida o la salud de un paciente; por lo tanto, si de este análisis el operador jurídico logra deducir que efectivamente el comportamiento del profesional obedece a una imprudencia médica que ha sido consecuencia de un descuido craso o a un error inexcusable del sanitario, la calificación que deberá darle a esta conducta será de imprudencia grave con la sanción penal que allí se establece, es decir, la pena privativa de libertad y no la de la inhabilitación que establece el CP para la imprudencia profesional.

Lo anterior, es pensado de esa forma, porque imponer dos penas principales, como la pena privativa de la libertad y la inhabilitación del ejercicio profesional, constituye imponer sanciones en exceso, ya que el legislador ya tiene prevista una pena común agravada para la imprudencia temeraria; por lo tanto, no se logra comprender como puede existir una gravedad superior a la gravedad misma de la conducta, una sanción penal bajo estos términos resultaría violatoria de además del principio enunciado antes, de otros dos principios básicos del derecho penal, como el principio de responsabilidad subjetiva al sobrepasar el límite de punibilidad y el principio de prohibición de doble incriminación, ya que se estaría imponiendo al médico una doble sanción por el mismo hecho. Por lo tanto, habrá que decir, que en este trabajo no se comparte el argumento que pretende justificar la sanción de inhabilitación del ejercicio profesional como “plus de antijuridicidad”.

Por otra parte, quienes consideran que la inhabilitación profesional – aunque limitada al campo en el que el médico cometió el hecho delictivo– se justifica por razones de los fines de la pena, al incidir en la prevención general y especial, podría decirse que en principio les asiste razón, por cuanto en el primer caso, una sanción como la inhabilitación en el ejercicio profesional de la salud necesariamente va a servir como sanción ejemplificante en el campo sanitario, y en el segundo caso, evita que el profesional que ha sido inhabilitado para el ejercicio repita actuaciones tan gravemente descuidadas; no obstante, considero que esta postura no convence plenamente, porque pienso que para tales fines es suficiente la pena privativa de la libertad con que se sancionan las conductas gravemente imprudentes.

En conclusión, podrá decirse que comparto lo dicho por CADAVID QUINTERO cuando propone que, ante la ausencia de claridad en torno a cuál es el fundamento para la agravación de los comportamientos constitutivos de la imprudencia profesional, lo más sensato será sugerir la derogación de la misma: “Ante un fundamento tan poco claro, como el que la caracteriza y ante tantas dificultades prácticas como las que ha planteado su aplicación, puede considerarse un desacierto del legislador la introducción de esta circunstancia en el Código Penal de 1995”²⁶⁰.

3. Recapitulación

1. Es preciso reconocer, tal y como se advirtió, acogiendo la doctrina mayoritaria y atendiendo al concepto general de imprudencia, que

²⁶⁰ CADAVID QUINTERO en: DÍAZ-SANTOS/ SÁNCHEZ LÓPEZ (coords.), *Cuestiones penales*, 1998, 93 s. Aunque hay que aclarar que lo que el legislador de 1995 realizó no fue una introducción de la circunstancia de agravación en el CP como le señala el autor, pues esta como tal ya existía, simplemente la amplió a los delitos aplicables.

el núcleo de esta se encuentra compuesto por su elemento objetivo, es decir, por la infracción del deber objetivo de cuidado. El individuo como médula de una sociedad se halla en la obligación de reconocer la importancia del significado que implica la convivencia en sociedad y el respeto por los derechos de los demás individuos; por lo tanto, este debe empeñarse por obrar cuidadosamente en el entorno en el que se desenvuelve, atendiendo las normas penales, extrapenales, de convivencia, reglamentarias, técnicas y científicas que regulan cada una de sus actividades.

2. Aparte del presupuesto objetivo de la imprudencia, es pertinente que obre un elemento ontológico, compuesto por dos aspectos, uno negativo y otro positivo. En cuanto al elemento negativo este se encuentra configurado por la ausencia de la voluntad que yace en el sujeto de realizar la parte objetiva del tipo, es decir por el obrar sin dolo²⁶¹. Ahora en lo que se refiere al aspecto positivo del elemento psicológico de la imprudencia, este se concreta en la previsibilidad, que a su vez se encuentra compuesto por dos momentos: el primero la posibilidad de prever la producción del resultado imprudente (previsibilidad), y el segundo la posibilidad de evitar la acción u omisión que infringe el deber de cuidado (evitabilidad). El juicio de valoración debe realizarse teniendo presente que la capacidad de previsión y evitabilidad debe ser desarrollada por un hombre prudente que realice actividades en el mismo sector del tráfico jurídico o de actividad del autor, es decir, en el caso de un médico cirujano, no será el hombre medio común o el buen padre de familia del Derecho romano el que

²⁶¹ PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, 391, considera innecesaria la existencia de este elemento negativo en la imprudencia, pues advierte que hablar de “ausencia de dolo” constituye un referente fáctico, que en todo caso lo único que hace es diferenciarlo del delito doloso.

sirva de baremo de determinación de este juicio valorativo, sino que se debe tener en cuenta el cuidado y diligencia que tendría un médico cirujano diligente y cuidadoso en las mismas condiciones de aquél, al que deberá sumársele además un nivel de preparación superior cuando el profesional juzgado posea conocimientos superiores

3. Por último, es preciso que haya una adecuación de la concreta forma de producción de resultado –lo cual se logra a través de la determinación de la previsibilidad objetiva de la conducta en los términos anteriormente expuestos– producto de un resultado que suponga la realización del peligro inherente a la acción, teniendo presente siempre que el resultado encuadre en el fin de protección o evitación de la norma. Así que, para que el resultado típico producido sea atribuido al sujeto que ha infringido la norma de cuidado, el resultado tiene que ser objetivamente imputable a la acción u omisión, quedando también probada la relación causal entre la actividad y el resultado conforme a los criterios de la teoría de la condición.
4. En síntesis, la imprudencia se define como la infracción del deber objetivo de cuidado determinado por normas jurídicas, reglamentarias, técnicas, científicas o de experiencias humanas, de un hombre que con su actuación le era previsible y evitable la lesión al bien jurídico, causando como consecuencia un resultado típico no querido e imputable objetivamente a su acción.
5. Como se ha visto, el término genérico de imprudencia es el mismo que debe aplicarse para definir la imprudencia médica; sin embargo, las características de esta por la especificidad de la profesión y los problemas de indeterminación jurídica que existen

la interior de la misma, suponen que lo relativo a la imprudencia médica sea tratado con mayor detenimiento, pues no es lo mismo analizar conductas imprudentes de actividades normales de la vida común, que hacerlo cuando se trata de actividades médicas²⁶², pues van a existir elementos que requieran una mayor delimitación en la actividad sanitaria.

6. Por lo tanto, tratando de acercarme a un concepto de imprudencia desde la actividad médica, deberá decirse que esta se concibe como la infracción del deber objetivo de cuidado de un facultativo o auxiliar de la salud que ha dejado de actuar conforme al cuidado diligente, causando con su comportamiento un resultado lesivo para la salud o la vida del paciente, siempre y cuando exista una relación de causalidad entre la conducta y el resultado, siendo imputable objetivamente este último²⁶³. La conducta del médico o auxiliar para considerarse infractora del deber objetivo de cuidado ha de compararse con la de otro médico o auxiliar que puesto en la misma situación de aquél hubiera actuado diligentemente, dado que el resultado inherente a la actividad desplegada le era previsible y evitable.

7. Así, cuando nos referimos al deber objetivo de cuidado en la actividad sanitaria, hay que tener una especial cautela para

²⁶² Y desde luego, de otras actividades de carácter profesional que deben reportar cuidados específicos.

²⁶³ Tal y como indica LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 513, no basta con la infracción del deber de cuidado y sus presupuestos, pues en los tipos imprudentes de resultado la consumación requiere en primer lugar probar la relación de causal –de acuerdo con los criterios de la teoría de la condición- (salvo en los delitos de comisión por omisión, donde no hay relación causal) entre la actividad y el resultado, y, en segundo, que exista adecuación y el concreto resultado producido suponga la realización de alguno de los riesgos inherentes a la conducta imprudente y encaje en el fin de protección de la norma de cuidado infringida.

determinar su contenido, pues la diversidad de conocimientos y las normativas impuestas por la comunidad científica podrían traer como consecuencia inmediata la inseguridad jurídica para este sector profesional; por lo tanto, además de estas habrá que observarse las circunstancias específicas de cada caso concreto, atendiendo que el deber objetivo de cuidado está compuesto por elementos normativos y fácticos.

8. Por lo tanto, se ha dicho párrafos atrás que, a la hora de identificar si en un procedimiento determinado existió una infracción del deber objetivo de cuidado, hay que partir primero de un baremo, que estará compuesto por un médico diligente y prudente que pertenezca al mismo sector del tráfico jurídico o de actividad de aquel que haya llevado a cabo el procedimiento; así, si se trata de analizar la conducta de un médico cirujano cardiólogo a quien en una intervención quirúrgica le ha fallecido un paciente, el operador jurídico, en el momento de analizar su conducta, sólo podrá compararla con la de un médico cirujano cardiólogo ideal diligente que se encuentre en las mismas circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar de aquel.

9. Por otra parte, habrá que decir también que en el momento de valorar la existencia de la imprudencia médica, se deberán tener en cuenta, los especiales conocimientos que posea el profesional de la salud por encima de la media, de tal manera que este se encuentra en obligación de utilizarlos en los eventos en los que sea necesario, pero de abstenerse de hacerlo y simplemente decidir actuar como un médico normal, su comportamiento infringirá el deber objetivo de cuidado, ya que se trata de una circunstancia que es transmisible al comportamiento de un médico medio-ideal. No obstante, esta misma exigencia no podrá hacerse cuando el médico deja de utilizar capacidades o

habilidades superiores a las normales, toda vez que estas no se pueden transmitir, y por lo tanto, carecen de previsibilidad objetiva.

10. El médico diligente y prudente que ha sido puesto en las mismas condiciones de quien presuntamente ha actuado imprudentemente, debe tener la posibilidad de prever y evitar el resultado lesivo, de lo contrario, estaríamos hablando de un evento de caso fortuito que permita excluir la conducta del profesional sanitario y por ende la imprudencia.
11. Sin embargo, no es suficiente con analizar si el sanitario se ha comportado como un médico diligente y prudente en circunstancias específicas, teniendo la posibilidad de prever y evitar resultados lesivos para la vida o para la salud del paciente, sino que ese actuar diligente y prudente debe haberse fundamentado en el cumplimiento de la *lex artis*²⁶⁴.
12. La *lex artis* en materia sanitaria será entonces la aplicación de las reglas técnico-médicas a casos similares; es decir, se trata de la actuación conforme a los cuidados debidos, utilizando las normas, reglas técnicas y protocolos propios de los procedimientos que se utilizan en la ciencia médica.
13. Ahora bien, habrá que aclarar que en el contenido de la *lex artis* no hay lugar para las normas sobre deontología médica, reglas relativas al deber de información clínica, ni sobre consentimiento, pues estas refieren es a las relaciones que se

²⁶⁴ El elemento externo del deber de cuidado se encuentra conformado por el deber que se le impone al profesional de la salud de comportarse y actuar dentro de las normas jurídicas impuestas para el ejercicio de su profesión.

deben guardar entre médico-paciente, pero no a la forma en que deben llevarse de manera cuidadosa los procedimientos médicos en un caso concreto, que es lo que debe interesar en la *lex artis*. De tal manera que la *lex artis* sólo va a estar compuesta por reglas técnicas que se expidan en materia sanitaria.

14. En cuanto a la sanción de inhabilitación del ejercicio de la actividad sanitaria cuando se ha incurrido en una imprudencia profesional, en este trabajo no se comparten las posturas que pretenden justificar su existencia por constituir un “plus de antijuridicidad” o por razones de tipo preventivo, toda vez que al no existir suficiente claridad sobre esta figura, lo conveniente será sugerir la derogatoria de la misma.

15. Para concluir, ha de entenderse, que la imprudencia médica, tal y como ha venido siendo analizada en este trabajo, sólo debe ser estudiada atendiendo a criterios del deber objetivo de cuidado y a los baremos del hombre medio ideal –incluyendo sus conocimientos superiores, con las precisiones y complementos ya señalados-, descartando por completo todo tipo de criterios subjetivos que conduzcan a la producción de inseguridad jurídica en el desarrollo de una profesión, que en buena medida en el del Derecho penal encuentra su fundamento en la protección de dos de los bienes jurídicos más importantes para la sociedad: la vida y la salud.

CAPÍTULO II

LA RESPONSABILIDAD POR IMPRUDENCIA EN EL EQUIPO SANITARIO: ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS

1. Introducción

El ejercicio de la medicina moderna ha exigido una constante evolución en la ejecución de la actividad sanitaria, a tal punto que en la actualidad resulta excepcional que aquélla sea ejercida por un solo profesional. Habitualmente el diagnóstico, pronóstico y tratamiento del paciente compete a varios profesionales, quienes además van a estar coadyuvados por auxiliares sanitarios, como es el caso de las enfermeras/as, ayudantes, instrumentistas, matronas, entre otros. Esto implica que los diversos miembros que intervienen en el tratamiento del paciente trabajen de forma conjunta y coordinada bajo la dirección y supervisión de uno o varios de ellos, es decir, el jefe del equipo, quien en virtud de sus funciones jerárquicas se encarga de dirigir los distintos facultativos que participan en la actividad²⁶⁵.

Este fenómeno relativamente nuevo de la medicina en equipo exige, tanto en el ámbito jurídico como en el sanitario, la necesidad de delimitar las respectivas responsabilidades, normalmente imprudentes, de los diversos miembros del equipo y, en este sentido, la dogmática penal ha encontrado y postulado criterios que permiten la separación de responsabilidades de los intervinientes. Estos principios o criterios son conocidos como: el principio de división del trabajo y el principio de

²⁶⁵ BENÍTEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA, en: MORILLAS CUEVAS (dir.), *Estudios Jurídicos*, 2009, 192.

confianza²⁶⁶. Conforme al primero de ellos, cada miembro del equipo sanitario deberá realizar su actividad en la parte que le corresponda, tras la aplicación de un plan de división de funciones, que, en unos casos, será de forma horizontal, y, en otros, de forma vertical. El segundo criterio, es decir, el principio de confianza, opera en virtud de la aplicación de la distribución horizontal y vertical de tareas; así, el profesional que se encuentra en un nivel jerárquico igual al de sus demás compañeros de equipo confía en que aquellos van a llevar a cabo su actividad a través de una correcta aplicación del deber objetivo de cuidado, como lo haría un médico medio ideal, pero también, el médico que se encuentra en un nivel jerárquico superior confía en que sus subordinados asuman la función que les ha sido designada observando la *lex artis*.

No obstante, las ventajas que puede ofrecer el trabajo en equipo en la medicina moderna pueden presentar una serie de problemas²⁶⁷ a la hora de determinar e individualizar las distintas responsabilidades de cada uno de los colaboradores²⁶⁸. Es así, como Agustín JORGE BARREIRO ha identificado algunas de las fuentes de peligro que puede

²⁶⁶ Cfr. entre otras, STS 05-04-1995 (RJ 2882); SAP Alicante 29-01-1998 (ARP 428); SAP Ourense 07-10-1998 (ARP 3821); SAP Sevilla 13-05-2002 (JUR 207669); STS13-11-2003 (RJ 874); SAP Toledo 27-04-2004 (ARP 408); AAP Badajoz 18-05-2004 (JUR 173869); SAP Barcelona 01-04-2005 (JUR 124577); SAP Guadalajara 19-09-2006 (JUR 21714); AAP Barcelona 24-11-2010 (JUR 128845).

²⁶⁷ Al respecto advierte RIVERA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario*, 1997, 76, que “La actuación médica ofrece hoy una complejidad extraordinaria. Cada día es más frecuente la realización del trabajo médico realizado en equipo, donde el diagnóstico o el tratamiento se hacen depender de una decisión plural asumida por varios facultativos. Esta nueva realidad, especialmente manifestada en la Cirugía, dificulta extraordinariamente, cuando acaece el daño, la determinación de la causa precisa y, dentro de ella, la posible concurrencia de comportamientos culposos. De alguna forma, la participación de una pluralidad de sujetos en la realización del acto médico, hace que la responsabilidad se diluya y sea difícilmente individualizable”.

²⁶⁸ ROMEO CASABONA, *El médico*, 1985,75.

reportar la división de trabajo en la actividad médico-quirúrgica, las cuales se concretan en las siguientes: “1.^a *La cualificación deficiente de los colaboradores*, que debe ser advertida oportunamente por el médico. El cirujano debe prestar la debida atención a tales colaboradores, poniendo en la práctica las medidas de precaución necesarias como las de vigilancia, control e instrucción de los mismos. 2.^a *Los fallos en la comunicación*, que dan lugar, frecuentemente, a prestaciones médicas incorrectas. Esto se produce cuando el médico formula, de forma imprecisa, las indicaciones a sus colaboradores o cuando éstas son erróneamente interpretadas. De ahí, la necesidad de adoptar las medidas de seguridad adecuadas –como llevar en orden el libro de visitas, la hoja del enfermo, dar las instrucciones de medicación o de tratamiento por escrito– para evitar esos fallos previsibles. 3.^a *La coordinación defectuosa*, que aparece con mayor intensidad en aquellas actividades médicas –como la cirugía– en las que intervienen varios especialistas y personal auxiliar. Así, será preciso sintonizar las medidas diagnósticas y terapéuticas cuando sobreviene una urgencia. 4.^a *Los fallos de organización*, que deben evitarse por parte de la dirección del centro sanitario a través de las adecuadas medidas de control. 5.^a *La deficiente evaluación de la capacidad o conocimientos médicos de los sanitarios intervinientes en la actividad médico-quirúrgica*, a los efectos de llevar a cabo las tareas asignadas”²⁶⁹.

La actividad sanitaria es una actividad compleja que va a depender en muchas ocasiones de relaciones de trabajo en equipo; por lo tanto, en la eventualidad de presentarse alguna imprudencia que desemboque en lesión para la vida o la salud del paciente, el Juez tendrá que ser extremadamente cuidadoso al momento de dilucidar con exactitud sobre quién o quiénes de los que conforman el equipo recaerá la responsabilidad penal. Por lo tanto, en este capítulo se pretenden dar a conocer algunos problemas que presenta la división del trabajo en

²⁶⁹ Agustín JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 116.

equipo, el principio de confianza y la coautoría imprudente (en el cual se incluirán las problemáticas sobre autoría y participación imprudente) en el ejercicio de la actividad sanitaria, a efectos de determinar los criterios que resulten jurídicamente viables a la hora de identificar sobre quién o quiénes debe recaer la responsabilidad penal.

Básicamente se van a tratar tres grandes temas: El principio de la división de trabajo en equipo, el principio de confianza y los problemas de coautoría imprudente en la actividad sanitaria, incluyendo en este último los problemas sobre autoría y participación imprudente.

2. Principio de la división del trabajo en equipo

El equipo médico ha sido definido por la doctrina²⁷⁰ como el conjunto de profesionales de la salud que intervienen para desarrollar adecuadamente la actividad sanitaria, incluyendo todo el personal sanitario, es decir, facultativos y no facultativos²⁷¹. La legislación

²⁷⁰ ROMEO CASABONA, *La actividad curativa*, 1981, 247 ss.; Agustín BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 114; CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado*, 1998, 105; GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos*, 2ª, 2004, 349; VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2003, 149; DE VICENTE REMESAL/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *LH - N.Barbero*, 2007, 169; GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 399; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, en: ADROHER BIOSCA/DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (dirs.), *Avances*, 2008, 308; BENÍTEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA, en: MORILLAS CUEVAS (dir.), *Estudios Jurídicos*, 2009, 193.

²⁷¹ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 378 (en prensa), se refiere a que el equipo puede estar (con)formado, por un lado, por médicos de diferentes especialidades, como anestesistas y radiólogos, que complementan sus funciones entre sí para atender a un solo paciente; pero por otro lado, el médico puede ser ayudado en su tarea por auxiliares, como sucede por ejemplo con la relación médico y enfermera.

española²⁷² ha definido el equipo médico en el art. 9.2 de la Ley 44/2003 de 21 de noviembre –de ordenación de las profesiones sanitarias– entendiéndolo como “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”²⁷³.

²⁷² En Colombia no existe una norma específica que defina lo que debe entenderse por equipo médico; sin embargo, existen leyes que regulan las actividades de los profesionales y auxiliares de la salud, lo cual hace pensar que existe un reconocimiento tácito del legislador al concebir la profesión médica como una actividad que debe realizarse por un conjunto de profesionales, facultativos y no facultativos.

²⁷³ Asimismo en los arts. 3, 4 y 5 del RD 137/84, del 11 de enero, se definen y se asignan las funciones del equipo médico de atención primaria: “3°. Equipo de Atención Primaria. 1. El conjunto de profesionales sanitarios y no sanitarios con actuación de la Zona de Salud recibe la denominación de Equipo de Atención Primaria. 2. El Equipo de Atención Primaria tiene como ámbito territorial de actuación la Zona de Salud y como localización física principal el Centro de Salud. 3. Componen o compondrán el Equipo de Atención Primaria: a) Los Médicos de Medicina General y Pediatría, Puericultura de Zona, Ayudantes Técnicos Sanitarios o Diplomados en Enfermería, Matronas y Practicantes de Zona y Auxiliares de Clínica, adscritos a la Zona./ b) Los Funcionarios técnicos del Estado al servicio en la sanidad local adscritos a los cuerpos de Médicos, Practicantes y Matronas titulares radicados en la Zona./c) Los Farmacéuticos titulares radicados en la Zona colaborarán con el equipo de acuerdo con criterios operativos y fórmulas flexibles en la forma en que se determine./d) Los Veterinarios titulares radicados en la Zona podrán integrarse en el equipo de Atención Primaria aplicando criterios operativos y de colaboración en la forma en que se determine./e) Los Trabajadores Sociales o Asistentes Sociales./f) El personal preciso para desempeñar las tareas de administración, recepción de avisos, información, cuidados de mantenimiento y aquellos otros que se estimen necesarios para el mejor funcionamiento del Centro./g) En la medida en que la propia dinámica de implantación y desarrollo de los Equipos lo hagan preciso, y las disponibilidades presupuestarias lo permitan, podrán incorporarse a los mismos otros profesionales./h) Los Equipos de Atención Primaria son elementos organizativos de carácter y estructura jerarquizados, bajo la dirección de un coordinador Médico./4°. Del Coordinador Médico./1.- El personal del Equipo de Atención Primaria, dependerá

Estas definiciones implican que en el equipo médico se configuran relaciones de trabajo²⁷⁴, en las que a cada miembro se le asigna una tarea específica; por lo tanto, las funciones que se desempeñan en el interior de un determinado procedimiento médico pueden desarrollarse a través de dos clases de relación: horizontal y vertical. Sin embargo, la dificultad esencial radica en determinar sobre cuál de los integrantes

funcionalmente de un Coordinador Médico, el cual, sin perjuicio de desempeñar sus propias actividades, realizará las actividades específicas propias de su cargo, entre las cuales figurarán las de relación con los demás Servicios e Instituciones sanitarias y con la población./2.- El nombramiento, que en todo caso será por tiempo definido, recaerá sobre uno de los componentes del Equipo de Atención Primaria./3.- El Coordinador Médico armonizará los criterios organizativos del conjunto de profesionales sanitarios y no sanitarios, tengan estos vinculación estatutaria o funcional por su pertenencia a los Cuerpos Técnicos del Estado al Servicio de la Sanidad local. /5°. Funciones de los Equipos de Atención Primaria./1.- Las funciones de los Equipos de Atención Primaria son: a) Prestar asistencia sanitaria tanto a nivel ambulatorio como domiciliario y de urgencia a la población adscrita a los Equipos en coordinación con el siguiente nivel asistencial. b) Realizar las actividades encaminadas a la promoción de la Salud, a la prevención de la enfermedad, y a la reinserción social. c) Contribuir a la educación sanitaria de educación de la población. d) Realizar el diagnóstico de la Salud de la Zona. e) Evaluar las actividades realizadas y los resultados obtenidos. f) Realizar actividades de formación pregraduada y posgraduada de atención sanitaria, así como llevar a cabo los estudios clínicos y epidemiológicos que se determinen. g) Participar en los programas de salud mental, laboral y ambiental. h) Aquellas otras de análoga naturaleza que sean necesarias para la mejor atención a la población protegida./ 2.- La realización de aquellos programas sanitarios que específicamente se determinen de acuerdo con el diagnóstico de salud de la Zona./3.- El trabajo de Equipo obliga a que cada uno de sus miembros participe en el estudio, ejecución y evaluación de las actividades comunes”. De igual manera, en el art. 63 de la Ley General de Sanidad –Ley 25/86 de abril 25– se establece que los centros de la salud de las comunidades autónomas “desarrollarán de forma integrada y mediante el trabajo en equipo todas las actividades encaminadas a la promoción, prevención, curación y rehabilitación de la salud, tanto individual como colectiva, de los habitantes de la zona básica”.

²⁷⁴ De acuerdo con RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 471 (en prensa), los elementos que caracterizan el trabajo en equipo son: “1. La intervención de varios profesionales de la sanidad, con la misma o diferente titulación. 2. La intervención sobre un mismo paciente. 3. La coordinación de sus actuaciones.”

del equipo médico recae la infracción del deber objetivo de cuidado, esto en caso de que se llegará a producir algún resultado lesivo para la vida o la salud del paciente. Por lo tanto, es necesario efectuar una distinción previa en función del grado de jerarquía que impera en la actuación conjunta conforme a la división horizontal y vertical del trabajo²⁷⁵.

Antes de entrar a tratar de manera específica las formas de división de trabajo, horizontal y vertical, se expondrán brevemente algunos de los criterios que utiliza la doctrina para distinguir entre una y otra forma, pues, por un lado, un sector mayoritario considera que esta diferenciación obedece a razones de formación de los profesionales, pero otro sector minoritario considera que la distinción obedece a la asignación de competencias funcionales, y existe un último sector que advierte que debe acudirse a ambos criterios.

De acuerdo con un sector de la doctrina, la formación académica servirá de parámetro diferenciador a la hora de identificar cuándo se trata de una división horizontal y cuándo de una vertical, en tanto que quienes se encuentren en el mismo nivel de preparación académica o de cualificación en sus respectivas ramas se hallarán bajo una forma de división horizontal de trabajo, y quienes posean niveles de formación distintos se articularan mediante una actuación jerarquizada propia de las funciones verticales²⁷⁶; sin embargo, hay que tener en cuenta que existe un sector de esta misma doctrina, que considera que el término formación no debe restringirse exclusivamente a la obtención de la titulación académica, sino que será necesario complementarlo con los

²⁷⁵ HAVA GARCÍA, *Imprudencia médica*, 2001, 76.

²⁷⁶ Entre otros, Agustín JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 116 s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes*, 1999, 232; HAVA GARCÍA, *Imprudencia médica*, 2001, 76 ss.; SOTO NIETO, en: MARTÍNEZ CALCERRADA/LORENZO Y MONTERO (dirs.), *Tratado*, 2001, 955; GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 400.

conocimientos especiales que posee cada uno de los integrantes del equipo²⁷⁷.

Por otra parte, alejándose de la anterior postura, CHOCLÁN MONTALVO a la hora de diferenciar entre la división de trabajo horizontal y vertical no utiliza como parámetro diferenciador la cualificación académica de los miembros del equipo, sino que parte de las competencias funcionales que les han sido asignadas a cada uno de los partícipes de la actividad sanitaria. Refiere este autor, que la división de trabajo horizontal se presenta cuando se da igualdad en la jerarquía competencial entre dos o más integrantes del grupo actuante, de tal manera que la función vertical va a obedecer a una relación de subordinación jerárquica, es decir, cuando los sujetos se encuentran vinculados por sucesivos escalones en los que asumen competencias en virtud de la delegación²⁷⁸.

Existe otro sector de la doctrina que asume una postura intermedia, es decir, tiene en cuenta tanto la formación académica como la asignación de funciones que viene dada por el médico jefe. ROMEO CASABONA, haciendo referencia a la relación médico-ayudantes, afirma que “la primera responsabilidad que incumbe al médico es la de efectuar acertadamente la distribución de las tareas según la cualificación general del personal colaborador, es decir, atendiendo a su titulación, la cual ha de servirle de punto objetivo de referencia. En consecuencia, sólo a él corresponde la valoración de todas las pruebas diagnósticas realizadas (que ha podido ejecutar o no personalmente); así como la decisión de las medidas terapéuticas a tomar. Éstas podrán efectuarlas

²⁷⁷ HAVA GARCÍA, *Imprudencia médica*, 2001, 76 s., explica que a este esquema de la división del trabajo horizontal, corresponde por ejemplo “el modelo de relaciones entre el cirujano y el anestésista, que con sus conocimientos especiales, cometidos específicos e independencia, se complementan y dividen el trabajo en la intervención quirúrgica”. V. también entre otros, Agustín JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 116; GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos*, 2ª, 2004, 350.

²⁷⁸ CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado*, 1998, 106.

personalmente o transferirlas a sus ayudantes, dependiendo ello de la gravedad que revistan así como de la dificultad de preparación que requiera su aplicación. La delegación a personal subalterno de funciones a que estuviera obligado él personalmente, puede constituir una lesión del deber de cuidado. También ha de atender el médico a la preparación real y a la experiencia de sus colaboradores debiendo ser mayor su labor supervisora cuando menor sean aquéllas, o incluso apartarles de aquellas funciones que requieren una formación especial”²⁷⁹.

VILLACAMPA ESTIARTE asume una postura heterodoxa²⁸⁰, considera que “la identificación de la división horizontal del trabajo con la que se produce entre facultativos y la división vertical con la existente entre diplomados en enfermería y otro personal sanitario no facultativo titulado con el facultativo, supone la confusión de dos diversos planos, el de la competencia con el de la posición en el seno del organigrama institucional. Pero es que además puede entrañar el peligro de extender indebidamente la responsabilidad del personal facultativo por el comportamiento desarrollado por el no facultativo titulado, sobre la base de la subsistencia de una serie de deberes secundarios de cuidado que limitan la operatividad de la confianza en relación con profesionales respecto de los cuales no se tiene, ni formalmente ni de *facto*, una posición de supremacía”²⁸¹. Es decir, que, de acuerdo con esta autora, no será suficiente para determinar la división de trabajo vertical u horizontal que se acuda a la formación académica o a la supremacía jerárquica, pues el hecho de que el jefe de anestesiología delegue a un diplomado en enfermería la vigilancia de un paciente en la sala de reanimación, no lo hace superior jerárquico de este, ya que no puede partirse de la presunción de una relación de supra-subordinación

²⁷⁹ ROMEO CASABONA, *La actividad curativa*, 1981, 250.

²⁸⁰ Así lo califica RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, en: ADROHER BIOSCA/DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (dirs.), *Avances*, 2008, 313.

²⁸¹ VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2003, 158.

utilizando como fundamento la condición de licenciado y de diplomado²⁸².

Por otra parte, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ también asume una postura intermedia, considerando que, para calificar una relación como horizontal o vertical, inicialmente deberá acudirse a la formación de los intervinientes; por lo tanto, cuando se produzca una actuación conjunta entre facultativos: médicos especialistas, titulares de enfermería, cirujano-anestesiista, la relación deberá ser calificada de horizontal, mientras que en casos de desnivel en la formación, estaremos ante un supuesto de división vertical del trabajo; sin embargo, advierte que también habrá que tener en cuenta la posición que ocupen los facultativos en el organigrama del centro sanitario y el diferente grado de experiencia que posean, lo cual ha de comprobarse en cada caso concreto, pues en estos casos puede suceder que los profesionales de la salud con la misma titulación puedan situarse en diferente nivel jerárquico²⁸³.

Tal y como se verá en lo que sigue, aquí se seguirá el criterio adoptado por este último autor, pues se considera que de todas las propuestas realizadas es la que recoge en su conjunto mayores garantías a la hora de determinar la responsabilidad penal del profesional sanitario, ya que acude no sólo a criterios de formación académica, sino también a la experiencia y la organización administrativa, siendo todos estos requisitos complementarios entre sí.

²⁸² VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2003, 156, s.

²⁸³ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Avances*, en: ADROHER BIOSCA/DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (dirs.), 2008, 316. Las razones de esta postura es explicada con mayor detenimiento y amplitud por el mismo autor en *Actividades médico sanitarias*, 2008, 396 ss (en prensa).

A) La división horizontal

La doctrina mayoritaria define la división horizontal de trabajo como aquella forma de relación independiente y autónoma que se da entre los miembros del equipo sanitario que se encuentran en el mismo plano de igualdad; es decir, que cada sujeto decide por sí mismo su propia acción, conductas u órdenes de terceros intervinientes²⁸⁴. De lo que se trata entonces es de delimitar las responsabilidades que podrían surgir entre iguales, como sucede, por ejemplo, en el caso del cirujano y el anestesista²⁸⁵.

El que estos profesionales se encuentren en una relación de igualdad no significa una similitud de funciones; por el contrario, estas se hallan delimitadas y diferenciadas a través de competencias autónomas que cada uno de los intervinientes ejecuta individualmente, aunque sus actuaciones vayan encaminadas a la obtención de una misma finalidad, es decir, el tratamiento del paciente; por lo tanto, desde el punto de vista funcional, entre estos profesionales no va a existir una relación de supra-subordinación, ni mucho menos de jerarquía, sino que el campo competencial de un profesional es independiente del campo de actuación del otro²⁸⁶. Tal y como propone Agustín JORGE BARREIRO, en la división horizontal el punto de partida será el de la responsabilidad propia e individual de cada especialista; así, por ejemplo, el anestesista responderá del cuidado preoperatorio del paciente, de la vigilancia y control de las funciones vitales del operado durante y después de la intervención quirúrgica; y, por su parte, el

²⁸⁴ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Avances*, en: ADROHER BIOSCA/DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (dirs.), 2008, 312.

²⁸⁵ DE FUENTES BARDAJÍ, *Responsabilidad sanitaria*, 2009, 568.

²⁸⁶ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Avances*, en: ADROHER BIOSCA/DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (dirs.), 2008, 314.

cirujano tendrá plena facultad para decidir sobre el cómo, dónde y cuándo realiza la intervención quirúrgica²⁸⁷.

No obstante, en la división horizontal, si bien las tareas que realizan los profesionales con igual formación gozan de independencia y autonomía, estas deben hallarse coordinadas²⁸⁸ entre sí, pues de ello depende que se logre cumplir con la finalidad común, salvaguardar la vida y salud del paciente. Así lo ha percibido también el TS, por ejemplo en la STS 04-09-1991²⁸⁹ al analizar un caso de un cirujano y un anestésista, en el que el segundo abandona el cuidado del paciente en la fase pos-operatoria y se presenta un descuido del primero respecto de la vigilancia del monitor, que se encontraba desconectado; reconoce el alto tribunal que, si bien cada uno de los médicos posee autonomía e independencia en sus funciones, esto no implica que las actividades que cada uno desempeña se puedan realizar de forma aislada entre sí²⁹⁰.

²⁸⁷ Agustín JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 138.

²⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas*, 1999, 27 s. entiende que la división horizontal de trabajo se fundamenta la autonomía recíproca y en la necesaria coordinación. También, entre otros, GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 400; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 391 (en prensa).

²⁸⁹ (RJ 6021)

²⁹⁰ Expresamente dice el TS: “Los párrafos en cuestión no son por tanto los únicos determinantes de la calificación jurídica adoptada, pero en todo caso y a la vista del relato fáctico, aunque el cirujano tenga un cometido de actuación en su campo operativo y no vigile directamente las incidencias que refleje el monitor, debió ordenar su conexión, y si era al anestésista a quien tal cometido incumbía, no permitir que se ausentara del quirófano, una vez iniciada la operación. La imprudencia no surge únicamente de la falta de vigilancia de dicho aparato, que consta no se conectó, sino que teniendo el deber de ordenar y exigir que tal conexión se efectuara, lo que no comprobó, autoriza la salida del anestésista para atender otra intervención quirúrgica en distinta planta del Hospital. El cometido del cirujano en el caso enjuiciado, extirpación de un quiste sinovial en cara externa de la rodilla izquierda, dado que dicha operación se practicaba con anestesia general, era asimismo comprobar que

De igual manera, las diferentes especialidades que existen en la medicina obligan a que las actividades sanitarias guarden una estrecha relación entre sí, así, por ejemplo el cirujano no podrá proceder a intervenir quirúrgicamente a un paciente con diagnóstico de ligamento cruzado, si previamente este no ha sido valorado por el anestesista; por lo tanto, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ afirma que “esta relación de interdependencia, que no de jerarquía, es la que se da entre especialidades directamente terapéuticas y especialidades diagnósticas, que son instrumentales de aquéllas. Los médicos que deben decidir sobre el tratamiento aplicable a un paciente, es decir, que actúan directamente sobre éste, tendrán que esperar en la mayoría de las

dicha anestesia, actuación medial y preordenada a la actividad quirúrgica, se efectuara con el control y la vigilancia precisos.”...“En el caso que ahora trae al conocimiento y decisión de esta Sala el recurso de casación, el cirujano no incide en error o ignorancia inexcusable, en actuación quirúrgica impropia, pero movido por un sentimiento de colaboración con sus compañeros médicos anestesistas del hospital o para no plantear problemas en su actuación en dicho centro, tolera, consiente y permite una situación tan peligrosa, como la determinada por la falta de conexión del monitor y el abandono del quirófano por el especialista de la anestesia. El procesado, como recogió la sentencia de este Tribunal de 24 de noviembre de 1989 (RJ 1989\8720)_, debió percibir el peligro que el acto médico y las negativas condiciones implicaba para la vida del paciente. La conducta imprudente del recurrente comienza por no controlar la conexión del monitor al inicio de la operación y en su tolerancia o consentimiento a que el anestesista abandonase el quirófano. No podía desconocer por su condición de experto cirujano los riesgos que se producen en las intervenciones quirúrgicas efectuadas con anestesia general, que tampoco ha sido desconocida para la doctrina de esta Sala -sentencias de 26 de junio de 1980 (RJ 1980\2997)_, 19 de febrero y 11 de junio de 1982 (_RJ 1982\799_y_RJ 1982\3519_) y 22 de abril de 1988 (RJ 1988\2847)_. Efectivamente, en esta clase de operaciones, pese a los progresos científicos de la Medicina y la Cirugía, no han podido desarraigarse los riesgos y peligros y se produce un porcentaje sensible de fallecimientos, acaecidos como en el supuesto del recurso durante el curso de la intervención y otras veces posteriores a la misma, lo cual puede obedecer a diversas causas como hemorragias incoercibles, paros cardíacos, colapsos y demás, y ello determina que los facultativos deben extremar las cautelas y precauciones y no provocar o aumentar nunca las situaciones de riesgo latentes en las mismas.”

ocasiones a los resultados de pruebas médicas realizadas por otros especialistas, como análisis clínicos, radiografías, ecografías, bioquímica clínica, lo que convierte a las primeras en dependientes de las segundas. Pero este hecho no significa que una especialidad sea superior jerárquicamente a la otra, ya que las funciones entre una y otra esfera están claramente delimitadas, y permanecen como ámbitos exclusivos de intervención para sus respectivos actores”²⁹¹.

Hasta el momento queda claro entonces, que la división horizontal del trabajo en equipo permite una relación autónoma, independiente, pero coordinada entre los distintos intervinientes de la actividad médica; sin embargo tal y como se expuso antes, el *quid* del asunto radica en determinar quiénes forman parte de este tipo de relaciones; es decir, si va a ser suficiente el criterio de la formación académica (que para algunos incluye además la experiencia) o si, como propone algún sector de la doctrina, será necesario acudir al criterio del “reparto competencial” u “organigrama funcional” establecido en la institución clínica²⁹².

²⁹¹ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 392 (en prensa).

²⁹² El RD 521/1987 en su art. 25 define las competencias de los responsables de las unidades de los hospitales gestionados por el Instituto Nacional de Salud; así: “1. Los responsables de las unidades orgánicas de la gerencia tendrán la denominación y categoría que se determine en el organigrama del hospital y estarán bajo la dependencia del Director Gerente.

2. Los responsables de los servicios médicos tendrán la denominación de jefes de servicio y estarán bajo la dependencia inmediata del Director Médico.

3. Los responsables de las unidades asistenciales con rango inferior al de servicio, tendrán la denominación de jefes de sección y dependerán del Director Médico o del Jefe del Servicio, si lo hubiere.

4. Los responsables de las unidades orgánicas de enfermería, tendrán la denominación de Supervisores de Enfermería y estarán bajo la dependencia del Director de Enfermería.

5. Los responsables de las unidades orgánicas de gestión y servicios generales tendrán la denominación y categoría que se determine en el organigrama del hospital y estarán bajo la dependencia del Director de Gestión y Servicios Generales.

6. Los puestos de trabajo a que se refiere los números anteriores, se proveerán conforme a lo previsto en los correspondientes estatutos de personal y en las disposiciones de desarrollo de los mismos.” Esto implica que a su vez, los responsables de estas unidades van estar jerárquicamente en un nivel superior a la de sus otros compañeros, pese a que ostenten una idéntica formación profesional. Por otra parte, refiriéndome expresamente al caso colombiano, no existe una regulación del orden nacional que defina como debe estar estructurado el sistema interno de las instituciones prestadoras del servicio de salud (IPS); por lo tanto, cada una de ellas en su reglamentación interna establece su propio organigrama competencial, simplemente existe una normativa de carácter general establecida en el Decreto 785 de 2005 por el cual se crea el sistema de nomenclatura y clasificación y funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales, señalando específicamente en los arts. 3° y 4° los niveles jerárquicos de los empleos y la naturaleza general de las funciones de éstos (aplicable al personal que se encuentre vinculado en Empresas Sociales del Estado): “Artículo 3°. Niveles jerárquicos de los empleos. Según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de las entidades territoriales se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial. Artículo 4°. Naturaleza general de las funciones. A los empleos agrupados en los niveles jerárquicos de que trata el artículo anterior, les corresponden las siguientes funciones generales:

4.1. Nivel Directivo. Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de Dirección General, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos. 4.2. Nivel Asesor. Agrupa los empleos cuyas funciones consisten en asistir, aconsejar y asesorar directamente a los empleados públicos de la alta dirección territorial. 4.3. Nivel Profesional. Agrupa los empleos cuya naturaleza demanda la ejecución y aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional, diferente a la técnica profesional y tecnológica, reconocida por la ley y que según su complejidad y competencias exigidas les pueda corresponder funciones de coordinación, supervisión y control de áreas internas encargadas de ejecutar los planes, programas y proyectos institucionales. 4.4. Nivel Técnico. Comprende los empleos cuyas funciones exigen el desarrollo de procesos y procedimientos en labores técnicas misionales y de apoyo, así como las relacionadas con la aplicación de la ciencia y la tecnología. 4.5. Nivel Asistencial. Comprende los empleos cuyas funciones implican el ejercicio de actividades de apoyo y complementarias de las tareas propias de los niveles superiores o de labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución.

Las estructuras hospitalarias contemporáneas, debido al progreso de la medicina, vienen siendo concebidas –tanto en el sector público, como en el privado– como empresas, lo que implica que los centros sanitarios funcionen en torno al cumplimiento de unos objetivos comunes: la alta calidad en el servicio, la eficiencia y la accesibilidad²⁹³. Las instituciones sanitarias, a partir del siglo XX, comienzan a ser concebidas como estructuras complejas y diversificadas, obligando a que se creen divisiones organizacionales de orden: directivo, de gestión, científico y técnico²⁹⁴; es decir, que su modo de operar será a través de organigramas funcionales y cada dirección tendrá asignada una competencia. Así, las de orden científico y técnico serán las encargadas del sistema de prestación asistencial en salud, unidades que a su vez, para realizar un trabajo ágil y eficaz, estarán subdivididas por departamentos; por lo tanto, será necesario que estos estén bajo el control de un coordinador (por ejemplo: coordinador de anestesiología, de cirugía, de medicina interna, de instrumentación, de enfermería, entre otros). Cada coordinador de equipo necesariamente tendrá que ser anestesiólogo, cirujano, médico internista, instrumentista y enfermero; es decir, que los encargados de cada una de las coordinaciones poseen la misma formación académica que la de los compañeros que integran la unidad. Bajo este presupuesto, le asiste razón a VILLACAMPA ESTIARTE²⁹⁵ cuando advierte que la formación académica no va a ser criterio suficiente para determinar la división horizontal de trabajo, toda vez que esta, va a depender, además, de las funciones que se asignen en el organigrama competencial de la entidad de salud.

²⁹³ En Colombia, la Ley 100 de 1993, por medio de la cual se crea el sistema de seguridad integral en salud, concibe como principios generales del sistema: la eficacia, la universalidad, la solidaridad, la integralidad, la unidad y la participación. Principios que antes eran exclusivos del sector empresarial ahora forman parte integral del sistema de salud.

²⁹⁴ Cfr. NAVIA ROQUE, en: GAFO (ed.), *Distribución de recursos*, 1999, 43 ss.

²⁹⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2003, 156, ss.

Como conclusión habrá que decir entonces que la división de trabajo horizontal en el equipo sanitario opera como una relación que se da entre iguales, es decir, entre profesionales facultativos y no facultativos, con una formación académica similar, desarrollando una actividad autónoma e independiente, pero coordinada²⁹⁶, teniendo en cuenta que la relación entre estos siempre va a depender de las funciones asignadas en el organigrama competencial y del grado de experiencia que posean.

B) La división vertical

Las relaciones verticales o de división vertical del trabajo, a diferencia de las horizontales, son entendidas por la doctrina mayoritaria como aquellas que suponen una relación jerárquica de supra y subordinación²⁹⁷. Lo característico de la división vertical del trabajo, de acuerdo con BENÍTEZ ORTUZAR/CRUZ BLANCA, es que las tareas que

²⁹⁶ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 399 s. (en prensa), lo explica de la siguiente manera: “Los puestos de Director Médico, Subdirector Médico (cuando lo haya), Jefe de Servicio y Jefe de Sección, son ocupados por médicos, con idéntica especialidad o diferente de la de aquéllos sobre los que ejercen funciones, pero en todo caso con la misma titulación académica. El mismo esquema se reproduce para la División de Enfermería, ya que los puestos de Director de Enfermería, Subdirector de Enfermería (cuando los haya) y Supervisor de Enfermería, son ocupados por diplomados en enfermería, ayudantes técnicos sanitarios, practicantes, matronas, enfermeras o fisioterapeutas. Por lo tanto, los sujetos con la misma formación académica sí pueden hallarse en una división vertical del trabajo, lo que independientemente de cómo sea percibida por cada uno de ellos constituye una realidad normativizada y con unas consecuencias jurídicas relevantes en relación con la delimitación de sus funciones, deberes y responsabilidades”.

²⁹⁷ Así entre otros, ROMEO CASABONA, *El médico*, 1985, 75; Agustín JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 147; HAVA GARCÍA, *Imprudencia médica*, 2001, 79; VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2003, 151; DE VICENTE REMESAL/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *LH-N.Barbero*, 2007, 170; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, en: ADROHER BIOSCA/DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (dirs.), *Avances*, 2008, 314; GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 400.

se reparten entre los miembros del equipo “no son fragmentos yuxtapuestos del mismo tratamiento del paciente, sino aspectos o facetas de un mismo acto cuya asunción ha asumido globalmente el principal. En otras palabras, cada acto de los miembros subordinados no es sino una parcela delegada de la actividad asumida por el jefe del equipo y, en definitiva, segmentos de su propia actividad”²⁹⁸.

WILHELM citado por Agustín JORGE BARREIRO, enumera como elementos estructurales de la división vertical de trabajo, los siguientes²⁹⁹:

1. El orden jerárquico de distribución de deberes entre superior y subordinado, donde el primero ha de encargarse de instruir, controlar y vigilar, y el segundo, de obedecer las órdenes de aquél.
2. La relación de dependencia de los subordinados en el contexto de supra-subordinación; y
3. La delegación de funciones del superior jerárquico en el personal auxiliar sanitario.

Lo anterior implica que existe unanimidad en la doctrina al considerar que en la división vertical del trabajo siempre va a existir una relación de jerarquía; no obstante, respecto de la delegación de funciones, los criterios no son los mismos, pues, si bien para un sector de la doctrina división vertical y delegación son lo mismo, para otro sector no deben confundirse los términos. CHOCLÁN MOTALVO comparte la idea de que la división vertical y la delegación son sinónimos; según este autor, será necesario distinguir entre deberes de diligencia primarios y secundarios, en el sentido de que el delegante conserva tras la delegación el control y vigilancia respecto del cumplimiento del deber de diligencia de sus colaboradores. La eficacia de la delegación va a depender de que esta se efectúe en personas con la cualificación

²⁹⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA, en: MORILLAS CUEVAS (dir.), *Estudios Jurídicos*, 2009, 195.

²⁹⁹ Agustín JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 147.

necesaria y se le brinden los instrumentos necesarios para el cumplimiento de la función recibida, pues esto va a facultar al delegado llevar a cabo la función que le ha sido designada bajo condiciones que le permitan afirmar el dominio y control del riesgo de la tarea; por lo tanto, advierte este autor que “la propia atribución de tareas a quien no está en condiciones de ejercerlas en forma no peligrosa crea ya un riesgo desaprobado. Por ello, si como consecuencia de esa previsible actuación errónea del subordinado se produce lesión de un bien jurídico, entonces, será atribuible al órgano directivo de la empresa por la infracción del deber de cuidado que le incumbía”³⁰⁰.

Otro sector de la doctrina se distancia de las consideraciones de CHOCLAN MONTALVO, así, Agustín JORGE BARREIRO³⁰¹ considera que la delegación es sólo una de las formas de cooperación en la división vertical de trabajo, pero no es división vertical del trabajo. Por otra parte, VILLACAMPA ESTIARTE entiende que la delegación no implica una relación jerárquica entre el delegante y el delegado, pues, por ejemplo, “un especialista en anestesiología y reanimación puede delegar en un diplomado de enfermería, cuando menos *de facto*, la vigilancia de un paciente que se encuentra en la sala de despertar, pero no por ello la relación profesional existente entre ambos, si no era jerárquica, se tronca en tal. Aun cuando el especialista sea jefe del servicio de anestesiología del centro sanitario no es superior jerárquico del diplomado en enfermería adscrito al servicio de cirugía”³⁰². Siguiendo una línea similar RODRÍGUEZ VÁZQUEZ³⁰³, también opina

³⁰⁰ CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado*, 1998, 106 s.

³⁰¹ Agustín, JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 116.

³⁰² VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2003, 156.

³⁰³ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, en: ADROHER BIOSCA/DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (dirs.), *Avances*, 2008, 315 s. Aunque SILVA SÁNCHEZ, *Der.Sad.* 1 (2000), 52, s. considera, que, si bien la delegación obliga a que el delegado asuma funciones como: seleccionar adecuadamente al delegado, organizar, vigilar, supervisar, controlar, será en el delegado en quien surja una nueva “posición de garantía”, viéndose obligado a asumir funciones de control de riesgos. “Así, ejecutado el hecho activamente por un

que no se puede identificar la división vertical del trabajo con la delegación, en el sentido de que esta última no siempre hace surgir una relación subordinación entre delegante y delegado, sino que simplemente obliga a que el primero se vea obligado a ejercer vigilancia y control sobre la actuación del delegado respecto de la tarea que le ha sido asignada; es decir, que no se puede confundir división de trabajo vertical con delegación, aunque advierte que todo acto de delegación hace nacer una nueva relación vertical, en el sentido de que el delegante deberá estar atento a la conducta global del delegado.

A título personal, considero correcta la idea de que la delegación no pueda entenderse como sinónimo de la función de la división de trabajo vertical, sino que simplemente forma parte de esta. No siempre que exista delegación va a existir una relación de subordinación jerárquica. Debe quedar claro, tal y como se expuso anteriormente, que ni la formación académica, ni el organigrama funcional, por si solos, van a constituir criterios suficientes para determinar la categoría de división

inferior jerárquico (un empleado subordinado), el delegado, que ha asumido la función de control directo de los riesgos derivados de tal actuación, si -pudiendo y debiendo en atención a su competencia no lo evita, podrá ser estimado autor en comisión por omisión. En cambio, el delegante, que eventualmente infringiera su deber de supervisión, y consiguientemente no instara al delegado a ejercer tal control, solamente podrá ser estimado partícipe en comisión por omisión (pues su conducta no equivale según el sentido del texto de la ley a la comisión activa en calidad de autor): él no ostenta ya la competencia directa de evitación del hecho -que ha transferido-, sino que sólo retiene la competencia de instar a la evitación. Por lo demás, en buen número de casos, la naturaleza de la intervención del delegante en el hecho será la de una contribución imprudente (infracción de deberes de cuidado en la supervisión, coordinación, selección, etc.), lo que ha de conducir frecuentemente (a la luz de lo dispuesto en el art. 12 CP) a la impunidad. Por contra, en el caso de que sea el propio delegado el que cometa activamente un delito en calidad de autor, la aportación del delegante podría llegar a ser calificada de autoría en comisión por omisión, en términos similares a los indicados más arriba. Todo lo anterior, como puede observarse, pone claramente de relieve la posibilidad de una acumulación de responsabilidades de delegante y delegado que, sin embargo, deja en un papel secundario, a veces determinante de la impunidad, al referido delegante”.

de trabajo, sino que requieren complementarse, en el sentido que lo uno va a depender del otro. Por lo tanto, para poder hablar de división vertical de trabajo, se tendrá que tener en cuenta que exista una formación académica diferente entre los distintos miembros del equipo, grados de titulación superiores e inferiores; pero a la vez, que dentro las funciones competenciales existan unos niveles de distinción jerárquica entre estos.

Por último, para concluir este tema de la división vertical de trabajo, me parece importante tratar un supuesto discutido por la doctrina, y que aparentemente parecería ser un claro ejemplo de división vertical de trabajo. Me refiero al caso del MIR y su tutor. No existe unanimidad en la doctrina, respecto de si efectivamente entre el residente y su director se produce una relación vertical. Para la mayoría, no existe duda de esta, pero en cambio otros la excluyen del ámbito propio de la división del trabajo. Agustín JORGE BARREIRO forma parte del sector que considera que resulta evidente la división de trabajo vertical en la relación existente entre el MIR y su tutor, pues “la asistencia médica que llevan a cabo los médicos residentes es una asistencia tutelada, es decir, controlada y supervisada por el médico especialista (superior jerárquico)”³⁰⁴. Asimismo, HAVA GARCÍA considera que la actividad de estos médicos en formación se encuentra sometida a la asistencia tutelada, controlada y supervisada de un médico especialista, aunque advierte que la observancia de cuidado por parte de este no debe extenderse a tal punto que deba controlar y supervisar hasta las más mínimas actuaciones del residente: “La eficacia del sistema de asistencia tutelada conlleva, necesariamente, el reconocimiento de cierto grado de independencia la médico en formación. La ponderación de la distinta relevancia que debe otorgarse, por un lado, a la obligación de vigilancia del médico responsable y, por otro, al ámbito de autonomía que en su actividad posee el médico residente, es una tarea que quizá

³⁰⁴ Agustín JORGE BARREIRO, en: MARTÍNEZ MARTÍN (coord.), *Personal sanitario*, 1995, 383.

sólo sea posible realizar tras un detenido análisis de las concretas circunstancias que se den en el supuesto enjuiciado”³⁰⁵.

Siguiendo una línea similar a los dos anteriores, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ considera que la relación que media entre el MIR y tutor debe regirse conforme los criterios propios de la división vertical de funciones, al cumplirse con las características propias de esta forma de organizar el trabajo; es decir, una función dependiente de la otra y un médico con menor titulación que otro³⁰⁶.

Desde otra perspectiva minoritaria, GÓMEZ RIVERO considera que la relación del MIR y tutor debe excluirse de cualquier tipo de consideración a nivel de división vertical de trabajo, toda vez que la falta de experiencia del primero a lo que conduce es a un análisis estricto del cumplimiento de supervisión. Al respecto señala que “la problemática de esta fenomenología de casos entronca con el incumplimiento de la obligación de control que indefectiblemente pesa sobre aquél, sin que quede ámbito de juego alguno al principio de confianza” (...) “los médicos residentes (MIR), quienes si bien han completado su formación teórica, se encuentran en un período de consolidación de sus conocimientos, desarrollando la práctica asistencial bajo la tutela de un médico principal. Si bien puede presumirse una capacidad superior de esos médicos, también ahora su falta de experiencia da paso a especiales deberes de vigilancia y supervisión que desplazan de forma singular el protagonismo del principio de confianza. En su lugar, emerge a primer plano el deber del médico residente a su cargo, lo que,

³⁰⁵ HAVA GARCÍA, *Imprudencia médica*, 2001, 84. Adoptando un criterio similar recientemente DEL CASTILLO CODES, en: GALLARDO CASTILLO (dir.), *Responsabilidad jurídico-sanitaria*, 2011, 285; CRUZ BLANCA, en: GALLARDO CASTILLO (dir.), *Responsabilidad jurídico-sanitaria*, 2011, 321.

³⁰⁶ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Avances*, en: ADROHER BIOSCA/DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (dirs.), 2008, 316; el mismo, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 414.

una vez más, expulsa su estructura de la genuina problemática de la responsabilidad por trabajo en equipo”³⁰⁷.

Le asiste la razón a quienes consideran que entre el MIR y su tutor se da es una división vertical de trabajo, pues si su postura se compara con la regulación establecida en el RD 183 de 2008 -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-, toda vez que en los arts. 11³⁰⁸ y 15³⁰⁹ de la norma se ve

³⁰⁷ GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 409 s.

³⁰⁸ Artículo 11. “*El tutor. Concepto, funciones y nombramiento*. 1. El tutor es el profesional especialista en servicio activo que, estando acreditado como tal, tiene la misión de planificar y colaborar activamente en el aprendizaje de los conocimientos, habilidades y actitudes del residente a fin de garantizar el cumplimiento del programa formativo de la especialidad de que se trate. El perfil profesional del tutor se adecuará al perfil profesional diseñado por el programa formativo de la correspondiente especialidad. El tutor es el primer responsable del proceso de enseñanza- aprendizaje del residente, por lo que mantendrá con este un contacto continuo y estructurado, cualquiera que sea el dispositivo de la unidad docente en el que se desarrolle el proceso formativo. Asimismo, el tutor, con la finalidad de seguir dicho proceso de aprendizaje, mantendrá entrevistas periódicas con otros tutores y profesionales que intervengan en la formación del residente, con los que analizará el proceso continuado de aprendizaje y los correspondientes informes de evaluación formativa que incluirán los de las rotaciones realizadas. 2. Las principales funciones del tutor son las de planificar, gestionar, supervisar y evaluar todo el proceso de formación, proponiendo, cuando proceda, medidas de mejora en la impartición del programa y favoreciendo el autoaprendizaje, la asunción progresiva de responsabilidades y la capacidad investigadora del residente. Los tutores de cada especialidad propondrán la guía o itinerario formativo tipo de la misma, que aprobará la comisión de docencia con sujeción a las previsiones del correspondiente programa. La mencionada guía, que será aplicable a todos los residentes de la especialidad que se formen en la unidad docente de que se trate, se entenderá sin perjuicio de su adaptación al plan individual de formación de cada residente, elaborado por el tutor en coordinación con los responsables de los dispositivos asistenciales y demás tutores de residentes que se formen en el centro o unidad docente. 3. El tutor, que, salvo causa justificada o situaciones específicas derivadas de la incorporación de criterios de troncalidad en la formación de especialistas, será el mismo durante todo el período formativo, tendrá

asignados hasta un máximo de cinco residentes. 4. Las comunidades autónomas adoptarán las medidas necesarias para asegurar una adecuada dedicación de los tutores a su actividad docente, ya sea dentro o fuera de la jornada ordinaria. 5. El nombramiento del tutor se efectuará por el procedimiento que determine cada comunidad autónoma, con sujeción a los criterios generales que en su caso apruebe la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, entre profesionales previamente acreditados que presten servicios en los distintos dispositivos integrados en el centro o unidad docente y que ostenten el título de especialista que proceda.”

³⁰⁹ Art. 15. “*La responsabilidad progresiva del residente*. 1. El sistema de residencia al que se refiere el artículo 20 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, implica la prestación profesional de servicios por parte de los titulados universitarios que cursan los programas oficiales de las distintas especialidades en Ciencias de la Salud. Dicho sistema formativo implicará la asunción progresiva de responsabilidades en la especialidad que se esté cursando y un nivel decreciente de supervisión, a medida que se avanza en la adquisición de las competencias previstas en el programa formativo, hasta alcanzar el grado de responsabilidad inherente al ejercicio autónomo de la profesión sanitaria de especialista. 2. En aplicación del principio rector que se establece en el artículo anterior, los residentes se someterán a las indicaciones de los especialistas que presten servicios en los distintos dispositivos del centro o unidad, sin perjuicio de plantear a dichos especialistas y a sus tutores cuantas cuestiones se susciten como consecuencia de dicha relación. 3. La supervisión de residentes de primer año será de presencia física y se llevará a cabo por los profesionales que presten servicios en los distintos dispositivos del centro o unidad por los que el personal en formación esté rotando o prestando servicios de atención continuada. Los mencionados especialistas visarán por escrito las altas, bajas y demás documentos relativos a las actividades asistenciales en las que intervengan los residentes de primer año. Las previsiones contenidas en este apartado se adaptarán a las circunstancias específicas de supervisión en las especialidades cuya duración sea de un año. 4. La supervisión decreciente de los residentes a partir del segundo año de formación tendrá carácter progresivo. A estos efectos, el tutor del residente podrá impartir, tanto a este como a los especialistas que presten servicios en los distintos dispositivos del centro o unidad, instrucciones específicas sobre el grado de responsabilidad de los residentes a su cargo, según las características de la especialidad y el proceso individual de adquisición de competencias. En todo caso, el residente, que tiene derecho a conocer a los profesionales presentes en la unidad en la que preste servicios, podrá recurrir y consultar a los mismos cuando lo considere necesario. 5. Las comisiones de docencia elaborarán protocolos escritos de actuación para graduar la supervisión de las actividades que lleven a cabo los residentes en áreas asistenciales significativas, con referencia especial al área de urgencias o

con claridad que entre el MIR y su tutor existe una relación de subordinación del primero al segundo y unas funciones competenciales definidas que se encuentran en un nivel de superioridad de este frente a la de aquél³¹⁰.

Hasta el momento se ha visto que la división del trabajo en equipo en la actividad sanitaria contemporánea es más que necesaria. Para que esta opere de manera efectiva, habrá que distinguir entre división horizontal y vertical, entendiendo que la primera se presenta como una relación que se da entre iguales, es decir, entre profesionales, facultativos y no facultativos, cada uno con una formación similar (incluida la experiencia), desarrollando una actividad autónoma e independiente, pero coordinada, sin olvidar que la relación entre estos de todas maneras siempre va a depender de las funciones asignadas en el organigrama competencial de la entidad sanitaria. La segunda se entiende como una relación de jerarquía en la que existe una formación distinta entre los diferentes miembros del equipo, entendiendo por esta no sólo la titulación, sino también la experiencia acumulada en la vida profesional³¹¹, y unas funciones competenciales superiores e inferiores. Sin embargo, esta clasificación de la división de trabajo en horizontal y en vertical, no constituye criterio suficiente, ni mucho menos determinante, a la hora de identificar la responsabilidad de los miembros del equipo de trabajo, sino que simplemente sirve de fundamento para establecer criterios generales en relación con la

cualesquiera otras que se consideren de interés. Dichos protocolos se elevarán a los órganos de dirección del correspondiente centro o unidad para que el jefe de estudios de formación especializada consensúe con ellos su aplicación y revisión periódica.”

³¹⁰ En Colombia, el Decreto 2376 de 2010, por medio del cual se regula la relación docencia - servicio para los programas de formación de talento humano del área de la salud, art. 3 lit. C, que establece que todas las actividades asistenciales realizadas por los estudiantes en formación se realizarán bajo estricta supervisión del personal docente y/o del responsable de la prestación de los servicios, de conformidad con el Sistema de Garantía de la Calidad del Sistema de Seguridad Social en Salud.

³¹¹ V. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 383 (en prensa).

extensión del principio de confianza, que paso a analizar a continuación.

3. El principio de confianza

El principio de confianza limita la responsabilidad de los sujetos intervinientes en la actuación conjunta proveniente bien sea de divisiones horizontales o verticales producto de las relaciones que surgen en el trabajo del equipo médico. El principio de confianza viene a superar el esquema clásico que consideraba que el delito imprudente sólo estaba pensado para conductas individuales, pues este 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-sanitaria³¹². 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 cuidado³¹³.

³¹² El principio de confianza es un principio de creación jurisprudencial que surgió en España a mediados del siglo XX en el ámbito del tráfico viario. Inicialmente lo que se pretendía era limitar el deber de cuidado de los conductores de automóviles, reconociéndoles la posibilidad de confiar en la conducta correcta de los demás participantes en el tráfico. Con el tiempo, el ámbito de aplicación del principio de confianza se ha ido ampliando a otras actividades en las que se hace necesaria la intervención conjunta de personas, como es el caso de la actividad sanitaria. Sobre los orígenes del principio de confianza Cfr. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 415 ss. (en prensa); el mismo, en: ADROHER BIOSCA/DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (dirs.), *Avances*, 2008, 316 ss.; MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, 2009, 61 ss.; el mismo, *LH- Mir*, 2010, 381 ss.

³¹³ La doctrina mayoritaria considera que el principio de confianza delimita el deber de cuidado que le corresponde observar a cada uno de los intervinientes en una actividad realizada en equipo, puesto que cuando dos o más personas realizan una misma actividad todas ellas deben estar atentas a lo que hacen los demás, el principio de

Reiterando lo que se ha venido diciendo, la doctrina mayoritaria considera que el principio de confianza opera cuando intervienen varios sujetos en la realización de una actividad peligrosa, y cada uno de los intervinientes puede confiar en que los demás actuarán correctamente mientras no se presenten circunstancias especiales que hagan pensar en lo contrario³¹⁴. Tal y como lo exponen por ejemplo, MUÑOZ

confianza fija un límite y establece hasta dónde tiene que llegar la atención y el cuidado de cada uno de los integrantes del equipo. V. al respecto: ROMEO CASABONA, *La actividad curativa*, 1981, 249; RODRÍGUEZ MONTAÑES, *El caso de la colza*, 1995, 157; CEREZO MIR, *PG*, II, 6^a, 1998, 171; FELJOO SÁNCHEZ, *DPCrim. Extra 1* (2000), 98; STRATENWERTH, *PG I*, 4^a, 2005, 437; CORCOY BIDASOLO, *Delito imprudente*, 2^a, 2005, 315; DE VICENTE REMESAL/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *LH-N.Barbero*, 2007, 174; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Avances*, en: ADROHER BIOSCA/DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (dirs.), 2008, 319; MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, 2009, 146 ss., 276 ss.; el mismo *LH- Mir*, 2010, 383; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *PG*, 2010, 525. Sin embargo, otro sector minoritario de la doctrina, al que pertenecen entre otros destacados como ROXIN, *PG*, I, 1997, 1000 y JAKOBS, *PG*, 2^a, 1997, 384, consideran que el principio de confianza forma parte de la imputación objetiva, toda vez que aquél servirá para concretar el ámbito de riesgo que le está permitido al autor. De manera particular la Corte Suprema de Justicia en Colombia viene asumiendo una postura similar a la propuesta por estos autores alemanes; por ejemplo, en Auto de segunda instancia 22-07-2009 (Proceso 32053), ha dicho: “El principio de confianza es un criterio normativo que hace parte de la teoría de la imputación objetiva según el cual no es posible atribuirle el resultado típico a una persona si ésta ha obrado convencida de que otras no han incurrido en riesgos jurídicamente desaprobados, a menos que haya tenido motivos suficientes para suponer lo contrario”.

³¹⁴ WELZEL, *Nuevo sistema*, 1964, 114; ROMEO CASABONA, *El médico*, 1985, 76; Agustín, JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 118; LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 504; RIVERA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario*, 1997, 78 s.; ROXIN, *PG I*, 1997, 1006; SILVA SÁNCHEZ, *Der.Sad. 2* (1994), 42; HAVA GARCÍA, *Imprudencia médica*, 2001, 78; GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos*, 2^a, 2004, 351 s.; STRATENWERTH, *PG I*, 4^a, 2005, 436; CORCOY BIDASOLO, *Delito imprudente*, 2^a, 2005, 315; TENA ARAGÓN, *CDJ XVI* (2005), 96; GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2^a, 2008, 400; BERNATE OCHOA, *LJ 7* (2008), 6; BENÍTEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA, en:

CONDE/GARCÍA ARÁN, este principio no puede pretender una vigilancia absoluta cuando es evidente que alguien va a defraudar esa confianza, como cuando el peatón atraviesa la calzada a pesar de estar en rojo el semáforo o cuando el ayudante de quirófano es un novato³¹⁵.

En relación propiamente con la profesión sanitaria, Agustín JORGE BARREIRO considera que el principio de confianza aplicado a la actividad médico quirúrgica “implica que el cirujano puede, en principio, confiar en que sus colaboradores (anestesista, ayudantes, enfermeras) se comportarán diligentemente, en tanto no concurren en el caso concreto circunstancias especiales –como la falta de cualificación, inexperiencia, ineptitud, descuidos graves–, reconocibles, que le hagan pensar en lo contrario” (...) “El principio de confianza tiene importancia y sentido en la actividad médico-quirúrgica –aplicable tanto en la división de trabajo horizontal como en la vertical– en cuanto: evita la sobrecarga de trabajo (y la posible exasperación de los deberes de diligencia) del médico jefe del equipo; hace posible una mayor concentración en su cometido (empleo de la adecuada técnica quirúrgica) y proporciona la necesaria seguridad en la eficacia del trabajo en equipo”³¹⁶. De manera similar CERESO MIR ha expresado que el principio de confianza opera en las intervenciones quirúrgicas en el sentido de que el “cirujano puede confiar en que el personal auxiliar (anestesiastas, enfermeras, ayudantes) observa el cuidado objetivamente debido, mientras que, dadas las circunstancias del caso concreto, no tenga motivos para pensar lo contrario. El principio de confianza sólo es aplicable en este caso, sin embargo, si el cirujano ha observado el cuidado objetivamente debido al distribuir las tareas, al coordinar la

MORILLAS CUEVAS(dir.), *Estudios Jurídicos*, 2009, 197; MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, 2009, 120; el mismo *LH-Mir*, 2010, 382 s.; ABRALDES, en: ROMEO CASABONA/GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO (edits.), *Desarrollo social*, 2010, 247; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8ª, 2010, 286.

³¹⁵ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8ª, 2010, 286.

³¹⁶ Agustín JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 119.

labor del equipo, al seleccionar al personal auxiliar y al supervisar sus primeras actuaciones. Cuanto menores sean la preparación real y la experiencia de sus colaboradores mayor será el deber de supervisión del médico y menor el campo de aplicación del principio de confianza. El personal auxiliar puede, a su vez, en la corrección de las instrucciones recibidas del cirujano, mientras que, dadas las circunstancias concretas del caso, no tenga motivos para dudar de la misma”³¹⁷.

De acuerdo con lo anterior, no cabe duda de que la aplicación del principio de confianza va a depender de la división de las relaciones de trabajo en horizontal y vertical, por lo que SILVA SÁNCHEZ, haciendo alusión a la relación horizontal entre cirujano y anestesista, define el principio de confianza diciendo que “cada especialista puede contar en principio con la colaboración correcta del colega de la otra especialidad; sólo excepcionalmente, esto es, cuando consta la comisión de una infracción del deber de cuidado por el otro o existen dudas sobre su cualificación o fiabilidad, surge un deber de cuidado (que algunos denominan secundario), cuyo incumplimiento puede conducir a imputar el resultado lesivo al cirujano, por ejemplo, que ha confiado, ya indebidamente, en una conducta diligente del anestesista”³¹⁸. De igual manera, ROMEO CASABONA, refiriéndose exclusivamente a la aplicación del principio de confianza en las relaciones verticales, ha dicho que este permite que el cirujano confié en que la enfermera le va a suministrar correctamente el instrumental por él solicitado y asimismo esta podrá confiar en que la pieza o el medicamento solicitados son los correctos y la dosis prescrita es la precisa; sin embargo advierte que, “esta distribución de funciones comporta también que los superiores jerárquicos o profesionales no encomendarán a sus subordinados o ayudantes tareas que excedan los propios cometidos de éstos y les correspondan a ellos mismos o que superen su estado de formación,

³¹⁷ CEREZO MIR, *PG*, II, 6^a, 1998, 171 s.

³¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Der.Sad.* 2 (1994), 42.

etc., y si lo hacen, su deber consistirá en supervisar el correcto cumplimiento de sus órdenes o prescripciones”³¹⁹.

Es necesario tener en cuenta, que si bien el principio de confianza sirve como criterio delimitador de la responsabilidad del trabajo en la relación vertical u horizontal, este no opera de manera absoluta en la actividad médico-sanitaria. Me refiero a que no siempre el profesional de la salud que ha realizado alguna actividad en equipo va a poder argumentar en su favor que su comportamiento (descuidado) obedece a la confianza que le reporta la actuación de sus demás compañeros de equipo; por lo tanto, lo problemático de esta figura consiste en determinar el alcance del principio de confianza, es decir, hasta dónde puede confiar un sujeto en la correcta actuación del que con él interactúa en el desarrollo conjunto de una actividad³²⁰.

En virtud de lo anterior, se ha dicho que el principio de confianza va a depender de los ámbitos competenciales que deban asumir cada uno de los miembros intervinientes en el equipo de trabajo³²¹. Al respecto

³¹⁹ ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia*, 2005, 215.

³²⁰ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, en: ADROHER BIOSCA/DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (dirs.), *Avances*, 2008, 319.

³²¹ Al respecto ha señalado MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, 2009, 278: “Por esta razón, es importante insistir en que el reparto de tareas que, en cada contexto de actuación, puede establecerse entre los distintos intervinientes no se ve sustituido por el principio de confianza. Primero hay que examinar los deberes de cuidado que expresamente se imponen a los distintos sujetos que participan en la actividad y, después, plantear la posibilidad de precisar o complementar esa delimitación tomando como referencia los deberes de tercero, pues hay que tener en cuenta que algunos deberes positivamente establecidos pueden estar directamente relacionados con la eventual actuación incorrecta de los terceros. El principio de confianza, como criterio complementario, sirve para precisar el alcance de esos deberes positivos y para declarar que, con carácter general, cuando no se impone un deber de cuidado concretamente referido a la actuación de terceras personas, es posible establecer una delimitación negativa de ámbitos de responsabilidad”. Por otra parte, BENÍTEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA, en: MORILLAS CUEVAS (dir.), *Estudios*

advierde RODRÍGUEZ VÁZQUEZ que, “cuanto más independientes sean las actuaciones entre sí, trazando límites claros, sin que la actuación de unos abarque la de los otros, parece que 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 (naturales) que le rodean pero no viéndose obligado a ‘juzgar’ (valorar) la corrección de la conducta de otro. Cuando los ámbitos de competencia y actuación de cada uno de los intervinientes entren en contacto, se interrelacionen, y surjan dependencias más estrechas entre ellos, el principio de confianza irá perdiendo fuerza a favor de deberes de vigilancia y control, en definitiva, creando un deber de cuidado que abarcará aquel actuar de un tercero como una circunstancia más que rodea la propia actuación”³²².

Jurídicos, 2009, 196 señalan: “En la actualidad el principio de confianza se construye sobre formulaciones normativas a partir de las nociones de deber y competencia por lo que resulta vital que estén bien acotados los ámbitos competenciales de cada miembro del equipo, esto es, sus funciones y deberes, ya que sólo así se podrá determinar la concreta responsabilidad penal de cada uno de ellos”.

³²² RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, en: ADROHER BIOSCA/DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (dirs.), *Avances*, 2008, 320. La Audiencia Provincial de Alicante, mediante SAP Alicante 29-01-1998 (ARP 428) utiliza como parámetro las diferentes competencias que le corresponden asumir al médico cirujano y al personal de enfermería en una intervención quirúrgica como parámetro delimitador del principio de confianza. Se trata de un caso en el que a un paciente, al ser intervenido por una hernia de hiato, se le ha dejado abandonada una de las compresas utilizadas, considerando la Audiencia que era responsabilidad del cirujano verificar antes de proceder a suturar que no quedara ningún cuerpo extraño al interior del organismo del paciente. Aunque la sentencia es un poco extensa, en mi opinión es una de las que ha trabajado con mayor claridad el tema del principio de confianza y su delimitación a través de fuentes competenciales; por lo tanto, me parece pertinente citar algunos apartes de la misma: “La problemática sobre la delimitación de la responsabilidad penal en la división del trabajo vertical nos lleva a plantear tres cuestiones fundamentales: 1.^a La determinación de los deberes de cuidado de las enfermeras, de acuerdo con sus cometidos específicos como consecuencia del principio de división del trabajo. 2.^a El alcance del principio de confianza en las relaciones entre cirujano y las enfermeras. 3.^a Las especiales fuentes de peligro que concurren en la división del trabajo vertical y

los deberes de cuidado que le corresponde cumplir al cirujano-jefe del equipo para neutralizar aquéllas. 1.^a a) Las enfermeras o ATS forman parte de un colectivo de profesionales sanitarios con responsabilidad propia y tienen cometidos específicos inherentes a la función que desempeñan ya sean funciones de índole general que no afectan directamente al trabajo con el paciente ni al apoyo o colaboración en tareas médicas concretas, tales como: funciones de mantenimiento de las instalaciones sanitarias, la limpieza y desinfección del material quirúrgico, etc. Aquí el deber de la dirección médica se agota normalmente en las órdenes que, con carácter general, se transmiten a la enfermera general, siendo responsable el médico de los fallos en que puedan incurrir las enfermeras si sus órdenes hubieran sido defectuosas o insuficientes. 1.^a b) La segunda esfera está relacionada con la asistencia médica al enfermo, tales como cuidado, vigilancia, preparación del paciente en la actividad médico-quirúrgica. En este ámbito jugarán un papel importante el principio de división de trabajo y, con especial intensidad, el de confianza, esto es, el médico podrá confiar, con carácter general, en que la enfermera procederá correctamente en la asistencia médica al paciente, salvo que las especiales circunstancias del caso no permitan justificar tal confianza y reclamen que el médico cumpla con los deberes especiales de vigilancia, control o instrucción del personal sanitario auxiliar. 1.^a c) En un tercer ámbito nos encontramos con la actividad auxiliar médica, es decir, con el cometido de las enfermeras que han de ayudar en las acciones propias del médico: como por ejemplo, ordenar y preparar el instrumental médico, la labor de control de las gasas utilizadas en la operación; aquí el problema estriba en delimitar qué cometidos podrá delegarse en las enfermeras, debiendo tener presente que la asistencia de éstas en la intervención quirúrgica es marginal, indirecta y mecánica. La responsabilidad penal de las enfermeras o ATS estará condicionada, en parte, por los cometidos específicos que le son asignados por la normativa sanitaria general y, por otra, por la normativa interna que pueda existir en los centros médicos sobre el funcionamiento de los quirófanos. Entre las primeras, el art. 59 del Estatuto de personal sanitario no facultativo de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social declara como tareas específicas del personal sanitario auxiliar y con plena autonomía, las siguientes: cumplimentar las instrucciones del médico, practicar las curas de los operados, preparar cuidadosamente al paciente para las intervenciones médicas... etc.; sin perjuicio de tener en cuenta, por otra parte, la posible normativa interna de los respectivos centros hospitalarios. 2.^a El principio de confianza en las relaciones entre el cirujano y las enfermeras vendrá dado y será aplicable según las circunstancias del caso concreto en el adecuado grado de responsabilidad profesional de estas últimas en relación a la ayuda y preparación exigida para una concreta operación quirúrgica. El principio de confianza, aplicado a la división del trabajo vertical, permite exonerar de responsabilidad al cirujano si confía con fundamento en

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.

A) 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 trabajo³²³; ello

el personal sanitario auxiliar cualificado siempre que las tareas encomendadas se encuentren dentro del ámbito de su específica competencia y no suponga, al propio tiempo, dejación específica de aquellas obligaciones profesionales o de vigilancia y control adecuados respecto de sus subordinados o personal sanitario o colaborador.

3.^a Por último, no puede pasarse por alto la existencia de lo que se podía llamar fuentes de peligro en la división del trabajo vertical, es decir, de la delimitación de las responsabilidades penales entre el cirujano y el resto del personal sanitario auxiliar en una concreta intervención quirúrgica. *Pese a las respectivas competencias que corresponden al citado personal auxiliar, en supuestos tales como la falta de cualificación del personal sanitario, fallos de comunicación o de coordinación del equipo médico-quirúrgico, pueden dar lugar a que el cirujano, en su condición de jefe del equipo sea considerado penalmente responsable si no ha cumplido con sus especiales deberes de cuidado secundarios tales como de instrucción, vigilancia y control del personal sanitario auxiliar. Es decir, el jefe del equipo médico quirúrgico, esto es, el cirujano tiene la obligación de neutralizar las fuentes de peligro que concurren respecto de su personal auxiliar y provenga de la infracción de sus deberes de vigilancia, control o coordinación de la intervención quirúrgica del caso.* En un sentido similar pueden verse, entre otras, SAP Ourense 07-10-1998 (ARP 3821); SAP Toledo 26-04-2004 (ARP 408); SAP Valencia 26-05-2008 (JUR 204550); SAP Sevilla 29-07-2009 (ARP 1375); AAP Barcelona 24-11-2010 (JUR 128845).

³²³ Entre otros, SILVA SÁNCHEZ, *Der.Sad.* 2 (1994), 57; Agustín JORGE BARREIRO, en: MARTÍNEZ MARTÍN (coord.), *Personal sanitario*, 1995, 369; CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado*, 1998, 185; FEIJOO SÁNCHEZ, *DPCrim.* Extra 1 (2000), 112 s.; HAVA GARCÍA, *Imprudencia médica*, 2001, 77 s.; DE VICENTE REMESAL/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *LH-N.Barbero*, 2007, 175 s.; GÓMEZ RIVERO,

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 de conformidad con su formación académica y la posición que ocupan en el organigrama del centro sanitario.

Sin embargo, pese al reconocimiento de la eficacia del principio de confianza en las relaciones de división horizontal, en la doctrina existe discusión sobre si este opera de manera absoluta en este tipo de divisiones o se trata de un principio que se encuentra limitado.

La vigencia ilimitada del principio de confianza es sostenida por WILHELM³²⁴ quien considera que este conserva su vigencia bajo cualquier circunstancia, de tal manera, que los profesionales de la salud que actúen en relaciones de horizontalidad, no tienen porque velar por el cumplimiento de las tareas que corresponden a otros colegas. La consecuencia de esta postura, según señala DE VICENTE REMESAL/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ es que ninguno de los intervinientes abarcará con su conducta las actuaciones de los demás, por lo que el deber de cuidado de los participantes se restringirá a su concreto ámbito de actuación, y por ende el tercero que con él interactúa no constituirá en ningún caso factor de riesgo que deba ser considerado por el deber de cuidado del primero³²⁵.

Responsabilidad penal del médico, 2ª, 2008, 415; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 472 (en prensa).

³²⁴ Cit. por RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, en: ADROHER BIOSCA/DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (dirs.), *Avances*, 2008, 321.

³²⁵ DE VICENTE REMESAL/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *LH-N.Barbero*, 2007, 176.

La doctrina mayoritaria³²⁶ se opone a considerar el principio de

³²⁶ Entre otros, Agustín JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 140: “La división de trabajo delimita los ámbitos específicos de competencia de cirujano y anestesista, lo cual permite determinar los respectivos deberes de diligencia que corresponde a cada uno en el marco de sus cometidos y hace posible distribuir, en caso de infracción de tales deberes, la responsabilidad penal en la que puedan incurrir. Por su parte, el principio de confianza, que no entrará en juego sólo excepcionalmente por las circunstancias especiales y concretas del caso (falta de cualificación del colega, cansancio excesivo, desatenciones graves...), rige tanto para el cirujano como para el anestesista”; CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado*, 1998, 185: “Con carácter general, los médicos especialistas que participan en una intervención quirúrgica pueden confiar en la colaboración correcta del colega de la otra especialidad. Así por ejemplo, el médico a quien compete realizar el diagnóstico puede servirse con esa finalidad de otros profesionales encargando un informe del área de su especialidad. Si el encargo se hace a persona cualificada y respecto de la que no hay razones para desconfiar en el derivado de análisis defectuosos realizados por otros, no podrá imputarse al médico competente para emitirlo”, lo cual quiere decir que, si existen razones para desconfiar, el médico que designa a su colega esta tarea no podrá confiar plenamente en la labor que desempeña este tercero y por ende no podrá operar el principio de confianza. HAVA GARCÍA, *Imprudencia médica*, 2001, 79: “Los tribunales no estiman aplicable el principio de confianza cuando existen motivos para sospechar el comportamiento de otra persona es antijurídico, se detecta en el individuo una incapacidad para prestar la debida diligencia, o bien existen serias dudas de su cualificación o fiabilidad. Así por ejemplo, el cirujano no puede alegar en su descargo el principio de confianza cuando el anestesista se ausenta del quirófano, sino hay razón suficiente que justifique su salida”. De igual manera VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2003, 151 s.: “Cada uno de los facultativos que intervienen en el tratamiento de un paciente pueden en principio confiar en que el otro actuará –o ha actuado o está actuando– conforme a su deber, de manera que los límites a la vigencia de este principio –excepciones– que en tales interacciones se admiten son ciertamente escasos, pues se acostumbra a defender que la confianza deja de ser permitida en situaciones excepcionales, básicamente cuando la infracción de los deberes profesionales por parte del colega es reconocible”. GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 418, refiriéndose a la relación cirujano-anestesista, señala que: “No puede pasarse por alto, en efecto, que el ámbito del compromiso que asume es más amplio que el del anestesista, o por decirlo de otro modo, la labor de éste, si bien diferenciable, no deja de estar funcionalmente supeditada a la que realiza aquél. Así, mientras el cometido del anestesista consiste en valorar el riesgo de la anestesia, situar al paciente en condiciones de ser operado,

confianza en esta forma de división opere bajo una vigencia ilimitada; por lo tanto, se sostiene que, si bien por regla general los profesionales que se encuentren en supuestos de división horizontal pueden confiar en el trabajo que cada uno realiza, este nivel de confianza debe hallarse interrumpido cuando se observe una infracción de la diligencia debida por parte del tercero. VILLACAMPA ESTIARTE³²⁷ destaca algunas situaciones que pueden presentarse en este tipo de relaciones que limitan el empleo de la confianza absoluta; así, cree que en las especialidades en las que se configura una relación analítica, el facultativo encargado de emitir un diagnóstico va a depender de los resultados que emitan las pruebas diagnósticas; por ejemplo el anestesista puede determinar el grado de narcosis atendiendo al resultado del electrocardiograma; el oncólogo sólo puede decidir el tratamiento de acuerdo con los resultados de los exámenes patológicos; el cirujano decide el tipo de intervención dependiendo de los resultados del TAC. En todos estos casos se podría suponer que el médico puede

garantizando al mismo tiempo sus constantes vitales durante el transcurso de la operación y la reanimación tras la misma, el cirujano asume el compromiso más amplio y primario del tratamiento del paciente por lo que a la dolencia confiada se refiere, extremo que impide que pueda desentenderse por completo de su colaborador inmediato. Es más (...) en la medida en la que la actividad del anestesista es preparatoria y orientada funcionalmente a la del cirujano, cuando éste observe irregularidades en la actuación de aquél y pese a ello realice imposible su tarea, dicha pasividad habrá de valorarse como una manifestación más de su propia imprudencia, por emprender o consentir el desarrollo de una operación con un colaborador negligente”. Siguiendo esta misma línea, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, en: ADROHER BIOSCA/DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (dirs.), *Avances*, 2008, 321: “Según la mayoría de la doctrina el límite se encuentra en el paso de una situación de normalidad, en la cual se mantiene la vigencia del principio de confianza, a aquella otra en la que debido a determinadas circunstancias ya no se permite confiar en los otros intervinientes. Se establece así un binomio inseparable normalidad-confianza, aplicable a la división horizontal, de tal forma que cuando falle el primer elemento del mismo, es decir, que surjan una serie de circunstancias que rompan con el desarrollo normal del trabajo, entonces también se romperá el binomio y decaerá la confianza como título excluyente de la infracción del deber de cuidado”.

³²⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2003, 217.

confiar en la correcta ejecución de las pruebas diagnósticas; sin embargo, si este llegará a constatar la concurrencia de una conducta descuidada del analista o del equipo analítico en función de los conocimientos propios que desarrolla y decidiera, no obstante, utilizar la prueba para la emisión del diagnóstico o la aplicación de un determinado tratamiento, en el supuesto de que se llegara a producir un resultado lesivo para la vida o la salud del paciente, tanto este como el analista deberán responder a título de imprudencia.

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 cuidado³²⁸. Tal y como lo ponen de relieve DE VICENTE REMESAL/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “En la división horizontal del trabajo –y más aún en las intervenciones sucesivas de profesionales, en caso de considerarlas trabajo en equipo propiamente dichas– la confianza entre los profesionales es algo que viene dado de antemano por la propia cualificación específica en

³²⁸ En STS 13-11-2003 (RJ 874), se absuelve a un médico cirujano que confía en la diagnóstico emitido por un médico especialista con licenciatura cursada en Francia. Considera el alto Tribunal que no era perceptible ningún acto de anormalidad 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 el 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”.

diferentes ámbitos, de los que se deriva la real imposibilidad o dificultad de su control (salvo por causas de evidencias externas antes señaladas) por parte del responsable del equipo. Aunque hay un sujeto que sume globalmente el hecho, éste parte de la confianza en los otros miembros del equipo, por su cualificación y especialización; circunstancias éstas, por otra parte, que pueden y suelen no concurrir en el responsable del equipo y que, por ello, no estará capacitado para conocer y controlar lo que sobrepasa en el ámbito de su especialización”³²⁹. Lo anterior implica que el problema de la limitación del principio de confianza consiste en lograr identificar en qué momento decae la normalidad y en cuál de los intervinientes surge la obligación de neutralizar el peligro.

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; por ejemplo, en las actividades médico-quirúrgicas será indispensable identificar los diferentes momentos en las que esta se desarrolla: el antes, el durante y el después de la operación³³⁰; así en la fase preoperatoria el anestesista es quien deberá intervenir adoptando las medidas de examen previo y el procedimiento de narcosis proyectado; en la fase preoperatoria, las conductas del cirujano y del anestesista son interdependientes, siendo responsabilidad de este último lo relacionado con el mantenimiento de los signos vitales del paciente y la conducción de la narcosis, pero a su vez en virtud del principio de confianza y de división horizontal del trabajo tendrá la obligación de advertir al cirujano sobre los posibles problemas y riesgos anestésicos, por lo que si este indica de manera inadecuada los posibles problemas y riesgos, produciéndose un fallo

³²⁹ DE VICENTE REMESAL/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *LH-N.Barbero*, 2007, 176.

³³⁰ Agustín JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 140 ss.; también GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 413.

anestésico³³¹, será el anestesista el llamado a responder, salvo que el cirujano por sus conocimientos hubiera detectado que la información suministrada por el anestesista era visiblemente incorrecta, pero sin embargo, decide proseguir con la intervención, en cuyo caso también habrá de responder penalmente; porque justo en el momento en que el cirujano se percata de la irregularidad se rompe el binomio de normalidad-confianza, siendo obligación de este neutralizar el peligro. En la fase postoperatoria al anestesista le corresponde el deber de vigilancia del paciente mientras este se recupera del estado de narcosis, por lo tanto, mientras se produce la recuperación debe estar al tanto de controlar las posibles complicaciones que se puedan presentar en las constantes vitales del paciente; asimismo la función del cirujano se extiende hasta esta fase debiendo prevenir y controlar los peligros y daños que se puedan producir una vez concluido el procedimiento quirúrgico³³².

³³¹ En STS 26-06-1980 (RJ 2997) se condena por imprudencia temeraria a un anestesista que indica a un cirujano que podía intervenir a un paciente, al entender erróneamente que éste se había recuperado de un paro respiratorio presentado minutos antes de la intervención como consecuencia de la excesiva difusión del agente anestésico, falleciendo el enfermo días después de realizado el procedimiento quirúrgico, como consecuencia del error en el que incurrió el anesistiólogo. En ese caso, el error cometido por éste no era fácilmente detectable por el cirujano, quien confió en la información suministrada por el anesistiólogo, por lo tanto, operó a favor de éste el principio de confianza; sin embargo, si la infracción del deber objetivo de cuidado por parte del anesistiólogo hubiera sido percibida por el cirujano y no obstante este continúa con la intervención, ambos hubieran tenido que responder penalmente por la muerte del paciente.

³³² En STS 04-09-1991 (RJ 6021) se condena por homicidio imprudente a un cirujano y a un anestesista, quienes después de la operación de extirpación de quiste sinovial en la rodilla izquierda de un paciente, descuidan la atención postoperatoria del mismo, éste último retirándose a otra intervención quirúrgica dentro del mismo hospital y el primero permitiendo que aquél se ausentará del quirófano sin conectar el aparato monitor del control electrocardiográfico. Como consecuencia el enfermo sufrió una falta de aireación que le produjo hipoxia, advirtiendo el operador tardíamente el estado crítico del paciente por el oscurecimiento de la sangre que fluía de la herida quirúrgica, por lo que el cirujano ordenó que se le llamara al anestesista, que al acudir

Así, para determinar en una relación horizontal a quién le corresponde prevenir los peligros que se causan en una actividad médica y delimitar la aplicabilidad del principio de confianza, se deben tener en cuenta las competencias que le corresponde desarrollar a cada uno de los sujetos que intervienen en la actividad y el momento en que debe llevarse a cabo su actuación. Por lo tanto, deberá existir una estrecha relación entre las funciones de los participantes, desde el primero que interviene hasta el último, toda vez que la conducta incorrecta del primer sujeto, bien, puede generar una conducta imprudente en los demás, o bien, puede generar la aplicación de una norma de cuidado que evite los resultados lesivos que se derivan de la conducta que ha sido incorrecta³³³, es decir, tal y como señala MARAVER GÓMEZ “cuando se afirma que el sujeto que actúa de manera incorrecta o descuidada no puede confiar en la conducta correcta de los terceros se incurre en una *tautología*, pues el carácter incorrecto o descuidado de la conducta presupone la imposibilidad de confiar. Se advierte, por ello, que tal afirmación debe interpretarse más bien en el sentido de que 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”³³⁴.

Se trata entonces, de delimitar las competencias que le corresponde asumir a cada uno de los intervinientes de la actuación sanitaria, los cuales, una vez asumidas por cada miembro del personal sanitario,

encontró el enfermo en estado de parada cardiaca, siendo inútiles los intentos para reanimarle. Por lo tanto, el TS considera que en este caso no opera el principio de confianza a favor del cirujano al tolerar una situación tan peligrosa, como es el abandono del quirófano por parte del especialista anestesista y la falta de conexión del monitor, pues éste debió haberse percatado el peligro que generaba esta actuación médica.

³³³ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, 2009, 122 s.

³³⁴ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, 2009, 122.

podrán por regla general confiar en que cada uno va a desempeñar correctamente la fase que le corresponde, salvo que sea posible reconocer³³⁵ que uno de los intervinientes ha infringido el deber objetivo de cuidado. Tal y como afirma VILLACAMPA ESTIARTE, “no se trata del surgir de nuevos deberes de cuidado por la interacción con terceros competentes, sino de la necesidad de evitar la producción de riesgos desaprobados en el propio ámbito competencial, tanto si se producen sin intervención de tercero, como cuando éstos son generados, a su vez, por el comportamiento descuidado de aquel con quien se interacciona. Se trata, pues, de supuestos en que el principio de confianza tiene aplicación al objeto de delimitar los deberes de cuidado aplicables en el supuesto de que la propia competencia se edifique sobre la de la base del tercero. A quien se encuentra en esta situación no le podrá ser imputada la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado cuando actúe dentro de los límites de la confianza permitida; sin embargo, será, lo mismo que el tercero, responsable de la creación del riesgo de no compensar los defectos en el comportamiento de aquel en quien indebidamente se confía”³³⁶. Entonces, en estos términos, se podrá afirmar que el principio de confianza tiene la función de delimitar el deber de cuidado que debe asumir cada uno de los intervinientes de la actividad médica, para evitar la producción de resultados lesivos dentro del propio ámbito competencial.

Por otra parte, 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

³³⁵ Es preciso aclarar que aquí no se está haciendo alusión a la posibilidad de previsión, sino de reconocer, el primer término a un hecho que está por suceder, mientras el segundo suceso está ocurriendo, se trata de un suceso inminente. Si se concibe de esta forma el quebrantamiento del principio de confianza no estaría fundamentado en supuestos, sino en realidades que podrían probarse con menos en un juicio. Sobre este tema véase RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 486 s. (en prensa).

³³⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2003, 216.

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. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ lo explica de la siguiente manera: “No es suficiente la previsibilidad de determinadas circunstancias para hacer decaer el principio de confianza. Se exige un grado más, se afirma que las circunstancias han de ser reconocibles, lo cual no quiere decir que se exija el reconocimiento efectivo sino la posibilidad de reconocer determinadas circunstancias. Esta sustitución de la previsibilidad por la reconocibilidad como presupuesto de la ineficacia del principio de confianza en relación con la actividad médico-sanitaria guarda una estrecha relación con la configuración de este límite general del principio de confianza”³³⁷.

Por lo anterior, el principio de confianza pierde su efectividad, cuando el médico advierte en el momento en que se está llevando a cabo su actuación, que por parte de su colega –tercero– ha habido un descuido que es fácilmente constatable, pudiendo ser determinado por aquel de acuerdo a sus conocimientos y a los de cualquier médico medio ideal ubicado en la misma situación del autor.

Continuando con la propuesta de RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, en síntesis se puede decir que “es la quiebra de la situación de la normalidad la que va a dar lugar a que el ámbito de actuación de alguno de los sujetos, hasta ese momento desarrollado como un comportamiento estanco, ‘indiferente’ de la actuación de otro, se extienda a la intervención de otro sujeto, debiendo abarcar así con su conducta, la conducta del otro sujeto. La normalidad se supone mientras no se dé

³³⁷ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 485 (en prensa).

una infracción del deber de cuidado de un tercero, reconocible por aquel que con él interactúa”³³⁸.

En conclusión, en los casos de división horizontal de trabajo, el principio de confianza se ve limitado en aquellos eventos en los que cualquiera de los intervinientes que se halla en situación de igualdad con sus demás compañeros advierte que existe infracción del deber objetivo de cuidado por parte de alguno de aquellos en el desarrollo de la actividad.

B) El principio de confianza en la división vertical de trabajo

En los supuestos de división vertical de trabajo, el principio de confianza también juega un importante papel. En términos generales se podría decir que 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.

Para un sector de la doctrina, 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, de acuerdo con BENÍTEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA, 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; por lo tanto afirman que: “Dentro de la división vertical opera también el principio de confianza, es decir, 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 encuentran convenientemente instruido y formado’; de la misma forma que los que

³³⁸ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 487 (en prensa).

se encuentran en relación de subordinación con él pueden confiar en su corrección sin que exista obligación de compensar un posible comportamiento defectuoso”³³⁹. Por otra parte, FEIJOO SÁNCHEZ considera que el principio de confianza en las relaciones verticales va a tener una eficacia diferente tanto en sentido ascendente, como descendente: “La vigencia del principio de confianza es mucho más evidente para el que recibe órdenes, sobre todo cuando existen grandes desniveles en cuanto a la preparación (por ejemplo relaciones entre médico y enfermera, entre arquitecto y contratista o entre operador y obrero de la construcción). En sentido inverso, cuanto menores sean la preparación y experiencia del subordinado, mayor será el deber de supervisión del superior y, correlativamente, menor será el alcance del principio de confianza. No es lo mismo dar una instrucción a una enfermera con escasa experiencia que a un médico experimentado, aunque ambos ocupen una posición subordinada”³⁴⁰. VILLACAMPA ESTIARTE³⁴¹ entiende que el principio de confianza en las relaciones verticales es de supra-subordinación; 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; 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; esto significa que el médico-jefe debe evitar los peligros surgidos del trabajo conjunto de varias personas; es decir, que los deberes secundarios son deberes de selección y de control, los cuales van a ser observados, con mayor o menor intensidad dependiendo de las características de las tareas y de la persona a quien se le encomiendan.

³³⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA, en: MORILLAS CUEVAS (dir.), *Estudios Jurídicos*, 2009, 198.

³⁴⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, *DPCrim*. Extra 1 (2000), 114.

³⁴¹ VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2003, 154 s.

Bajo estos presupuestos, el principio de confianza en la división vertical de trabajo encuentra una especial limitación en virtud de los deberes secundarios de selección, instrucción, coordinación, vigilancia, control y supervisión que debe tener el superior jerárquico frente al subordinado³⁴². En palabras de HAVA GARCÍA, “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 cuando su no seguimiento estricto pueda conllevar riesgos añadidos, e incluso intervenir ante la sospecha de una defectuosa actuación del subordinado. De acuerdo con lo anterior, por ejemplo, el cirujano podrá confiar en el auxiliar de clínica o ATS para la preparación del enfermo y la asistencia en la operación, siempre que se trate de la realización de tareas que le son propias y para las que tal personal se encuentra debidamente instruido. Sin embargo, el médico se comportará negligentemente (por infringir los deberes de diligencia secundarios), por ejemplo, si confía ciegamente y de forma excesiva el cuidado de un paciente con traumatismo craneal o un postoperatorio delicado a un personal con formación médica insuficiente, en la medida en que tales funciones no son delegables”³⁴³. Sin embargo, tal y como establece MARAVER GÓMEZ³⁴⁴, hay que ver hasta qué punto estos deberes secundarios limitan realmente la posibilidad de confiar; por lo tanto, propone distribuir en dos grupos estos deberes: deberes

³⁴² Cfr. entre otros, Agustín JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 147; SILVA SÁNCHEZ, *Der.Sad.* 2 (1994), 53; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *LH-Tiedemann*, 1995, 219 ss; GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos*, 2ª, 2004, 352; MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, 2009, 139.

³⁴³ HAVA GARCÍA, *Imprudencia médica*, 2001, 82.

³⁴⁴ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, 2009, 140 ss. Ya desde antes hacen referencia a esta distribución, Agustín JORGE BARREIRO, en: MARTÍNEZ MARTÍN (coord.), *Personal sanitario*, 1995, 381; GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 434 ss.; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 503 ss. (en prensa).

relacionados con la selección, la instrucción y la coordinación, y deberes relacionados con la vigilancia, el control o la supervisión.

a) Deberes de selección, instrucción y coordinación

Los deberes de selección, instrucción y coordinación tienen el carácter de servir como presupuesto para la aplicación del principio de confianza. El deber de selección es entendido por la doctrina como aquel deber que tiene el superior jerárquico de seleccionar a las personas que van a ser parte del equipo de trabajo. Tiene la obligación de elegir a las personas que cuenten con la capacidad técnica y personal necesaria para realizar las tareas que le sean encomendadas; una vez comprobada esta capacidad el superior jerárquico podrá confiar en que el personal seleccionado es el idóneo para llevar a cabo las actividades que van a ser asignadas por él. En segundo lugar, el superior tendrá el deber de instruir al personal seleccionado para que este pueda cumplir con una tarea, bien sea de carácter general o particular, y deberá verificar que esa instrucción³⁴⁵ se ha realizado

³⁴⁵ De acuerdo con algunas sentencias el superior jerárquico no siempre está obligado a dar instrucciones al inferior, pues en aquellos casos en que estas se encuentren establecidas en la ley, aquel queda eximido del deber de instruir. En STS 05-04-1995 (RJ 2882) se condena a una matrona por imprudencia temeraria con resultado de lesiones graves y se absuelve al médico jefe, pues aquella omitió informar a su superior sobre el cuadro irregular que presentaba la parturienta, pese a no haber sido instruida sobre esta función por éste: “Sería ocioso insistir en el cuadro alarmante que ofrecía la parturienta y en la necesidad de pasar recado inmediato al médico que «estaba presente» en el servicio, puesto que hallarse presente es estar fácilmente localizable en la sala de descanso, a pocos metros del paritorio y provisto de un «busca»; el cual tampoco fue precavido de esta situación de clamorosa urgencia cuando la matrona abandonó el servicio al concluir su turno de trabajo. Sobre esta base, no es posible hallar en la conducta de la médico acusada esas notas de imprevisión, descuidada atención o ligereza que caracterizan al delito imprudente, ni puede construirse la hipótesis delictiva, siguiendo el raciocinio de la sentencia, argumentando sobre un supuesto deber de instruir a todos los colaboradores del

conforme a los estándares exigidos y que el tercero ha recibido y comprendido correctamente las indicaciones. Y, en tercer lugar, está el deber de coordinación, el cual implica para el superior jerárquico establecer correctamente el reparto de las tareas atendiendo las

equipo médico de urgencias obstétricas de la necesidad de avisar puntualmente al Jefe médico, de sobra conocida por ellos, y el cual no figuraba en el elenco de sus deberes cotidianos, puesto que su función o deber nace o surge del aviso o requerimiento (Estatuto Jurídico del Personal Médico, Decreto 23 diciembre 1966 [RCL 1966\2396 y NDL 27249]), y en el caso contemplado, no fue requerida su presencia, pese a estar en disposición de ser fácilmente localizado; este deber de requerir al médico era función de la matrona, tanto por norma reglamentaria como por usos hospitalarios, a fin de que se realizase la exploración previa, aunque el parto no fuese distócico, debiendo añadirse que el facultativo, desde que conoció la presencia en el paritorio de la parturienta y su estado, actuó con la mayor diligencia y pericia profesional”. En otra decisión proferida mediante SAP Valencia 26-05-2008 (JUR 204550) se condena a cuatro enfermeras como autoras de un delito de lesiones por imprudencia grave, al retirarse del servicio del quirófano al cual se encontraban adscritas, produciendo un retraso en el inicio de una cesárea, lo que provocó sufrimiento fetal que trajo como consecuencia posterior parálisis cerebral en el menor nacido, se señala expresamente lo siguiente: “Respecto de la presencia en el quirófano de profesionales bastantes, tampoco puede ser tenido como un argumento que pueda justificar o exculpar a las acusadas, puesto que en el quirófano se trabaja en equipo y cada profesional tiene su particular cometido, como explicó el médico forense Dr. Bruno, no pudiendo considerar que el de las enfermeras imputadas fuera prescindible (como se llegó a admitir en juicio) Las enfermeras imputadas, debían haber estado preparadas (al menos por turnos) para colaborar en los correspondientes pasos quirúrgicos de las intervenciones a realizar, siendo su obligación, entre otras, la de preparar y tener disponible el equipo, material y accesorios necesarios en la sesión quirúrgica, teniendo en cuenta, las necesidades específicas de cada intervención y de cada cirujano (...) La cirugía, en cuanto su ejercicio requiere la intervención de varios especialistas y auxiliares sanitarios, es pues una actividad a desarrollar en equipo, en la que todos los profesionales, incluidas las enfermeras del quirófano, tienen delimitadas sus respectivas responsabilidades y funciones. El hecho de que otros profesionales, en un momento dado, más allá de sus propias y específicas funciones, puedan realizar alguna de las propias de aquellas, por estar estas ausentes, o simplemente por ayudar, no implica que estando aquellos, el deber de estas decayera o no fuera exigible, cuando ninguno de los profesionales que sí estaban en el quirófano cuando hicieron falta, sabían donde se guardaba el bisturí de obstetricia requerido en el caso”.

circunstancias materiales, temporales y personales en las que se deba llevar a cabo la actividad³⁴⁶. El incumplimiento de estos deberes limita la posibilidad de confiar; por lo tanto, el sujeto solo podrá hacerlo si previamente ha seleccionado, instruido y coordinado las tareas del subordinado; si se cumplen con estos tres deberes, el superior jerárquico no tendrá motivos para desconfiar de la idoneidad del tercero para llevar a cabo la función delegada³⁴⁷.

En apariencia se podría decir que estos deberes resultan sencillos de cumplir para cualquier profesional de la salud que se encuentre en un nivel de superioridad jerárquica; sin embargo, en lo que tiene que ver con el primer deber al que se hizo referencia, es decir, el deber de selección, este sólo puede ser exigido a quien tenga la posibilidad de elegir, pero no siempre quien posee esta facultad se corresponde con la persona que posteriormente será el superior jerárquico en el momento de llevar a cabo el trabajo equipo en la actividad sanitaria, pues le asiste razón a RODRÍGUEZ VÁZQUEZ cuando afirma que la posibilidad será diferente según nos encontremos en un centro sanitario público o privado³⁴⁸. En España la Ley 55/2003, de diciembre 17 regula el marco del personal estatutario de los servicios de salud, contemplando en el capítulo VI los requisitos para la provisión de plazas, criterios para la selección de personal temporal y fijo, sistemas de selección y de promoción interna³⁴⁹, y de igual manera se permite que los servicios

³⁴⁶ De acuerdo con ROMEO CASABONA, *La actividad curativa*, 1981, 250, la primera responsabilidad que le surge al médico es la de efectuar acertadamente la distribución de las tareas, atendiendo a la cualificación del personal colaborador, es decir, teniendo en cuenta la titulación, la preparación real y la experiencia de los colaboradores.

³⁴⁷ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, 2009, 140.

³⁴⁸ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 506 (en prensa).

³⁴⁹ De acuerdo con los arts. 30.1, 31.1 de la ley 55/2003, de diciembre 17, los criterios para seleccionar al personal estatutario fijo que prestan sus servicios en los centros e instituciones sanitarias de la Seguridad Social, se realiza a través del sistema de concurso-oposición. Por otra parte, el art. 33.1 de la misma ley, establece que los criterios de selección de personal estatutario temporal dependerán además de la

sanitarios que pertenecen al Estado y a las comunidades autónomas sean cubiertos entre el sector público y el sector privado. Ahora, en el sector privado el superior generalmente tiene la competencia de seleccionar directamente al personal que se encuentra bajo sus órdenes^{350 351}.

Bajo estos presupuestos, el deber de selección que se le exige al superior jerárquico como delimitador del principio de confianza no resulta tan obvio, salvo en las entidades privadas en las que se le otorga la facultad directa de seleccionar a su personal. En palabras de RODRÍGUEZ, “sólo en los casos de centros sanitarios privados, donde el superior jerárquico tiene atribuida la facultad de elegir a sus colaboradores, aquél tiene que cumplir con los deberes secundarios de cuidado relativos a la selección del personal subordinado, y sólo cuando así lo haga podrá ampararse en el principio de confianza”³⁵². Por lo tanto, la discusión que se concentra en los casos de centros sanitarios públicos donde el superior jerárquico no tiene la facultad de seleccionar directamente al personal subordinado con quien posteriormente va a desempeñar el trabajo en equipo.

competencia y de la capacidad, de los requisitos que se determinen previamente en las mesas correspondientes.

³⁵⁰ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 507 (en prensa).

³⁵¹ En Colombia la selección del personal de salud es incluso mucho más compleja. Veamos por qué: Los hospitales públicos se encuentran bajo la figura de Empresas Sociales del Estado (ESE). El Decreto 785 de 2005 (art. 22.5-parágrafo) autoriza a las ESE del nivel territorial para cumplan sus funciones a través de contratación con terceros o convenios con entidades públicas o privadas (contratación de insumo, personal, localidades, etc.), lo ha conducido a que la selección de personal no sea efectuada directamente por las entidades de salud públicas, salvo algunas convocatorias por concurso de méritos que se realizan a través de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC); lo habitual es que el personal de la salud sea contratado a través de las cooperativas de trabajo. Por otra parte, en las clínicas privadas se pueden presentar dos modalidades de contratación del personal: a través de las cooperativas de trabajo, o en el caso de los médicos cirujanos, estos eventualmente pueden elegir directamente el personal con el que desean trabajar.

³⁵² RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 507 (en prensa).

En la doctrina existen diversas opiniones sobre el tema en discusión. Así, para GÓMEZ RIVERO, cuando la selección del subordinado no corresponde al superior jerárquico con el que se va a llevar a cabo la actividad, este último quedaría exonerado de la obligación de comprobar la capacidad y destreza de sus colaboradores, por lo tanto, su deber de informar y de dar instrucciones parte de la idea de que las personas puestas a su disposición, son idóneas para desempeñar la actividad y por ende podrá confiar en la cualificación de estas, salvo que concurren circunstancias que alteren la normal presunción de capacidad³⁵³. Para RIVERA FERNÁNDEZ no se podría responsabilizar al jefe del equipo médico de las actuaciones de los subordinados; expresamente ha dicho que “la conjugación del principio de confianza y de división del trabajo hace que el jefe del equipo no pueda ser considerado responsable por cada una de las actuaciones desarrolladas por este personal colaborador, que goza de plena autonomía dentro de sus funciones específicas. Esencialmente en el campo de la medicina pública donde el jefe de equipo no puede incurrir en *culpa in eligendo* (1903 del Cc) por la sencilla razón de que él no es quien elige a dicho personal auxiliar, incluso, ni siquiera elige al personal especializado que con él colabora”³⁵⁴.

Una postura contraria a las anteriores, la encontramos en Agustín JORGE BARREIRO, quien advierte que la no participación del médico en la selección de personal no conduce a que este presuma la capacidad y destreza de sus ayudantes, sino que, por el contrario, lo obliga a tener un especial deber de vigilancia y de control sobre los auxiliares sanitarios impuestos por el establecimiento médico público, es decir, el

³⁵³ GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 436.

³⁵⁴ RIVERA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario*, 1997, 79.

deber de vigilancia se intensifica para evitar una posible falta de cualificación del auxiliar sanitario incorrectamente seleccionado³⁵⁵.

Por otra parte, encontramos una postura intermedia entre estas dos, aunque más cercana a lo dicho por el anterior autor, propuesta por VILLACAMPA ESTIARTE³⁵⁶ y seguida por RODRÍGUEZ VÁZQUEZ³⁵⁷, quienes consideran que en los centros públicos, pese a que el superior jerárquico no interviene directamente en la contratación del personal, ello no obsta para que este se inhiba de elegir o seleccionar el personal con el que va a llevar a cabo la actividad, pues esa selección se decide justo en el momento en que va a delegar en el auxiliar el cumplimiento de una función, toda vez que es en ese instante en el que este tiene la posibilidad de valorar las cualidades, capacidades, aptitudes y actitudes de sus colaboradores. Dice RODRÍGUEZ VÁZQUEZ: “Quien delega sin más una tarea que por sus especiales dificultades no puede ser realizada por un subordinado puede incurrir en responsabilidad por incumplimiento de sus especiales deberes de selección o elección previos, y desde luego no podrá ampararse en el principio de confianza en relación con la conducta ejecutada por el inferior jerárquico porque estará obligado a la vigilancia continuada de su actuación”³⁵⁸.

En aras de adoptar una postura en la discusión suscitada, habrá que decir que comparto los argumentos expuestos por VILLACAMPA ESTIARTE y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, pues el hecho de que el superior jerárquico no asuma una competencia inmediata con la selección del personal que ingresa al centro de salud pública³⁵⁹ no quiere decir que se le excluya absolutamente del proceso de selección de sus colaboradores; ese momento se dará, para el jefe del equipo o superior

³⁵⁵ Agustín JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 162.

³⁵⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2003, 213.

³⁵⁷ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 509 (en prensa).

³⁵⁸ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 509 (en prensa).

³⁵⁹ Y algunas veces en los privados, como ocurre en el caso colombiano.

jerárquico, en el instante de desarrollar la actividad sanitaria, pues es ahí cuando este tiene la facultad de definir a sus ayudantes, atendiendo a sus cualidades y características para la tarea que requiera designar, es decir, que el deber de selección opera para el médico-jefe, no para el ingreso del auxiliar al centro de salud público, sino para el momento en que debe realizar la delegación de funciones y la división del trabajo en equipo; por lo tanto, este sólo podrá confiar en las cualidades del personal cuando ha cumplido con el deber de selección, es decir, cuando ha valorado previamente los conocimientos y capacidades de los auxiliares seleccionados para el desempeño del trabajo, toda vez que tendrá la seguridad de que el personal es el idóneo para llevar a cabo la delegación que le está siendo asignada, sin olvidar que una vez hecha esta ha de cumplir con el deber de instrucción y coordinación de las actividades que les delega.

b) Deberes de vigilancia, control o supervisión

Los deberes de selección, instrucción y coordinación no son suficientes para limitar el principio de confianza. Por eso la doctrina considera que, además de estos, el superior jerárquico debe limitar aún más la posibilidad de confiar a través de los deberes de vigilancia, control o supervisión, es decir, se trata de una prolongación en el tiempo de los deberes de selección, instrucción y coordinación. La diferencia radica en que los deberes de vigilancia, control o supervisión se deben mantener hasta el momento en que el delegado realiza la conducta que le ha sido asignada³⁶⁰. No se trata ya de garantizar las condiciones para

³⁶⁰ Por ejemplo en SAP Toledo 26-04-2004 (ARP 408) se condena un médico cirujano por el delito lesiones imprudentes al olvidar una gasa al interior del paciente y aunque en principio la función de recuento la tiene el personal auxiliar, es obligación de aquél antes de cerrar cualquier cavidad, verificar que en el cuerpo del paciente no queda ningún cuerpo extraño: “El principio de confianza, trasladado a este campo desde el ámbito de aplicación del derecho de la circulación, donde expresamente se le reconoce, supone a estos efectos que el cirujano puede, en principio, confiar en que

establecer el reparto de tareas, sino de velar por que el tercero realice correctamente la función que le ha sido encomendada³⁶¹.

El superior podrá confiar en el tercero en la medida en que realice todos los controles oportunos durante la ejecución de la tarea. Esos controles pueden estar referidos a aspectos concretos de la actividad o pueden

sus colaboradores (anestesiista, 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»; y así las cosas, cuando no se apreció en el transcurso de una intervención quirúrgica incidencia importante (que lógicamente no tendría que haber sido ocultada de haber efectivamente sucedido), el equipo actúa dentro de lo que se podría denominar «normalidad operativa», y dentro ese principio de confianza aludido, las operaciones mecánicas finales, en la ausencia de incidente notables, son mucho más relajadas que cuando existieron incidencias, y por ello la imprudencia que comete el médico (no examinar el campo operatorio una vez concluida la intervención y antes de suturar), cuando sus ayudantes no le ponen de manifiesto anomalía alguna, se degrada en virtud de esa misma confianza que le crean sus colaboradores, máxime en supuestos, como el presente, en que se produce el olvido de una gasa por un descuido en el recuento, y de este descuido es responsable el acusado porque es obligación genérica mismo el comprobar que no queda ningún cuerpo extraño en el interior de la cavidad intervenida salvo que se trate de un cuerpo extraño introducido de propósito con fines curativos, como prótesis, material de sutura u otro. Consta en autos como en toda intervención quirúrgica en la que se precise utilización de gasas es obligado proceder al recuento de las mismas antes del cierre de la cavidad intervenida, y que el médico debe cerciorarse de que no queda ninguna gasa en el interior del cuerpo del paciente; siendo el recuento un método para prevenir el descuido de alguna de las gasas utilizadas en el interior del cuerpo, porque las gasas adquieren las características propias del medio y se impregnan de la sangre y materia orgánica de tal manera que es extremadamente complicado distinguirla en el interior del campo operativo; y el cirujano, como responsable máximo de la intervención, es quien debe ejercer el control directo sobre el recuento de las gasas, sin que la posible responsabilidad de otros intervinientes en la operación, médico ayudante y personal sanitario auxiliar, pueda exculparle, por lo que indemostrado quien fuera la persona que erró al contar las gasas que le correspondían, el descuido en el recuento le es imputable, y por ello debe ser condenado como autor de una falta de imprudencia leve del art. 586 bis del Código Penal (RCL 1973, 2255) , estimando en parte el recurso”. (Se refiere al CP 1944/73).

³⁶¹ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, 2009, 141, s.

realizarse a través de revisiones periódicas, la pregunta que surge es respecto del alcance de este deber de vigilancia, control o supervisión, es decir, si este se ejerce de manera absoluta o relativa respecto de la tarea que desarrolla el colaborador³⁶².

Para resolver este asunto, GÓMEZ RIVERO advierte que el deber de control va a depender de varios supuestos: aquellos en los que el superior ha incidido en la designación del subordinado, aquellos en los que esta corresponde a otras instancias y aquellos en los que independientemente de quien haya hecho el nombramiento la tarea recae sobre una persona incompetente o carente de cualificación. Frente a esto último, plantea GÓMEZ RIVERO dos situaciones: “El caso en que se designa a una persona totalmente incompetente o carente de cualificación necesaria para realizar la tarea de que se trate. Antes que de responsabilidad por la negligencia del inferior, debe hablarse de la contrariedad a las reglas de cuidado de la acción misma de ordenar la tarea. Se trataría, en realidad, de un supuesto de prestación de una colaboración necesaria para la imprudencia del inferior que, por tanto, se traduce en un forma de *coautoría accesoria imprudente* junto a la responsabilidad en que incurra el subordinado”³⁶³ (...) “En segundo lugar, la responsabilidad del superior puede surgir de la omisión del deber de seguimiento de la actividad del subordinado. Es lo que sucederá en los casos que, si bien la persona designada está cualificada para realizar la actividad de que se trate, debido a circunstancias

³⁶² Sobre este asunto FEIJOO SÁNCHEZ, *DPCrim. Extra 1* (2000), 131, al referirse al ámbito empresarial, menciona que el empresario debe guardar un determinado cuidado especial con sus trabajadores, pero eso no implica que deba tratarlos como menores de edad, enajenados o incapaces. Lo anterior, lleva a pensar que este autor asume postura restrictiva respecto del deber de control, es decir, que este no debe realizarse sobre todas y cada una de las tareas asignadas al personal, sino de manera general sobre estas. Aunque, hay que advertir que por tratarse del ámbito empresarial se presentan otro tipo particularidades que pueden hacer suponer situaciones diferentes a las que puedan presentarse en la actividad sanitaria.

³⁶³ GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 438.

personales, como su inexperiencia o falta de destreza, existan motivos fundados para desconfiar de la corrección de su trabajo. En estos casos, al quebrar el principio de confianza, por un lado, y al haber realizado el superior una previa tarea de injerencia representada por el acto mismo del nombramiento, por otro, sería posible fundamentar un deber de control y vigilancia continuada en torno a las actividades que tiene encomendada el inferior. La consecuencia de lo anterior es que si el superior omite ese deber y el resultado lesivo guarda una relación de riesgo con irregularidades en que haya incurrido por dicha actuación previa, podría fundamentarse su responsabilidad como *comitente omisivo*³⁶⁴. En todo caso argumenta esta autora que en estos supuestos lo importante será la existencia de un “*control externo de normalidad*”, sin que en ningún caso se tenga que comprobar de forma minuciosa la corrección de acto³⁶⁵.

Junto a estos supuestos GÓMEZ RIVERO hace también referencia a eventos en los que superior advierte, ya *de facto*, que en el subordinado se presentan circunstancias (desconocimiento, incapacidad física, etc.) que le impiden realizar la tarea que se le encomienda. “En estos casos podría fundamentarse el deber del superior de supervisar cada uno de los actos que realice el subordinado, entendiendo por tal realizar un seguimiento *directo*, sin que pueda bastar al respecto el mero control externo de la apariencia de normalidad”³⁶⁶, es decir, que según esta autora en este supuesto el principio de confianza no operaría.

Personalmente considero que un control absoluto sobre las actuaciones del subordinado excluiría por sí sola la posibilidad para el superior jerárquico de invocar el principio de confianza, pues ni siquiera podría

³⁶⁴ GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 439.

³⁶⁵ CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado*, 1998, 198, considera que corresponde al delegante un control de la actuación del delegado, pero la intensidad de este va a depender de la peligrosidad de las tareas transferidas a los auxiliares.

³⁶⁶ GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 441.

hablarse de división de tareas si estas son controladas en absoluto por el médico-jefe. Siguiendo a MARAVER GÓMEZ, “es difícil reconocer la existencia de un deber de controlar la conducta de los terceros que llegue a excluir por completo la posibilidad de confiar. Es difícil porque la posición que ostenta el superior frente a los terceros no es razón suficiente para establecer un deber de control absoluto. La relación de subordinación no impide que el tercero tenga asignadas determinadas tareas. Por eso normalmente, salvo en los casos en los que el tercero se encuentra en una fase de formación, el deber de cuidado que se desprende de la especial posición no está referido a la actividad del tercero con carácter general, sino sólo a las condiciones necesarias para poder establecer el reparto de tareas (deber de selección, instrucción o coordinación) o para poder garantizar que las tareas se lleven a cabo con cierto grado de seguridad (deber de vigilancia, control o supervisión)³⁶⁷”. Por otra parte, tampoco comparto la postura de GÓMEZ RIVERO cuando analiza el control que ha de tener el superior frente al inferior incompetente e inexperto, pues realmente el subordinado incapaz de realizar una actividad no debe ser seleccionado para que lleve a cabo la ejecución de la misma, estas circunstancias deben ser advertidas por el superior jerárquico cuando previamente ha cumplido con el deber de selección; por lo tanto, si se llegara a seleccionar personal que no se encuentre capacitado, no es que el superior deba ejercer un control absoluto sobre la actividad del inferior, simplemente es que aquel no podrá alegar en su favor que actuó bajo el principio de confianza, ya que previamente desconoció el deber de selección.

Para que opere el deber de control como límite del principio de confianza se debe partir de la idea de que el médico-jefe ya ha realizado el proceso de selección y que se podrá confiar en que el personal elegido se encuentra capacitado para realizar la actividad que se le

³⁶⁷ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, 2009, 142, s.

encomienda; por lo tanto, en ese sentido el deber de control, vigilancia o supervisión solamente es posterior; por lo tanto, la actividad médica va a operar bajo el presupuesto de que está siendo desempeñada por personal competente, la supervisión no puede hacerse sobre cada uno de los movimientos de sus colaboradores en el desarrollo de la actividad, pues esto desvirtuaría incluso la delegación misma. Se trata de un control relativo que el superior jerárquico debe llevar a cabo sobre las actuaciones de sus ayudantes, es decir, un control que garantice que la actividad se está desempeñando con cierto grado de seguridad.

4) La coautoría imprudente en el equipo médico

A) Introducción

Como quedó advertido en el anterior tema, en la actualidad es impensable que la actividad médica sea desarrollada por una sola persona. Como vimos, generalmente la ejecución de esta se corresponde con un equipo de profesionales de la salud que dividen su trabajo en horizontal y en vertical, existiendo en principio la confianza de que la tarea que le corresponde llevar a cabo a cada uno de los intervinientes se realizará atendiendo al deber objetivo de cuidado que concierne a su actuación. Sin embargo, a pesar de las ventajas que puede reportar que la actividad sanitaria se desarrolle en conjunto, una de las problemáticas que presenta es la determinar sobre quién debe recaer la responsabilidad cuando se lesiona la vida o la salud del paciente.

Cuando la infracción del deber objetivo de cuidado corresponde a dos o más sujetos intervinientes en la actividad sanitaria, una de las principales dificultades que va a suponer este trabajo en equipo tiene que ver con el tratamiento que se le debe otorgar a los actores de la infracción. Es posible que varios de los miembros que conforman el equipo yerren en la parte de trabajo que les fue asignada, causando así

lesiones o incluso la muerte del paciente, pero esto no implica que se deba responsabilizar a todo el equipo médico a título de coautores.

En los últimos años la doctrina ha venido presentando serias discusiones en torno al tema de la coautoría imprudente, su diferencia con otras formas de autoría y con la participación. En el primer caso la mayoría de la doctrina, sobre todo la alemana, supone que en materia de imprudencia se debe adoptar un concepto unitario de autor, es decir, todos los intervinientes han de responder como autores individuales, incluidos aquellos eventos en los que el sujeto reúne las características de un partícipe si de un hecho doloso se trata; sin embargo, existe otro sector de la doctrina sobre todo española que aboga por un concepto restrictivo de autor que implica la diferenciación entre autores y partícipes. En lo que tiene que ver con la participación imprudente, también nos encontramos con dificultades, toda vez que existen criterios diversos que consideran que es posible que los sujetos que sin ser autores imprudentes, pero que prestan una colaboración en la actuación, puedan responder a título de partícipes imprudentes, mientras otro sector considera que la participación imprudente es impune.

En lo que atañe al equipo médico, cuando se comprueba que han sido varios los sujetos intervinientes los que han actuado imprudentemente, es necesario entrar a determinar la calidad en la que estos han de responder: si a título de coautores o como autores y partícipes imprudentes.

Sin embargo, antes de profundizar en el estudio de la coautoría y su diferencia con otras figuras, considero conveniente hacer alusión, aunque de manera muy genérica -para no desbordar el tema que se pretende tratar- referirme a los tres conceptos de autor que fundamentalmente se han manejado: unitario, extensivo y restrictivo, pues de la postura que se adopte va a depender el concepto de

coautoría que se asuma en este trabajo y que indiscutiblemente va generar una respuesta frente a la posibilidad de contemplar la existencia o no de la coautoría imprudente, específicamente en la actividad sanitaria, por lo que también se mencionan algunas teorías sobre la coautoría.

B) Aspectos generales de la autoría

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en el Derecho penal autor será aquella “persona que comete el delito, fuerza o induce directamente a otros a ejecutarlo, o coopera a la ejecución por un acto sin el cual no se habría ejecutado”. En el sentido estricto³⁶⁸, el término autor se refiere a aquél que ha realizado un hecho y se entiende es suyo. El art. 28 del CP considera que “son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento” y añade: “También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlos. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”³⁶⁹. Siguiendo a MIR PUIG, el CP emplea

³⁶⁸ MIR PUIG, *PG*, 9^a, 2011, 374, critica que se emplee el término “concepto ontológico” de autor, pues considera que lo adecuado es referirse al término “concepto convencional” o “concepto doctrinal”. Al respecto ha dicho: “La filosofía analítica ha puesto de manifiesto que las cosas no tienen una esencia necesaria, implicada en ellas mismas, sino que las concebimos a través de la mediación convencional del lenguaje. El concepto de una cosa depende del significado convencional de las palabras con las que designamos. No existen ‘conceptos ontológicos’, sino conceptos convencionales. La mayoría de las palabras se usan en distintos sentidos. El término ‘autor’ no es una excepción. Mientras que se llama autor de una obra literaria al creador de su contenido, y no al mecanógrafo que la materializa, la doctrina dominante en nuestro país y en otros (no en todos) no considera autor de un asesinato al que idea el plan e induce a un matón a ejecutarlo, sino a éste. El llamado ‘concepto ontológico’ de autor no es más que el concepto que la doctrina actualmente dominante en nuestro país y en otros (no en todos) considera preferible. Es, pues, preferible denominarlo ‘concepto doctrinal’ “.

³⁶⁹ El art. 29 del CP colombiano reza: “Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento/Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte/También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la

en dos sentidos el término autor: en un sentido estricto que coincide con el doctrinal del que realiza el hecho como propio, y en un sentido amplio que incluye a partícipes como el inductor y el cooperador necesario³⁷⁰.

La doctrina ha tratado de precisar el concepto de autor a través de diferentes conceptos que a continuación explicaremos sucintamente: concepto unitario de autor, concepto extensivo de autor y concepto restrictivo de autor.

a) Concepto unitario de autor

El concepto unitario de autor adquiere su fundamento a partir de la teoría de la equivalencia de las condiciones, según la cual todo aquel que contribuye causalmente para la producción del resultado debe responder penalmente; así entonces se ha dicho que “todo interviniente causalmente en un hecho es condición o causa del resultado del mismo en igual medida; por tanto no cabe hacer distinciones entre esos intervinientes”³⁷¹. Lo anterior implica que el concepto unitario de autor

conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado/El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible”.

³⁷⁰ MIR PUIG, PG, 9ª, 2011, 375.

³⁷¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 68, 74, advierte además, que no sólo la teoría de la equivalencia de las condiciones ha servido de fundamento a un concepto unitario de autor, sino que también las concepciones sobre peligrosidad, merecimiento de la pena y las concepciones autoritarias del Derecho penal, las cuales también se han mostrado favorables al concepto unitario de autor. En cuanto a la primera manifiesta que “la razón parece ser la de que, desde el punto de vista de la peligrosidad o de la actitud interna, realmente resulta difícil hacer distinciones ya desde el marco de la descripción de las formas de participación”. En cuanto al merecimiento de la pena, si bien reconoce su importancia en la determinación de

postula un tratamiento indistinto para autores y partícipes o mejor dicho, es la caracterización de todos los intervinientes como autores, es decir, que todo el que toma parte en un delito ha de considerarse autor de él sin entrar a establecer el grado de aportación³⁷².

La doctrina suele distinguir entre concepto unitario puro, formal o clásico y concepto unitario funcional o moderno³⁷³. El concepto unitario puro niega que pueda llegar a existir una distinción entre autores y partícipes; mientras el concepto unitario funcional, si bien continúa por la línea de desconocer la existencia de partícipes, acude a la fórmula de diferenciar conceptualmente entre varias formas de autoría (inmediata, mediata, por determinación, por colaboración o apoyo) y, además, no se fundamenta en la teoría causal citada.

En la actualidad difícilmente se puede hablar de un concepto unitario de autor en las legislaciones penales³⁷⁴ y de existir muy seguramente este estaría ampliamente limitado por las disposiciones de la parte general en materia de punibilidad y tentativa, y se aproximaría más a un concepto unitario funcional de autor, pero nunca a un concepto puro unitario de autoría. Las críticas que se hacen a esta teoría suelen ser abundantes; no obstante aquí sólo haré mención de algunas que en mi parecer resultan ser las más relevantes, aunque sin adentrarme mucho en ellas para no desbordar el tema del presente trabajo. Estas se pueden resumir en lo siguiente:

cualquier concepto de autor, considera que no puede aceptarse que todas las formas de intervención sean igualmente merecedoras de pena o necesitadas de ella (p.87).

³⁷² La doctrina casi unánime alemana crítica el concepto unitario de autor para los delitos dolosos. V. la relación de autores alemanes que aceptan un concepto unitario de autor para los delitos dolosos en: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 49 s.

³⁷³ Al respecto v. PEÑARANDA RAMOS, *Participación*, 1990, 259 ss; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 91 ss.

³⁷⁴ Salvo el CP de Italia de 1930 y de Austria de 1974.

La mayoría de las críticas que recibe este concepto se encuentran dirigidas a reprochar su gran ampliación en la punibilidad³⁷⁵, al rechazar la accesoriedad, pues bajo el concepto unitario de autor, cada sujeto que interviene en el hecho va a ser autor de forma autónoma e independientemente de la intervención del resto. Otra de las críticas que con frecuencia suele recibir el concepto unitario de autor es aquella que se refiere a su notoria contradicción con los postulados del Derecho penal de un Estado de Derecho, al suponer una extensión de los tipos penales que pugna con la función garantista³⁷⁶, pues al declarar que cualquier conducta tipificada de la parte especial ha de castigarse como

³⁷⁵ Entre otros, PEÑARANDA RAMOS, *Participación*, 1990, 260 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 117 ss.; MAURACH/ GÖSEL/ ZIPF, *PG II*, 7ª, 1995, 289 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, 1996, 20 s.; LÓPEZ PEREGRÍN, *Complicidad*, 1997, 54 ss.; PÉREZ ALONSO, *Coautoría*, 1998, 134 ss.

³⁷⁶ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 2ª, 1987, 512. Sin embargo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 129s., considera como poco acertada esta crítica, pues advierte que el concepto unitario no es incompatible con los principios del Estado de Derecho y en especial con el principio de legalidad: “La existencia de preceptos en la parte general que interpretan de modo claro en un sentido extensivo los tipos de la parte especial salvaría, al menos formalmente, el principio básico del Derecho penal en un Estado de Derecho: el principio de legalidad estricta”. Personalmente considero acertado lo dicho por mi maestro, pues no resulta del todo válido aceptar el fundamento de vulneración del principio de legalidad sobre la base que un concepto unitario amplía la interpretación de los tipos penales, pues igual se podría decir lo mismo, en los sistemas que adoptan un concepto restrictivo de autor que no diferencian sino en la parte general entre autores y partícipes, quedando el estudio de los tipos penales de la parte especial sujeta a las disposiciones generales donde fácilmente puede interpretarse cuando se observa la parte especial “que todos los sujetos que cometan la conducta punible allí descrita, serán autores del delito”, salvo las limitaciones que se hagan atendiendo a las disposiciones de la parte general. Por lo tanto, bien sea en un concepto unitario o un concepto restrictivo de autor las disposiciones de la parte general van a limitar la interpretación que se haga de los tipos de la parte especial, para evitar una vulneración al principio de legalidad, aunque el concepto que mejor se adapta a un Estado de Derecho es un concepto restrictivo de autor.

autoría, no alcanza a diferenciar aquellas conductas que pueden resultar menos lesivas para el bien jurídico.

Además de las anteriores críticas, podríamos añadir aquella que considera que este concepto no logra diferenciar el desvalor de acción de cada uno de los intervinientes, pues basta que el sujeto realice una aportación causal para la producción del resultado para que se tenga como autor del delito³⁷⁷. Se ha dicho, que un concepto de autor de tal índole es incapaz de captar el específico desvalor de la acción de los delitos de actividad y de los delitos de resultado e incluso en los delitos de propia mano que exigen modalidades determinadas de comportamiento para su producción³⁷⁸.

Realmente lo complejo de aceptar un concepto unitario de autor, en última instancia, será que llevaría a renunciar a la posibilidad de diferenciar entre intervinientes que merecen distinta punibilidad; precisamente la nota característica del concepto unitario de autor es la falta de accesoriedad entre estos; por tal motivo, un teoría como la propuesta se adaptaría con dificultades a un Derecho penal propio de un Estado de Derecho, ya que una falta de previsión legislativa en el concepto unitario lleva a excesos de punición³⁷⁹.

³⁷⁷ No obstante, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 147, considera que si bien desde un concepto unitario puro resulta válida esta objeción, a partir de un concepto unitario en su versión funcional no se puede realizar esa objeción, porque este describe las distintas formas de intervención en correspondencia con los diferentes modos de aparecer de las mismas en la realidad cotidiana.

³⁷⁸ Al respecto véase PEÑARANDA RAMOS, *Participación*, 1990, 260 s.

³⁷⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 140, señala expresamente: “No obstante, el concepto unitario presenta desventaja frente al restrictivo: permite una menor precisión o concreción en la delimitación de las fronteras de lo típico, dada la ausencia de accesoriedad y, además, supone que un olvido del legislador en la corrección de las consecuencias indeseadas del concepto unitario significa un exceso en la punición de conductas, mientras que un olvido por parte del legislador que parte de un concepto restrictivo implica una laguna de punición, lo que normalmente es más tolerable desde el punto de vista de los

b) Concepto extensivo de autor

El concepto extensivo de autor, al igual que el anterior, parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones –aunque también existen otras versiones–. Se considera que todo individuo que ha contribuido de alguna manera en la producción de un hecho delictivo será considerado como autor siempre que su aportación resulte ineludible para la concreción del evento. Sin embargo, a diferencia del concepto unitario, aquí se reconoce la necesidad de matizar los distintos grados de responsabilidad en función de un criterio de carácter anímico; así entonces, los tipos legales de participación aparecen como causas de “restricción de la tipicidad y, por tanto, de la punibilidad”³⁸⁰.

Atendiendo a que la teoría de la equivalencia de las condiciones desde el punto de vista causal ofrece dificultades para diferenciar entre autores y partícipes, se decidió acudir a la teoría subjetiva de la participación³⁸¹

principios del Derecho penal que actualmente se defienden. En definitiva, el concepto unitario se adapta peor a los principios del Derecho penal del Estado de Derecho”.

³⁸⁰ V., entre otros, RUÍZ ANTÓN, *Agente provocador*, 1982, 106; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 254; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 377.

³⁸¹ Si bien es cierto la doctrina española ha criticado ampliamente la teoría subjetiva de la participación, no puede decirse lo mismo respecto de la jurisprudencia española que entre los años 60 y finales de los 80 intentó acercarse a la teoría subjetiva a través de la teoría del “acuerdo previo”, según la cual para ser autor es suficiente con un dato subjetivo, donde basta determinar que hubo una previa resolución conjunta de ejecutar el hecho entre varios, sin necesidad de entrar a determinar los actos materialmente realizados; así entonces, se sustituyen los requisitos legales objetivos, por datos subjetivos no previstos en la ley. GIMBERNART ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 61, critica severamente al Tribunal supremo diciendo: “Junto a la desaparición paulatina durante los últimos años de los pocos obstáculos que se oponían a la aplicación radical y sin limitaciones de la doctrina del acuerdo previo, se observa también que nuestra jurisprudencia va derivando cada vez más, con su tesis, a una repetición mecánica de conceptos, a una renuncia a toda clase de fundamentación y a un tono dogmático que producen la sensación de que el TS en vez de resolver problemas los está aludiendo”. Sobre los fallos del TS ampliamente DÍAZ Y GARCÍA

para llevar a cabo esta distinción³⁸², por lo que “será autor quien obra con ánimo de autor (*animus auctoris*), será partícipe sólo quien actúe con ánimo de partícipe (*animus socii*)”³⁸³. De esta forma, en palabras de JESCHECK, “en la aplicación práctica del Derecho la distinción entre la autoría y la participación pasa a ser una cuestión de la determinación de la pena ampliamente alejada del tipo”³⁸⁴.

CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 361. Pero, hay que advertir, que en tiempos recientes esa tesis ha perdido mucho más fuerza en la jurisprudencia. V. por ejemplo: STS 24-11-1998 (RJ 9679); SAP Barcelona 19-05-1999 (ARP 1650); SAP Córdoba 07-05-2001 (JUR 202201); SAP Madrid 29-09-2003 (ARP 95); SAP Sevilla 18-02-2004 (JUR 105003); STS 16-07-2004 (RJ 7967); SAP Madrid 16-11-2004 (JUR 256807); SAP Tarragona 21-07-2005 (ARP 77); SAP Tarragona 19-06-2007 (JUR 272621); STS 12-02-2008 (RJ 2972); SAP Toledo 19-01-2010 (JUR 105865); STS 11-02-2011 (RJ 1942); SAP Albacete 20-07-2011 (ARP 924).

³⁸² Sin embargo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 259 ss, realiza un amplio estudio en el que explica que, aunque históricamente se ha pretendido relacionar el concepto extensivo de autor con la teoría subjetiva de la participación, no todos los partidarios de esta última lo son del concepto extensivo de autor e igualmente no todos los partidarios del concepto extensivo de autor utilizan la teoría subjetiva para diferenciar entre autor y partícipe. Sin embargo, tal y como expuse inicialmente, por no ser este el tema principal de este capítulo aquí se tratara de manera conexa el concepto extensivo y la teoría subjetiva, como lo ha venido haciendo la doctrina mayoritaria, pero bajo el entendido de que comparto la diferencia que hace DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO; pero, repito, hacerlo aquí desbordaría el objeto del presente trabajo.

³⁸³ Cfr., entre otros muchos, las exposiciones de GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 42 s.; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 377. Según GIMBERNAT ORDEIG: “El fundamento de la teoría subjetiva es muy sencillo. Se parte de la teoría causal de la condición y, en base a ella, se niega toda distinción objetiva entre la actividad del autor y la del cómplice: ambos no hacen más que colocar una condición del resultado, y una condición no es posible distinguirla de otra condición. El razonamiento a que entonces se acude es éste: la ley positiva distingue entre autor y cómplice; las actividades del autor y cómplice no se distinguen objetivamente; luego la distinción impuesta por la ley – ha de hallarse en el terreno subjetivo.”

³⁸⁴ JESCHECK, *Tratado*, 5ª, 2002, 699.

El concepto extensivo de autor ha padecido algunas críticas similares a las que ya se habían hecho en su momento al concepto unitario, lo que hace que adopten cierta similitud teórica³⁸⁵ sobre todo porque, al igual que el anterior, el concepto extensivo de autor implica una ampliación de la punición, pero quizá una de las mayores críticas que recibe este concepto es que parte de un fundamento puramente causal, al tratar de establecer la diferencia entre autores y partícipes renunciando a cualquier otra valoración objetiva³⁸⁶. Además, tal y como señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: “Los partidarios del concepto extensivo admiten en ocasiones accesoriamente de las formas de participación (inducción y complicidad), con lo que hacen compatible este concepto con el Derecho positivo al que pretenden aplicarlo (básicamente el StGB), pero traicionan los presupuestos del mismo concepto. Otros defensores del concepto extensivo rechazan la accesoriamente de las formas de participación, por lo que, en definitiva, tratan la inducción y la complicidad como modalidades de autoría, por lo que el concepto extensivo, que así sí es desarrollado en coherencia con sus premisas, no es más que un concepto unitario funcional de autor, que sin embargo contradice el Derecho positivo al que pretende aplicarse (normalmente el StGB) y que resulta menos conveniente que el concepto restrictivo de autor, por las razones antes aducidas. Un concepto extensivo de autor en el sentido mencionado está hoy prácticamente abandonado”³⁸⁷.

³⁸⁵ Aunque PEÑARANDA RAMOS, *Participación*, 1990, 272 ss., realiza un amplio estudio sobre la gran distancia que media entre los conceptos extensivo y unitario de autor.

³⁸⁶ Al respecto v. ROXIN, *Autoría y Dominio del hecho*, 2ª, 2000, 25.

³⁸⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DPCrim.* 76 (2004), 36 s.

c) Concepto restrictivo de autor

Esta teoría surge como una manifestación en contra de las teorías que determinaban la autoría a partir de condiciones causales³⁸⁸. De tal manera que este concepto, parte de que no todo el que pone la causa es autor, es decir, no todo el que interpone una condición causal del hecho realiza el tipo. Sólo es autor quien realiza por sí mismo la acción típica, mientras que la simple contribución a la causación del resultado mediante acciones distintas a las típicas no puede fundar ninguna autoría. Por lo tanto, se sostiene que tanto la autoría como la participación deben estar diferenciadas con arreglo a criterios objetivos (objetivos-subjetivos).

El concepto restrictivo de autor encuentra su fundamento en la realización del tipo penal reconociendo que todos los intervinientes en el delito no son autores, sino que unos pueden actuar en calidad de autores y otros en la de partícipes. Los primeros realizan el hecho y los segundos sólo contribuyen a su realización³⁸⁹. Se caracteriza entonces este concepto por la inclusión de la figura de la accesoriedad según la cual la responsabilidad de los partícipes resulta accesorias respecto de la de los autores. Por lo tanto, este concepto, será el aceptado en este trabajo, toda vez que es el que mejor responde a los principios del Derecho penal de un Estado de Derecho³⁹⁰.

³⁸⁸ Si bien, de acuerdo con ROXIN, *Autoría y Dominio del hecho*, 2ª, 2000, 58, también las teorías objetivo-materiales surgen sobre la base de una consideración causal pura, aunque en el fondo sean absolutamente opuestas a la teoría de la equivalencia.

³⁸⁹ Por ejemplo, GÓMEZ GONZÁLEZ, *LJ 1* (2005), 7.

³⁹⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 531. Ello es explicado de forma resumida por el mismo autor en *DPCrim.* 76 (2004), 37, al considerar que un concepto restrictivo de autor, interpretado de un modo restrictivo, va a permitir que sólo sea autor, quien realiza el tipo y no todo el que interviene en el hecho. Asimismo, advierte que los preceptos sobre participación de los C.P. permite sancionar tanto a autores, como a partícipes, siendo la responsabilidad del primero autónoma, y la del segundo,

El concepto restrictivo de autor ha sido construido bajo dos grupos de teorías: la teoría objetivo-formal y las teorías objetivo-materiales, las cuales voy a abordar a continuación, sin entrar en mayores detalles, sobre todo en lo que refiere a la primera de ellas, y respecto a la segunda, me centraré en las teorías del dominio del hecho (que en los últimos tiempos ha venido siendo adoptada por la doctrina mayoritaria) y de la determinación objetiva y positiva del hecho, por lo ya dicho en un comienzo: no desbordar la esencia principal del tema que pretendo tratar en este capítulo.

d) Teoría objetivo-formal

De acuerdo con esta teoría autor es quien ejecuta total o parcialmente la acción descrita en los tipos de la parte especial alcanzando por lo menos el grado de tentativa. Sin embargo, este concepto ha sufrido algunas modificaciones realizadas por algún sector de la doctrina³⁹¹ que omite utilizar el término “ejecutar” por considerarlo inadecuado y define

accesoria a la de aquél. Además señala, que la principal ventaja de un concepto restrictivo de autor es la accesoriidad (cualitativa) de la participación.

³⁹¹ SANCHEZ TEJERINA, *DP I*, 5ª, 1930, 353; ANTÓN ONECA, *PG I*, 1949, 433; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal I*, 1963, 245 s.; GIMBERNART ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 221: “Autor del delito es aquel cuya actividad es subsumible, sin más, en el tipo de la parte especial”; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios I*, 1972, 822 ss.; STRATENWERTH, *PG I*, 4ª, 2005, 311 (aunque realiza algunas críticas a la teoría objetivo-formal, de la definición que da sobre autor da entender una tímida simpatía por la misma –aunque defiende la teoría del dominio del hecho–, señalando que si una persona “ha realizado los aspectos objetivos y subjetivos del supuesto del hecho típico penal, y lo ha hecho antijurídicamente, precisamente por esos motivos será el autor”); COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 5ª, 1999, 746. En DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 419 ss., se hace una amplia descripción de los autores que en la doctrina española en su momento se adhieren a esta teoría al tratar de explicar lo estipulado en el artículo 14 n° 1 del anterior CP 1944/73.

simplemente que autor será quien puede subsumir su conducta en todos los elementos del tipo, personales, objetivos y subjetivos³⁹².

Es rescatable de esta teoría la relación que exige entre el sujeto y la relación del tipo penal, en tanto que si la conducta de aquel no se adecua plenamente a cada uno de los elementos estructurales del tipo no podrá ser considerado como autor, descartando así cualquier consideración de carácter subjetivo que implique acudir a criterios del “*animus*” del sujeto, como sucede con las teorías subjetivas de la participación, evitando sobre todo tener que realizar valoraciones desde el punto de vista causal³⁹³.

No obstante, el problema de la teoría objetivo-formal es el de ser una teoría incompleta, pues aunque se destaca el hecho de poner de relieve la conexión entre autoría y tipo, la misma teoría no sigue en estricto rigor esta idea. Una de las críticas principales que se le hace a esta teoría, es que no logra explicar cuándo y cómo la conducta queda subsumida en el tipo, sobre todo cuando se trata de delitos puramente resultativos; además, porque tampoco es del todo cierto que se considere autor a quien realice cualquiera de las acciones típicas del delito, pues una consideración tan amplia, podría traer inconvenientes

³⁹² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 443., defiende el hecho de que esta teoría reciba el calificativo de “objetiva” formal, al señalar: “Yo creo que no, por la razón de que ‘objetivo’ en la teoría de la participación no tiene el significado de ‘excluyente de elementos subjetivos’, sino de opuesto a subjetivo; y subjetivo es lo que define a las teoría subjetivas: que exigen, al margen de los requisitos típicos subjetivos, un especialmente elemento subjetivo en el autor, que éste actúe con un especial ánimo respecto a su modo de intervención en el delito y esto para nada ocurre en la teoría objetivo-formal.”

³⁹³ Al respecto v., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 450; ROXIN *Autoría y Dominio del hecho*, 2^a, 2000, 55. Tal y como afirman DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 446, y DURÁN SECO, *Coautoría*, 2003, 30, 145 ss., es en la teoría objetivo-formal donde la coautoría encuentra el actual fundamento sobre todo para aquellos que consideran que el coautor es quien realiza alguna acción ejecutiva.

en aquellos tipos penales en las que todas las acciones típicas constituyen el centro nuclear de la conducta punible³⁹⁴.

d1) Teorías objetivo-materiales: La teoría del dominio del hecho

Las teorías objetivo-materiales que pretenden dar respuesta a un concepto restrictivo de autor son diversas³⁹⁵; sin embargo, aquí me centraré brevemente en la teoría del dominio del hecho, que en última instancia es la que más me interesa porque da la impresión de acercarse a un verdadero concepto restrictivo de autor³⁹⁶.

d1.1) La propuesta de ROXIN: Dominio del hecho

ROXIN ha sido reconocido como el mayor representante de la teoría del dominio del hecho³⁹⁷. ROXIN, para evitar todas las críticas que se han

³⁹⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 530 s.

³⁹⁵ Así por ejemplo se han expuesto como teorías objetivo-materiales: teoría de la necesidad (es autor quien aporta una contribución necesaria, sin la cual el hecho no hubiera podido producirse; por lo tanto, los demás contribuyentes serán partícipes), teoría de la simultaneidad (son autores quienes actúan en la fase de la ejecución del delito siempre que guarden cierta proximidad con la producción del resultado); teoría de la causalidad física y causalidad psíquica (distingue entre autores y partícipes en función de que la cadena causal puesta en marcha haya conducido al resultado directamente o sólo a través de la acción independientemente de otro. En el primer caso se da autoría y en el segundo se habla de participación). V. una exposición de ellas, por ej., en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 536 ss.

³⁹⁶ Eso si con las limitaciones de las que hablan LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO.

³⁹⁷ Hace una crítica a esta teoría BUSTOS RAMÍREZ, *LH-Gimbernat I*, 2008, 736 s., quien considera que la teoría del dominio del hecho no resulta satisfactoria, ni en los delitos de acción dolosa, ni mucho menos en los delitos de infracción de un deber: “En efecto, es posible que la persona tenga el dominio del hecho, pero sin embargo no tiene la capacidad efectiva de afectar el bien jurídico, como sucede en los casos de la llamada tentativa de delito imposible. Evidentemente ya la teoría de la infracción del deber, aunque no se base en este fundamento, parte también de este presupuesto, pues la persona puede tener el dominio del hecho, sin embargo como no tiene el deber

venido realizando a otras teorías³⁹⁸, intenta distinguir tres formas de dominio del hecho, diferenciando si se trata de autoría inmediata, coautoría o autoría mediata. Por lo tanto, habla de dominio de la acción, dominio funcional del hecho y dominio de la voluntad. En el dominio de la acción se refiere a aquellos delitos en los que el sujeto realiza personalmente la acción típica³⁹⁹. Al dominio funcional del hecho⁴⁰⁰ atribuye la coautoría, estableciendo que esta se presenta cuando hay una división de las tareas en la etapa ejecutiva, cuya aportación del sujeto debe ser esencial. Por último, cuando habla de dominio de la voluntad⁴⁰¹, se refiere expresamente a la autoría mediata, la cual sólo tendrá lugar cuando se domina la voluntad de otro⁴⁰².

Si bien es cierto hay que reconocer el esfuerzo que hace ROXIN por matizar el concepto restrictivo de autor dotándolo de un contenido mucho más exacto que logra diferenciar verdaderamente entre autores y partícipes, la teoría expuesta no resulta suficiente para delimitar el

especial, no tiene la capacidad para afectar el bien jurídico, el cual precisamente exige para su afección ese deber especial”.

³⁹⁸ Más aún si se tienen en cuenta los vacíos que las mismas presentan, sobre todo en materia de autoría mediata y coautoría, aunque como se verá más adelante la propuesta de ROXIN tampoco alcanza a solucionar del todo el problema de la coautoría.

³⁹⁹ ROXIN, *Autoría y Dominio del hecho*, 2ª, 2000, 151 ss., ha dicho respecto del dominio de la acción: “Quien no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano, es autor (...) Se trata aquí del prototipo de la autoría, de la manifestación más evidente de la figura central, de un supuesto en que coinciden incuestionablemente la ‘concepción natural de la vida’ y la valoración del legislador. No puede dominarse un hecho de manera más clara que cuando lo realiza uno mismo, no se puede mantener en las propias manos de modo más firme que cuando se actúa de propia mano”.

⁴⁰⁰ ROXIN, *Autoría y Dominio del hecho*, 2ª, 2000, 305 ss.

⁴⁰¹ ROXIN, *Autoría y Dominio del hecho*, 2ª, 2000, 165 ss.

⁴⁰² CERESO MIR, *PG*, 2ª, 2000, 186, considera que la distinción que hace ROXIN entre dominio de acción y de la voluntad resulta artificiosa, porque la acción necesariamente depende del dominio de la voluntad, es decir, si se tiene el dominio de la voluntad, se tiene el dominio de la acción.

concepto, sobre todo en materia de coautoría⁴⁰³. Tal y como advierte DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO⁴⁰⁴ “la caracterización del dominio del hecho llevada a cabo por ROXIN es digna de elogio, pues, al margen de estar plasmada de una forma magistral, hace palpables, de un modo bastante concreto, los elementos del mismo y su aplicación a las diversas formas de autoría. Sin embargo, a veces está guiada por valoraciones ajenas a las que interesan para concretar un concepto restrictivo de autor que sea coherente al máximo con las razones que lo hacen preferible y que a la vez esté dotado de contenido material. Conduce por ello, sobre todo en la coautoría, a una extensión (si bien no desmesurada, como es el caso entre otros defensores, sobre todo alemanes, de la teoría del dominio del hecho) del concepto de autor, que puede estar fundamentada en razones de justicia material, pero que, desde la perspectiva del Derecho penal español, no está justificada”⁴⁰⁵.

d1.2) La propuesta de LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA

CONLLEDO: Determinación objetiva y positiva del hecho⁴⁰⁶.

Atendiendo a los vacíos presentados por la teoría del dominio del hecho de ROXIN, la teoría propuesta por LUZÓN PEÑA⁴⁰⁷ y complementada

⁴⁰³ En este momento no voy a detenerme a realizar un análisis acerca de la teoría del dominio funcional del hecho propuesta por ROXIN, pues ésta será objeto de análisis en el posterior acápite cuando se traten los aspectos generales de la coautoría. Por el momento basta con señalar que la propuesta de ROXIN de cierta forma contradice los presupuestos que pretenden restringir en lo máximo posible un concepto de autor, porque el concepto de coautor presentado por ROXIN no permite diferenciar entre coautores y simples partícipes que actúan en la fase ejecutiva.

⁴⁰⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 689. Sobre esta crítica véase además DURÁN SECO, *Coautoría*, 2003, 191 ss.; VIVES ANTÓN, *Comentarios I*, 1996, 281.

⁴⁰⁵ Que de igual manera tampoco estaría justificada en el Derecho penal colombiano, porque es notable que el legislador de 2000 es partidario de un concepto restrictivo de autor de conformidad con lo estipulado en el art. 28 de la ley 599 de 2000.

⁴⁰⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 603, califica esta teoría como la versión heterodoxa de la teoría del dominio del hecho.

ampliamente por DÍAZ GARCÍA CONLLEDO⁴⁰⁸ (y después seguida o desarrollada por otros autores, entre los que cabe destacar por su amplio desarrollo de la teoría para los hechos imprudentes a ROSO CAÑADILLAS⁴⁰⁹) ha procurado subsanar los defectos que presenta la propuesta de ROXIN⁴¹⁰. Ambos autores parten de una idea la teoría del dominio del hecho diferente a partir de lo que han llamado “*determinación objetiva y positiva del hecho*” acudiendo a criterios que no dependen de la voluntad del agente⁴¹¹, sino del control del curso de los acontecimientos hacia el resultado (o hecho típico) producido; por lo tanto, para que un sujeto sea autor de un delito, tendrá que “dominar”

⁴⁰⁷ Los trabajos en los que con mayor amplitud expone esta teoría se pueden encontrar en: LUZÓN PEÑA, *ADPCP* (1989), 889-913; el mismo, *DPCirc*, 2ª, 1990; *Estudios penales*, 1991, 199-224; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Roxin* (1995), 1995, 305 ss.; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DPCO 2* (2003), 89-128.

⁴⁰⁸ V. además de su trabajo *Autoría*, 1991; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Roxin* (1995), 1995, 305 - 307; el mismo, *LH-Roxin* (1997), 1997, 295-330; *DPCrim.* 76 (2004), 33-78, entre otros.

⁴⁰⁹ V. ROSO CAÑADILLAS, *Autoría imprudente*, 2002.

⁴¹⁰ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 613 ss.

⁴¹¹ Se trata de una propuesta que puede aplicarse tanto para delitos dolosos como imprudentes. LUZÓN PEÑA, *ADPCP* (1989) 900, cuando se refiere a delitos dolosos prefiere acudir a la fórmula: “Determinación objetiva del hecho + dolo=dominio del hecho” y cuando habla de delitos imprudentes adiciona el término potencial empleando la siguiente fórmula: “Determinación objetiva (sin dolo)=dominio potencial del hecho”; respecto de esta última ha dicho LUZÓN PEÑA que se trata de una “formula adicional explicativa del criterio de la determinación objetiva” y añade “propongo hablar de dominio potencial (como criterio auxiliar para precisar la autoría imprudente) en el sentido de que sólo le falta el dolo para ser auténtico dominio, pero que hay determinación objetiva real (no potencial) del hecho”. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 627, tratando de explicar el término “dominio potencial”, dice: “También habla LUZÓN PEÑA, en este sentido de *dominio potencial*, concepto que no quedaba en un principio del todo claro, pues del final de la última cita de LUZÓN PEÑA, se saca la impresión de que el dominio objetivo y positivo del hecho no es un dominio real, efectivo, en los delitos imprudentes, y que tal dominio o control real sólo se puede tener en los dolosos.”

o “controlar”⁴¹² objetivamente el hecho. De acuerdo con LUZÓN PEÑA, la determinación objetiva del hecho implica que “una conducta, consciente o inconscientemente, de hecho marca o configura decisivamente y sin dejar libre capacidad de respuesta el curso del acontecer típico (el curso causal), fija el si y el cómo del mismo, e impulsa forzosamente o desvía las cosas en una determinada dirección, concretamente hacia la producción del resultado. Esta determinación positiva del acontecimiento es, como se ve, distinta y más que el mero ‘poder o capacidad de impedir o contener’ el curso del hecho, no ya con una actividad positiva, sino con la simple pasividad, que algunos consideran suficiente para la autoría, pero que no es más que dominio potencial negativo o, más simplemente ‘dominio negativo’, característica de una forma de simple participación como la cooperación necesaria”⁴¹³.

Esta fórmula propuesta por LUZÓN PEÑA es complementada por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO a través de una fundamentación normativa de la autoría que se encuentra en el ataque más directo a la prohibición o en la conducta que más directamente realice el injusto típico⁴¹⁴, para él, autor “(...) es quien, reuniendo los elementos personales o especiales de la autoría exigidos por algunos tipos, y cumpliendo el resto de los elementos del tipo, solo e inmediatamente (autor inmediato individual, concurren o no otros intervinientes), a través de otro al que utiliza como instrumento (autor mediato), o mediante actuación conjunta con otros (coautor), domina el hecho, es decir, determina objetiva y positivamente el curso del suceso”⁴¹⁵.

⁴¹² LUZÓN PEÑA, *ADPCP* (1989), 894, considera que por “mucho que una persona quiera que se produzca el resultado y quiera contribuir a ello o incluso dominar, controlar o dirigir el acontecimiento no será autor si realmente no domina o controla el hecho”.

⁴¹³ LUZÓN PEÑA, *ADPCP* (1989), 894 ss.

⁴¹⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 638.

⁴¹⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 691.

Esta teoría es la que más se acerca a un verdadero concepto restrictivo de autor, pues, por una parte, permite que el concepto de autor no se pueda desligar del tipo penal respetando así los preceptos establecidos en el principio de legalidad; por lo tanto, para determinar en cabeza de quién se encuentra el “si” y el “cómo” de la realización típica, se debe tener en cuenta que el sujeto no sólo reúna los elementos personales y especiales descritos por el tipo penal, sino que haya ejecutado los demás elementos del tipo⁴¹⁶. Lo destacable de esta teoría, en palabras de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y que comparto plenamente es que: “El que se trate de una determinación o dominio objetivo hace que el criterio sirva también para los delitos imprudentes; el que se exija que sea positivo (es decir, que decida realmente el si y el cómo del hecho y no meramente su posible no producción) evita extensiones del concepto de autor que harían perder las ventajas de un auténtico concepto restrictivo”⁴¹⁷.

Para concluir, habrá que decir que un Derecho penal que opere bajo los presupuestos de un Estado social y democrático de Derecho, me parece que lo más adecuado es un concepto de autor que reúna los criterios de un concepto restrictivo a partir de la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho⁴¹⁸. Por lo tanto, será en la determinación objetiva del hecho donde se encuentre la base objetiva para determinar el autor tanto de un delito doloso y de un delito imprudente⁴¹⁹, en el primer

⁴¹⁶ Esto valdría para todas las formas de autoría: autor inmediato, autor mediato y coautor.

⁴¹⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DPCrim.* 76 (2004), 45.

⁴¹⁸ De lo visto hasta ahora (aunque se repite, muy brevemente porque este sólo tema puede ser exclusivo de una tesis doctoral) y de la interpretación que se hace de los arts. 28 y 29 de los códigos penales español y colombiano, se desprende que ambas legislaciones utilizan un concepto restrictivo de autor. El concepto restrictivo de autor se vincula al tipo legal y hace que las normas sobre participación aparezcan como normas extensivas de la tipicidad y, con ello, de la punibilidad, ya que de no existir los partícipes no podrían ser castigados conforme al tipo penal.

⁴¹⁹ Cfr. LUZÓN PEÑA, *ADPCP* (1989), 893 ss.

caso será necesario que el sujeto añada a su comportamiento una decisión y dirección conciente y final, en el segundo es suficiente que el sujeto determine objetiva y positivamente el resultado típico⁴²⁰.

Resuelto el criterio adoptado para el concepto de autoría y en aras de cumplir con el objetivo propuesto en este capítulo, a continuación expondré el tema de la coautoría a partir de la teoría del dominio funcional del hecho propuesta por ROXIN y la propuesta de LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO a partir de la determinación objetiva y positiva del hecho.

C) ¿Qué entender por coautoría?

En términos generales la doctrina mayoritaria⁴²¹ entiende que coautores son quienes realizan conjuntamente, en sentido amplio, y de mutuo acuerdo un hecho; sin embargo, tal y como lo vimos anteriormente, un concepto en estos términos resulta impreciso y

⁴²⁰ LUZÓN PEÑA, *ADPCP* (1989), 894.

⁴²¹ Entre otros, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *PG*, 1995, 367: “Coautoría es la concurrencia querida, consciente y con división del trabajo de varios autores con el fin de obtener el mismo resultado típico”; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª, 1999, 751: “Existe coautoría cuando el tipo de injusto se realiza conjuntamente por varias personas, cada una de las cuales ejecuta o realiza el hecho”; CEREZO MIR, *PG*, 2ª, 2000, 193: “Estamos ante la coautoría, en cambio, cuando varias personas, entre las que existe un acuerdo de voluntades para la ejecución del hecho, realizan cada una de ellas algún elemento del tipo”; JESCHECK, *Tratado*, 5ª, 2002, 725; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8ª, 2010, 436: “Es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente”. Incluso los códigos penales de España y Colombia se acercan a esta definición; sin embargo la misma deberá ser complementada por el intérprete; GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 379; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 403, aunque complementa con lo siguiente: “lo acertado es, pues, considerar coautores no sólo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva”.

también podría incluso ser válido en un concepto unitario de autor⁴²², porque decir simplemente que coautor se reduce a realizar un delito entre varias personas que previamente han acordado su comisión, no concreta la posibilidad de diferenciar entre autores y partícipes; por lo tanto, esta definición habrá que delimitarse conforme con el concepto de autor adoptado⁴²³; por lo tanto, aquí nos referiremos es a la estricta realización del hecho típico, en el sentido del concepto restrictivo de autor⁴²⁴.

Tal y como había dicho, en lo que viene sólo voy hacer alusión al dominio funcional del hecho y a la determinación objetiva y positiva conjunta del hecho, pues en el apartado anterior ha quedado claro el interés por un concepto restrictivo de autor; por lo tanto, será a partir de estas dos doctrinas que se logre definir el concepto de coautor que se adopte para este trabajo.

a) Dominio funcional del hecho

Según la tesis del dominio funcional del hecho son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho con división del trabajo, siendo la aportación en fase ejecutiva de cada sujeto interviniente esencial para que se produzca el resultado, teniendo cada uno en sus manos el hecho global. En palabras del propio ROXIN es coautor “todo interviniente

⁴²² Que como ya se dijo no resulta válido en este trabajo, porque aquí se ha adoptado un concepto restrictivo de autor.

⁴²³ De acuerdo con la teoría objetivo-formal en sentido estricto se interpreta que coautor es quien conjuntamente con otro realiza algún acto típico, concepto criticado entre otros por RODRÍGUEZ DEVESA, *PG*, 10^a, 1986, 560, al considerar que no basta con la realización de algún acto típico, sino que se le debe exigir al coautor realizar todos los elementos del tipo. Lo cual se comparte desde la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 691), pues para que un coautor tenga dominio objetivo y positivo del hecho se requiere necesariamente que su comportamiento abarque todos y cada uno de los elementos del tipo penal.

⁴²⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REJ* 10 (2008), 30.

cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido. Nada importa al respecto su disposición subjetiva hacia el acontecer”⁴²⁵.

La teoría del dominio funcional del hecho es elaborada por ROXIN⁴²⁶ y resumidamente se refiere a lo siguiente: “El coautor debe responder en medida suficiente al esquema orientador de toda clase de autoría, según el cual es autor quien constituye la figura central del acontecimiento cuyo núcleo es una acción. Para que dos o más sujetos se conviertan en figuras centrales del hecho se requiere, en primer término, que sólo puedan actuar conjuntamente en la etapa de la ejecución del delito. De esta forma se configura un completo dominio del hecho en las manos de varios, por medio del cual ‘cada uno de ellos tiene en sus manos el destino del hecho total’. Coautor es, por tanto, aquél cuyo aporte en el estadio de ejecución del hecho aparece como indispensable para la realización del resultado perseguido, de acuerdo a una valoración

⁴²⁵ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 2ª, 2000, 310 s.

⁴²⁶ En contra de esta teoría, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 146 ss; STRATENWERTH, *PG I*, 1976, 316; LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 1991, 114 n. 23; VIVES ANTÓN, *Comentarios I*, 1996, 281; LÓPEZ PEREGRÍN, *Complicidad*, 1997, 392 ss. Pero quizá uno de los que más extensamente ha analizado la propuesta de ROXIN, tanto para criticarla, como para reflexionar sobre las críticas que le han hecho es DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 596 ss.; el mismo, entre otros, y posteriores trabajos, *LH-Roxin (1995)*, 1995, 305 ss.; *LH-Roxin (1997)*, 1997, 311 ss. en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 142 ss.; en: SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos*, 2011, 380 ss.; también v. LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DPCO 2 (2003)*, 100 ss., se opone especialmente a las críticas hechas por GIMBERNAT a ROXIN, CEREZO MIR, *Problemas*, 1982, 177 s..Por otra parte, manifiestan una simpatía relativa con la propuesta de ROXIN, entre otros, GÓMEZ BENÍTEZ, *PG*, 1984, 128 ss.; JAÉN VALLEJO, *Comentario*, 1990, 117 ss.; BACIGALUPO, *Principios*, 5ª, 1998, 365; PÉREZ ALONSO, *Coautoría*, 1998, 140 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8ª, 2010, 437 s., ya que no comparten que los coautores necesariamente deban intervenir en fase ejecutiva.

judicial de las circunstancias. En segundo término, requiere la coautoría de una resolución común orientada a la ejecución, adoptada por todos los coautores”⁴²⁷.

De acuerdo con la definición que propone ROXIN sobre coautoría y atendiendo a la teoría del dominio funcional del hecho⁴²⁸, se pueden resumir los elementos que componen este concepto en los siguientes: que exista una decisión común de ejecutar el hecho, que la contribución de cada sujeto interviniente sea esencial y que la intervención de los sujetos que actúan conjuntamente tenga lugar en la

⁴²⁷ VAN WEEZEL, LH-*Jakobs II*, 2008, 280.

⁴²⁸ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 2ª, 2000, 316. Esta teoría es acogida por el TS español y las AP en algunas de sus sentencias, como por ejemplo: STS 21-12-1992 (RJ10452): “Cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores, sin que sean de aplicación al respecto los criterios de la teoría formal objetiva de la autoría, es decir, la exigencia de que la acción del autor (en su caso el coautor) haya realizado por sí la acción típica -o una parte de la misma- que caracteriza el comportamiento punible. La coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho”; SAP Segovia 4-12-1998 (ARP 5954): “No resulta, pues, autor sólo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el verbo rector del tipo, en este caso, el que lesiona, sino también todos que por tener una función relevante en la ejecución, devienen, por ello, cotitulares del dominio de hecho”; SAP Barcelona 25-03-1999 (ARP 1777); STS 10-07-2000 (RJ6209); SAP Málaga 10-10-2002 (ARP 857); SAP Córdoba 30-04-2004 (ARP 301); SAP Madrid 16-02-2006 (ARP 252); SAP Sevilla 18-04-2007 (ARP 338); SAP La Rioja 23-07-2007 (JUR 326381). Similar doctrina se adopta en algunas sentencias proferidas por la CSJ colombiana, así por ejemplo: CSJ 06-04-1995 (Proceso 8951): “Son coautores ‘todos aquellos que toman parte en la ejecución del delito, codominando el hecho, ejecutando la parte que les corresponde en la división del trabajo para obtener el resultado criminal, o sea que mancomunadamente ejecutan el hecho punible’ ”; siguiendo una línea similar: CSJ 26-11-2003 (Proceso 14066); CSJ 25-03-2004 (Proceso 20398), refiriéndose a la coautoría impropia; CSJ 06-04-2004 (Proceso 18623); CSJ 20-04-2005 (Proceso 21900); CSJ 18-04-2007 (Proceso 26388) (sin embargo, en esta sentencia aunque la CSJ dice simpatizar con doctrina funcional del dominio del hecho, pero en sentido estricto no es así, toda vez que aquí se acepta que no se requiere que todos los coautores intervengan en fase ejecutiva.

etapa ejecutiva. ROXIN hace depender el primer elemento prácticamente del principio de la accesoriedad, pues considera que los coautores, al depender recíprocamente entre sí, los unos de los otros, necesariamente deben estar de acuerdo para poder actuar en conjunto⁴²⁹. En lo que hace referencia al segundo de los elementos, la esencialidad de la aportación, considera ROXIN que solo pueden ser coautores quienes cumplen un papel necesario en la ejecución de la conducta, de tal manera que su no intervención o su retirada en la ejecución del plan puede hacer fracasar el mismo⁴³⁰. Y en cuanto al último de los elementos dice que sólo podrá ser coautor quien interviene en la fase ejecutiva⁴³¹, es decir, cuando el sujeto dirige o asegura la realización de los hechos⁴³².

Varias son las críticas que ha recibido la teoría del dominio funcional del hecho⁴³³. Una de las más importantes se refiere a que un concepto de coautor en tales términos resulta contrario a un concepto restrictivo de autor y amplía la coautoría a quienes sólo intervienen como partícipes⁴³⁴.

⁴²⁹ JAKOBS, *PG*, 2ª, 1997, 747, considera que exigir el requisito de la decisión común de ejecutar el hecho es erróneo, según él, lo correcto será exigir una decisión de ajustarse, así el participe que no ejecuta directamente el hecho, pero coopera en la configuración del mismo, vincula su aportación con el que hacer del ejecutor. “La responsabilidad es consecuencia del ajuste, e independiente de la voluntad”.

⁴³⁰ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 2ª, 2000, 311.

⁴³¹ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 2ª, 2000, 325 ss.

⁴³² Sin embargo, esta exigencia podría carecer de fundamento normativo, pues da la impresión que lo que importa es sólo que el sujeto intervenga en la ejecución de la conducta, sin entrar a determinar si efectivamente existe una verdadera dependencia entre su comportamiento y los elementos del tipo.

⁴³³ Sobre las críticas que se hacen a la teoría del dominio funcional del hecho, ampliamente DURÁN SECO, *Coautoría*, 2003, 188 ss.

⁴³⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 640; el mismo, *LH-Roxin (1995)*, 1995, 305; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *AFDUA*, 2000, 74.

La propuesta que hace ROXIN no permite diferenciar entre coautores y cooperadores necesarios⁴³⁵, pues estos últimos también deben prestar una ayuda necesaria y esencial sin la cual el hecho no podría llevarse a cabo⁴³⁶. Tal y como expone DURÁN SECO, el dominio funcional del hecho sólo podría lograr explicar los supuestos de cooperación necesaria, si no exigiese la intervención en fase ejecutiva ni tampoco el acuerdo común; sin embargo, advierte que en ese caso “no estaríamos ante la teoría del dominio funcional del hecho, sino ante otra teoría, o, quizá ante nada, sólo estaríamos ante la regulación legal de la cooperación necesaria; es decir, la esencialidad en la contribución, que es el modo que el legislador utiliza para definir al cooperador

⁴³⁵ Esto en España, pues en Alemania y Colombia no existe la figura del cooperador necesario.

⁴³⁶ LÓPEZ PEREGRÍN, *Complicidad*, 1997, 393. No obstante, CEREZO MIR, *PG*, 2^a, 2000, 196 s., en defensa de la teoría del dominio funcional del hecho, no considera válida esta crítica, por lo tanto, ha dicho lo siguiente: “la figura del cooperador necesario se basa como vimos en la vieja teoría de los juristas italianos de la Baja Edad Media de la causa necesaria o del cómplice principal. Según esta teoría, debía ser equiparado al autor material, aquél que cooperó a la comisión del delito con un acto sin el cual no se hubiera efectuado, es decir, aquél que puso una causa necesaria para la comisión del delito. La teoría de la causa necesaria examina desde una perspectiva *ex post*, tras la comisión del delito, las diversas conductas para encontrar aquella sin la cual el delito no se hubiera podido cometer y la considera causa necesaria. En cambio, la teoría del dominio funcional del hecho parte de una contemplación *ex ante* de la contribución a la comisión del delito. Si *ex ante* la contribución aparece, de acuerdo con el plan delictivo, como esencial, el sujeto tendrá el dominio funcional del hecho, aunque *ex post* dicha contribución no haya resultado esencial. Por ejemplo, la función del sujeto que vigila mientras sus compañeros ejecutan el robo, puede aparecer como necesarias *ex ante* según el plan delictivo, pero *ex post* puede ocurrir que su papel haya sido irrelevante.” Sin embargo, pese a este esfuerzo que hace CEREZO MIR, al tratar de diferenciar la teoría de la causa necesaria y el dominio funcional del hecho, hay que decir que estas apuntan a lo mismo pues *ex ante* o *ex post* siempre se va a mirar que la conducta en conjunto desplegada por el sujeto realice una aportación de tal magnitud que determine el curso de los hechos, lo que difícilmente va a permitir diferenciar entre autores y cooperadores necesarios, sobre todo cuando estos últimos intervengan en la fase de ejecución.

necesario”⁴³⁷; por tanto, ni siquiera imprimiéndole modificaciones a la teoría del dominio funcional del hecho lograríamos encontrar una solución que permita diferenciar entre coautoría y cooperación necesaria a partir de esta teoría.

Por otra parte, también ha dicho ROXIN que las aportaciones de los sujetos que intervienen en la ejecución pueden ser de distinto alcance, lo que efectivamente es cierto; sin embargo, lo que no es muy claro es que dice que para que la aportación pueda considerarse como fundamento de coautoría esta debe ser decisiva para la realización del delito; por tanto, quién sujeta a otro para que sea apuñalado por un tercero realiza una aportación decisiva en las lesiones personales; sin embargo, quien sujeta sólo presta una ayuda o colaboración para que se lleve a cabo la conducta, pero no determina objetiva y positivamente el hecho, por lo tanto, no podría ser coautor, sino participe, pues la actividad de quien sujeta no supone directamente lesionar, y por lo tanto, aunque la aportación que hace este sujeto es importante para la comisión del hecho, resulta escasa para la realización típica de la conducta punible⁴³⁸.

De igual manera, la exigencia que ROXIN hace en cuanto a la esencialidad del comportamiento tampoco resulta convincente, ya que la esencialidad refiere es a un “dominio puramente negativo” (a esto se refieren también las críticas anteriores). Como bien lo explica LUZÓN PEÑA la contribución esencial, no es más que un “dominio potencial negativo” o un “dominio negativo” característico de una forma de

⁴³⁷ DURÁN SECO, *Coautoría*, 2003, 195.

⁴³⁸ DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 679 s., explica que en ese supuesto “la conducta supondrá en realidad casi siempre cooperación necesaria (...), pues constituirá una actividad escasa y, además, considerada importante en el conjunto del plan de realización del hecho. Es decir que, en todo caso, sin necesidad de convertirle en (co)autor, mediante una extensión (no sólo formal, sino también material) de la autoría”.

participación⁴³⁹, asimismo señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO que “el que realiza una mera aportación esencial, lo único que consigue es que el hecho no se detenga (más que un poder sobre el ‘sí’ es un poder sobre el ‘no’, sobre la ‘no producción’ del mismo). Pero por mucho que se empeñe, con su actuación no puede decidir positivamente que el hecho se produzca: suponiendo un acto esencial de vigilancia en un robo, por mucho que el sujeto vigile y vigile, si nadie toma la cosa no habrá robo, es decir, está en manos de otro u otro la realización del tipo; quienes toman la cosa determinan positivamente, sin embargo el robo. Entre ellos hay, por tanto, una diferencia de grado de dominio, que, desde la perspectiva por mí adoptada, supone un diferente grado de enfrentamiento a la norma de unos y otros, y con ello una distinta perentoriedad en la pretensión de la norma de evitar esas conductas. Será la de quien domine positivamente el hecho la que la norma prohibitiva (del robo en nuestro ejemplo) tenga un interés más inmediato en evitar y, por tanto, esa será la conducta de autoría”⁴⁴⁰.

Por último, habrá que decir que tampoco resulta plausible la propuesta de ROXIN cuando considera que sólo quien actúa en la fase ejecutiva del hecho puede desbaratar el plan y por lo tanto quienes actúan en la fase preparatoria no podrán ser coautores, pues tal y como veremos más adelante, no todo el que interviene en fase ejecutiva puede ser coautor, ni todo el que interviene en fase preparatoria es partícipe; toda vez que, hay contribuciones que se refieren al hecho típico y aunque se realizan en la fase preparatoria pueden ser esenciales⁴⁴¹.

⁴³⁹ LUZÓN PEÑA, *ADPCP* (1989) 895 s.

⁴⁴⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 675 s.; el mismo, *LH-Roxin* (1997), 1997, 315 s.; *DPCrim.* 76 (2004) 56 s.; *REJ* 10 (2008); en: SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos*, 2011, 380 ss.

⁴⁴¹ V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 672 s.

b) La coautoría como determinación objetiva y positiva del hecho

De acuerdo con LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, la coautoría encuentra su fundamento en la determinación conjunta objetiva y positiva del hecho⁴⁴²; por lo tanto, este último entiende que “la coautoría sólo se da cuando varios sujetos acordados y dividiéndose el trabajo realizan en conjunto la acción que determina el sí y el cómo del hecho. Esta acción no puede ser otra que la que sirve para decidir quién es autor individual inmediato y quien es autor mediato por realizar esa acción a través de otro. La acción es siempre la misma, aunque la estructura de su realización varía en cada caso: unas veces se realiza inmediatamente, otras a través de otra persona, y otras junto con otra u otras personas”⁴⁴³.

Lo importante es que los sujetos que conjuntamente intervengan co-dominen objetiva y positivamente el hecho, porque, de no ser así, estaríamos ante un caso de autoría individual o unipersonal respecto de la persona que determine objetiva y positivamente el hecho y los demás contribuyentes sólo podrán responder como partícipes de la conducta; así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO utiliza varios ejemplos⁴⁴⁴ para explicarlo: en unas lesiones personales en las que A sujeta a C para que B clave el puñal en C, quien determina positivamente el hecho es B y la función de A simplemente se reduce a una cooperación en la fase ejecutiva, por lo tanto, la actividad de este último no determina objetiva y positivamente el hecho en realidad; si bien su comportamiento

⁴⁴² LUZÓN PEÑA, *ADPCP* (1989), 894.

⁴⁴³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 677. En contra de este criterio CEREZO MIR, *PG*, 2ª, 2000, 194 ss., quien considera que la teoría de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO conduce a consecuencias injustas, mencionando, entre otras, que al restringir el injusto típico trata como partícipes o deja en la impunidad a intervinientes que deberían responder como verdaderos coautores. Véase también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8ª, 2010, 433 ss.

⁴⁴⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 679 ss.

constituye una aportación necesaria para que el autor inmediato lleve a cabo su acción, la misma no es más que una acción ejecutiva de ayuda que para nada es típica de las lesiones personales⁴⁴⁵, su acción no puede ser considerada como una acción típica nuclear⁴⁴⁶. Dentro de este grupo de supuestos DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO acude también a los denominados casos de coautoría alternativa, proponiendo el siguiente ejemplo: “A y B deciden matar a X y, sabiendo que éste puede venir por dos caminos distintos, acuerdan que A le esperará apostado en un camino y B en el otro; X viene por el camino en que está A y éste dispara sobre él, causándole la muerte”; no hay lugar a dudas que A es autor del delito de homicidio pues fue quien en última instancia ejecutó la conducta punible y domino objetiva y positivamente el hecho; la discusión radica en determinar si B es coautor del homicidio, por lo tanto, pese a que este haya intervenido para ubicarse en uno de los dos caminos, su actuación no determinó objetiva y positivamente ese hecho, su comportamiento sólo es el de un cooperador necesario: el apostarse en el otro camino para llevar a cabo la acción en el evento que X hubiera elegido este constituye una contribución escasa y necesaria

⁴⁴⁵ GIMBERNART ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 108, por el contrario, considera que el uso de la fuerza de quien sujeta para que el otro lesione a la víctima es ya suficiente para que se configure la acción típica de lesionar o matar. No obstante particularmente considero que quien sujeta no es determinante de las lesiones o la muerte producida, simplemente presta una ayuda necesaria al autor para que éste ejecute el tipo.

⁴⁴⁶ Me parece que en este ejemplo la solución que se está dando es la correcta, pues si partimos de entender que la determinación objetiva y positiva del hecho brinda todas las herramientas suficientes para delimitar un concepto restrictivo de autor, sería contradictorio en estos casos no exigir al sujeto interviniente que determine objetiva y positivamente el hecho; por lo tanto, quien simplemente coopera para que el hecho se lleve a cabo pero careciendo de determinación positiva sobre él, sólo tendrá el carácter de cómplice necesario. Estos ejemplos también son tratados por LUZÓN PEÑA, *ADPCP* (1989), 912 s. acudiendo a la misma solución de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, igualmente, véase DURÁN SECO, *Coautoría*, 2003, 282 ss.

para la comisión de la conducta punible, pero no de determinación positiva del hecho⁴⁴⁷.

Siendo coherente con lo que se había dicho anteriormente y atendiendo a que la propuesta de ROXIN del dominio funcional del hecho presenta algunas contradicciones que pueden conllevar a una ampliación indebida de la coautoría en términos del concepto restrictivo de autor, resulta razonable acudir al concepto de coautor que viene proponiendo la doctrina de la determinación objetiva y positiva del hecho, al guardar mayor armonía con un concepto restrictivo de autor lo más limitado posible, permitiendo distinguir entre coautores y simples partícipes, en tanto que los primeros serán quienes conjuntamente con otros determinen el “si” y el “cómo” de la conducta punible, es decir, co-determinen objetiva y positivamente el hecho y los segundos serán aquellos que sólo hacen nacer en otro la idea criminal (inductor) o prestan una ayuda o colaboración (cómplice o cooperador necesario, según los casos⁴⁴⁸) para llevar a cabo el hecho, pero sin tener el dominio objetivo y positivo del hecho.

⁴⁴⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 684. V. un trabajo específico del mismo autor sobre este tema en: *LH-Roxin (1997)*, 1997, 295 ss.

⁴⁴⁸ Sin embargo, en países como Alemania y Colombia donde la legislación penal solo habla de autoría, coautoría, inducción y complicidad, se tiende a aceptar la ampliación en la coautoría que supone el dominio del hecho y no teorías más restrictivas como la citada española, toda vez que en estos países la normatividad penal no regula la cooperación necesaria como forma de participación más severamente castigada que la complicidad, lo que implica que el cooperador necesario sea tratado dentro del campo de la coautoría. V. Al respecto, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 518 s. n. 334 (y otras obras del mismo autor, por ejemplo, entre otras, *DPCrim.* 76 (2004) 48 ss.); DURÁN SECO, *Coautoría*, 2003, 188 s.

c) Los demás elementos de la coautoría: El plan común y la división de trabajo

Creo, por todo lo dicho, que, para determinar si estamos ante un supuesto de coautoría se ha de comprobar si aquellos que actúan conjuntamente determinan objetiva y positivamente del hecho. Pero para que ese dominio conjunto objetivo y positivo del hecho pueda operar en términos de coautoría, los sujetos que deciden y llevan a cabo el “si” y el “cómo” del hecho deben haber actuado bajo un plan común y con división de trabajo o acumulación de esfuerzos⁴⁴⁹, que es lo que comúnmente se conoce como elementos subjetivos de la coautoría.

c₁) Plan común o común acuerdo

La determinación objetiva y positiva del hecho de los coautores no puede darse si no existe entre los intervinientes común acuerdo. Nótese bien que aquí se habla de común acuerdo y no de acuerdo previo como lo exigió en algún momento el TS de España, entendiéndose por este último una previa resolución conjunta de ejecutar el hecho entre varios, sin necesidad de entrar a determinar los actos materialmente

⁴⁴⁹ Al respecto LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, AFDUA, 2000, 74, explican lo siguiente: “Como la coautoría es una forma de autoría en sentido estricto, en ella se trataría de la realización conjunta de la acción típica por más de un sujeto, lo que se concreta en los delitos puramente resultativos mediante el criterio de la determinación positiva conjunta del hecho. El acuerdo o plan común y la división del trabajo o la acumulación de esfuerzos son los datos que permiten hablar de coautoría, pues también explica acciones conjuntas de coparticipación y podría hablarse incluso de un hecho conjunto de los intervinientes de la empresa delictiva en línea de un concepto unitario de autor. Por tanto, para que esa acción conjunta sea de coautoría, ha de tratarse de la acción típica, la que determine positivamente el hecho en los delitos puramente resultativos.”

realizados, es decir, que sólo se exige que antes de la comisión del hecho los sujetos hayan concertado llevar a cabo el hecho.

El acuerdo previo ha sido discutido a partir de las teorías subjetivas de autoría, las cuales ya han sido rechazadas en este trabajo, pues como se ha dicho, aquí se atiende a un criterio de dominio objetivo y positivo del hecho, lo que supone hablar de acuerdo común y no de un acuerdo previo. La doctrina y la jurisprudencia en general⁴⁵⁰ exigen para que se

⁴⁵⁰ Entre otros, LUZÓN PEÑA, *ADPCP* (1989) 893 s.; BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, 4^a, 1994, 440; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 653; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5^a, 1999, 752; BACIGALUPO, *PG*, 2^a, 1999, 502; ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 2^a, 2000, 316; GÓMEZ BENÍTEZ, *Estudios Penales*, 2001, 118; JESCHECK, *Tratado*, 5^a, 2002, 726; DURÁN SECO, *Coautoría*, 2003, 369; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8^a, 2010, 438; MIR PUIG, *PG*, 9^a, 2011, 401. De igual manera es un requisito que reiteradamente exige la jurisprudencia moderna como elemento subjetivo de la coautoría; así en España encontramos varios ejemplos (entendido claro está en forma diferente como lo hacía con su doctrina del acuerdo previo): SAP Zaragoza 22-10-2001 (JUR 323882): “Serán coautores los que codominan funcionalmente el hecho que se subsume en la conducta típica y ese dominio funcional del hecho que ejerce cada uno de los coautores se manifiesta en el papel que le corresponde en la división del trabajo integrado en la decisión conjunta del hecho, en la que aparecen conectados los distintos aportes en que se divide la realización del hecho”; SAP Almería 12-1-2004 (JUR 62919): “La coautoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito”; SAP Sevilla 5-7-2005 (JUR 264334): “Se trata, en suma, de una acción conjunta, lo que representa una forma de autoría, contemplada en el art. 28,1º del Código Penal, para la que no es necesario que el acuerdo fuera previo, tal como ha declarado de forma reiterada la jurisprudencia”; SAP Córdoba 21-2-2007 (JUR 174790): “El art. 28 CP nos permite disponer ya de una definición legal de la coautoría, que, por otra parte, era de uso común en la jurisprudencia y en la doctrina antes de que el mismo fuese promulgado: son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Realización conjunta que debe estar animada por un dolo compartido -que así concurre en el caso que nos ocupa-, siendo éste, en rigor, el significado que debe darse en determinados casos al previo y mutuo acuerdo que ha sido constantemente exigido para afirmar la existencia de la codelincuencia-SS 31/5/85, 13/5/86- por la doctrina de esta Sala”; SAP Madrid 22-2-2008 (ARP 200): “Cuando aparece afirmada la unidad de acción, reciproca cooperación y mutuo

de la coautoría que los sujetos hayan obrado bajo un acuerdo común. De acuerdo con DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO por regla general debe existir un plan común, entendido este como un nexo subjetivo entre los actuantes, es decir, como una coincidencia de voluntades⁴⁵¹ (pero no de *animus socii*), donde existe una conexión psíquica entre los intervinientes que llevan a cabo un resultado típico⁴⁵². Esto implica que ha de existir necesariamente un saber común de que se realiza una empresa común.

concurso, ello da lugar a que todos los responsables sean considerados como autores del delito”. De igual manera la jurisprudencia colombiana exige el acuerdo común como elemento subjetivo de la coautoría tal y como ha dicho en SCS 15-12-2000 (Proceso 11471): “Es inherente a esta figura la concurrencia de por lo menos dos elementos: uno subjetivo que generalmente es previo o concurrente con la comisión del hecho, consistente en la existencia de un acuerdo expreso o tácito para su acometimiento y uno objetivo, que se manifiesta en la realización de actos orientados a su ejecución como cometido común, siéndoles por ello imputables a todos los partícipes el delito o delitos cometidos que típicamente se configuren”. Pero ésta no es una exigencia que viene dada sólo por la doctrina y la jurisprudencia, sino que también viene dada por el propio legislador, aunque no lo diga expresamente como sucede en el caso español con el artículo 28 primer inciso: “Son autores quienes realizan el hecho (...) conjuntamente”; de su lectura se logra interpretar que, para que se de ese actuar en conjunto, es requisito *sine qua non* el mutuo acuerdo entre los intervinientes. El CP colombiano en el artículo 29 inc. 2º, establece expresamente este requisito: “Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”.

⁴⁵¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 563.

⁴⁵² MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *PG II*, 10ª, 1995, 379: La conexión de voluntades refiere al carácter común de la lesión a un bien jurídico.

Ese acuerdo común ineluctablemente recíproco⁴⁵³ se refiere a que los sujetos sepan que cada una de las personas intervinientes van actuar conjuntamente; si uno de los sujetos llegare a desconocer que esta actuando en conjunto no podríamos en ese caso atribuirle coautoría⁴⁵⁴, lo que no implica que necesariamente exista un conocimiento físico entre los acordados. En palabras de MAURACH/ GÖSSEL/ZIPF, “basta con el conocimiento existente en cada uno de los sujetos actuantes, en el sentido de que también los otros actuarán con el mismo fin, sin que el autor necesite razonar mayormente acerca de la persona con quien actuará en paralelo. De ahí que exista coautoría cuando dos presidiarios reclusos en celdas diferentes, se comuniquen mediante señales sonoras acerca de una fuga planificada. Al contrario, no existe coautoría cuando varios miembros de una familia, basados en una resolución común, y mediante compras a crédito, autónomas y desconocidas por los demás en cuanto a su forma y monto, aprovechan fraudulentamente la negligencia de la dirección de un establecimiento de comercio. En este supuesto falta un plan común para todos los supuestos particulares”⁴⁵⁵. En otros términos, el plan común debe estar dirigido a realizar la misma acción típica⁴⁵⁶, con independencia de que entre los sujetos exista o no un conocimiento físico previo, pues lo que realmente importa es el conocimiento de actuar conjunta y voluntariamente.

⁴⁵³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 402, dice: “El acuerdo sólo es un requisito necesario (aunque no suficiente) de la auténtica coautoría, pues, por definición, en ella se imputa a cada coautor la parte de actividad objetiva correspondiente a los demás coautores, y ello sólo puede suceder si todos tienen un conocimiento y voluntad recíproca de actuar conjuntamente; si el acuerdo no se da, por mucho que la actuación objetiva de un sujeto sea de coautoría, ésta no existirá realmente”.

⁴⁵⁴ Como en los denominados casos de autoría accesoria -yuxtapuesta o paralela-, que realmente no son de coautoría sino que cada sujeto responde como autor individual (a menudo de una tentativa, idónea o no).

⁴⁵⁵ MAURACH/ GÖSSEL/ZIPF, *PG II*, 10ª, 1995, 380.

⁴⁵⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 653 n. 381.

Por lo tanto, el exceso en que incurra algún interviniente y que no haya sido acordado no podrá ser imputado a los demás coautores; por ejemplo: A y B acuerdan lesionar mediante golpes a C, cuando A lo ve tan golpeado aprovecha la oportunidad para darle muerte; darle muerte a C no había sido concertado entre A y B, y por lo tanto sólo se podrá hablar de coautoría del delito de lesiones personales frente a B; A debe responder por el exceso cometido, es decir, por el homicidio de C. El ejemplo más común es aquel en el que varios sujetos, A, B y C acuerdan ingresar en la casa de la familia X a hurtar, resultando que en el interior de la casa se encontraba una mujer, la cual es violada por C; en este caso A, B y C habrán de responder como coautores del delito de hurto, y por el acceso carnal violento sólo responde C, porque aquellos dos A y B además de no haber concertado la realización de esa última conducta, carecían del dominio objetivo y positivo del hecho frente al delito de violación. Lo anterior implica la necesidad de la existencia del acuerdo o conocimiento de que se está obrando conjuntamente para que se configure la coautoría^{457 458}.

¿El acuerdo sólo puede ser expreso? De acuerdo con MIR PUIG lo general es que el acuerdo sea precedente y expreso, pero nada obsta “para que el acuerdo se produzca *durante* la ejecución (coautoría sucesiva (...)) El caso límite es el de que el sujeto sepa que otro u otros estén realizando un delito y contribuye a él por propia iniciativa. Si los demás advierten y aceptan, siquiera tácitamente, su intervención, no hay duda de que existe coautoría –aunque no lleguen a conocerse–. No bastará, en cambio, que el sujeto sepa que contribuye, si los otros no lo

⁴⁵⁷ Aunque insisto, no es el único elemento.

⁴⁵⁸ Hasta el momento da la impresión que ese acuerdo común sólo sería posible en los delitos dolosos; no obstante, de acuerdo con LUZÓN PEÑA, *ADPCP* (1989) 899 ss., ese acuerdo común también es posible en delitos imprudentes, cuando entre los sujetos que realizan el hecho existe acuerdo de la acción descuidada.

saben o no lo admiten.”⁴⁵⁹. Por lo tanto, no se requiere que los sujetos expresamente hayan acordado un plan de realización de la conducta punible⁴⁶⁰ o hayan acordado comportarse descuidadamente⁴⁶¹, pues basta con que todos los sujetos participantes sepan que están actuando conjuntamente y acepten esa actuación para que pueda decirse que hay acuerdo común, aunque este haya sido tácito⁴⁶².

En conclusión, el acuerdo común es identificado como el elemento subjetivo de la coautoría (pero no único, ni suficiente para su configuración, ni exclusivo de ella), el cual debe consistir en la conexión de voluntades que deciden realizar el hecho; acuerdo que puede ser tácito o expreso, anterior o coetáneo al hecho.

c2) División de trabajo o acumulación de esfuerzos.

Cuando los sujetos han acordado conjuntamente llevar a cabo la realización de un hecho, necesariamente han de dividirse el trabajo en partes o porciones cuya unidad dará por resultado la realización de la conducta típica, de tal manera que cada uno de esos comportamientos fraccionados deben en su conjunto realizar los elementos del tipo.

La división del trabajo es calificado como el “núcleo del acuerdo común”⁴⁶³, de ahí que autores como JESCHECK entiendan que la coautoría “consiste en una ‘división del trabajo’ que hace posible el

⁴⁵⁹ MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 398. Al respecto v. también, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 356; JESCHECK, *Tratado*, 5ª, 2002, 730.

⁴⁶⁰ En los delitos dolosos.

⁴⁶¹ En los delitos imprudentes.

⁴⁶² Pero se insiste, sólo será válido ese acuerdo tácito para que conduzca a coautoría siempre y cuando todos los sujetos intervinientes dirijan su comportamiento a realización de una misma acción típica nuclear y con su comportamiento dominen objetiva y positivamente el hecho.

⁴⁶³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 388.

delito, lo facilita o disminuya sustancialmente el riesgo del hecho”⁴⁶⁴. Pero no cualquier colaboración que se preste para llevar a cabo el resultado de la conducta punible va a ser suficiente para que la labor desplegada por el sujeto sea considerada como coautoría, pues ya veíamos que en casos en los que el sujeto solo presta una colaboración, sin dominar objetiva y positivamente el hecho, sin decidir el si y el como de la conducta típica, sólo habría de responder como cómplices (necesarios o simples, según el caso), pero nunca como coautores. Por lo tanto, la parte que le corresponda al sujeto en la división del trabajo ha de tener el carácter de poder determinar junto a la de los otros coautores, objetiva y positivamente el hecho⁴⁶⁵.

Pero de aquí surgen necesariamente dos preguntas: ¿la parte del trabajo que corresponda a cada sujeto debe ser esencial para llevar a cabo la realización de la conducta punible? ¿Se requiere que la parte del trabajo que realice el sujeto se lleve a cabo en la fase ejecutiva de la conducta típica?

La doctrina ha procurado dar respuesta a ambas preguntas a través de dos grupos de posturas, unas que niegan la necesidad de dichos requisitos y otras que consideran que si la aportación no se da en la fase ejecutiva y no es esencial la producción del resultado (o del hecho

⁴⁶⁴ JESCHECK, *Tratado*, 5ª, 2002, 726.

⁴⁶⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 690, explica de manera muy simple lo que se acaba de exponer: “En la coautoría ocurre algo similar a lo que sucede en la autoría mediata: por un lado, habrá de determinar cuándo se puede decir que estructuralmente varios realizan un hecho conjunto (no varios hechos individuales), es decir, actúan conjuntamente, a cuyo respecto la idea de la división acordada de esfuerzos proporcionan un buen fundamento; pero, por otro lado, habrá que precisar si lo realizado entre varios realmente domina el hecho, es decir, determina objetiva y positivamente; sólo la acción conjunta (es decir el grupo de acciones vinculadas de tal modo que se pueda afirmar que constituyen una superior acción común) que posea la característica de la determinación objetiva y positiva del hecho fundamenta la coautoría, y hace que quienes la realizan sean auténticos coautores”.

típico), esa división de trabajo no resulta suficiente para la configuración de la coautoría. Los seguidores de la teoría del dominio funcional del hecho suelen exigir estos dos elementos en la división del trabajo, que BACIGALUPO resume de la siguiente manera: “Habrá co-dominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio de la ejecución, de tal naturaleza que sin ella no hubiera podido cometerse”⁴⁶⁶.

ROXIN, quien es el creador y máximo expositor de la teoría del dominio funcional del hecho, hace una amplia defensa de estos dos elementos. Por una parte niega la posibilidad de considerar coautor a quien sólo interviene en la fase preparatoria, al considerar que “aquel que realiza los actos preparatorios más importantes, si no hace nada más que eso, necesariamente deja el hecho de su mano. Planificar y preparar no es realizar el hecho que está castigado y con arreglo al cual determina la posición del interviniente. Por eso el dominio sobre la preparación no puede fundamentar dominio sobre el hecho”⁴⁶⁷; es decir, que sólo podrá ser coautor aquel que interviene en la fase ejecutiva del hecho, quien sólo lo hace en la fase preparatoria carece de tal dominio y sólo podrá otorgársele la calidad de partícipe. Por otra parte, ROXIN advierte que no basta con que los sujetos intervengan en la fase ejecutiva, se hace necesario que la aportación de estos sea esencial para poder llevar a

⁴⁶⁶BACIGALUPO, *PG*, 2ª, 1999, 502. Cfr. además, entre otros, RODRÍGUEZ DEVESA, *DP*, 10ª, 1986, 809; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª, 1999, 752; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *Autoría mediata*, 1996, 42 s.; PÉREZ ALONSO, *Coautoría*, 1998, 210 ss.; ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 2ª, 2000, 323 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, *Estudios penales*, 2001, 119 s.; ALCÁCER GUIRAO, *Formas de autoría*, 2001, 161 ss.; JESCHECK, *Tratado*, 5ª, 2002, 732; MERKEL, *PG*, 2004, 144; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PG I*, 2005, 343; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *PG*, 2010, 1044; PÉREZ ALONSO/ESPINOSA CEBALLOS/RAMOS TAPIA, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *PG*, 4ª, 2010, 403.

⁴⁶⁷ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 2ª, 2000, 332.

cabo el resultado esperado⁴⁶⁸, de tal manera que esa esencialidad de la contribución, va a venir determinada atendiendo a la fórmula según la cual “cada interviniente por separado pueda anular el plan conjunto retirando su aportación”, es decir, que si se suprime mentalmente la aportación del sujeto y la ejecución no se logra llevar a cabo es evidente que el aporte de éste era indispensable⁴⁶⁹.

Por el contrario, otro sector de la doctrina⁴⁷⁰, cuya opinión comparto, considera que para que exista coautoría no es necesario exigir que el sujeto haya actuado en la fase ejecutiva, ni mucho menos que su aportación sea esencial.

Así, encontramos incluso seguidores de la teoría dominio del hecho que niegan la exigencia de actuación en la fase ejecutiva como requisito *sine qua non* de la coautoría⁴⁷¹, ya que un sujeto válidamente puede

⁴⁶⁸ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 2ª, 2000, 310, considera que “es en primer lugar coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido”.

⁴⁶⁹ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 2ª, 2000, 309. BACIGALUPO, *PG*, 2ª, 1999, 504, por su parte, acude a la fórmula aplicada en la teoría *conditio sine qua non*, según la cual, si se suprime mentalmente la aportación y la ejecución no se puede llevar a cabo es evidente que el aporte es necesario. La esencialidad exigida por ROXIN es ampliamente criticada por GIMBERNART ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 146-148; LUZÓN PEÑA, *ADPCP* (1989), 896 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 670 ss.

⁴⁷⁰ Entre otros, GIMBERNART ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 146; LUZÓN PEÑA, *ADPCP* (1989), 896 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 664 ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *PG II*, 7ª, 1995, 370 (sólo para negar la exigencia de la fase ejecutiva); DURÁN SECO, *Coautoría*, 2003, 224.

⁴⁷¹ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *PG II*, 7ª, 1995, 370 s.: “Es coautor quien, sin poner mano propia, supervise el acontecer típico, regulándolo y dominándolo”; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *Autoría mediata*, 1996, 64 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8ª, 2010, 436: “Dentro de la coautoría puede diferenciarse entre coautoría ejecutiva y coautoría no ejecutiva”.

dominar el hecho sin que sea necesaria su intervención en la fase ejecutiva.

De acuerdo con DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO⁴⁷² en la coautoría los autores pueden intervenir o no en la ejecución del hecho, lo que importa es que los autores lo determinen objetiva y positivamente, porque incluso no todas las ejecuciones realizan los elementos del tipo penal y en ese caso tendríamos que hablar de formas de participación aunque el sujeto haya intervenido en la fase ejecutiva⁴⁷³ e igualmente nos vamos a encontrar eventos en los cuales el sujeto no interviene en la fase ejecutiva pero su actuar en la fase preparatoria⁴⁷⁴ le permite determinar objetiva y positivamente el hecho⁴⁷⁵, como por ejemplo

⁴⁷² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 673 ss.

⁴⁷³ GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 353: “Durante la fase ejecutiva se realizan tanto aquellas conductas que realizan el tipo, es decir, encajan con la descripción de la acción típica, como también, aunque no necesariamente, otras conductas de favorecimiento encajan con dicha descripción y que únicamente son punibles, en supuestos de plurintervención delictiva con autor/es y partícipes, en virtud de las causas de extensión de la tipicidad que castigan la participación”.

⁴⁷⁴ ⁴⁷⁴ La descripción que de la coautoría hace el CP español en su artículo 28 permite concluir que los coautores lo pueden ser tanto en la fase ejecutiva, como preparatoria. Al respecto MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8^a, 2010, 438, han dicho: “A esta forma de coautoría se estaría refiriendo ya el art. 28 en su inciso 2º al tomar como punto de referencia de la actuación conjunta no ya la acción de ejecutar, sino la de ‘realizar’ el hecho. La ubicación de los casos de dominio funcional entre los genuinos supuestos de autoría resultaría así plenamente justificada en cuanto que, según venimos diciendo, también el coautor no ejecutivo ostenta un dominio del hecho”. Interpretación similar que le se puede dar al artículo 29 del CP colombiano que también utiliza el término “realizar” en vez de “ejecutar”, por lo tanto, el legislador colombiano admite se puede ser coautor tanto en la fase ejecutiva, como en fase preparatoria.

⁴⁷⁵ El que actúa en la fase preparatoria puede “dominar” realmente el curso del acontecimiento. Aunque ROXIN niega esa posibilidad, la teoría del dominio funcional del hecho propuesta por él, no resulta del todo contraria a esa posibilidad. Así lo ha explicado GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 149 s.: “ROXIN parece haber olvidado aquí como ha fundamentado él por qué los coautores tienen el dominio del

quien en un delito de extorsión escribe el discurso de extorsión a otro que efectivamente ejecuta las llamadas extorsivas, en ese caso quien elabora las notas interviene en fase preparatoria, pero su actuación determina positivamente el hecho en conjunto con quien realiza las llamadas. Incluso, podría hablarse de coautoría fuera de la fase ejecutiva desde la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, por ejemplo cuando se trata de trabajo en equipo por escalones.

Descartada entonces como ha quedado la obligatoriedad de exigir al coautor que su trabajo se desarrolle en fase de ejecución, he de analizar si efectivamente se requiere que el aporte tenga el carácter de esencial. Por lo tanto, acudiré al argumento utilizado por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO cuando se refiere a esta exigencia: “Para determinar si una conducta es necesaria, o sea si sin ella el hecho no se habría producido, pues téngase en cuenta que no se trata de una pura posición interna del sujeto que va a realizar esa contribución (no importa que él se considere esencial o tenga *animus auctoris*, lo cual significaría una vuelta a las teorías subjetivas), sino de un dato de la consideración subjetiva de los demás respecto a cada actuación, que en muchos casos se podrá probar, porque se ha manifestado externamente por declaraciones expresas de los intervinientes o por actos concluyentes de

hecho: ‘Ellos sólo pueden realizar su plan si actúan conjuntamente: pero cada uno puede desbaratar el plan total retirando su contribución al hecho. En tanto en cuanto tiene el hecho en las manos’. Pues bien: esto que, según Roxin, es lo que permite afirmar la existencia del dominio funcional del hecho puede concurrir perfectamente en una persona que sólo actúa en fase preparatoria del delito. Imaginemos, para presentar un caso bien claro, que un determinado caso delictivo sólo se puede llevar a cabo utilizando una complicadísima maquina cuyo proceso de fabricación, por ser un secreto absoluto, sólo conoce una determinada persona. Parece claro que para el resultado típico que se quiere producir con la utilización de la maquina es imprescindible la colaboración de quien conoce el secreto: este ‘puede’, empleando las palabras con que Roxin define el dominio funcional del hecho, ‘desbaratar el plan total retirando su contribución al hecho. En tanto tiene el hecho en las manos’. Luego si, como dice Roxin, lo decisivo es el ‘desbaratamiento del plan’ entonces, y en contra de lo que afirma, también puede ser autor quien actúa sólo en la fase preparatoria”.

los mismos: si los propios intervinientes condicionan la realización del plan a la intervención de un sujeto, no cabe duda de que, sin la misma, el hecho no se habría llevado a cabo; y ello independientemente de que objetivamente la conducta del interviniente sea necesaria (escasa) o no; ahora bien, este criterio juega en un sentido: el de convertir en necesaria una conducta que quizá objetivamente no lo sea, pero no en el inverso: si la conducta es objetivamente necesaria (porque es escasa, si es que éste es el criterio válido para determinarlo), el que el resto de los intervinientes considere que no lo es no la convierte en innecesaria o inesencial.”⁴⁷⁶. Lo anterior implica, siguiendo los postulados de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, que la esencialidad no es requisito de la coautoría, pues quien realiza una aportación esencial para la producción de la conducta punible no está decidiendo siempre positivamente que el hecho se produzca; por el contrario, a menudo está actuando sólo un dominio negativo sobre el hecho en la medida que está ejerciendo un poder sobre la “no” producción del mismo; por lo tanto, la esencialidad es requisito pero de la cooperación necesaria, que requeriría dominio negativo del hecho, pero que resulta insuficiente para la coautoría (que requiere determinación positiva del hecho)⁴⁷⁷. Por ejemplo, en el caso de quien vigila en un robo o sujeta a la víctima mientras que otro clava el cuchillo, no determina positivamente el

⁴⁷⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 669.

⁴⁷⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 670, ilustra lo anterior utilizando el siguiente ejemplo: “Supongamos un caso de vigilancia en un robo, que se considere un hecho necesario: por mucho que el sujeto vigile y vigile, si nadie toma la cosa, no habrá robo, es decir está en manos de otro u otros la realización del tipo; es decir, supuesto que nadie haya interrumpido el hecho anteriormente, el vigilante, al realizar su actuación, no roba, porque roba quien toma las cosas, sea uno o varios; en cambio, en el caso de éstos, supuesto que nadie haya interrumpido el hecho antes, en cuanto realizan su acción determinan positivamente el hecho; es decir, que el cooperador necesario depende totalmente del autor o autores, mientras que éste o éstos sólo dependen de aquél en sentido negativo (dependen en cuanto que, para poder actuar, precisan de la actuación del cooperador necesario, pero, supuesta ésta, el hecho queda totalmente en sus manos)”.

hecho, pues sólo poseen un dominio negativo del hecho y su actuación va a depender de quienes efectivamente se enfrentan de manera más directa a la norma, es decir, de quien realmente sustrae los objetos o clava el cuchillo; por lo tanto, el modo de intervención de aquellos será a título de partícipes, pues aunque su contribución en el hecho es esencial, el comportamiento desplegado no determina positivamente el hecho; por lo tanto, esto explica que la esencialidad no es un elemento de la coautoría, sino más bien, de la participación, que en el caso español propiamente haría parte de la cooperación necesaria⁴⁷⁸.

De lo anterior resulta fácil concluir que el criterio de la esencialidad de la aportación no es válido para definir la coautoría⁴⁷⁹, pues no siempre que la aportación del sujeto reciba el calificativo de necesario su comportamiento *per se* va a suponer una determinación positiva del hecho, pues simplemente puede estar interviniendo como partícipe (importante, eso sí); por lo tanto, lo que hay que tener en cuenta no es la esencialidad de la aportación, sino que el sujeto, con la parte que le

⁴⁷⁸ Al respecto, v. un trabajo reciente de DÍAZ Y GARCÍA, en: SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos*, 2011, 373-389 sobre el análisis del vigilante-conductor en un delito de robo. De manera resumida y clara explica lo siguiente (p. 384): “En consecuencia, me parece que, aunque la STS aplica coherentemente el criterio del dominio funcional del hecho (aunque sin explicar demasiado la esencialidad de la contribución), su calificación del sujeto como coautor (básicamente por su conducción en la fuga) no puede convencer, pues no convence, como he manifestado, la propia teoría, y el sujeto posee aquí un dominio meramente negativo del hecho, mientras que para la coautoría habría que exigir un grado más, el dominio positivo o determinación positiva (y objetiva) del hecho./En conclusión, en general el vigilante en un robo no es coautor de él. Pero ni siquiera lo es quien espera en un conche para vigilar y, sobre todo, transportar la huida a los intervinientes, pues sólo posee un dominio negativo del hecho. Se trata de un partícipe, en mi opinión, muy importante, en concreto un cooperador necesario”.

⁴⁷⁹ Al respecto ha dicho LUZÓN PEÑA, *ADPCP* (1989) 895 s.: “Esta determinación positiva del acontecimiento es, como se ve, distinta y más que el mero ‘mero poder o capacidad de impedir o contener’ el curso del hecho, no ya con una actividad positiva, sino con la simple pasividad, poder que algunos consideran suficiente para autoría, pero que no es más que ‘dominio potencial negativo’, característico de una forma de simple participación como la cooperación necesaria”.

ha correspondido llevar a cabo en ese trabajo ha realizado una acción típica nuclear, determinando objetiva y positivamente el hecho⁴⁸⁰.

Por lo tanto, para concluir esta parte se puede decir que, para hablar de coautoría, es suficiente con que todos los sujetos que intervengan lo hagan conjuntamente a través de acciones que, mediando acuerdo común (expreso o tácito), suponga la realización de la acción nuclear típica a través de la respectiva división del trabajo o acumulación de esfuerzos (que para nada tendrá que desarrollarse en fase ejecutiva o con carácter de esencial o necesario⁴⁸¹), determinando objetiva y positivamente el hecho.

⁴⁸⁰ Afirma DURÁN SECO, *Coautoría*, 2003, 308, “El gran acierto de la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho ha sido encontrar un criterio distinto que delimite las figuras de cooperación necesaria y coautoría. La distinción está en la aportación al hecho, algunas aportaciones son esenciales, pero no pueden nunca determinar objetiva y positivamente el hecho, sino sólo de modo negativo, y, por esa razón, serán constitutivas de cooperación necesaria. Pero la aportación que realiza el coautor es algo más que esencial, es la que determina objetiva y positivamente el hecho. Por tanto, tenemos un verdadero criterio de distinción”.

⁴⁸¹ Es más, vemos como el legislador español no exige la esencialidad de la aportación sino para la cooperación necesaria (aunque lo expresa de otro modo), que es una forma de participación. En la legislación colombiana por su parte, aunque el término “importancia del aporte” resulta impreciso, pues no dice qué grado de importancia requiere ni qué es lo que confiere importancia al aporte, ello no implica que esa importancia de la que habla el legislador colombiano sea equivalente a la esencialidad de la contribución, en palabras de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DPCrim.* (2004) 70: “Pero es que se puede ir más lejos y entender, en una interpretación valorativa, no impedida por el tenor literal del precepto, y especialmente restrictiva, que la importancia del aporte que conviene al sujeto en coautor viene constituida por la capacidad del mismo de determinar positivamente (y en conjunto con los demás coautores) el hecho. Con ello se estarían teniendo en cuenta incluso las diferencias (la distinta importancia) de las aportaciones que suponen un mero dominio negativo (o, por supuesto, ningún dominio) del hecho, de las que suponen uno positivo. Es decir, que la caracterización de la coautoría, que considero preferible, tiene cabida, gracias eso sí a una discutible configuración legal, en el C.P. colombiano. Y con ello se mantendría con la máxima coherencia un concepto restrictivo de autor que conservaría las ventajas que hemos predicado de éste”.

D) ¿Es posible la coautoría imprudente?

El anterior estudio sobre los aspectos generales de la autoría con un especial enfoque hacia el tratamiento de la coautoría encuentra razón de ser en el presente trabajo, porque tal y como se ha venido advirtiendo la actividad médica suele llevarse a cabo mediante el desarrollo de la actuación conjunta de varios profesionales de la salud – médicos de diferentes especialidades, enfermeras(os), farmacéuticos, etc. – que por regla general trabajan en equipo y con división del trabajo en pro de estabilizar la vida y salud del paciente. Por lo tanto, es importante entrar a determinar si en esa actividad que se desarrolla en conjunto, se puede hablar de coautoría imprudente, cuando el principio de confianza ha sido quebrantado.

No existe unanimidad en la doctrina frente a la posibilidad de admitir la existencia de la coautoría imprudente, pues para un sector⁴⁸² no es posible, ni siquiera pensable, la coautoría en los delitos imprudentes, mientras que para otro sector⁴⁸³ no existe inconveniente conceptual, ni jurídico para su existencia.

La doctrina mayoritaria en Alemania⁴⁸⁴ sólo admite un concepto restrictivo de autor que distingue entre autores y partícipes cuando se trata de delitos dolosos, pero cuando se trata de delitos imprudentes propugnan un concepto unitario de autor⁴⁸⁵ ⁴⁸⁶ en el que toda forma de

⁴⁸² Sobre todo la doctrina mayoritaria alemana, salvo un sector minoritario que como MEZGER, *DP* II, 3^a, 1957, 305; MERKEL, *PG*, 2004, 145; HOYER, *Rev.Pen* 28 (2011), 66, aceptan la posibilidad de coautoría imprudente.

⁴⁸³ Así lo entiende la mayoría de la doctrina en España.

⁴⁸⁴ Entre otros, MAURACH, *Tratado* II, 1962, 301; WELZEL, *DP*, 11^a, 1970, 143; JAKOBS, *PG*, 2^a, 1997, 111; ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 2^a, 2000, 388, 508, 740; JESCHECK, *Tratado*, 5^a, 2002, 695; STRATENWERTH, *PG* I, 4^a, 2005, 441.

⁴⁸⁵ O extensivo de autor como señala PEÑARANDA RAMOS, *Participación*, 1990, 272, 277 s.

colaboración es considerada autoría; es decir, se entiende que todo el que contribuye imprudentemente a la producción del resultado del delito debe responder como autor del mismo⁴⁸⁷.

El fundamento utilizado para negar la coautoría imprudente, es que la coautoría exige un acuerdo de voluntades, que sólo sería posible en los delitos dolosos. Esta imposibilidad de consentir la coautoría imprudente lo que hace es equiparar la exigencia del mutuo acuerdo con el dolo y, por lo tanto, se dice que el mutuo acuerdo sólo será posible en los delitos dolosos, lo que implica que en los delitos imprudentes sólo pueden existir autores individuales. De acuerdo con BUSTOS RAMÍREZ⁴⁸⁸, esto conduce a la necesidad de determinar y comprobar respecto de cada uno de los intervinientes en un hecho la falta de cuidado exigido para poder atribuir la responsabilidad a cada uno de los intervinientes como autor individual.

LUZÓN PEÑA considera inadecuado que los alemanes relacionen el delito imprudente con un concepto unitario de autor, pues esto significa un atraso y un estancamiento del delito imprudente que no se corresponde con la evolución dogmática que la imprudencia ha tenido en los últimos tiempos⁴⁸⁹. Asimismo, GARCÍA DEL BLANCO criticando la postura del concepto unitario para los delitos imprudentes, procura diferenciar entre el dolo individual del coautor y mutuo acuerdo: “Lo

⁴⁸⁶ Los partidarios españoles del dominio del hecho, igual que la doctrina alemana, abogan por un concepto unitario de autor en los delitos imprudentes, pues conciben el dominio como objetivo-subjetivo, exigiendo en lo subjetivo, finalidad o, al menos, conciencia de dominio, lo que impide aplicarlo a todo delito imprudente (a lo sumo se podría aplicar a la imprudencia consciente), entre ellos GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica*, 1984; BACIGALUPO, *Principios*, 5ª, 1998, 365; JAÉN VALLEJO, *Comentario*, 1990, 119; BUSTOS RAMÍREZ, *Delito culposo*, 1995, 96, 140 y 150; CEREZO MIR, *PG*, 2ª, 2000, 197.

⁴⁸⁷ JESCHECK, *Tratado*, 5ª, 2002, 695.

⁴⁸⁸ BUSTOS RAMÍREZ, *Delito culposo*, 1995, 96.

⁴⁸⁹ LUZÓN PEÑA, *ADPCP* (1989), 890.

que diferencia el dolo del mutuo acuerdo radica: por una parte, que mientras el dolo es individual y, por tanto la representación activa individual sólo serviría para afirmar la conducta dolosa del sujeto en que concurra, el acuerdo mutuo exigirá la coincidencia de representaciones activas por parte de todos los coautores; y, por otra parte, que además de dicha representación activa, se exige una representación denominada pasiva, que consistiría en que el sujeto se represente que su aportación está siendo representada por el resto de los coautores”⁴⁹⁰.

Particularmente considero que existe una indebida interpretación con respecto a lo que se debe entender por el requisito del mutuo acuerdo en la coautoría, pues, desde la óptica con la que se ha venido observando este criterio por la doctrina que niega la posibilidad de coautoría imprudente, el acuerdo es entendido como el plan común que los intervinientes tienen respecto del resultado; cuando realmente el mutuo acuerdo en la coautoría debe serlo frente al comportamiento que se pretende desplegar; así por ejemplo no cabe duda que en los delitos dolosos ese acuerdo común debe serlo respecto a la idea de llevar a cabo la conducta del tipo, mientras que en los delitos imprudentes lo que existe es un acuerdo sobre el comportamiento descuidado. Por lo tanto, el acuerdo de voluntades no es obstáculo para la configuración de la coautoría en los delitos imprudentes⁴⁹¹; así entonces se podrá

⁴⁹⁰ GARCÍA DEL BLANCO, *Coautoría*, 2006, 385.

⁴⁹¹ Entre otros, LUZÓN PEÑA, *ADPCP* (1989), 889 s.; el mismo, LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 1991, 209; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DPCO 2* (2003), 123, explican: “La *coautoría* imprudente se producirá cuando sólo la conjunción de varias conductas no cuidadosas realizadas de común acuerdo (que, igual que sucede en la coautoría dolosa, no ha de tratarse de un acuerdo estricto y expreso) determina (y, por tanto, las diversas conductas co-determinan) el curso del hecho.” Siguiendo la misma línea ROSO CAÑADILLAS, *Autoría imprudente*, 2002, 565, ha dicho lo siguiente: “El coautor lleva a cabo junto con otros, correaliza la acción *más* apta, *más* lesiva, *más* idónea, *más* adecuada, *más* capaz, ya sea desde un punto de vista ontológico o normativo, de las que han intervenido en el hecho para llevar a cabo el resultado típico

hablar de coautoría imprudente cuando el director de una clínica estética le sugiere a un cirujano emplear en las pacientes que pretenden realizarse una mamoplastia implantes más económicos para ahorrar gastos y obtener ambos mayores lucros, si el cirujano acepta voluntariamente esta sugerencia y emplea el producto más barato que le ha sido entregado por el director de la clínica, produciéndose una sepsis en una de las pacientes causándole serias lesiones que le destruyen el seno; en ese caso, tanto cirujano como director de la clínica han de responder como coautores de unas lesiones imprudentes, pues la intervención del director de la clínica (de quien dependen los empleados y la aprobación del material que allí se emplee) determina objetiva y positivamente el curso causal de los hechos junto con el comportamiento del cirujano que ejecuta la intervención quirúrgica.

Por tanto, se puede afirmar que el exigir mutuo acuerdo (entre otros elementos) para la configuración de la coautoría, no constituye problema alguno para aceptar su existencia en los delitos imprudentes⁴⁹², ni mucho menos contraría la doctrina de la

o, desde la perspectiva del bien jurídico, para lesionarlo o ponerlo en peligro; luego el juicio de valoración se debe basar y centrar en la búsqueda de la actuación *más* apta para producir el resultado típico, porque peligrosas deben ser todas las intervenciones, pues de lo contrario no se podría decir que posean relevancia jurídico-penal” y más adelante refiriéndose exclusivamente al acuerdo en la coautoría imprudente, señala (pág. 587) que “es necesario que haya existido el acuerdo en realizar la acción descuidada”. Por otra parte, MIR PUIG, *PG*, 9^a, 2011, 406 ha dicho: “El común acuerdo no podrá referirse al resultado, pero sí a la conducta imprudente, que puede ser obra conjunta de varios sujetos. El resultado aparecerá entonces como producto de esa obra común.”

⁴⁹² Así lo ha venido aceptando la doctrina mayoritaria en España; véase por ejemplo QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio I*, 1958, 388; LUZÓN DOMINGO, *Culpa penal II*, 1960, 168 ss.; ROMEO CASABONA, *La actividad curativa*, 1981, 247; LUZÓN PEÑA, *ADPCP* (1989), 890 ss.; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible*, 1990, 126; PEÑARANDA RAMOS, *Participación*, 1990, 272 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 656 n. 388; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5^a, 1999, 756; CHOCLÁN MOTALVO, *Deber de cuidado*, 1998, 129; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA

determinación objetiva y positiva del hecho, la cual se ha aceptado en este estudio⁴⁹³. Es así como LUZÓN PEÑA considera que “puede suceder que varias acciones unidas determinen objetivamente el acontecer típico: coautoría imprudente si hay acuerdo en la actuación descuidada”⁴⁹⁴ (...) “Ejemplos de coautoría imprudente pueden darse incluso en supuestos de imprudencia consciente por parte del que ejecuta u ordena ejecutar la acción determinante del resultado, pero en los que la primera acción, que aparentemente sólo colabora o incita imprudentemente a la segunda, realmente es absolutamente co-determinante de la producción del acontecer típico, ya que la segunda lo determina no por sí sola, sino únicamente en unión de la primera: p. ej., un maestro de obras se presta voluntariamente, de acuerdo con las sugerencias del constructor y movido por el ánimo de lucro igual que aquél, a construir un edificio con materiales de defectuosa calidad suministrados por el constructor, o con una insuficiente proporción de cemento en el hormigón, lo que posteriormente da lugar a una catástrofe por hundimiento del edificio. La conducta del constructor es más que incitación o colaboración imprudente, pues, dado que de él dependen los empleados (y el material), su intervención es tan determinante en la ejecución de la obra como la del maestro de obras: sólo la conjunción de ambas co-determina objetiva y positivamente el

CONLLEDO, *DPCO* 2 (2003), 123 s.; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría imprudente*, 2002, 587; DURÁN SECO, *Coautoría*, 2003, 2003, 430 n. 44; CORCOY BIDASOLO, *Delito imprudente*, 2005, 339 ss.; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 406. Asimismo, la jurisprudencia española ha aceptado en algunas de sus sentencias la coautoría imprudente, por ejemplo: STS 28-05-1981 (RJ 2291), STS 27-10-2001 (RJ 9505); STS 10-11-2003 (RJ 8056); STS 19-02-2007 (RJ 3593); STS 13-10-2011 (JUR 369012).

⁴⁹³ LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 1991, 208; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 635; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *AFDUA*, 2000, 82 ss.; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría imprudente*, 2002, 538, consideran que, de conformidad con la teoría de la determinación positiva del hecho, es posible que en la imprudencia se presenten todas las formas de autoría existentes, incluyendo por supuesto la coautoría.

⁴⁹⁴ LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 1991, 209.

curso del hecho, y por tanto hay coautoría imprudente (que, como en este caso materializa a través de los obreros como instrumentos – inconscientes o no libres–, sería coautoría mediata imprudente de los hechos, suponiendo, claro es, que no hubiera dolo eventual)⁴⁹⁵.

Queda entonces claro que aquí se acepta la posibilidad de existencia de coautoría imprudente, pues esta no riñe en absoluto con los presupuestos jurídicos del concepto; sin embargo, hay que aclarar que no se puede confundir con la autoría accesoria imprudente⁴⁹⁶, toda vez que en esta, si bien son varios los sujetos los que actúan para producir el resultado típico, no existe acuerdo para la realización conjunta del hecho por lo tanto, cada uno de los sujetos intervinientes ha de responder individualmente como autor de la conducta, siempre y cuando, cada una de las acciones hubiera sido determinantes para la producción del resultado, porque si cada conducta independiente que

⁴⁹⁵ LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 1991, 217.

⁴⁹⁶ Explica ROSO CAÑADILLAS, *Autoría imprudente*, 2002, 588 n. 193, que la traducción alemana al español del término autoría accesoria “puede dar lugar a equívocos si se confunde o se cae en el error de interpretar que la palabra ‘accesoriedad’ está utilizada en el mismo sentido y quiere significar lo mismo y tiene las mismas consecuencias que el principio de accesoriedad; pero la mayoría de la doctrina no identifica ambos conceptos con el mismo contenido, sino que con el término ‘autoría accesoria’ se quiere poner de manifiesto, desde una perspectiva causal, que se ha necesitado de la actuación de otro para producir el resultado lesivo. Así se podría hablar de autorías laterales, que sería la traducción literal (no ‘colaterales’ que según el DRAE se usa para lo que está al lado de algo), adyacentes (se emplea más bien para fincas), parciales concluyentes o insuficientes concluyentes, pero se ha preferido el término de autoría accesoria y de este modo se ha acuñado dentro de la dogmática española. Y ello se ha producido seguramente por influencia de la traducción que se le ha dado a ‘*Nebentäterschaft*’ como Derecho Penal accesorio; pero aquí esta traducción se justifica, ya que ‘Neben’ significa que hay un Derecho Penal que está al lado de un Derecho Penal principal. Sin embargo no se puede decir lo mismo cuando hablamos de autoría, ya que no existe una ‘*Nebentäterschaft*’ a la sombra de una ‘*Haupttäterschaft*’ (autoría principal); ambas *Nebentäterschaft* son iguales. Por eso (y no sólo por lo que apunta GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ) probablemente es incorrecta la traducción de autoría accesoria”.

infringe el deber de cuidado no logra por sí sola consumir la conducta típica, los comportamientos serán impunes, pues en los delitos imprudentes no se castiga la tentativa⁴⁹⁷ ⁴⁹⁸. Por lo tanto, sólo es posible la autoría accesoria imprudente siempre y cuando los

⁴⁹⁷ Al respecto LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, 512.

⁴⁹⁸ LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 1991, 209 n26; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 635 n. 344; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría imprudente*, 2002, 593. En contra CUERDA RIEZU, *LH-Roxin (1995)*, 1995, 291 s., quien pone de relieve lo siguiente: “El tratamiento de la autoría accesoria imprudente no plantea problemas cuando cada curso causal, originado por un hecho imprudente es capaz de causar por sí solo y con independencia de los demás el resultado y contiene el riesgo de realización de ese resultado, en cuyo caso se impone la responsabilidad a cada sujeto por el correspondiente delito imprudente. Pero como ha resaltado un sector doctrinal (refiriéndose a LUZÓN PEÑA y a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO), sí se plantean problemas cuando sólo la suma de hechos imprudentes es capaz de causar ese resultado y además cada uno de esos hechos únicamente representan la porción del riesgo de producción del resultado. Por ejemplo el supuesto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 279/1982 (A.4966): en una reunión campestre José deja una escopeta cargada sin seguro; una amiga, M^a del Carmen, le pregunta si está cargada, a lo que José le responde despreocupadamente que no, por lo que M^a del Carmen apunta a un tercero, Antonio, expresando en son de broma: ‘Tony que te mato’, apretando el gatillo y produciendo la muerte instantánea de Antonio por efecto del disparo; en este ejemplo el resultado se produce por la suma de las intervenciones de José y M^a del Carmen. El tratamiento correlativo de esta clase de cursos causales cumulativos en los delitos dolosos es el de reconocer un error relevante sobre el curso causal y castigar a cada sujeto por delito imposible. Esta solución no resulta viable en el caso de los hechos imprudentes porque éstos sólo admiten la consumación. Pero la solución tampoco puede ser la de hacer responder a cada sujeto por delito imprudente (y por lo tanto consumado). En ese caso la jurisprudencia recurre al sistema de degradar la clase de imprudencia de cada autor imprudente a una inferior gravedad.” Sin embargo, lo explicado anteriormente por CUERDA RIEZU y que a su vez comparte CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado*, 1998, 123,130, más que resolver la problemática de aquellos casos donde sólo la suma de comportamientos imprudentes son capaces de producir el resultado, es una respuesta político criminal que pretende evitar la impunidad, que en nada corresponde a una verdadera dogmática jurídica propia de un Derecho penal en un Estado de Derecho, tal y como se dijo antes estas conductas sólo alcanzan la tentativa y en materia de imprudencia, la tentativa imprudente es impune.

comportamientos conjuntos de los sujetos no acordados e infractores del deber de cuidado sean cada uno de ellos por sí solos determinantes para causar el resultado típico, pero para que sea punible, el resultado debe ser objetivamente imputable al menos a una de las conductas o ambas, siendo objetivamente previsible la concurrencia de la otra conducta imprudente que (co) determina el curso del hecho⁴⁹⁹.

a) La coautoría imprudente en la actividad sanitaria

Tal y como lo afirma RODRÍGUEZ VÁZQUEZ⁵⁰⁰ cuando se analiza la intervención de varios facultativos y no facultativos en la actividad sanitaria, la doctrina que se ocupa de estudiar los problemas del trabajo en equipo, lo hace a partir de los criterios de la división de trabajo –horizontal y vertical– y la aplicabilidad del principio de confianza; sin embargo, es escasa la doctrina que se ha ocupado de abordar la temática referente a la autoría y en especial a la coautoría imprudente en este tipo de actividades conjuntas.

⁴⁹⁹ LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 1991, 209 n.26; el mismo, *PG I*, 1996, 510 n.9; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *AFDUA*, 2000, 84 s. ROSO CAÑADILLAS, *Autoría imprudente*, 2002, 593, refiriéndose al castigo de la autoría accesoria imprudente, señala que “en realidad, la mayoría de las veces se puede y se debe castigar penalmente, puesto que se cumplen los presupuestos de la imputación objetiva, ya que es previsible (requisito de la idoneidad de la acción) en muchos supuestos de la vida diaria y sobre todo en el tráfico rodado que a la primera conducta infractora se le suma otra posterior concurriendo en la producción del resultado y también se dé de este modo la relación de riesgo, con lo que si estaremos ante un autor de un delito imprudente consumado”. Asimismo RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 633 (en prensa), considera que “es posible basar la imputación recíproca en la autoría accesoria a través de la institución de la imputación objetiva, prescindiendo del acuerdo entre los intervinientes”.

⁵⁰⁰ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 529(en prensa).

a1) Opiniones y argumentos en contra

GÓMEZ RIVERO parte de un concepto unitario de autor considerando la imposibilidad de distinguir entre autores y partícipes, en tanto que “la responsabilidad conjunta por imprudencia de distintos profesionales sanitarios, habrá de entenderse que la misma debe discurrir conforme a los esquemas de la *autoría accesoria*”⁵⁰¹; no obstante, no descarta que en determinados eventos se pueda hablar de coautoría imprudente, pero como “coautoría accesoria imprudente”⁵⁰². GÓMEZ RIVERO propone que se podrá responder por coautoría accesoria en imprudencias provenientes de relaciones de división horizontal y vertical; así, por ejemplo, en las relaciones del anestesista y cirujano, sólo en los casos extremos de incompetencia total, si existen motivos suficientes para desconfiar de la capacidad del anestesista debido a su falta de cualificación, el cirujano que con él actúe deberá responder a título de autor accesorio imprudente por haber prestado una colaboración necesaria⁵⁰³ en el resultado lesivo que se ha producido; de

⁵⁰¹ GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 408.

⁵⁰² GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 425, 438, 443. Aunque el término correcto no debe ser el de coautoría accesoria imprudente, sino el de autoría accesoria imprudente.

⁵⁰³ Expresamente manifiesta GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 425, lo siguiente: “(...) debe advertirse que la calificación de la responsabilidad del cirujano conforme a los esquemas de la omisión impropia encuentra su ámbito de aplicación allí donde la persona elegida tuviera la suficiente cualificación para realizar la actividad, pero por razones de inexperiencia o por su falta de habilidad existieran motivos para desconfiar de su plena capacidad. Al margen de estos supuestos deben quedar aquellos otros en los que la persona elegida para practicar la anestesia sea por completo incompetente debido a su falta de cualificación, puesto que de ser este el caso, la responsabilidad de quien le nombra habría de derivarse, no ya de una conducta omisiva, sino directamente del acto propio del nombramiento. Así, por ejemplo, la responsabilidad en la que pudiera incurrir quien encarga a un ATS tareas que requieren la cualificación de un médico anestesista habría de canalizarse, no ya

igual manera advierte que en las relaciones de división vertical de trabajo, cuando el superior nombra a un subordinado incompetente para realizar una actividad, se puede presentar el mismo fenómeno: “Antes de responsabilidad por la negligencia del inferior, debe hablarse de la contrariedad a las reglas de cuidado de la acción misma de ordenar la tarea. Se trataría, en realidad, de un supuesto de prestación de una colaboración necesaria para la imprudencia del inferior que, por tanto, se traduce en una forma de *coautoría accesoria imprudente* junto a la responsabilidad en la que incurra el subordinado”⁵⁰⁴; no obstante, también considera que pueden presentarse casos a la inversa, por ejemplo cuando el ayudante percibe en el cirujano un estado de incapacidad física por enfermedad o embriaguez que derive en un error que pueda perjudicar al paciente, el inferior es quien debe responder como coautor accesorio imprudente por haber prestado una cooperación necesaria a la actuación del principal⁵⁰⁵. Además de los anteriores casos, donde es evidente la mezcla entre cooperación necesaria, autoría accesoria y coautoría, GÓMEZ RIVERO plantea otro ejemplo de división horizontal en la que un profesional remite un paciente a un colega del que se conoce la ausencia de capacidad para desarrollar la actividad propuesta, al respecto dice: “Dado que la remisión a un especialista distinto puede contemplarse como parte la actuación de un médico general, nada se opondrá a apreciar en tales casos una actitud de imprudencia e incluso de dolo eventual respecto al resultado lesivo que eventualmente acaeciera debido a la incompetencia manifiesta de la persona a que remite. Debe observarse que con este razonamiento en absoluto se hace responder a uno de los profesionales por la conducta del otro. Así impide entenderlo el hecho de que la

por la vía omisiva de no controlar sus actos, sino por el hecho mismo del nombramiento. En estos supuestos, en realidad, se trataría de una forma de colaboración necesaria a la actuación imprudente del colega elegido, lo que determinará su responsabilidad como *coautor accesorio imprudente*”

⁵⁰⁴ GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 438.

⁵⁰⁵ GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 443.

responsabilidad del primer facultativo lo sería por la conducta propia de remitir al paciente a otro médico que no está capacitado para atenderle, actuando así como un *cooperador necesario* a la negligencia de éste”⁵⁰⁶.

La postura adoptada por esta autora es un poco compleja, dando la impresión de mezclar o tratar como sinónimos coautoría imprudente y autoría accesoria imprudente, pese a ser partidaria de un concepto unitario de autor para los delitos imprudentes. Ha quedado claro en líneas anteriores y será reiterado en lo que sigue que la coautoría tanto para los delitos dolosos, como imprudentes exigen para su configuración además de la determinación objetiva y positiva del hecho, entre otros, que los sujetos hubiesen obrado bajo común acuerdo, por lo tanto, la inexistencia de este requisito hace precisamente que no se pueda hablar de coautoría, sino de autoría accesoria, pero sin que esta última pueda equipararse a una clase de coautoría, porque precisamente lo que las distingue, es que en la autoría accesoria, cada actuación es independiente una de la otra, sin que haya acuerdo entre los sujetos intervinientes.

a2) Opiniones y argumentos a favor

La coautoría imprudente en la actividad sanitaria ha sido tratada por Agustín JORGE BARREIRO siguiendo la línea propuesta por LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO optando, por una fundamentación a partir de la determinación objetiva y positiva del hecho⁵⁰⁷. En tal sentido considera que es posible hablar de coautoría imprudente por regla general en las divisiones horizontales de la actividad médico quirúrgica, siempre y cuando exista un común acuerdo respecto al actuar descuidado; de lo contrario, la figura no será la de coautoría

⁵⁰⁶ GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 413.

⁵⁰⁷ Adoptando por supuesto un concepto restrictivo de autor que distingue entre autores y partícipes, también en los hechos imprudentes.

imprudente, sino de autoría accesoria imprudente. Así, advierte lo siguiente: “La *coautoría imprudente*, acogida por un sector importante de nuestra doctrina, se da cuando dos o más personas se ponen de acuerdo en el actuar descuidado o imprudente. En el caso de que tales personas cooperen en la realización de la conducta imprudente, pero sin que medie el común acuerdo, habrá *autoría accesoria imprudente*. La modalidad de coautoría imprudente se dará, por ejemplo, en el caso que recoge QUINTANO de dos cirujanos que, sin tomar cada cual las mínimas preocupaciones de asepsia y poniéndose de acuerdo al estimar como superfluas tales precauciones, intervienen al mismo tiempo y determinan la septicemia causante del fallecimiento del paciente. Si no se diera el común acuerdo entre los galenos, estaríamos ante la figura de la autoría accesoria imprudente. Los supuestos de la coautoría imprudente son propios de la actividad médico-quirúrgica desarrollada en régimen de división de trabajo horizontal (entre colegas: cirujanos, o, por ejemplo, entre cirujano y anestésista, que proceden de común acuerdo a realizar una intervención quirúrgica en condiciones irregulares, como sería en el caso en el que el anestésista atendiera simultáneamente dos quirófanos con la connivencia del cirujano)”⁵⁰⁸.

SILVA SÁNCHEZ, partiendo del análisis que hace sobre algunas sentencias del TS en casos de responsabilidad penal del anestésista, considera que es posible la coautoría imprudente en situaciones en las que el anestésista se ausenta del quirófano con consentimiento del cirujano o abandona la sala de despertar sin realizar el seguimiento postoperatorio al paciente⁵⁰⁹, aunque en la solución que brinda da la impresión de equiparar coautoría imprudente y autoría accesoria imprudente⁵¹⁰.

⁵⁰⁸ Agustín, JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 126.

⁵⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Der.Sad.* 2 (1994), 42 s.

⁵¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Der.Sad.* 2 (1994), 49: “Los casos 5, 7 y 8 son supuestos de comisión por omisión caracterizados por la circunstancia de que el anestésista se ausenta de la sala de quirófano o de reanimación, dándose con posterioridad una

Por su parte VILLACAMPA ESTIARTE, quien adopta un concepto restrictivo de autor⁵¹¹, también reconoce la posibilidad de coautoría imprudente en la actividad sanitaria cuando varios de los intervinientes infringen el deber objetivo de cuidado. Considera que, en las relaciones horizontales donde se dan los supuestos de actuación simultánea en ejercicio de competencias independientes, la responsabilidad debe atribuirse conjuntamente a ambos intervinientes; es decir, en forma de coautoría⁵¹².

Continuando con esta línea de reconocimiento de la coautoría imprudente en las actividades sanitarias, TRILLO NAVARRO, partiendo del supuesto en el que dos especialistas codirigen una intervención quirúrgica, señala: “Los dos cooperan en el acto quirúrgico codominando el hecho en el modo propuesto en el supuesto de hecho inicial; a ambos corresponde un deber de impedir el resultado típico, ambos actúan indebidamente y omiten actos debidos y pertinentes con infracción del deber de cuidado que les es exigible infringiendo así su deber de reconocibilidad y evitabilidad y, finalmente, a ambos es objetivamente imputable el resultado”⁵¹³.

De igual manera RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, quien sigue también la línea propuesta por LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, considera que es posible la coautoría imprudente en la actividad sanitaria, por regla general cuando se trata de división horizontal del trabajo, sin descartar la posibilidad de ésta a casos de división vertical. Por lo tanto,

tentativa, infructuosa, de cumplir con la acción indicada. Valen para ellos, pues, los elementos introducidos en el análisis del caso 2., con el matiz de la presencia aquí de situaciones de coautoría imprudente o, al menos, de autoría accesoria.”

⁵¹¹ VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2003, 231 ss.

⁵¹² VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2003, 243.

⁵¹³ TRILLO NAVARRO, LLP 47 (2007), 49.

señala que la “coautoría exige que se cumplan los siguientes requisitos. Una serie de requisitos objetivos que se concretan en la concurrencia de dos o más acciones, en la comprobación de la insuficiencia de cada una de ellas para producir por sí sola el resultado lesivo y, finalmente, en la comprobación de que es la conjunción de todas ellas la que co-determina objetiva y positivamente el hecho. Además debe verificarse la relación imputación objetiva del resultado producido a las conductas de cada uno de los sujetos intervinientes, lo cual supone objetivamente previsible la conducta descuidada del otro para los que con él interactúan. Por último se exige constatar el acuerdo entre los intervinientes respecto a la acción descuidada. El acuerdo es configurado de forma más restrictiva que en los supuestos de coautoría dolosa. Así, en mi opinión, cada uno de los sujetos debe conocer la aportación del otro y manifestar su conformidad en la concreta forma de llevar a cabo la intervención médica. Además el acuerdo debe ser mutuo o recíproco, por lo que difícilmente se dará en supuestos de subordinación entre los diferentes profesionales sanitarios”⁵¹⁴.

Personalmente considero, siguiendo la postura asumida en este trabajo sobre este tema y acogiendo la propuesta conceptual de este último autor, nada obsta para que se reconozca la coautoría imprudente en la actividad sanitaria; por lo tanto, esta debe analizarse partiendo de los criterios de la determinación conjunta y positiva del hecho; así, que para que esta se produzca se requiere que quienes intervengan en la actuación médica co-determinen objetiva y positivamente el hecho, mediando común acuerdo sobre el comportamiento descuidado y con división de trabajo o acumulación de esfuerzos, pero la conducta descuidada debe ser objetivamente previsible para los miembros del equipo médico, debiendo verificarse la relación de imputación objetiva del resultado producido a las conductas de cada uno de los sujetos intervinientes.

⁵¹⁴ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 650 s. (en prensa).

Lo visto hasta ahora implica, que si bien es cierto la doctrina mencionada acepta la coautoría imprudente en la actividad sanitaria, también lo es que existen dos cuestiones que no son tan claras; la primera es si existe una diferencia entre coautoría imprudente y autoría accesoria, pues da la impresión que algunos autores las tratan como sinónimas; la segunda se refiere a si la coautoría imprudente sólo es posible en supuestos de división horizontal de trabajo, toda vez que la mayoría de los supuestos planteados por la doctrina obedecen a relaciones horizontales, lo que hace pensar que han descartado la posibilidad de coautoría imprudente en la división del trabajo vertical.

a3) La coautoría imprudente y la autoría accesoria imprudente en la actividad sanitaria

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ⁵¹⁵ ha realizado un amplio estudio tratando de resolver las dos últimas cuestiones planteadas. En cuanto a la coautoría y la autoría accesoria imprudente, si bien reconoce que en los dos casos se va a responsabilizar a los intervinientes como autores del resultado lesivo, no por esa razón se pueden equiparar estas dos figuras, toda vez que la forma de intervención va a influir en el grado de injusto⁵¹⁶: “La coautoría imprudente revela una mayor gravedad respecto a la autoría accesoria imprudente por varias razones. En primer lugar, es cierto que ‘una equivalencia entre el acuerdo común en los delitos dolosos y los delitos imprudentes es imposible de realizar, ya que el acuerdo común en los delitos dolosos persigue la realización típica de un fin común, basado en la división de trabajo, lo que conduce a un mejoramiento de las posibilidades de realización del delito que se

⁵¹⁵ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 636 ss. (en prensa).

⁵¹⁶ Tal y como ya había sido explicado desde mucho antes, LUZÓN PEÑA, *ADPCP* (1989), 899 n. 26; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 635 n. 344; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría imprudente*, 2002, 593.

traduce en el mundo exterior en la elevación del riesgo'; sin embargo creo que este mismo razonamiento es aplicable *mutatis mutandis* a los supuestos de coautoría imprudente. En este sentido, se pueden traer a colación las palabras de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 'consideramos que también en los supuestos de correalización de una actuación imprudente existe un incremento de riesgo en la lesión del bien jurídico, pues al igual que en el dolo se puede proceder bien a una división del trabajo o, lo que será más frecuente en la imprudencia, a una acumulación de esfuerzos que sin duda facilitará la lesión del bien jurídico'. En segundo lugar y siguiendo a la misma autora, 'en supuestos de coautoría el acuerdo puede producir una situación de esfuerzo psicológico que aunque no vaya dirigida a la consecución del resultado, puede dar lugar a un proceso de motivación recíproca que haga al sujeto decidirse a realizar la actuación imprudente junto a los demás' ⁵¹⁷.

Así pues, tal y como se advirtió antes, será el "acuerdo" considerado como requisito *sine qua non* de la coautoría –aunque no suficiente, ni el único–, el elemento que permita diferenciar cuándo nos encontramos ante una coautoría imprudente y cuando frente una autoría accesoria imprudente, toda vez que en esta última entre los sujetos que actúan no existe acuerdo para la realización conjunta del hecho. En la actividad sanitaria, sin embargo, no se puede entender que la división de trabajo a través del cual se organiza esta actividad vaya a revelar *per se* el acuerdo, sino que es necesario que los intervinientes del equipo médico adopten la decisión conjunta de infringir el deber de cuidado, siempre y cuando con su conducta determinen objetiva y positivamente las lesiones que se llegaren a producir en el paciente; esto implica que debe haber una actuación conjunta en la que cada uno de los sujetos participantes conozca la aportación que cada cual va a brindar en el

⁵¹⁷ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 637 (en prensa).

procedimiento⁵¹⁸; así pues, será necesario que los profesionales de la salud intervengan a través de dos o más acciones que han sido

⁵¹⁸ Mediante un caso resuelto por la Sala de lo Civil del BGH, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 644 s. (en prensa) explica claramente cuándo debe operar la autoría accesoria imprudente y cuándo la coautoría imprudente. Se trata del caso de dos médicos, anestesiólogo y cirujano especialista en oftalmología, que someten a una paciente de 13 años a una operación de estrabismo. Al anestesiarse a la paciente, el anestesista utiliza anestésico nasotraqueal administrando oxígeno con una alta concentración. El oftalmólogo por su parte, para llevar a cabo la operación, emplea un termocauterizador aplicándolo en la zona de la cara, pese a que estaba muy próximo al sitio en el que se estaba utilizando el tubo anestésico. Ambos médicos llevan a cabo una conducta imprudente en calidad de autores, pero esa autoría puede adoptar, según RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, la forma de autoría accesoria o de coautoría, según los acuerdos conjuntos o no que se hayan llevado a cabo entre los facultativos; por lo tanto, si no acuerdan la utilización de los métodos empleados, pese a que sus conductas determinaron el sí y el cómo de las lesiones producidas en la paciente, cumpliendo con el requisito objetivo de la coautoría, es decir, la determinación objetiva y positiva del hecho, no se cumple con el requisito subjetivo de la coautoría, porque tanto el anestesiólogo como el cirujano que participan conjuntamente en la operación desconocen la concreta aportación del otro que conduce a la producción del resultado lesivo, lo cual conduce a que ambos facultativos respondan como autores accesorios. Otra sería la situación si los especialistas hubieran coordinado su actuación llegando a un acuerdo sobre la misma. (p. 644 s.) “Según esta hipótesis, que no se dio en el supuesto real, el anestesista comunica al oftalmólogo su intención de usar un método anestésico nasotraqueal, y el oftalmólogo hace lo propio, es decir, transmite al anestesista su idea de emplear un sistema termocauterizador para controlar las hemorragias que se pueden producir a lo largo de la operación, lo cual implica que con casi total seguridad se procederá a su utilización. Pues bien, ambos médicos, poniendo en común instrumentos y técnicas que emplearán en sus respectivos ámbitos de actuación, concluyen equivocadamente, claro está, que esos métodos son compatibles y que no generarán un riesgo para la salud de la paciente. El desarrollo posterior del caso sería el mismo. Es decir, la conjunción de los métodos elegidos produce unas graves lesiones a la paciente. En este ejemplo modificado, el requisito objetivo exigido en la coautoría, que coincide con la autoría accesoria en este aspecto, se vuelve a dar, pero a diferencia del anterior, ahora sí se cumple el requisito subjetivo de la coautoría, la existencia de un acuerdo entre los intervinientes en relación con la acción descuidada. Por lo tanto, anestesista y oftalmólogo serían coautores imprudentes de un delito de lesiones.”

acordadas y que por si solas son incapaces de producir el resultado típico pero que unidas co-determinan objetiva y positivamente el hecho⁵¹⁹. Por lo tanto, si dos médicos especialistas acuerdan utilizar cada uno un método para llevar a cabo un procedimiento en la parte que les corresponde, en caso de que estos resulten inadecuados y se produzca un resultado lesivo para la salud del paciente, los galenos deberán responder como coautores imprudentes, toda vez que las actuaciones en su conjunto han decidido el si y el cómo de la conducta típica generadora del resultado lesivo y las aportaciones desplegadas por los facultativos eran conocidas por cada uno de ellos, lo que les permitía tener la posibilidad de prever los resultados lesivos; sin embargo, en el evento que cada uno de los intervinientes, pese a estar trabajando en división horizontal, no hubiesen coordinado sus actuaciones mediante acuerdo, aunque estas en su conjunto fuesen determinantes en la producción de un resultado lesivo para la vida o la salud del paciente, habrán de responder como autores accesorios.

a4) la coautoría imprudente en los supuestos de división de trabajo vertical en la actividad sanitaria.

Por otra parte, como hemos visto hasta ahora, no existe duda de que los supuestos de coautoría imprudente en la actividad sanitaria proceden sobre todo en relaciones de división de trabajo horizontal. Ahora cabe preguntarse si será posible la coautoría imprudente en supuestos de relaciones de división vertical. La doctrina⁵²⁰ que ha estudiado el tema

⁵¹⁹ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 650 (en prensa): “Además, debe verificarse la relación de imputación objetiva del resultado producido a las conductas de cada uno de los sujetos intervinientes, lo cual supone que sea objetivamente previsible la conducta del otro para los que con él interactúan”.

⁵²⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal I*, 1963, 513; Agustín JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 126: “Los supuestos de la coautoría imprudente son propios de la actividad médico-quirúrgica desarrollada en régimen de división de trabajo horizontal (entre colegas: cirujanos, o, por ejemplo, entre cirujano y

de la coautoría en la actividad sanitaria en su mayoría advierte la imposibilidad de concebir la coautoría imprudente en relaciones de división vertical, excepto GÓMEZ RIVERO, quien la admite bajo la figura de coautoría accesoria imprudente, tal como se señaló en párrafos anteriores. Por su parte, VÁZQUEZ RODRÍGUEZ podría decirse asume una postura ecléctica al afirmar que, si bien por regla general la coautoría imprudente en el ámbito sanitario sólo opera en relaciones horizontales, abre la discusión de esta figura en división de trabajo vertical, sobre todo en supuestos prácticos de operaciones quirúrgicas en las que se olvidan gasas, compresas o pinzas en el interior del cuerpo del paciente, aunque también advierte que difícilmente se podrá apreciar coautoría imprudente en casos de división vertical de trabajo, pues podrían operar más fácilmente otras formas de autoría diferentes a la mencionada, como es el caso de la autoría mediata o de participación imprudente, pero que sería impune⁵²¹.

anestesista, que proceden de común acuerdo a realizar una intervención quirúrgica en condiciones irregulares, como sería en el caso en el que el anestésista atendiera simultáneamente dos quirófanos con la connivencia del cirujano); VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2003, 243: "(...)en supuestos de actuación simultánea, la creación de un peligro debe atribuirse conjuntamente a ambos intervinientes en relación horizontal y ejercicio de competencia interdependiente, en forma de coautoría, si el confiante lo hace a ciegas, mientras el riesgo desaprobado creado únicamente será imputable a quien realiza –ejecuta en sentido fáctico– el comportamiento errado si el otro interviniente no reconoce o no le era exigible reconocer la desviación del comportamiento adecuado”.

⁵²¹ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 652 (en prensa), dice: “A mi modo de ver las soluciones pueden ser las siguientes. En primer lugar el cirujano tiene la obligación, antes de proceder al cierre, de comprobar visualmente el campo operatorio y cerciorarse de que no ha dejado ningún instrumento o gasa en el interior del cuerpo del paciente. Puede que pese a esta comprobación no se percate de que haya dejado un elemento extraño en el interior del paciente y, sin embargo, no se pueda decir que ha infringido su deber de cuidado ya que por las circunstancias en las que se ha desarrollado la operación, extraordinaria complejidad, abundante sangre, relevos con intervención de varios cirujanos, cantidad de gasas o instrumental empleado, zona corporal intervenida, sea extraordinariamente difícil visualizar ese objeto. Es más, puede ocurrir que sea imposible. Si esto es así y la enfermera

Particularmente creo que le asiste razón a RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, pues es cierto que la mayoría de supuestos de coautoría imprudente son más factibles en equipos de trabajo donde existe una división horizontal, pero ello no obsta, para que esta figura también sea discutida en supuestos de división vertical de trabajo, pues además de los casos expuestos por este autor, podría discutirse en aquellos en los que la superioridad jerárquica viene dada por la organización administrativa de la entidad sanitaria y no por el nivel de formación entre los actuantes; por lo tanto, en un caso que planteábamos anteriormente, donde el jefe de cirujanos de una clínica estética, acuerda con otro cirujano plástico emplear implantes más económicos para ahorrar en gastos, produciéndose una sepsis en una de las pacientes que le originan serias lesiones destruyéndole el seno; tanto cirujano como su jefe han de responder como coautores de unas lesiones imprudentes, pues la intervención de este último (de quien dependen los demás cirujanos) determina objetiva y positivamente el curso causal de los hechos junto con el comportamiento del cirujano que ejecuta la intervención quirúrgica. Así, en este caso pese a haber una división vertical de trabajo, es posible que confluyan los requisitos de la coautoría imprudente, aunque exista superioridad jerárquica.

instrumentista o circulante le comunica que el recuento es correcto (cuando, en realidad, no lo es), no existiendo circunstancias específicas que puedan disculpar el error de la enfermera, algo extraño si tenemos en cuenta que tiene encomendada solamente esta función, y sin que existan circunstancias especiales que hagan desconfiar al cirujano del recuento realizado por la enfermera, se podrá concluir que la enfermera es autora mediata imprudente del resultado ocasionado al paciente. En segundo lugar, puede ocurrir que el cirujano infrinja el deber de cuidado que le correspondía observar en la fase final de la operación, por ejemplo que no revise el campo operatorio y que deposite toda la confianza en el recuento de la enfermera. En este caso, aun cuando la enfermera comete una imprudencia, considero que sólo será cooperadora necesaria imprudente en el resultado lesivo, por lo tanto impune, mientras que autor imprudente del delito de lesiones u homicidio será el cirujano.”

Así pues, hay que admitir la posibilidad de coautoría imprudente en la actividad sanitaria principalmente cuando se trata de relaciones horizontales en la división de trabajo, pero no debe descartarse su discusión en relaciones de división vertical, siempre que se cumplan los requisitos para su procedencia. Ahora bien, tanto en las relaciones de división horizontal o vertical, si no se dan los requisitos propios de la autoría en sus diferentes formas, específicamente con lo que tiene que ver con la determinación objetiva y positiva del hecho, pero sin embargo, si el especialista o el auxiliar llegan a prestar una colaboración⁵²² al facultativo o no facultativo autor de una conducta imprudente, estaríamos ante un caso de participación imprudente y por lo tanto, impune⁵²³.

as) La participación imprudente en la actividad sanitaria

Cuando se trata de participación imprudente la situación podría resultar un poco más discutible que en los eventos anteriores, ya que si bien la doctrina mayoritaria en España⁵²⁴ acepta un concepto restrictivo de autor que permite diferenciar entre autores y partícipes, su punibilidad queda entre dicho, pese a que desde el punto de vista conceptual se puede hallar una definición de participación imprudente.

⁵²² Lo más común en los supuestos de la actividad sanitaria es la cooperación necesaria y la complicidad.

⁵²³ ROSO CAÑADILLAS, *Autoría imprudente*, 2002, 595, define la participación imprudente de la siguiente manera: “Partícipe imprudente será aquél que ha contribuido al hecho favoreciendo la producción del resultado lesivo, pero que *no* ha determinado el hecho en ningún caso; o aun determinando objetiva y positivamente el hecho con su conducta, por lo que en un primer momento podría ser autor del hecho, sin embargo, no cumple con otros requisitos del tipo, como puede suceder en los delitos especiales, de propia mano o de modalidades de ejecución legalmente determinadas, por lo que serán conductas de mera participación imprudente.

⁵²⁴ Al igual que en Colombia

Al igual que en los delitos dolosos, la participación imprudente admite las mismas formas: inducción imprudente, cooperación necesaria imprudente y complicidad imprudente⁵²⁵, de conformidad con ROSO CAÑADILLAS “habrá participación subjetiva cuando exista un acuerdo en llevar a cabo la actuación infractora del deber de cuidado de modo consciente o inconsciente, pero el sujeto contribuya al hecho favoreciendo o promoviendo la realización del resultado; o bien codeterminando el hecho con otro con acuerdo común, pero no pudiendo ser autor por no cumplir con algún requisito requerido por el tipo. Sin embargo, habrá participación objetiva cuando no exista este acuerdo común y el sujeto colabore, favorezca o provoque la producción del hecho⁵²⁶.”

En primer lugar, como se dijo antes es posible que conceptualmente en los delitos imprudentes se pueda producir tanto la autoría en sus diferentes formas, como la participación⁵²⁷, es decir, que conceptualmente se acepta la participación imprudente; no obstante y en segundo lugar, de llegarse a configurar la participación imprudente

⁵²⁵ Se insiste, en Colombia el legislador no diferencia entre cooperador necesario y cómplice, como si sucede con el artículo 28 del Código penal español; por lo tanto, la cooperación necesaria, en la legislación colombiana, constituye una forma de complicidad.

⁵²⁶ ROSO CAÑADILLAS, *Autoría imprudente*, 2002, 596.

⁵²⁷ Entre otros, LUZÓN PEÑA, *DPCirc*, 2ª, 1990, 90; Agustín JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 123 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 283; CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado*, 1998, 133; PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación*, 1999, 81 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Participación*, 2001, 70; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría imprudente*, 2002, 394 ss.; CORCOY BIDASOLO, *Delito imprudente*, 2ª, 2005, 338; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 409 s. Este grupo de autores entiende que no existe imposibilidad conceptual, ni legal de admitir la participación imprudente, y consideran que la ausencia de dolo no constituye criterio suficiente para rechazar la distinción entre autores y partícipes imprudentes. De acuerdo con CORCOY BIDASOLO *Delito imprudente*, 2ª, 2005, 338, “la conducta del partícipe no debe tener nunca otro sentido objetivo que cooperar con un delito, con independencia de su intención, dolo o falta de cuidado”.

esta sería impune⁵²⁸, pues aunque la participación como dispositivo

⁵²⁸ El autor que más ha influido en esta consideración ha sido LUZÓN PEÑA, *DPCirc*, 2ª, 1990, 90; el mismo, *Estudios penales*, 1991, 212 ss.; *PG I*, 1996, 507. Siguen esta misma línea, entre otros, Agustín JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 123 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 283; PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación*, 1999, 81 ss.; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría imprudente*, 2002, 402 ss. En contra de la impunidad de la participación SILVA SÁNCHEZ, *Cuestiones fundamentales*, 1997, 106, admitiendo la posibilidad de punibilizar la participación imprudente en delitos imprudentes si el sujeto quiere ayudar en una realización típica imprudente. “En efecto, si un sujeto se asocia *conscientemente* (como partícipe) a la realización por otro (como autor) de un hecho imprudente (le ayuda en la obra cuyo andamio está mal instalado) su conducta –convencionalmente calificada por la doctrina como de participación imprudente en un delito imprudente– en realidad no es tal sino, en puridad ‘participación (sin más) en un delito imprudente’. En relación con la producción del resultado, la conducta del partícipe sí será imprudente, como la del autor; pero, con relación al hecho principal imprudente, dicho partícipe obra con ‘dolo’ de ayudar (pleno conocimiento) y con ‘dolo’ de que el autor del hecho principal obra imprudentemente. Dicho de otro modo: podría afirmarse de que, en realidad, éstos son casos de participación ‘dolosa’ en un delito imprudente; que el sujeto obra con ‘dolo’ de participar en un delito imprudente. Y ello podría ser subsumible en los tipos de participación que construye nuestro Derecho (arts. 28 y 29). También FELJOO SÁNCHEZ, *EM-Valle Muñiz*, 2001, 264, considera que por razones de justicia material debe sancionarse penalmente al partícipe imprudente, al respecto ha dicho “Me parece preferible reconocer que en el delito imprudente se pueden distinguir formas de participar en un hecho y obligar a los órganos de justicia a que motiven la presencia de los requisitos de la cooperación o de la inducción que obligar a los órganos judiciales a definir como autor al que no lo es por razones de ‘justicia material’. Un concepto restrictivo de autoría que conlleve la atipicidad o la impunidad de la participación imprudente puede conducir a los órganos de justicia a situaciones diabólicas”. Sobre esta misma línea ROBLES PLANAS, *Participación*, 2003, 180. Por otra parte, MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 410, asume una postura intermedia, al respecto ha dicho: “Según lo dicho más arriba, la participación dolosa en un hecho imprudente (el partícipe quiere el hecho principal y el autor no) no es punible como tal participación dolosa, pero cabrá sin duda castigar por participación en el delito imprudente o acudir a la autoría mediata. Esto último es seguro si la falta de dolo en el autor se debe a engaño del hombre de atrás o a aprovechamiento de un error de aquél. Más difícil es decidir si la autoría mediata cabe en los demás casos. Ejemplo: A induce a B, que no sabe apenas conducir, a que lleve en el coche de A a C por una

amplificador de la tipicidad aparentemente es admitida para los delitos dolosos e imprudentes, el legislador sólo prevé su punición en los delitos dolosos⁵²⁹ y no en los delitos imprudentes⁵³⁰, tal y como se desprende de los artículos 12, 28 y 29 del Código penal español; por lo tanto no es que se entienda que al participe en un delito imprudente se le va a tratar como autor⁵³¹, sino que simplemente su comportamiento

carretera extremadamente peligrosa a gran velocidad, confiando A en que el coche pueda tener algún accidente grave para C, cosa que efectivamente sucede. Por lo menos debe admitirse la participación en el delito imprudente, en forma de inducción o cooperación necesaria, aunque no la mera complicidad imprudente (cfr. *supra*, Lec. 14, I 4 E a). También será punible la complicidad *dolosa* en el delito imprudente (así, si A se limita a cooperar de forma no esencial pero queriendo la muerte de C), porque, a diferencia de la complicidad imprudente en un delito imprudente, tanto la complicidad dolosa, como el delito imprudente a que se refiere se hallan previstas por la ley. Respecto de la posible muerte de B el problema es distinto, porque el Código sólo castiga la inducción o auxilio al ‘suicidio’, que no se da en el caso.”

⁵²⁹ Cfr. LUZÓN PEÑA, *DP Circ.*, 2ª, 1990, 93.

⁵³⁰ De acuerdo con DE VICENTE REMESAL, *XG 23*, 27, esto se deduce de los artículos 28 y 29 del Código penal español que exige dolo en las formas de participación, interpretación que se desprende igualmente del artículo 12 del mismo código, según el cual “las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigaran cuando expresamente lo disponga la Ley”. Y el CP en su Parte Especial no tipifica la realización imprudente en casos de participación. De igual manera PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación*, 1999, 109 s., considera que: “En la medida en que sigue siendo válido en el Código penal español un concepto restrictivo de autor, y por tanto, en la medida en que las disposiciones que regulan la participación delictiva constituyen normas de extensión de la punibilidad de los partícipes, es decir, norma que configuran los ‘tipos de participación’, la cláusula de restricción de la punibilidad de los delitos imprudentes es directamente aplicable a las normas que regulan la participación delictiva. En consecuencia, la participación imprudente es impune por atípica”. Interpretación similar se desprende del art. 30 del CP colombiano que exige que la participación debe serlo respecto de quien determine o preste ayuda previa o posterior a otro en la realización de una conducta antijurídica; así mismo del art. 21 del mismo código exige que sólo podrán ser culposos los comportamientos que la misma ley haya calificado de imprudentes.

⁵³¹ Tal y como lo asumen PÉREZ ALONSO/ESPINOSA CEBALLOS/RAMOS TAPIA, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *PG*, 4ª, 2010, 403.

será impune por ser atípica la forma de participación imprudente⁵³²; además, de acuerdo con LUZÓN PEÑA las propias peculiaridades y características del delito imprudente, desde la perspectiva política criminal y dogmática hacen impune la participación imprudente: “En el primer aspecto porque, dada la menor gravedad y desvalor de la imprudencia frente al dolo, sólo es preciso castigar los hechos y formas más graves de responsabilidad imprudente, es decir, que la punición de lo imprudente debe ser excepcional, bastando para supuestos menos graves con sanciones extrapenales: p. ej., civiles o administrativas (...) y, en segundo lugar, la forma menos grave de imprudencia, simple, no es siempre punible, sino sólo en las infracciones contra las personas y algunas patrimoniales (...) Por último, si es impune la participación imprudente propiamente dicha, con mayor razón lo es la participación meramente objetiva (concurrencia) en la realización del hecho imprudente por un tercero o por la propia víctima (...) En el primer caso (...) según doctrina unánime, al no haber acuerdo o conjunción en la actuación imprudente, ni siquiera es participación (...) Y en los casos en que el autor que realiza imprudentemente el hecho (...) es la propia víctima o, más exactamente, el titular del bien jurídico, es indudable la impunidad de la conducta imprudente de mera participación objetiva (...) no sólo por todo lo dicho, sino porque además, al no haber un hecho típicamente antijurídico en la conducta del autor principal, ya que la autolesión de bienes jurídicos propios es impune no afecta a bienes jurídicos ajenos, no cabe participación punible en virtud del carácter accesorio de la misma”⁵³³.

De igual manera y siguiendo esta misma línea, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, considera que resulta inconveniente la aplicación de pena al partícipe imprudente, por razones de política criminal, “dada que la participación en los sistemas restrictivos de autoría supone una

⁵³² V. LUZÓN PEÑA, *DPCirc*, 2ª, 1990, 90 ss.; el mismo *PGI*, 1996, 507 ss. (entre otras muchas).

⁵³³ LUZÓN PEÑA, *DPCirc*, 2ª, 1990, 95 s.

extensión de la tipicidad, que el castigo de la imprudencia es excepcional y que la gravedad de los hechos imprudentes es (a igualdad de injusto objetivo) menor que la de los dolosos, conviene realizar una interpretación restrictiva, sustentada en el carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho penal, excluyendo de la tipicidad y, por tanto, de la punición las formas de mero favorecimiento imprudente (que no reúna las características de la autoría)-y más aún las de favorecimiento meramente objetivo- de hechos imprudentes o dolosos, sin perjuicio de que las de favorecimiento imprudente puedan constituir un ilícito extrapenal”⁵³⁴.

Se puede concluir, por tanto, que en la actividad sanitaria cabe la participación imprudente, pero esta será impune por razones de política criminal; esto se puede entender a través de un claro ejemplo propuesto por LUZÓN PEÑA: “En una intervención quirúrgica la enfermera, que no había revisado y preparado cuidadosamente el instrumental, se asusta al darse cuenta y le advierte al cirujano que alguno de los instrumentos de disección no está en perfectas condiciones, pese a lo cual aquél emprende la operación confiando en que ello no le supondrá problemas; sin embargo, debido precisamente al imperfecto estado de un bisturí, provoca lesiones que afectan a un órgano del paciente. La intervención de la enfermera es de simple cooperación imprudente, pues no determina objetiva y forzosamente el curso de los acontecimientos, ya que no hay ignorancia, ni confusión, ni presión, ni subordinación de la acción imprudente que sí determina objetivamente el hecho de producción de la lesión, o sea, la del cirujano, que, por tanto, es el único autor de las lesiones imprudentes: ello se ve con más claridad aún si se transforma el caso suponiendo que hubiera dolo en ambos: la enfermera que, sabiéndolo, le da el instrumental en malas condiciones o sin previa asepsia al cirujano que quiere aprovecharse de ello para

⁵³⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DPCrim.* 76 (2004), 50 s. Esta misma solución ha sido también defendida y explicada ampliamente por ROSO CAÑADILLAS, *Autoría imprudente*, 2002, 396 ss.

provocar lesiones al paciente, no sería autora mediata, ni coautora (ni evidentemente autora directa) de las lesiones, sino sólo cooperadora – necesaria o no- del autor, incluso aunque, en caso de que estuviera presente durante la intervención se le quisiera considerar cooperadora ejecutiva”⁵³⁵. Así, en el ejemplo anterior la enfermera actúa como cooperadora necesaria del médico prestando imprudentemente una ayuda necesaria al colaborar para la producción del resultado lesivo, pero su compartimiento será impune por tratarse de una participación imprudente⁵³⁶.

a6) Supuestos prácticos

Para concluir, tal y como decía al inicio de este apartado, la labor médica se caracteriza por ser el resultado de un trabajo en equipo y la mayoría de conductas punibles que provienen de este sector se dan porque se ha actuado imprudentemente. Sin embargo, aunque entre los intervinientes que se dividen el trabajo opera el principio de confianza, este puede resquebrajarse y se podrían presentar varios supuestos:

Un ginecólogo y un anestesista, en división horizontal de trabajo, intervienen a través de una cesárea a una mujer, quien da a la luz a un hijo varón sin aparente complicación; finalizada la intervención quirúrgica la paciente sufre una pérdida de caudal sanguíneo de tal

⁵³⁵ LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 1991, 213.

⁵³⁶ DURÁN SECO, *Coautoría*, 2003, 430 s., tratando de diferenciar entre la coautoría y el cooperador necesario imprudente, analiza también mediante un ejemplo el caso del conductor avezado que presta su automóvil y decide acompañar a un aprendiz, quien en determinado tramo no es capaz de frenar a tiempo en la parada de un semáforo atropellando y causando la muerte de un peatón. Concluyendo que en ese caso el aprendiz deberá responder como autor del homicidio imprudente y el conductor avezado como cooperador necesario, pero que al ser imprudente su comportamiento resulta impune. Salvo que el conductor avezado dirigiese las maniobras del novato, en cuyo caso podría haber autoría mediata por de aquel.

magnitud, que, pese a las maniobras de reanimación intentadas, muere por una parada cardio-respiratoria, a su vez provocada por una asistolia, consecuencia de un shock hipovolémico⁵³⁷. El fatal desenlace obedeció fundamentalmente a la falta de atención del ginecólogo en la pérdida sanguínea que presentó la paciente en el postoperatorio, que, sumada al descuido del anestesista por no estar atento al descenso de las constantes vitales y de la tensión arterial, condujo al fallecimiento de la paciente. En este caso se dan los requisitos para responsabilizar a los especialistas como coautores de un homicidio imprudente. El conjunto de los comportamientos descuidados co-determinan objetiva y positivamente el desenlace producido, porque la muerte de la paciente es consecuencia de la falta de atención del ginecólogo respecto de la pérdida sanguínea originada con posterioridad al parto y asimismo del cirujano por desatender los signos vitales y la tensión arterial de la misma, estos comportamientos son producto de una determinación objetiva conjunta entre los profesionales con división de trabajo o acumulación de esfuerzos, los cuales vienen a cumplir con el requisito objetivo que se requiere para que se produzca la coautoría imprudente, pero asimismo el requisito subjetivo de la coautoría imprudente se halla complementado por el acuerdo expreso o tácito al que pudieron llegar los galenos respecto de los comportamientos que debían asumir durante y después de la intervención quirúrgica, siendo previsible para ellos que, de no asumirse las competencias que les correspondían, se podría presentar un resultado como el acaecido. Lo importante, reitero, es que para que se presente la coautoría imprudente en la actividad sanitaria deberán converger los siguientes requisitos: dos o más conductas de facultativos y/o no facultativos que se encuentren en división horizontal o vertical de trabajo las cuales co-determinan objetiva y positivamente una conducta típica (aspecto objetivo), mediando acuerdo común, previo o concomitante, expreso o tácito, respecto de las tareas que cada uno de los intervinientes va a

⁵³⁷ Este caso fue resuelto mediante STS 23-10-2001 (RJ 9074) que condena como coautores de un delito de homicidio imprudente a ginecólogo y anestesista.

desarrollar (aspecto subjetivo) y que desencadena en el resultado típico posible de prever.

Estos requisitos exigidos para la coautoría imprudente van a permitir diferenciarla de otros supuestos que en realidad obedecen a otras formas de autoría o de participación imprudente impune:

Así, cuando se trata de actividades sucesivas entre profesionales de la salud que se encuentran en división horizontal de trabajo, podríamos encontrarnos con el siguiente ejemplo (inventado): un médico general que, a pesar del cuadro patológico que presentaba un niño de cuatro años, omite remitirlo a un profesional especializado en pediatría para que sea este quien definiera el diagnóstico y tratamiento a seguir; sin embargo, aquel, sin estar seguro de la enfermedad que presentaba el menor, decide prescribirle fármacos y posteriormente remitirlo a una clínica que no contaba con departamento de pediatría, siendo atendido allí por otro médico general que suministra otros medicamentos al infante, produciéndose posteriormente un fallo cardiaco que le produce la muerte como consecuencia de la combinación de los fármacos suministrados por los dos galenos. En este caso, no existe la menor duda que la relación entre los dos profesionales, es horizontal, y que, cada uno en su momento, determinó objetivamente el si y el como del hecho que arroja como resultado un homicidio imprudente, pues el primero, además de suministrar fármacos sin el conocimiento especializado para ello, omite remitir al menor a un centro clínico especializado y el segundo acepta la remisión del paciente, pese a no ser el médico idóneo para tratarlo, suministrando otro medicamento que sumado al fármaco recetado con anterioridad produce un desenlace fatal para la vida del menor; sin embargo, estas acciones se caracterizan por no existir entre los galenos un acuerdo, pero unidas producen el resultado muerte; por lo tanto la responsabilidad que deben asumir será de autores de homicidio imprudente, tratándose de una autoría accesoria, toda vez que los comportamientos conjuntos de ambos

galenos no acordados infringieron el deber de cuidado al no remitir al menor al médico competente y emitir un tratamiento errado, siendo cada uno de estos comportamientos por sí solos determinantes para causar el resultado típico, el cual resulta objetivamente imputable a ambas conductas descuidadas, pese a que era objetivamente previsible para cada uno de los galenos la concurrencia de la conducta imprudente desplegada por cada uno y que codetermino el curso del hecho, pues en el caso del primer médico le era perfectamente previsible –desde el punto de vista del médico medio ideal– que la atención de medicina general suministrada por otro médico de igual categoría a la de él, resultaba inadecuada para tratar al menor atendiendo a los síntomas patológicos que presentaba, asimismo, en el caso del segundo profesional, a este también le era previsible –igualmente desde el ámbito del médico medio ideal– que el comportamiento de su antecesor infringía el deber objetivo de cuidado y no obstante continúa actuando bajo la misma línea infractora.

Continuando con los supuestos, tenemos el caso (también ficticio) de un oftalmólogo que procede a intervenir con técnica láser de cirugía refractiva a un paciente para reducir el grado de miopía que presentaba en ambos ojos, sin tener en cuenta circunstancias que hacían desaconsejable este procedimiento, lo cual produce después de la operación defectos de visión en el ojo derecho. Durante el procedimiento quirúrgico el oftalmólogo se hizo acompañar de un MIR, quien, pese a su poca experiencia en los quirófanos, era consciente de los riesgos que reportaba tal intervención, y, sin embargo, procedió a auxiliar al especialista. Esta situación hace pensar en la existencia de una división vertical del trabajo en equipo entre el especialista y el MIR, en la que falta el acuerdo común respecto del comportamiento descuidado, actuando el segundo bajo las instrucciones del primero, lo que hace descartar de plano que ambos puedan responder como coautores de las lesiones que pudieran presentarse en el paciente; sin embargo, es claro que el oftalmólogo ha determinado objetivamente y positivamente el

hecho y por lo tanto ha de responder a título de autor unipersonal de las lesiones causadas, reduciéndose la intervención del MIR a una ayuda no necesaria, porque la cirugía bien hubiera podido llevarse a cabo aún sin su colaboración; al cooperar en el desarrollo del procedimiento conociendo las complicaciones que esta podría tener, la responsabilidad del MIR sólo lo será a título de partícipe, como cómplice (simple), tratándose de una participación impune, en atención a las razones anteriormente expuestas.

Continuando con los supuestos, en una intervención quirúrgica de alta complejidad en la que se llevaba a cabo una cirugía de trasplante de riñón, el cirujano después de haber procedido a realizar el trasplante del órgano y en la parte final de la intervención quirúrgica delega en el MIR realizar la sutura, retirándose del quirófano y dejando solo al MIR llevar a cabo este procedimiento, quien durante el mismo comete algunos errores que posteriormente en el proceso de curación del paciente produjeron una septicemia, causándole la muerte al paciente. En este caso, estamos ante un supuesto de autoría mediata por parte del médico cirujano que delega el procedimiento, dejando su función en manos del MIR, donde si bien este último comete una infracción al deber de cuidado, sólo podrá ser cooperador necesario imprudente en el resultado lesivo, por lo tanto su comportamiento será impune; situación diferente será la del médico cirujano, frente a quien no cabe la menor duda que es quien determina objetiva y positivamente el hecho utilizando al MIR en la actuación descuidada⁵³⁸.

⁵³⁸ De acuerdo con DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 646, explica que “lo importante para saber si el sujeto de atrás es autor o partícipe, será determinar si la acción del instrumento es a su vez objetivamente de autoría (aunque por falta de otros elementos del tipo no pudiera, en ocasiones, considerársele autor en sentido penal), o sea determina objetiva y positivamente el hecho, o de participación (independientemente también de si, por faltar algún elemento genérico del tipo, por ejemplo el dolo, no se le puede considerar partícipe penalmente relevante”. Por otra parte, ROSO CAÑADILLAS, *Autoría imprudente*, 2002, advierte una serie de

Para finalizar, habrá que decir, que cuando exista imprudencia médica que pueda ser atribuible a dos o más miembros del equipo médico en división horizontal o vertical, el operador jurídico tendrá que analizar detenidamente las circunstancias de cada caso en concreto para determinar no sólo la materialización de la infracción del deber objetivo de cuidado, sino también la definición de las responsabilidades que deben ser atribuibles a cada uno de los miembros participantes en el procedimientos.

Por lo anterior y para concluir este capítulo quiero presentar un caso resuelto por la CSJ en Colombia, cuyos argumentos dejan serias inquietudes respecto de la claridad que pueda tener este máximo órgano judicial frente al tema de la coautoría imprudente en materia sanitaria⁵³⁹.

combinaciones que se pueden presentar cuando el sujeto de atrás interviene en el hecho con imprudencia: “1)el sujeto de atrás actúa con imprudencia consciente y el sujeto de delante bajo un error invencible: autoría mediata. 2) el sujeto de atrás con imprudencia consciente, el sujeto de delante con imprudencia inconsciente: autoría mediata; 3)el sujeto de atrás con imprudencia consciente, el sujeto de delante también: participación imprudente impune en el sujeto de atrás o autoría mediata; 4) el sujeto de atrás con imprudencia inconsciente, el sujeto de delante con un error invencible: autoría mediata; 5) el sujeto de atrás con imprudencia inconsciente, el sujeto de delante con imprudencia inconsciente: participación imprudente impune o autoría mediata; 6) el sujeto de atrás con imprudencia inconsciente, el sujeto de delante con imprudencia consciente: participación imprudente impune o autoría mediata. En este último caso, como en todos aquellos en los que he mencionado la posibilidad de participación y autoría mediata, considero que aunque el principio general sea el de que una superioridad de conocimiento implica una determinación objetiva del hecho mediata y por tanto la autoría, hay relaciones entre el sujeto de delante y el de atrás en las que influyen otros condicionantes, como puede ser la especial competencia que también coloca al sujeto de atrás en una posición de superioridad.”

⁵³⁹ Interesa especialmente trabajar esta sentencia porque en Colombia son pocas las providencias resueltas por la Corte Suprema de Justicia en eventos de responsabilidad médica en equipo, y, además, porque, como se dijo, se percibe el poco desarrollo que

a7) A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal de Colombia de 8 de noviembre de 2007. Proceso: 27388

Los temas que han venido siendo tratados a lo largo de este capítulo, sirve para analizar y dar respuesta a algunas inquietudes que surgen como producto de la lectura que se hace de la sentencia proferida por la CSJ de Colombia el 8 de noviembre de 2007 (Proceso 27388), referente a un supuesto de responsabilidad penal médica por imprudencia con resultado muerte de una mujer que ha dado luz y de su hijo recién nacido; la muerte se produce al parecer como consecuencia de algunos actos de imprudencia en los que incurrían dos de los médicos que atendieron a la mujer cuando esta se encontraba en estado de embarazo.

Lo que se pretende a continuación es analizar si se comparten o no los argumentos de la CSJ a través de la que se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que previamente había declarado penalmente responsables a los galenos como autores de un concurso de homicidios imprudentes.

a7.1) Resumen de la sentencia

La sala penal de la CSJ de Colombia en sentencia del 08-11-2007 emite decisión sobre el caso que a continuación se describe, acudiendo a los argumentos que pasó a resumir brevemente:

El 10 de julio de 1997, la señora I.P.A., en estado de gestación de 25 semanas aproximadamente y a quien se le había diagnosticado

ha tenido el tema de la coautoría imprudente en la actividad sanitaria, con utilización de argumentos un poco confusos.

'placenta previa', ingresó en el hospital E.T. de Bogotá después de manifestar síntomas de sangrado vaginal y expulsión de coágulos por dicho conducto, recibiendo atención y tratamiento prescrito por el doctor F.G.T, médico adscrito a dicha entidad, quien le dio de alta el 12 de julio siguiente⁵⁴⁰.

La señora I.P.A. ingresa de nuevo en el centro hospitalario el 17 de julio de 1997 al continuar con el sangrado; en esta oportunidad es atendida por otro galeno llamado F.B.B., quien, además de ser el director de la mencionada institución, procedió entre otras cosas a realizarle un tacto vaginal para determinar la gravedad del estado de la gestante.

En los días siguientes, el cuidado y atención de la paciente fueron delegados en el médico que atendió a la mujer cuando ingresó por primera vez en el centro hospitalario, es decir, el doctor F.G.T., quien el 21 de julio de 1997 consideró necesaria la remisión de la gestante a un centro hospitalario de mayor complejidad para que se continuara con el tratamiento. Sin embargo, al no ser posible el traslado por vías regulares, el esposo de la señora I.P.A. decidió trasladarla por sus propios medios⁵⁴¹ al centro de urgencias del Hospital S.J., donde fue recibida el 22 de julio de 1997.

Debido a lo anterior, la señora I.P.A. fue intervenida quirúrgicamente en el centro hospitalario S.J., dando a luz prematuramente a H.Y.V.A; sin embargo, debido al estado de salud de ambos, los dos fallecieron en los siguientes 26 y 29 de julio de 1997, respectivamente.

Atendiendo a estos hechos, el Juzgado Cincuenta y Cuatro Penal del Circuito de Bogotá profirió sentencia en contra de los doctores F.B.B. y F.G.T. y los condenó como autores responsables del delito de homicidio

⁵⁴⁰ Las abreviaturas que identifican los nombres del centro hospitalario, de la paciente, el menor y los médicos, son elaboraciones mías.

⁵⁴¹ Al día siguiente de la orden de remisión.

culposo por la muerte de la señora I.P.A. y de su hijo H.Y.V.A., sentencia que fue apelada y confirmada en su integridad por el Tribunal Superior de Bogotá.

En la sentencia proferida por la C.S.J. los argumentos esgrimidos por Tribunal para confirmar la providencia del Juzgado Cincuenta y Cuatro Penal del Circuito de Bogotá, son resumidos así: “Adujo el ad quem en sustento de tal decisión que los procesados obraron con impericia y negligencia, en la medida en que crearon un riesgo jurídicamente desaprobado que repercutió en los resultados de muerte, al haber acogido a I.P.A. como paciente a sabiendas de que presentaba un embarazo de alto riesgo y de que el Hospital E.T., catalogado como un centro de atención de nivel dos, no contaba con los recursos necesarios para salvaguardar su vida ni la del *nasciturus*, lo cual se agravó aún más en tanto que el doctor F.B.B., el día que la examinó, le efectuó un tacto vaginal que, de acuerdo con el dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal que obra en el expediente, de ninguna manera era recomendable hacer por el peligro de desencadenar una hemorragia profusa en detrimento de la vida materna y fetal.”⁵⁴² Y agrega la CSJ: “Igualmente, precisó el Tribunal que el hecho de que el 21 de julio de 1997 se haya intentado la remisión de la paciente a una institución hospitalaria de nivel tres no era de la trascendencia que le había pretendido asignar la defensa técnica y material de los procesados, como quiera que, a esa altura de las circunstancias, la reacción de los médicos tratantes no sólo fue tardía, sino que el mayor daño ya estaba causado. Finalmente, señaló que era posible plantear en este caso una participación en el delito culposo, en tanto la responsabilidad de los procesados se predique como concierto en el acto productor del resultado y no como concierto en la producción del mismo”.

Contra estas decisiones los defensores de los médicos F.B.B. y F.G.T. interpusieron recurso de casación ante la CSJ fundamentando entre

⁵⁴² Abreviaturas hechas por mí.

otras cosas que la paciente entre el 17 y 21 de julio no arrojó líquido amniótico, además salió en buen estado del centro hospitalario después de que los galenos hicieran todo lo posible para trasladarla a una clínica de mayor nivel. Se cuestiona además el criterio del Tribunal Superior de Bogotá sobre el hecho que se consideran a los procesados como coautores de un concurso de homicidios imprudentes.

Atendiendo a estos antecedentes, la CSJ procede a desestimar las formulaciones hechas por los defensores de los procesados, centrando su atención en dos grandes temas: por un lado, la teoría de la imputación objetiva y el riesgo creado⁵⁴³, y por otro lado, la coautoría

⁵⁴³ Al respecto manifestó la CSJ que los comportamientos de los médicos F.B.B. y F.G.T. son imputables objetivamente porque elevaron un riesgo para la salud de la gestante y del nacidurus por fuera de lo permitido. Textualmente advierte lo siguiente: “En primer lugar, la reglas del arte médico, que se encuentran consagradas en nuestro ordenamiento jurídico en la ley 23 de 1981, establecen que ‘*el médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados*’ (artículo 15 de la señalada ley) y que el primero tiene la obligación de informarle al segundo acerca de las posibilidades de reacciones adversas que se puedan producir con ocasión del tratamiento brindado (artículo 16 ibídem)./Lo anterior significa que el médico ostenta una *posición de garante*, que se materializa en deberes de protección e información, respecto de las personas que tenga a su cargo./ En segundo lugar, el deber de cuidado en este caso radicaba, de acuerdo con la conclusión del Instituto Nacional de Medicina Legal que fue acogida por las instancias, en que una persona con diagnóstico de placenta previa como I.P.A. debía considerarse en *embarazo de alto riesgo* y, por lo tanto, tenía que ser atendida en un centro asistencial de tercer nivel, y no en uno de segundo nivel como el Hospital E.T./ En este orden de ideas, cuando a raíz de su delicado estado de salud I.P.A. ingresó por primera vez al Hospital E.T. el 10 de julio de 1997 y fue atendida por F.G.T., tal como se observa en la historia clínica correspondiente, éste, al adquirir la condición de *médico tratante* de aquella, no sólo se convirtió en *garante* de la vida de la paciente y del hijo que estaba por nacer, sino que además tenía la obligación de prescribir, desde ese instante, su traslado a un centro de salud que tuviera la capacidad de manejar el embarazo de alto riesgo que él reconoció que presentaba, ya que ese mismo día anotó en la historia clínica que tenía ‘*antecedente de placenta previa por ecografía*’./ Es decir, examinando la acción desde un punto de vista *ex ante*, la Sala observa que una persona inteligente situada en la posición del procesado, con los conocimientos y títulos que ostentaba como profesional de la medicina, tenía que

imprudente y la forma de participación de los médicos F.B.B. y F.G.T.; sin embargo, atendiendo a que aquí lo que nos interesa específicamente es el tema de la coautoría imprudente, me referiré exclusivamente a lo tratado por la CSJ sobre esta figura.

saber que un embarazo con placenta previa como el que presentaba I.P.A. era de alto riesgo y debía ser tratado en una institución hospitalaria de superior nivel. Por lo tanto, lo que hizo fue crear un riesgo no permitido al dejar que la paciente permaneciera bajo observación en el Hospital E.T. hasta el 12 de julio siguiente y al no informarle del peligro que ello representaba. / Por su parte, el doctor F.B.B., de acuerdo con una valoración *ex ante* y teniendo en cuenta sus conocimientos especiales en la rama de la medicina, elevó el riesgo creado al autorizar el 17 de julio de 1997 el reingreso de la paciente con los antecedentes de placenta previa que padecía y al examinarla ese mismo día, tal como se aprecia en la historia clínica, con lo cual adquirió para esa específica ocasión la condición de médico tratante y, por lo tanto, de garante tanto de la hoy fallecida como del *nasciturus*, más allá de su calidad de director general de la institución hospitalaria. / En otras palabras, desde cuando observó los antecedentes clínicos que presentaba I.P.A., el doctor F.B.B. adquirió el deber de realizar las gestiones necesarias para obtener el traslado de la paciente a una institución hospitalaria de nivel tres, o bien de informarle acerca de los riesgos que se generaban para la vida y salud tanto de ella como del hijo que estaba por nacer en el evento de que siguieran en el Hospital E.T., pero lo que en cambio hizo fue disponer que ésta continuara bajo la atención y el cuidado de los médicos de la institución que dirigía. / nTal riesgo se incrementó todavía más cuando F.B.B. corroboró en diligencia de indagatoria que el día en que examinó a I.P.A. le realizó un tacto vaginal, acción que, según el Instituto Nacional de Medicina Legal, *‘no se aconseja practicar [...] por el peligro de desencadenar una hemorragia profusa e incontrolable que puede poner en peligro la vida materna y fetal’.* / Finalmente, el peligro de afectación al bien jurídico de la vida se intensificó con el comportamiento del médico F.G.T, quien según la historia clínica estuvo atendiendo a la paciente los días 18, 19, 20 y 21 de julio de 1997 y sólo hasta el último día ordenó con su puño y letra la *‘remisión a centro de más complejidad’* (...) “Por último, el riesgo atribuible a cada uno de los profesionales de la salud se realizó en los resultados de muerte a la postre suscitados, ya que en la actuación de los médicos del Hospital S.J., tal como lo advirtió el Instituto Nacional de Medicina Legal, no se aprecia irregularidad o desconocimiento alguno de la *lex artis* que rompiera el nexo de determinación entre el peligro provocado y las lesiones al bien jurídico al final producidas, teniendo en cuenta todas las circunstancias que se conocieron *ex post*”.

En lo que respecta a la coautoría imprudente, parte la CSJ de diferenciar entre coautoría propia o pluriautores⁵⁴⁴ y la coautoría impropia (a la que denominan coautoría funcional del hecho)⁵⁴⁵; posteriormente se realiza un análisis de las diferentes posturas de la doctrina de ROXIN y de JAKOBS para determinar la posibilidad de admitir o no la coautoría imprudente en los comportamientos desplegados por los galenos, para finalmente concluir la imposibilidad de admitir criterios de coautoría imprudente dando la impresión de adherirse a un concepto unitario de autor. Al respecto dice la CSJ:

“En el asunto que centra la atención de la Corte, el juez de primera instancia condenó a los procesados a título de autores penalmente responsables del concurso de delitos endilgado.

El Tribunal Superior de Bogotá confirmó el anterior proveído y aclaró en la parte motiva del mismo que sí era posible plantear una coparticipación en el delito culposo, en la medida en que el acuerdo de voluntades se predique de la acción que produjo el resultado típico y no del propósito de producirlo.

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, lo que quería sostener el ad quem era que el riesgo jurídicamente desaprobado fue administrado por más de una persona en el presente asunto y, por lo tanto, éste les competía a los procesados. Es decir, que cada una de las acciones emprendidas por los doctores F.G.T. y F.B.B. no fue suficiente para la producción del resultado típico sino que el mismo se concretó debido a la concurrencia de ambas.

⁵⁴⁴ Desde hace algunos años la CSJ realiza una extraña diferenciación entre coautoría propia e impropia. La primera me parece no deja de ser más que una autoría accesoria. Es definida por el alto Tribunal como aquella en la que convergen varios sujetos en la realización de la conducta, pero se considera que cada una de las contribuciones fue suficiente para producir por sí sola el resultado típico. La segunda es la coautoría propiamente dicha y está contemplada en el inciso 2° del artículo 29 del Código penal colombiano. De acuerdo con la CSJ es aquella en la que concurren una división plural del trabajo, una decisión común al hecho y un aporte significativo durante la ejecución del mismo; es decir, los requisitos que exige la coautoría en la teoría del dominio funcional del hecho.

⁵⁴⁵ La cual, como ha quedado claro, no satisface los presupuestos de la coautoría, al menos a partir de los argumentos expuestos en este trabajo.

Sin embargo, dado que en el delito imprudente la ley no distingue las clases de participación ni las formas de causación del resultado típico, como también se acabó de analizar, cada uno de los procesados recibió un tratamiento uniforme a título de autor.

En este orden de ideas, no es cierto, como al parecer lo entendió el demandante, que el Tribunal construyó una coautoría impropia o funcional para el delito imprudente cometido por los procesados, e incluso, en el caso de que así lo hubiera hecho, el defensor tenía que haber sustentado las razones por las cuales esta figura no podía ser de recibo en nuestro ordenamiento jurídico, como quiera que la misma ni siquiera corresponde a un imposible dogmático según un creciente sector de la doctrina.”

a7.2) Análisis de los argumentos de la CSJ y toma de postura

En términos generales hay que decir que los argumentos que la CSJ emplea para tratar de resolver el presente caso resultan un poco confusos y contradictorios entre sí; parece ser que aunque finalmente en el fallo se toma la decisión de adherirse a las doctrinas mayoritarias alemanas, que niegan la coautoría imprudente (por considerar ya directamente a todos los intervinientes imprudentes: autores), a lo largo de la exposición se confunden las diferentes formas de autoría. Por ello surgen algunos interrogantes que a continuación pretendo resolver para asumir una posición frente a los argumentos expuestos por la CSJ: ¿Realmente le asiste razón a la CSJ cuando considera que los médicos actuaron en calidad de autores? ¿La responsabilidad de los médicos corresponde a alguna forma de autoría? ¿Está aceptando la CSJ la doctrina del concepto unitario de autor para negar la existencia de la coautoría o, peor, de la distinción entre autoría y participación en los delitos imprudentes en Colombia?

No obstante, antes de entrar a resolver estas cuestiones me parece importante mencionar un tema de la sentencia que me ha llamado la atención y que, si bien es cierto no es un problema de autoría y sus

formas, considero que no se puede dejar pasar por alto aunque no realice un estudio profundo de la cuestión, para por lo menos dejarlo planteado: se trata de verificar si el comportamiento de los médicos fue calificado por la CSJ en virtud de una conducta comisiva imprudente o de comisión por omisión, pues los argumentos expuestos en el fallo no ofrecen mucha claridad al respecto, por lo siguiente:

Por una parte encontramos que la CSJ fundamenta la tesis de la responsabilidad del médico F.B.B. acudiendo a dos razones: la primera de ellas, autorizar el reingreso de la paciente el 17 de julio de 1997, pese al conocimiento que éste tenía⁵⁴⁶ de que la misma presentaba diagnóstico de placenta previa y que debía ser remitida a un hospital de mayor nivel; la segunda de ellas, consiste en el procedimiento que a continuación realiza en la paciente, es decir, practicarle un tacto vaginal que, de acuerdo con el dictamen de medicina legal, podría tener como consecuencia el aumento de la hemorragia de la señora I.P.A..

Por otra parte, encontramos que la CSJ, frecuentemente insiste en que el comportamiento que desencadena la muerte de la gestante y su bebé obedece a la omisión en la que incurren los médicos tratantes F.B.B. y F.G.T. al no trasladar oportunamente a la paciente a un hospital de mayor nivel en el que hubieran podido brindarle el tratamiento adecuado de conformidad con su diagnóstico, indicando además, que éstos adquieren papel de garante a partir del momento en que deciden atender a la paciente.

Da la impresión entonces que la CSJ, en su exposición, no está muy segura de cuál fue en realidad el comportamiento que desencadena las muertes producidas, pues por un lado advierte que pudo ser la acción desplegada por F.B.B. al practicar el tacto vaginal en la paciente, pero, por otro lado, explica que el comportamiento fue de omisión impropia

⁵⁴⁶ De acuerdo con la historia clínica.

por concurrir en los sentenciados los requisitos exigidos para que se de esta figura. Sin embargo, considero que la CSJ está asumiendo la conducta médico-sanitaria en un sentido amplio, ya que la intervención médica puede entenderse integrada tanto por aspectos activos, como pasivos⁵⁴⁷.

Comentada esta cuestión, pasaré en lo que sigue a analizar las inquietudes que surgen inicialmente como consecuencia de las contradicciones existentes respecto de la forma de autoría que corresponde a la actuación de los médicos en esta sentencia.

El primero de los interrogantes que dejé planteado consiste en determinar si realmente le asiste razón a la CSJ cuando considera que los médicos actuaron en calidad de autores. Desde que se hizo el análisis general sobre la autoría, se dejó claro que, si se atienden principios garantistas de un Derecho penal que debe regir en un Estado de Derecho, se debe acudir a un concepto restrictivo de autor⁵⁴⁸ partiendo de la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho;

⁵⁴⁷ Así por ejemplo RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 158 (en prensa), pone de presente el siguiente supuesto: “En relación con las intervenciones quirúrgicas en las que el cirujano se deja olvidada una gasa en el cuerpo del paciente, el dividir la conducta del médico entre la introducción de la gasa y la extracción de la misma es una exageración. El médico lleva a cabo múltiples actuaciones sucesivas a lo largo de una intervención quirúrgica que forman parte de un acto global, consistente en operar. Al igual que se distingue entre introducir la gasa y extraer la gasa también se podría establecer como referente de la valoración penal la conducta de ‘operar sin llevar a cabo el cuidado debido’, es decir, una conducta activa”. Aunque hay que advertir que en algunos casos este autor considera que no en todas las intervenciones médicas opera esa conducta global y por lo tanto habrá que calificar la conducta activa u omisiva, según el caso (V. p. 150 ss.)

⁵⁴⁸ Criterio que no merece mayores discusiones a partir de las normas establecidas en la legislación española y colombiana, pues en ellas claramente se distingue entre autores y partícipes. Aunque advierto, que en la española de manera bastante menos clara, aunque la doctrina lo interpreta así. (V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, 148 ss.)

no obstante, si se acude a los argumentos utilizados por la CSJ, se puede observar que el camino utilizado para concluir que los médicos son autores de un concurso de homicidios imprudentes son diferentes a la teoría que en este trabajo se ha venido defendiendo; de hecho tampoco resulta clara la teoría que asume la CSJ para declarar la autoría de estos galenos, pues, aunque en un principio se muestra partidaria de la doctrina del dominio funcional del hecho⁵⁴⁹, finalmente para este caso en concreto niega que se haya acudido a la misma⁵⁵⁰, es decir, la CSJ toma la decisión de que los doctores F.G.T. y F.B.B. son autores de los delitos de homicidio por el simple hecho de probar que en el comportamiento de los médicos hubo infracción del deber de cuidado que supero el riesgo permitido y que consistió por un lado al practicarle el tacto vaginal a la mujer y por otro al no trasladarla oportunamente a un hospital de tercer nivel.

Pero, de acuerdo con la postura asumida en este trabajo, para establecer la presencia de la autoría, la CSJ debió haber analizado si los médicos procesados realmente determinaron objetiva y positivamente el hecho causante de las muertes, lo que para mí en este caso en concreto es posible, si se tiene en cuenta que ambos médicos, desde el momento que conocen el diagnóstico de placenta previa de la paciente y al no hacer nada para brindar el tratamiento que debía ser ofrecido en un hospital de mayor nivel⁵⁵¹, están decidiendo con su omisión el “sí” y el “cómo” desencadenando el peligro concreto que concluye con la muerte de la gestante y su bebé, lo cual los convierte a ambos en autores de la conducta infractora del deber objetivo de cuidado.

⁵⁴⁹ Como sucede en otras sentencias desde hace algunos años.

⁵⁵⁰ Al respecto dice la CSJ en la sentencia: “No es cierto, como al parecer lo entendió el demandante, que el Tribunal construyó una coautoría impropia o funcional para el delito imprudente cometido por los procesados”.

⁵⁵¹ Pues de acuerdo con las normas establecidas por la OMS las mujeres con placenta previa deben ser remitidas a hospitales de un nivel superior.

Ahora bien, ese comportamiento de los médicos como autores, ¿debe responder a qué forma de autoría? Realmente creo que este es uno de los puntos más polémicos de la sentencia, pues, aunque la Corte finalmente concluye que cada uno de los médicos debe responder como autor individual de los homicidios imprudentes, los argumentos que brinda para llegar a esa conclusión resultan contradictorios, sobre todo por la siguiente afirmación: “Cada una de las acciones emprendidas por los doctores F.G.T. y F.B.B. no fue suficiente para la producción del resultado típico sino que el mismo se concretó debido a la concurrencia de ambas”; es decir, si cada uno de los comportamientos desplegados por los médicos, por sí solos resultaban insuficientes para causar la muerte de la paciente y de su hijo, entonces resulta confuso que luego se afirme que cada uno de los galenos debe responder como autor unipersonal de los homicidios.

Por lo anterior, habría que decir que de adoptarse los argumentos que propone la CSJ por obvias razones se tendría que descartar de plano la autoría accesoria imprudente, pues para que se dé esta figura cada una de las acciones han de ser determinantes⁵⁵² para la producción del resultado, sin que exista un acuerdo común entre ellas, pero siguiendo las conclusiones de la CSJ –esto no implica que se compartan sus argumentos, sólo se analizan para determinar la coherencia o no de los mismos–, para el caso en concreto los comportamientos desplegados por los galenos por sí solos carecían de idoneidad para producir el fatídico desenlace.

Lo único que queda por analizar es si la Corte opta por responsabilizar a los facultativos como coautores imprudentes de los homicidios. Sobre este asunto en particular la CSJ niega expresamente la coautoría en los delitos imprudentes, desvirtuando el criterio del Tribunal Superior de Bogotá, que sí la había aceptado; al respecto dice la CSJ: “El Tribunal

⁵⁵² Pero sí cada uno de los comportamientos son determinantes por sí solos, habría que hablar de coautoría.

Superior de Bogotá confirmó el anterior proveído y aclaró en la parte motiva del mismo que sí era posible plantear una coparticipación en el delito culposo, en la medida en que el acuerdo de voluntades se predique de la acción que produjo el resultado típico y no del propósito de producirlo” (...) “De acuerdo con lo expuesto en precedencia, lo que quería sostener el ad quem era que el riesgo jurídicamente desaprobado fue administrado por más de una persona en el presente asunto y, por lo tanto, éste les competía a los procesados” (...) “Sin embargo, dado que en el delito imprudente la ley no distingue las clases de participación ni las formas de causación del resultado típico, como también se acabó de analizar, cada uno de los procesados recibió un tratamiento uniforme a título de autor.” (...) “En este orden de ideas, no es cierto, como al parecer lo entendió el demandante, que el Tribunal construyó una coautoría impropia o funcional para el delito imprudente cometido por los procesados”. Esta interpretación que realiza la CSJ respecto de lo dicho por el Tribunal tampoco resulta convincente, pues precisamente lo que hace este último órgano es admitir que el requisito subjetivo exigido para la coautoría imprudente converge, es decir, que es posible el acuerdo común como elemento de la coautoría imprudente, el cual se produjo en este caso respecto del comportamiento que en conjunto desarrollaron los médicos. Sin embargo, la CSJ niega tajantemente la posibilidad de responsabilizar a título de coautoría imprudente a los facultativos, al aceptar un argumento totalmente opuesto, es decir, que no es posible el común acuerdo en este tipo de delitos.

En el caso en concreto lo que está haciendo la Corte es adherirse a la propuesta mayoritaria de la doctrina alemana que ve imposible la coautoría imprudente y aboga por un concepto unitario de autor, pese a que en los delitos imprudentes es rechazable un concepto unitario de este, por las razones anteriormente expuestas. Como se dijo antes la coautoría imprudente sí es posible, no sólo para la legislación española, sino también para la colombiana; cuando el legislador en Colombia define la coautoría no limita su aplicación exclusivamente a los delitos

dolosos, lo que permite concluir que en los delitos imprudentes converjan todas las formas de autoría aplicables a los delitos dolosos; por lo tanto, se insiste una vez más que es posible la coautoría imprudente y en el caso que ha sido estudiado no debe descartarse.

En su momento se dijo que para que poder hablar de coautoría imprudente es necesario que concurren dos requisitos, uno objetivo y otro subjetivo. El primero de ellos requiere de dos o más comportamientos que co-determinen objetiva y positivamente una conducta típica, en el presente caso –y alejándonos ya de los argumentos esgrimidos por la CSJ– el primer requisito se cumple cuando los médicos F.G.T. y F.B.B. que son los encargados de atender a la paciente en el primer hospital, con sus conductas infringen el deber de cuidado que culmina en la pérdida de la vida de la paciente y su hijo, al no trasladar a la paciente a un centro hospitalario de mayor complejidad donde pudo haber sido atendida oportunamente y con el tratamiento que requería su patología. El segundo requisito, es decir, el acuerdo común, se comienza a construir a partir del instante en que ambos galenos por separado atienden a la paciente, pero se concreta cuando el médico F.B.B. designa nuevamente en F.G.T. retomar la atención de la paciente, existiendo un trabajo en equipo que es dividido en los diferentes momentos en los que es atendida la paciente por cada galeno; se trató entonces de un acuerdo tácito recíproco entre los médicos F.B.B. y F.G.T., que logra concretarse a partir del momento en que los galenos observan la historia clínica de la mujer, en la que se informaba de un diagnóstico de placenta previa, adquiriendo conocimiento y voluntad recíproca de autorizar el traslado oportuno de la paciente a un hospital de mayor nivel para que allí recibiría el tratamiento adecuado a su diagnóstico.

En conclusión, los argumentos que ha expuesto la CSJ para declarar la autoría de los médicos F.G.T y F.B.B han de desestimarse, porque carecen de solidez y coherencia: primero porque queda desvirtuado el

argumento de la CSJ en el que sostiene que no es posible la coautoría imprudente, pues en la ley penal colombiana es posible su aplicación y en el caso en concreto también lo es. Segundo, porque si la CSJ concluye que los comportamientos de cada uno de estos profesionales de la salud no fueron suficientes, por sí solos cada uno, para la producción del resultado, la CSJ se contradice cuando atribuye a cada uno de los galenos la autoría individual o unipersonal por la muerte de la mujer y su hijo. Tercero, porque no resulta suficiente para apreciar la imprudencia médica la infracción del deber objetivo de cuidado, sino es necesario que el operador jurídico realice un exhaustivo examen sobre quiénes debe recaer esta responsabilidad y la calidad en que deben responder los intervinientes.

5. Recapitulación

A lo largo de este capítulo se ha venido reiterando la importancia que para la actividad médica contemporánea reviste el trabajo en equipo; por lo tanto, se ha realizado un estudio a través del cual se refleja el tratamiento que la doctrina y la jurisprudencia vienen brindando al trabajo en equipo en la actividad sanitaria, no solamente en lo que corresponde a la división de trabajo y la aplicabilidad del principio de confianza, sino a la coautoría y la forma de diferenciarla de otras formas de autoría y de la participación.

Por lo tanto, finalizado este capítulo, a continuación expondré las principales conclusiones a las que se han llegado en el desarrollo del mismo:

1. La medicina en equipo exige, tanto en el ámbito jurídico como en el sanitario, la necesidad de delimitar las respectivas responsabilidades, normalmente imprudentes, de los diversos miembros del equipo y, en este sentido, la dogmática penal ha

2. La división del trabajo en equipo en la actividad sanitaria contemporánea es más que necesaria. Para que esta opere de manera efectiva, habrá que distinguir entre división horizontal y vertical, entendiendo que la primera se presenta como una relación que se da entre iguales, es decir, entre profesionales, facultativos y no facultativos, cada uno con una formación similar, desarrollando una actividad autónoma e independiente, pero coordinada, sin olvidar que la relación entre estos de todas maneras siempre va a depender de las funciones asignadas en el organigrama competencial de la entidad sanitaria. La segunda se entiende como una relación de jerarquía en la que existe una formación distinta entre los diferentes miembros del equipo, entendiendo por esta no sólo la titulación, sino también la experiencia acumulada en la vida profesional⁵⁵³, y unas funciones competenciales superiores e inferiores.

3. Por otra parte, la división del trabajo en horizontal y en vertical, tal y como señala la mayoría de la doctrina, no constituye criterio suficiente, ni mucho menos determinante, a la hora de identificar la responsabilidad de los miembros del equipo de trabajo, sino que simplemente sirve de fundamento para establecer criterios generales en relación con la extensión del principio de confianza. En términos generales, 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.

⁵⁵³ V. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 383 (en prensa).

4. Es necesario tener en cuenta que, si bien el principio de confianza sirve como criterio delimitador de la responsabilidad del trabajo vertical u horizontal, este no opera de manera absoluta en la actividad médico-sanitaria. Me refiero a que no siempre el profesional de la salud que ha realizado alguna actividad en equipo va a poder argumentar en su favor que su comportamiento descuidado obedece a la confianza que le reporta la actuación de sus demás compañeros de equipo; por lo tanto, lo problemático de esta figura consiste en determinar el alcance del principio de confianza, es decir, hasta dónde puede confiar un sujeto en la correcta actuación del que con él interactúa en el desarrollo conjunto de una actividad. Así, será preciso delimitar la forma en que 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.

5. El límite entre el principio de confianza y la división horizontal de trabajo se halla en la ruptura de la normalidad, es decir que, 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 prescribe 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. Por lo tanto, en los casos de división horizontal de trabajo, el principio de confianza se va a ver limitado en aquellos eventos en los que cualquiera de los intervinientes que se halla en situación de igualdad con sus demás compañeros reconoce que existe una evidente infracción del deber objetivo de cuidado por parte de alguno de aquellos en el desarrollo de la actividad.

6. Cuando se trata de la división vertical de trabajo, el principio de confianza encuentra una especial limitación en virtud de los deberes secundarios de selección, instrucción, coordinación, vigilancia, control o supervisión que tiene el superior jerárquico frente al subordinado. Estos deberes se encuentran divididos en dos grupos: los primeros se corresponden con los deberes de selección, instrucción, coordinación, y los segundos con la vigilancia, control o supervisión.
7. El cumplimiento de estos deberes limita la posibilidad de confiar; por lo tanto, el sujeto sólo podrá hacerlo si previamente ha seleccionado, instruido y coordinado las tareas del subordinado, si se cumple con estos tres deberes, el superior jerárquico, no hallará motivos que le hagan desconfiar de la idoneidad del tercero para llevar a cabo la función delegada. No obstante, el cumplimiento de estos deberes no será suficiente si con posterioridad el superior jerárquico no controla, vigila o supervisa de manera general que las funciones que él mismo le ha encomendado al inferior, son desempeñados adecuadamente por este.
8. No obstante lo anterior, en la actividad sanitaria no será suficiente tener claridad sobre la forma en qué operan la división de funciones y el principio de confianza, pues en supuestos en los que este último ha perdido su eficacia, la determinación de la responsabilidad de los miembros del equipo médico continúa presentando dificultades; es decir que cuando la infracción del deber objetivo de cuidado corresponde a dos o más sujetos intervinientes en la actividad sanitaria, uno de los principales problemas tiene que ver con el tratamiento que se le debe otorgar a los actores de la infracción. Es posible que varios de los miembros que conforman el equipo yerren en la parte de trabajo que les fue asignada, causando así lesiones o incluso la muerte

del paciente, pero esto no implica que se deba responsabilizar a todo el equipo médico a título de coautores.

9. En los delitos imprudentes, caben todas las formas de autoría; por lo tanto, se debe rechazar un concepto unitario de autor, pues también en los delitos imprudentes, es posible distinguir en estos, entre autoría individual o unipersonal, coautoría, autoría accesoria imprudente y participación imprudente impune (salvo específica previsión de ley).

10. En la actividad sanitaria es posible hablar de coautoría imprudente por lo general en división de trabajo horizontal, sin descartar por completo su análisis en las relaciones verticales, siempre que se cumplan los requisitos para su apreciación; es decir, dos o más conductas de facultativos y/o no facultativos⁵⁵⁴ que se encuentren división de trabajo o acumulación de esfuerzos en relación horizontal o vertical las cuales co-determinan objetiva y positivamente una conducta típica (aspecto objetivo), mediando acuerdo común, previo o concomitante, expreso o tácito, respecto de las tareas que cada uno de los intervinientes va a desarrollar (aspecto subjetivo). Por lo tanto, cuando no existe acuerdo y se cumple con el primer requisito y se produce un resultado típico, estaremos ante un supuesto de autoría accesoria. La autoría accesoria imprudente se da siempre y cuando los comportamientos conjuntos de los sujetos no acordados e infractores del deber de cuidado sean cada uno de ellos por sí solos determinantes para causar el resultado típico, pero para que sea punible, el resultado debe ser objetivamente imputable al menos a una de las conducta o ambas, siendo objetivamente previsible la concurrencia de la otra conducta imprudente que (co) determina el curso del hecho. Sin embargo, en las divisiones

⁵⁵⁴ Ya habíamos dicho cuando se trato el tema de la división horizontal de trabajo que esta podría darse tanto entre facultativos, como no facultativos.

horizontales o verticales de trabajo, cuando en el equipo médico se presenta alguna imprudencia habría de analizarse también si estamos frente a una autoría inmediata o mediata. Ahora bien, tanto en las relaciones de división horizontal o vertical, si no se dan los requisitos propios de la autoría en sus diferentes formas, específicamente con lo que tiene que ver con la determinación objetiva y positiva del hecho, pero sin embargo, el especialista o el auxiliar han prestado una ayuda⁵⁵⁵ al facultativo o no facultativo autor de una conducta imprudente, estaríamos frente a un caso de participación imprudente impune.

⁵⁵⁵ Lo más común en los supuestos de la actividad sanitaria es la cooperación necesaria y la complicidad.

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDAD PENAL POR IMPRUDECIA EN LA ACTIVIDAD PSIQUIÁTRICA

1. Introducción

En la Medicina se combinan el arte de curar y la ciencia. Donde mejor se refleja la dinámica de esta combinación es en la Psiquiatría, una rama de la medicina especializada en el cuidado y la protección de aquéllos que padecen a causa de enfermedades o discapacidades mentales. A partir de 1818 el saber psiquiátrico se inscribe en el campo de la medicina y a la vez gana su autonomía como especialidad.

La medicina a través de la psiquiatría⁵⁵⁶ es la especialidad que se interesa por los pacientes con enfermedades mentales⁵⁵⁷. En términos

⁵⁵⁶ FOUCAULT, *El poder psiquiátrico*, 2003, 77, vincula la psiquiatría en el grupo de sistemas disciplinares como manifestación del poder disciplinar: “(...) El poder disciplinario –y ésta es sin duda su propiedad fundamental– fabrica cuerpos de sujetos, fija con toda exactitud la función sujeto al cuerpo; [sólo] es individualizante [en el sentido de que] el individuo no [es] otra cosa que el cuerpo sujeto. Y podemos resumir toda esta mecánica de la disciplina de la siguiente manera: el poder disciplinario es individualizante porque ajusta la función del sujeto a la singularidad somática por intermedio de un sistema de vigilancia y escritura o un sistema de panoptismo pangráfico que proyecta por detrás de las singularidad somática, como su prolongación o su comienzo, un núcleo de virtualidades, una psique, y establece además, la norma como principio de partición y la normalización como prescripción universal para todos esos individuos así constituidos.”

⁵⁵⁷ De acuerdo con la OMS [http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2010/mental_health_20101007/es/index.html. Consultado el 22-06-2011]: “Se calcula que una cuarta parte de la población mundial sufre trastornos mentales en algún momento de su vida. Los

generales la Psiquiatría es entendida como la especialidad médica que se ocupa del diagnóstico, prevención y tratamiento de la enfermedad mental; es decir, la Psiquiatría es la rama de la Medicina, que se ocupa del estudio, prevención, tratamiento y rehabilitación de los trastornos psíquicos, entendiendo como tales tanto las enfermedades propiamente psiquiátricas como otras patologías psíquicas, como es el caso de los trastornos de la personalidad⁵⁵⁸⁵⁵⁹.

El psiquiatra adquiere una doble responsabilidad cuando establece una relación profesional con el enfermo mental: por un lado, con el paciente a quien trata de curar o mejorar su calidad de vida; por otro lado, con la sociedad que confía que por su cualificación va a preservarla de los peligros que puedan representar algunos enfermos con trastorno mental grave incapaces de controlar sus actos⁵⁶⁰.

La enfermedad mental presenta características que la hacen diferente de la patología orgánica, por ejemplo la enfermedad psíquica por regla general no constituye una amenaza vital por sí misma –salvo conductas suicidas–, genera una pérdida de libertad del sujeto frente a sí mismo, aparecen estructuras psíquicas nuevas y cualitativamente distintas a las que tienen los sanos, altera el control de la realidad, dificulta el control y la interacción social⁵⁶¹. En Psiquiatría, por lo tanto, el concepto de enfermedad va a plantear un serie de dificultades que van a condicionar y limitar ostensiblemente al médico al momento de emitir un diagnóstico y definir el tratamiento como sucedería en una enfermedad orgánica, máxime si se tiene en cuenta que algunas

pacientes con trastornos mentales, neurológicos o por consumo de sustancias suelen ser estigmatizados, desatendidos y sometidos a abusos”.

⁵⁵⁸ VALLEJO RUILOBA, *Psiquiatría*, 6ª, 2006, 1.

⁵⁵⁹ Es preciso aclarar que todos estos conceptos se manejan en este trabajo con independencia de otro campo en el que la Psiquiatría es relevante para el Derecho penal, es decir, la imputabilidad.

⁵⁶⁰ GARCÍA BLÁZQUEZ/MOLINOS COBO, *Manual*, 2ª, 1997, 286 s.

⁵⁶¹ CABRERA FORNEIRO/FUERTES ROCAÑIN, *Psiquiatría y Derecho*, 1997, 34.

enfermedades orgánicas tienen su origen en enfermedades psíquicas y viceversa⁵⁶². Según JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, “las diferencias existentes entre las enfermedades orgánicas y las enfermedades mentales, en cuanto a su etiología y tratamiento, se deben tener en cuenta al analizar la *lex artis* en Psiquiatría. Las enfermedades orgánicas tienen un sustrato biológico claramente identificado, así como criterios diagnósticos y objetivos terapéuticos definidos, que facilitan su explicación a los legos (autoridades, pacientes y familiares); mientras que la etiología de las enfermedades mentales es un objeto de investigación y controversia, y la clasificación nosológica se basa en síntomas que reflejan diferentes grados o niveles de bienestar o deterioro. En últimas, desajustes o trastornos en el comportamiento social con diversos objetivos y manejos terapéuticos” (...) “La psiquiatría no puede satisfacer las expectativas de precisión diagnóstica y eficacia terapéutica alcanzadas en la actualidad por las especialidades médico-quirúrgicas, las cuales superan en muchos siglos a la psiquiatría, en cuanto a su organización y desarrollo como disciplinas médicas”⁵⁶³.

Hasta hace muy poco⁵⁶⁴ se consideraba que la persona con trastorno mental constituía un peligro para la sociedad, era estigmatizado⁵⁶⁵ y excluido de esta, pero en los últimos años se han hecho esfuerzos legales por reincorporarlo a la comunidad y prestarle una atención en salud integral e integrada al Sistema Nacional de Seguridad Social. No

⁵⁶² De acuerdo con MANU/SUÁREZ/BARNETT, en: MANU/SUÁREZ/BARNETT (coords.), 2007, prefacio, xxi, los trastornos físicos se hallan presentes al menos en el 50% de los pacientes psiquiátricos, siendo mal diagnosticados e insuficientemente tratados.

⁵⁶³ JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, *REPSI 2* (2007), 196.

⁵⁶⁴ En los años 70 se comienza a presentar un cambio de mentalidad frente al paciente psiquiátrico, se crean programas por medio de los cuales se buscaba que el enfermo mental se reintegrara a la sociedad. Pero realmente es a partir de la década de los 90 cuando se puede hablar con mayor propiedad de una verdadera reestructuración de la Psiquiatría y por ende de una aceptación social de este tipo de pacientes.

⁵⁶⁵ Aunque eso no significa que la estigmatización haya desaparecido completamente.

obstante, no se puede dejar de reconocer que la complejidad de la patología psíquica y los efectos secundarios que puede generar su tratamiento podrían conducir a la producción de resultados dañinos para el paciente que la padece. Es normal que el paciente con trastorno psíquico se descompense en determinados momentos del tratamiento, y por lo tanto, como consecuencia pueda llegar a tener reacciones violentas que originen autolesiones, agresiones en terceros o en bienes muebles e inmuebles, e incluso uno de los desenlaces relativamente frecuentes de ciertos enfermos mentales como los depresivos profundos, esquizofrénicos y paranoicos, es el suicidio; por lo tanto, además de la obligación que le surge al médico de prestar una atención diligente e idónea, se crea para este una responsabilidad de continua vigilancia y supervisión del tratamiento ordenado al paciente. Tal y como se acaba de expresar, es habitual que las actitudes agresivas del paciente con alteraciones psíquicas se presenten durante los tratamientos⁵⁶⁶, por ejemplo, debido a los efectos secundarios del uso de fármacos neurolepticos, antipsicóticos y antidepresivos tricíclicos. Asimismo en las atenciones de urgencias psiquiátricas se pueden presentar en el paciente problemas de agitación psicomotora, cuadros confusionales y síndromes delirantes, que pueden desencadenar actuaciones delictivas del enfermo. En todo caso, en todas estas situaciones, la responsabilidad del médico podría originarse por error diagnóstico o por error en el plano terapéutico, bien porque se inicia de manera precipitada tratamientos muy agresivos de elevados riesgos y severos

⁵⁶⁶ De acuerdo con GARCÍA BLÁZQUEZ/MOLINOS COBO, *Manual*, 2ª, 1997, 283, el tiempo de atención del paciente con enfermedad mental es mucho más prolongado que la de un paciente que no presenta ninguna patología psíquica: “El acto médico suele tener un inicio y un fin más o menos próximos, concluyendo muchas veces después de la primer y única consulta. Sin embargo el acto médico del psiquiatra puede prolongarse indefinidamente, aunque sea como verdadero apéndice, lo que prolonga también el tiempo durante el cual el especialista podría ser responsable del paciente”.

efectos secundarios, o bien, por inhibirse terapéuticamente dejando al enfermo sin ninguna protección⁵⁶⁷.

La responsabilidad del médico especialista ante las eventualidades planteadas podría verse comprometida si este ha actuado imprudentemente; sin embargo, en la Psiquiatría el deber objetivo de cuidado y los riesgos que puede producir el tratamiento de la persona con alteración mental a menudo son más difíciles de determinar como sucede con las enfermedades orgánicas, más aún si tenemos en cuenta que, en ocasiones y dependiendo de la patología psíquica, el paciente puede estar con incapacidad de autodeterminarse, lo que exigiría del médico un mayor cuidado y diligencia. Pero esa observancia del debido cuidado no puede operar de manera absoluta, ya que existen unos límites que son necesarios analizar a la hora de definir si efectivamente los comportamientos o lesiones del paciente psíquico han sido el producto de negligencias del facultativo.

Entre los errores más frecuentes en los que podría incurrir el médico psiquiatra, podríamos mencionar, por ejemplo, los diagnósticos errados, las terapias que se ajustan a protocolos generales dejando de lado las particularidades de la enfermedad que presenta el paciente, la inadecuada valoración de la patología, los ingresos prolongados por falta de control, la insuficiente valoración de los riesgos personales y sociales, y el incumplimiento del deber de cuidado por parte del especialista sobre el personal auxiliar encargado de cuidar al enfermo⁵⁶⁸.

La doctrina reconoce que en Psiquiatría las denuncias no son tan abundantes como suele suceder con otras especialidades, sobre todo si se hace una comparación con las actividades médico-quirúrgicas, pero no por ello el estudio de la responsabilidad penal en las actividades

⁵⁶⁷ CABRERA FORNEIRO/FUERTES ROCAÑIN, *Psiquiatría y Derecho*, 1997, 71.

⁵⁶⁸ GARCÍA BLÁZQUEZ/MOLINOS COBO, *Manual*, 2ª, 1997, 283.

psiquiátricas producto de imprudencias médicas van a dejar de ser importantes, ya que, en primer término, las obras sobre responsabilidad penal en Psiquiatría son escasas o prácticamente nulas⁵⁶⁹, quienes han escrito sobre responsabilidad penal médica, atienden otras especialidades y sólo algunos hacen una somera referencia a la responsabilidad penal del psiquiatra⁵⁷⁰. En segundo término, tal y como afirman FUERTES ROCAÑÍN y CABRERA FORNEIRO⁵⁷¹, cuando se producen denuncias por mala *praxis* psiquiátrica estas prosperan en un 90% de los casos. En tercer lugar, los psiquiatras, al igual que otros médicos, sienten temor ante el aumento de las reclamaciones, lo cual puede hacer que actúen tomando medidas que los defiendan ante una posible reclamación, como por ejemplo, el hecho de abstenerse de hacerse cargo del tratamiento de un paciente, lo cual se traduce no sólo en una práctica defensiva del ejercicio de la Psiquiatría, sino en un descenso en la calidad de la asistencia que se presta⁵⁷². En cuarto lugar, existe cierta inseguridad normativa, toda vez que en España, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los países, no existe una legislación específica para los enfermos mentales, pues se considera que normativizar la enfermedad mental implicaría la estigmatización de estos pacientes⁵⁷³.

⁵⁶⁹ Salvo los estudios sobre inimputabilidad, consentimiento informado, peritación psiquiátrica o psiquiatría forense.

⁵⁷⁰ Verse por ejemplo, FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, 1997, 478; GARCÍA BLÁZQUEZ/MOLINOS COBO, *Manual*, 2ª, 1997, 280 ss.; CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad médica y Psiquiatría*, 2ª, 1998 –es quizá una de las obras más completas sobre responsabilidad médica y psiquiatría, pero poco explicativa cuando la responsabilidad es penal –; CARRASCO GÓMEZ/MAZA MARTÍN, *Psiquiatría legal*, 2ª, 2003; SÁNCHEZ-CARO/SÁNCHEZ-CARO, *Psiquiatría*, 2003; FUERTES ROCAÑÍN/CABRERA FORNEIRO, *Salud mental*, 2ª, 2007, 61 ss.

⁵⁷¹ FUERTES ROCAÑÍN/CABRERA FORNEIRO, *Salud mental*, 2ª, 2007, 61.

⁵⁷² CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad médica y Psiquiatría*, 2ª, 1998, 28.

⁵⁷³ GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *AEN* 104 (2009), 474.

En todo caso, es necesario que, ante la inseguridad que genera la práctica de la actividad médica, los estudios que se realicen sobre responsabilidad penal médica comiencen a focalizar su atención en especialidades, sobre todo aquellas que han sido poco exploradas, más aún si se tiene en cuenta que cada una de ellas presenta características concretas que harían imposible en algunos casos aplicar teorías generales para la actividad médica; además es importante comenzar a generar un diálogo más cercano entre los juristas y los facultativos encargados de tratar las patologías psiquiátricas, para intentar generar una mayor seguridad jurídica en la práctica de la profesión y brindar al juez algunos parámetros de valoración jurídica a la hora de determinar si se ha incurrido o no en una responsabilidad⁵⁷⁴.

Por lo anterior, en esta última parte del trabajo se pretende estudiar de manera amplia dos temas que pueden reportar dificultades a la hora de determinar la responsabilidad penal imprudente en la actividad psiquiátrica, como son el contenido del deber objetivo de cuidado en

⁵⁷⁴ MÉJICA, en: MÉJICA (coord.), *Psiquiatría y Derecho*, 2000, 383 s., aboga precisamente por un trabajo más cercano entre psiquiatras y abogados; al respecto ha dicho que, “en la práctica, el entendimiento entre los psiquiatras y los juristas ha sido tradicionalmente muy difícil. Principalmente, los motivos que justifican esta dificultad de entendimiento son: 1° Conceptuales, por la diferente formación, mentalidad y manejo de conceptos en la Medicina y el Derecho; 2° Metodológicos, habida cuenta de los diferentes métodos de trabajo: La Medicina, inductivo, y el Derecho, deductivo; y 3°. Terminológicos, a causa del uso de terminologías propias tanto médicas como jurídicas. A Pesar de ello, la necesidad de colaboración hacia un objetivo común entre la Psiquiatría y el Derecho se establece desde el momento en que los textos legales contienen referencias a trastornos mentales o a estados mentales alterados en los individuos, lo que exige esclarecer éstos como condición imprescindible para la aplicación de la ley. Desde luego, la colaboración implica entendimiento, y aunque éste ha sido difícil entre los psiquiatras y los juristas, lo cierto es que hay momentos en los que la aplicación de la legislación precisa la intervención juristas y expertos en cuestiones mentales para completar el proceso legal, lo que hace necesario un cierto grado de conocimiento mutuo en la materia de la otra disciplina”.

psiquiatría y las situaciones de riesgos lesivos para el paciente con trastorno mental: suicidio, fuga y errores diagnósticos.

2. El deber objetivo de cuidado en la actividad psiquiátrica

Como pudimos ver en el capítulo anterior el núcleo central para determinar si estamos ante una imprudencia y específicamente ante una imprudencia sanitaria lo encontramos en el deber objetivo de cuidado, aunque, como se dijo, no es el único elemento, pero sí el más importante.

La determinación de la imprudencia médica ha de fundamentarse principalmente en la infracción del deber objetivo de cuidado, siempre y cuando el personal sanitario –profesional medio ideal– le haya sido previsible y evitable el resultado lesivo, es decir, que al profesional de la salud se le impone la obligación de comportarse y actuar dentro del deber de cuidado exigido para el ejercicio de su profesión.

Lo dicho en el párrafo anterior permite definir el deber objetivo de cuidado en la actividad médica en general; por lo tanto, a continuación lo que se pretende es particularizar ese contenido amplio y general, para especificarlo en las actividades psiquiátricas. Ya vimos que en la actividad sanitaria, la determinación del contenido del deber objetivo de cuidado presentaba algunos problemas de índole práctico, doctrinal y jurisprudencial; ahora bien, tratándose particularmente de la Psiquiatría la situación es más compleja, por varias razones:

1. La dificultad que genera la determinación del baremo en el deber objetivo de cuidado atendiendo a que la actividad psiquiátrica conforme con el sistema de salud es desarrollada por médicos de familia correspondientes al nivel de Atención Primaria, quienes sin ser especialistas asumen el papel de psiquiatras.

2. La ausencia de regulación para el tratamiento de algunos fenómenos psíquicos quedando sujetos a múltiples condicionantes de carácter subjetivo⁵⁷⁵.
4. La imprecisión respecto de las normas que regulan *lex artis* en la actividad psiquiátrica.
6. La diversidad de tratamientos que existen en materia de Psiquiatría y que dificultan la unificación de criterios para la normativización de los procedimientos.
7. La existencia de diversas escuelas y concepciones de cómo ejercer la Psiquiatría.

Uno de los de los criterios fundamentales que debe tener en cuenta el operador jurídico a la hora de determinar la existencia o no de la infracción del deber objetivo de cuidado lo constituye la posibilidad de precisar el baremo que le permita establecer si nos encontramos ante un sanitario que ha actuado diligentemente, ya que se debe analizar si su comportamiento se ajusta al de otro médico medio ideal que puesto en su misma situación hubiese actuado de manera similar. Este es el primer problema que tratará de resolverse en este capítulo, porque, aunque en apariencia cuando se trata de la actividad psiquiátrica lo lógico sería pensar que el baremo se basa en un médico especialista en Psiquiatría, pero el asunto podría tornarse confuso, cuando el paciente que presenta síntomas de trastorno mental no acude directamente al médico psiquiatra y consulta a través del servicio ofrecido por el SNS en España, es decir, que acude al primer nivel de Atención Primaria donde va a ser atendido, diagnosticado y tratado por un médico de familia, quien en ese caso asume el ejercicio de la actividad psiquiátrica; por lo

⁵⁷⁵ Para VALLEJO RUILOBA, *Psiquiatría*, 6ª, 2006, 2, el hecho de que la Psiquiatría sea una ciencia empírica y el especialista utilice el subjetivismo en la mayoría de sus juicios y actuaciones puede traer como consecuencia que, de presentarse alguna denuncia por imprudencia médica, sea difícil demostrar con datos objetivos el método adoptado en sus actos profesionales.

tanto, surge el siguiente interrogante: ¿el médico de familia puede equipararse al especialista en psiquiatría a la hora de establecer el baremo para definir si ha existido imprudencia? El otro de los problemas que puede observarse en la actividad psiquiátrica y que específicamente tiene que ver con el deber objetivo de cuidado es el relacionado con el contenido de la *lex artis*, teniendo en cuenta la indeterminación de las normas técnicas de la Psiquiatría y la ausencia de regulación de algunos de los tratamientos. Por último, se pretenden analizar las consecuencias que en materia de responsabilidad penal trae para el médico algunas situaciones que se pueden presentar en el paciente con trastorno psíquico, como es el caso del suicidio y la fuga, y a su vez, los errores diagnósticos provenientes del médico.

A) El baremo en la actividad psiquiátrica

Cuando en el capítulo anterior se abordó el tema de los límites al deber objetivo de cuidado, se dijo que para identificar si un médico había infringido el deber objetivo de cuidado, era necesario partir de un baremo que permitiera establecer a qué clase de sujeto le correspondía guardar la diligencia debida, es por eso que el análisis se efectuó partiendo de las teorías propuestas por los modelos de la eficacia causal, sociologista -teoría del hombre medio y adecuación social-, y el modelo del hombre medio ideal, considerando que esta última es la que más se adaptaba a la propuesta que se ha venido realizando en el desarrollo de este trabajo; por lo tanto, se afirmó en su momento que a la hora de identificar si en la actividad sanitaria ha existido una infracción del deber objetivo de cuidado hay que partir primero de un baremo, que estará constituido por el comportamiento de un médico diligente y prudente que pertenezca al mismo sector del tráfico jurídico de aquel que ha llevado a cabo el procedimiento. Así, si se trata de analizar la conducta de un médico cirujano cardiólogo de quien se cree ha incurrido en mala praxis, el operador jurídico al momento de

examinar su conducta sólo podrá compararla con la de un médico cirujano cardiólogo medio ideal que se encuentre en las mismas circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar de aquel.

Este mismo sería el criterio que se debe aplicar cuando se trata infracciones del deber objetivo de cuidado cuyo resultado provenga de actividades psiquiátricas, es decir, que el juez para valorar la conducta imprudente deberá acudir al baremo de un médico psiquiatra puesto en las mismas condiciones de aquel que ha cometido la imprudencia; sin embargo, esta aplicación jurídica en el ámbito de la Psiquiatría no resulta tan obvia, ya que esta actividad puede ser llevada a cabo por un médico de familia, quien no es especialista en Psiquiatría.

Desde inicios de los años ochenta se diseñó en España⁵⁷⁶ la reforma de la Psiquiatría, que, en términos amplios, consistió en la desintitucionalización de esta especialidad, es decir, en la modificación de la estructura y funcionamiento del hospital psiquiátrico, la creación de nuevas políticas asistenciales en procura de integrar al paciente con la sociedad, la atención de la enfermedad mental dentro de la red general en salud a través de los servicios de atención primaria. Lo anterior, ha implicado que los pacientes con patología o sintomatología psiquiátrica ya no sean internados en hospitales psiquiátricos –sólo excepcionalmente en hospitales generales– y tratados como enfermos especiales, sino como pacientes que deben integrarse al sistema de salud, implicando que sean tratados como el resto de pacientes con patologías orgánicas y por ende deban ser atendidos desde un primer

⁵⁷⁶ El 27 de Julio de 1983 se creó en España la Comisión Ministerial para la reforma psiquiátrica y en abril de 1985 se presentó el informe de propuesta para la reforma psiquiátrica. Aunque hay que aclarar que esta reforma no es exclusiva de España, pues la OMS, desde finales de los años 70, comenzó a promover en todos los países del mundo una modificación de los servicios de atención psiquiátrica con el objetivo de desinstitucionalizar el hospital psiquiátrico y reintegrar a la sociedad a la persona con trastorno mental para que fuera atendida través de los servicios de atención primaria.

nivel, es decir, por el médico de familia a través del modelo de atención primaria.

De acuerdo con TÉLLEZ LAPEIRA/CARECEDO PÉREZ/BUITRAGO RAMÍREZ, la atención primaria en salud ha implicado que el punto de contacto con la salud mental para la mayoría de los pacientes sea a través del médico de familia; por lo tanto, el 80% de los pacientes psiquiátricos atendidos en salud mental proceden del ámbito de la asistencia primaria. Expresamente han señalado lo siguiente: “De hecho, si consideramos la elevada prevalencia de los problemas relacionados con la salud mental en nuestro nivel asistencial, que oscilan entre un 18 y un 39% según diferentes estudios, y que sólo alrededor del 10% son derivados, podremos concluir el importante papel de la Atención Primaria en la asistencia a la enfermedad mental. En nuestro país, al igual que en otros de nuestro entorno, se dispone de datos que indican que los médicos de familia identifican solamente al 50% de sus enfermos psiquiátricos y que sólo un pequeño porcentaje de estos pacientes detectados precisa derivación al segundo nivel. De modo que menos de la mitad de los pacientes que presentan algún trastorno durante su vida recibirá tratamiento. Entre los factores que podrían influir, se han señalado las deficiencias en la formación de los médicos de familia en esta área, percibidas no tanto en el manejo de la relación con el paciente como en la capacidad de detección precoz de la enfermedad mental y en su abordaje, y los problemas de exceso de demanda y escaso tiempo disponible en nuestras consultas. Visitas de unos pocos minutos resultan insuficientes para aplicar psicodiagnósticos o intervenciones psicoterapéuticas, lo que repercute no sólo en la calidad de la atención prestada, sino también en la relación coste-efectividad de nuestra actuación”⁵⁷⁷.

⁵⁷⁷ TÉLLEZ LAPEIRA/CARECEDO PÉREZ/ BUITRAGO RAMÍREZ, *Apr.* 35 (2005), 61.

Lo anterior, corrobora entonces lo dicho, en atención primaria se asumen funciones que son propias de actividades psiquiátricas por personal médico que no es especialista en Psiquiatría. Así para poder determinar si el baremo que opera para el médico psiquiatra debe ser el mismo que para el médico de familia por asumir estas actividades propias de la Psiquiatría, habrá que mirar en qué consiste la atención primaria en Psiquiatría, las capacidades del médico de familia y los niveles competenciales de este con respecto del médico especialista.

a) La Atención Primaria en Psiquiatría

a₁) Evolución legislativa

A partir de los años 70 la Organización Mundial de la Salud ha venido promoviendo la atención primaria de salud (APS) en todos los países⁵⁷⁸. Las razones de promover la APS en el mundo de acuerdo con los argumentos expuestos en la Conferencia ALMA-ATA, celebrada el 12 de septiembre de 1978, es un reflejo y una consecuencia de las condiciones económicas y de las características socioculturales y políticas de los países en materia de salud pública; forman parte de la necesidad de promover los servicios de salud, prevención, tratamiento y

⁵⁷⁸ La Conferencia Internacional celebrada entre el 6 y 12 de 1978 en la URSS, sobre APS exhorta a la urgente y eficaz acción nacional e internacional para impulsar y poner en práctica la Atención Primaria de Salud en el mundo entero y particularmente en los países en desarrollo, a través de un espíritu de cooperación técnica y conforme al nuevo orden económico internacional. La Conferencia insta a los gobiernos, a la OMS y al UNICEF y a otras organizaciones internacionales, así como a los organismos internacionales, multilaterales y bilaterales, ONG'S, a los organismos de financiación, a todo el personal de salud y al conjunto de la comunidad mundial, para que apoyen en el plano nacional e internacional el compromiso de promover la atención primaria de salud y de dedicarle mayor apoyo técnico y financiero, sobre todo en países en desarrollo.

rehabilitación necesarios para toda la comunidad sin distinción alguna. Asimismo, se menciona que, entre las ventajas de la atención primaria en salud, se halla la posibilidad de abrir las puertas para lograr en la sociedad la educación sobre los principales problemas de salud, los métodos de prevención y la promoción del suministro de alimentos y de una nutrición apropiada, un abastecimiento adecuado de agua potable y saneamiento básico; de igual manera se busca brindar la asistencia materno-infantil; la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; prevenir y luchar contra las enfermedades endémicas locales; otorgar tratamiento apropiado de las enfermedades y traumatismos comunes; y el brindar suministro de medicamentos esenciales; entraña la participación, además del sector sanitario, de todos los sectores y campos de actividad conexos del desarrollo nacional y comunitario, en particular la agricultura, la zootecnia, la alimentación, la industria, la educación, la vivienda, las obras públicas, las comunicaciones y otros sectores y exige esfuerzos coordinados entre estos; exige y fomenta en grado máximo la autorresponsabilidad y la participación de la comunidad y del individuo en la planificación, la organización, el funcionamiento y el control de la Atención Primaria de Salud, sacando el mayor partido posible de los recursos locales y nacionales y de otros recursos disponibles, y con tal fin desarrolla mediante la educación apropiada la capacidad de las comunidades para participar; permite que la atención de salud sea brindada por un grupo sanitario multidisciplinar.

La OMS-ATA estableció en 1978 expresamente que la atención primaria debe ser entendida como “la asistencia esencial, basada en métodos y tecnologías prácticos, científicamente fundados y socialmente aceptables, puesta al alcance de todos los individuos y familias de la comunidad, mediante su plena participación, y a un coste que la comunidad y el país puedan soportar, en todas y cada una de las etapas de su desarrollo, con un espíritu de autorresponsabilidad y autodeterminación. La Atención Primaria es parte integrante tanto del

SNS, del que constituye la función central y el núcleo principal, como del desarrollo social y económico global de la comunidad. Representa el primer contacto de los individuos, la familia y la comunidad con el SNS; lleva lo más cerca posible la atención de salud al lugar donde residen y trabajan los individuos y constituye el primer elemento de un proceso permanente de asistencia sanitaria”⁵⁷⁹. De igual manera, se aprueba en España la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, definiendo en el art. 12.1 la atención primaria como: “El nivel básico e inicial de atención, que garantiza la globalidad y continuidad de la atención a lo largo de toda la vida del paciente, actuando como gestor y coordinador de casos y regulador de flujos. Comprenderá actividades de promoción de la salud, educación sanitaria, prevención de la enfermedad, asistencia sanitaria, mantenimiento y recuperación de la salud, así como la rehabilitación física y el trabajo social”⁵⁸⁰.

La APS permite que el sistema de salud se dirija a toda la comunidad, incluyendo sectores que fueron marginados durante muchos años. Me refiero en concreto a los pacientes con trastorno mental, es decir, que la atención primaria en salud comprende a todas las personas sin distinción alguna. MATÍN ZURRO/CANO PÉREZ destacan entre características más relevantes de la APS las siguientes: “*Integrada*. Interrelaciona elementos de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación y reinserción social que han de formar parte de las actuaciones desarrolladas. Se integra funcionalmente con las restantes

⁵⁷⁹ Consulta en línea el 06-25-2011 en [http://www.paho.org/spanish/dd/pin/alma-ata_declaracion.htm]

⁵⁸⁰ Disposición ratificada en el RD 1030/2006 –por el cual se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para la actuación–, cuyo anexo II, añade: “Todas estas actividades, dirigidas a las personas, a las familias y a la comunidad, bajo un enfoque biopsicosocial, se prestan por equipos interdisciplinarios, garantizando la calidad y accesibilidad a las mismas, así como la continuidad entre los diferentes ámbitos de atención en la prestación de servicios sanitarios y la coordinación entre todos los sectores implicados”.

estructuras y niveles del sistema sanitario. *Continuada y permanente.* A lo largo de la vida de las personas, en sus distintos ámbitos (domicilio, escuela, trabajo, etc.) y en cualquier circunstancia (consulta en el centro de salud, urgencias, seguimiento hospitalario). *Activa.* Los profesionales de los equipos no pueden actuar como meros receptores pasivos de las demandas; han de trabajar activamente en los distintos aspectos de la atención, resolviendo las necesidades de salud aunque éstas no sean expresadas. *Accesible.* Los ciudadanos no deben tener dificultades importantes para poder tomar contacto y utilizar los recursos sanitarios. *Basada en el trabajo en equipo.* Equipos de Salud o de Atención Primaria integrados por profesionales sanitarios y no sanitarios. *Comunitaria y participativa.* Proporciona atención de los problemas de salud, tanto desde la perspectiva individual como colectiva, mediante la utilización de las técnicas propias de la salud pública y medicina comunitaria. La APS está basada en la participación activa de la comunidad en todas las fases del proceso de planificación, programación y puesta en práctica de las actuaciones. *Programada y evaluable.* Con actuaciones basadas en programas de salud con objetivos, metas, actividades, recursos y mecanismos de control y evaluación claramente establecidos. *Docente e investigadora.* Desarrolla actividades de docencia pre y posgraduada, así como de formación continuada de los profesionales del sistema y de investigación básica y aplicada en las materias propias de su ámbito”⁵⁸¹.

De acuerdo con lo descrito y según ESPINO GRANADO/FRAILE FRAILE/MATEO MARTÍN/MORIÑIGO DOMINGUEZ dos serían los objetivos fundamentales de la APS: mejorar la calidad de vida y obtener beneficios sanitarios óptimos para el mayor número posible de individuos. Para lograr estos objetivos la atención primaria en salud debe facilitar básicamente los siguientes servicios: fomentar una nutrición apropiada y suficiente abastecimiento de agua potable;

⁵⁸¹ MARTÍN ZURRO/CANO PÉREZ, *Compendio*, 3ª, 2010, 5.

saneamiento básico; asistencia materno-infantil, incluyendo planificación familiar; inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; prevención de las enfermedades endémicas de la comunidad, y lucha contra ellas, y enseñanzas relativas a los problemas sanitarios predominantes⁵⁸².

Tal y como se ha visto, la APS constituye dentro del SNS el primer nivel asistencial del que se sirve el usuario para ser atendido por el sistema sanitario. En este grado de atención se presentan tres situaciones: detectar los problemas de salud precozmente, hacer seguimiento de los pacientes, remitirlos o derivarlos a la asistencia especializada. Por lo tanto, el paciente con trastorno psíquico no tiene acceso directo al especialista en Psiquiatría. Sin embargo, una vez diagnosticado, puede ser remitido al segundo nivel, es decir, al nivel de atención especializada, y posteriormente, cuando en este último defina el tratamiento, puede suceder que continúe bajo la atención del especialista o sea reintegrado al primer nivel para que el médico de familia, bajo las indicaciones de aquel, se haga cargo del tratamiento y seguimiento del paciente⁵⁸³.

El problema de integrar la atención a la salud mental en la atención primaria es una preocupación reciente. En España, hasta la década de

⁵⁸² ESPINO GRANADO/FRAILE FRAILE/MATEO MARTÍN/MORIÑIGO DOMINGUEZ, Pap. Ps. 10-11 (1983), 1.

⁵⁸³ CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad médica y Psiquiatría*, 2^a, 1998, 121, explica lo siguiente: “El paciente psíquico no tiene acceso directo al especialista en psiquiatría, sino que debe ser derivado desde ese primer nivel asistencial. Y una vez diagnosticado y con tratamiento, puede ser seguido en su evolución por su especialista, en la atención especializada o bien ser reenviado al médico de atención primaria con la información suficiente acerca de todo ello para que sea seguido por éste y, incluido el control de la incapacidad temporal si ésta surge. Información que, según HERNÁNDEZ MONSALVE, M. (1997), es una información que si bien la calidad de la misma, desde la primaria a la especializada parece estar mejorando sustancialmente, la vía inversa, de la especializada a la primaria que es en general un información poca y mala”.

los ochenta la atención en salud se prestaba a través de un sistema muy deficiente y discriminatorio respecto de quien padecía alguna enfermedad mental. Durante el siglo XIX y las tres cuartas partes del XX la atención psiquiátrica en España estaba en manos privadas y se proveía la atención a través de los denominados manicomios; sin embargo, aunque a partir del Decreto del 3 de julio de 1931⁵⁸⁴ se establecen importantes cambios y se reconocen algunos derechos a los pacientes psiquiátricos, a la vez se concede poderes omnímodos al médico, y bajo el régimen franquista aquéllos son tratados como sujetos peligrosos, de modo que el internamiento en los hospitales psiquiátricos comienza a operar a menudo como algo similar a una medida de seguridad⁵⁸⁵.

⁵⁸⁴ Las reformas que se producen en el año de 1931 fueron el reflejo de una evidente influencia política. De acuerdo con VÁZQUEZ DE LA TORRE, *Fr.* III (2008), 71: “El primer bienio republicano ha sido considerado uno de los periodos más fructíferos en cuanto al número de reformas legislativas en el ámbito de la psiquiatría; reformas que vinieron a consolidar toda una serie de proyectos e iniciativas científicas progresistas iniciadas en los años veinte. El Decreto de 3 de julio de 1931 sobre la asistencia de enfermos mentales transformaba la normativa previa existente sobre la entrada y salida de pacientes de los manicomios. Sólo unos meses después, el 10 de noviembre de 1931 un nuevo decreto anunciaba la creación del Consejo Superior Psiquiátrico y establecía las inspecciones regulares de los diferentes hospitales psiquiátricos y la creación de una estadística nacional sobre enfermos mentales. El Consejo Superior Psiquiátrico adoptó una clasificación basada en las categorías nosográficas de Emil Kraepelin (1856-1926), y una orden del 28 de noviembre de 1931 estableció la obligación de realizar las estadísticas en cada establecimiento psiquiátrico y de remitirlas mensual y anualmente a la Sección de Psiquiatría e Higiene Mental. Esta normativa se mantuvo a pesar de la fractura que produjo la contienda civil. Durante la posguerra, tanto los manicomios públicos como los privados mantuvieron el deber de informar sobre los diagnósticos de los enfermos mentales ingresados ajustándolos a la clasificación kraepeliniana”.

⁵⁸⁵ La Ley del 6 de agosto de 1970 sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social establecía en el artículo tercero del título I, capítulo I, lo siguiente: “Serán de aplicación los preceptos de esta Ley a los enfermos y deficientes mentales que, por su abandono por la carencia de tratamiento adecuado, signifiquen un riesgo para la comunidad”. De igual manera en el artículo duodécimo, dentro del título II, capítulo I,

No obstante, este tratamiento excluyente del enfermo mental comienza a presentar radicales giros normativos, es así como a partir de la Ley General de Sanidad de 1986, de 25 de abril (LGS) en el capítulo III, art. 20⁵⁸⁶ consagra las bases para la atención en salud del enfermo mental a través del sistema general de sanidad. La principal reforma la constituye la prestación del servicio en iguales condiciones para el enfermo mental que para las demás personas que presentan patologías orgánicas, lo cual conduce a una progresiva desinstitucionalización del hospital psiquiátrico, permitiendo que los problemas de salud mental sean tratados a través del sistema ambulatorio, hospitalización parcial, atención a domicilio y solo excepcionalmente hospitalización en unidades psiquiátricas de los hospitales generales.

se adiciona la medida de seguridad aplicable para los enfermos mentales: “A los enfermos y deficientes mentales que se encuentren en la situación a que se refiere el artículo tercero se les aplicarán, para su cumplimiento sucesivo, las siguientes medidas: a) Internamiento en un establecimiento de preservación hasta que sea necesario. b) Sumisión a la vigilancia de los delegados”.

⁵⁸⁶ Dice expresamente el art. 20: “Sobre la base de la plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general y de la total equiparación del enfermo mental a las demás personas que (sic) 1. La atención a los problemas de salud mental de la población se realizará en el ámbito comunitario, potenciando los recursos asistenciales a nivel ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio, que reduzcan al máximo posible la necesidad de hospitalización. Se considerarán de modo especial aquellos problemas referentes a la psiquiatría infantil y psicogeriatría /2. La hospitalización de los pacientes por procesos que así lo requieran se realizará en las unidades psiquiátricas de los hospitales generales/3. Se desarrollarán los servicios de rehabilitación y reinserción social necesarios para una adecuada atención integral de los problemas del enfermo mental, buscando la necesaria coordinación con los servicios sociales/4. Los servicios de salud mental y de atención psiquiátrica del sistema sanitario general cubrirán, asimismo, en coordinación con los servicios sociales, los aspectos de prevención primaria y la atención a los problemas psicosociales que acompañan a la pérdida de salud en general”.

Posteriormente, la Ley 16/2003, de 28 de mayo –de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud– añade en su art.12.2 complementa que la atención primaria comprenderá entre otros, “la atención a la salud mental, en coordinación con los servicios de atención especializada”. Asimismo el art. 8 del anexo II del RD 1030/2006, del 15 de septiembre, define las actividades que pueden desarrollar los sanitarios en la APS cuando se trata del manejo de patologías mentales en coordinación con los servicios de atención especializada, haciendo referencia a las actividades de prevención y promoción, consejo y apoyo para el mantenimiento de la salud mental en las distintas etapas del ciclo vital; detección, diagnóstico y tratamiento de trastornos adaptativos, por ansiedad y depresivos, con derivación a los servicios de salud mental en caso de quedar superada la capacidad de resolución del nivel de Atención Primaria; detección de conductas adictivas, de trastornos del comportamiento y de otros trastornos mentales y de reagudizaciones en trastornos ya conocidos, y, en su caso, su derivación a los servicios de salud mental; detección de psicopatologías de la infancia/adolescencia, incluidos los trastornos de conducta en general y alimentaria en particular, y derivación en su caso al servicio especializado correspondiente; seguimiento de forma coordinada con los servicios de salud mental y servicios sociales de las personas con trastorno mental grave y prolongado⁵⁸⁷.

⁵⁸⁷ Serán servicios comunes de atención especializada de acuerdo con el art. 7 del anexo III, de la mencionada ley, los siguientes: “7. Atención a la salud mental Comprende el diagnóstico y seguimiento clínico de los trastornos mentales, la psicofarmacoterapia, las psicoterapias individuales, de grupo o familiares (excluyendo el psicoanálisis y la hipnosis), la terapia electroconvulsiva y, en su caso, la hospitalización. La atención a la salud mental, que garantizará la necesaria continuidad asistencial, incluye: 7.1 Actuaciones preventivas y de promoción de la salud mental en coordinación con otros recursos sanitarios y no sanitarios; 7.2 Diagnóstico y tratamiento de trastornos mentales agudos y de las reagudizaciones de trastornos mentales crónicos, comprendiendo el tratamiento ambulatorio, las intervenciones individuales o familiares y la hospitalización cuando se precise; 7.3 Diagnóstico y tratamiento de trastornos mentales crónicos, incluida la atención

a2) Deficiencias subsistentes

De acuerdo con el informe de la OMS sobre salud mental emitido en el año 2001, el manejo y tratamiento de los trastornos mentales en el ámbito de la atención primaria constituye un paso fundamental que facilita y agiliza el acceso a los servicios de salud para un mayor número de personas, sobre todo si tiene en cuenta que muchas ya solicitan ayuda en este nivel. Con ello no sólo se proporciona una mejor asistencia, sino que se reducen los costos en la prestación del servicio, evitando el despilfarro en investigaciones innecesarias y tratamientos inadecuados e inespecíficos. No obstante, la misma OMS también reconoce que “es necesario que el personal de salud general reciba formación en las competencias esenciales de la atención de salud mental, para asegurar el uso óptimo de los conocimientos disponibles para el mayor número de personas, y posibilitar la aplicación inmediata de medidas de intervención. Por lo tanto, la salud mental debe ser incluida en los planes de formación, con cursos de actualización que aumenten la eficacia de los servicios de salud generales en el manejo de los trastornos mentales”⁵⁸⁸.

integral a la esquizofrenia, abarcando el tratamiento ambulatorio, las intervenciones individuales y familiares y la rehabilitación; 7.4 Diagnóstico y tratamiento de conductas adictivas, incluidos alcoholismo y ludopatías; 7.5 Diagnóstico y tratamiento de los trastornos psicopatológicos de la infancia/adolescencia, incluida la atención a los niños con psicosis, autismo y con trastornos de conducta en general y alimentaria en particular (anorexia/bulimia), comprendiendo el tratamiento ambulatorio, las intervenciones psicoterapéuticas en hospital de día, la hospitalización cuando se precise y el refuerzo de las conductas saludables; 7.6 Atención a los trastornos de salud mental derivados de las situaciones de riesgo o exclusión social; 7.7 Información y asesoramiento a las personas vinculadas al paciente, especialmente al cuidador/a principal”.

⁵⁸⁸ OMS, *Informe sobre salud en el mundo 2001. Salud mental: Nuevos conocimientos, nuevas esperanzas*, 2001, xi. (Consulta en línea 09-07-2011 http://www.who.int/whr/2001/en/whr01_es.pdf)

SEVA DÍAZ/GARCÍA CAMPALLO/BORELL/SEVA FERNÁNDEZ⁵⁸⁹ han afirmado que las características más comunes de la APS en Psiquiatría podemos encontrarlas en la nosología, la epidemiología, el diagnóstico, el tratamiento, el pronóstico, la formación y las limitaciones específicas. En la nosología, se evidencian clasificaciones psiquiátricas específicas con criterios diagnósticos diferentes de los utilizados en las clasificaciones psiquiátricas habituales, ratificando una vez más que los médicos de familia y los psiquiatras manejan criterios de diagnóstico diversos que en última instancia van a afectar el correcto diagnóstico y tratamiento del paciente, lo que implica que se presenten actuaciones con resultados lesivos producto de comportamientos imprudentes como resultado de las frecuentes contradicciones que surgen entre estos. En cuanto a la epidemiología, han dicho que la prevalencia de patología psiquiátrica en atención primaria es tan alta que sólo deben detectarse y tratarse aquellos casos que resulten adecuados para los costos del sistema, lo que también deja claro que la inclusión del tratamiento de las enfermedades mentales en el SNS no sólo obedeció a motivos altruistas de equidad, sino también de economía. En lo que se refiere al diagnóstico, han dicho estos autores⁵⁹⁰ que la intensidad de los síntomas en los casos psiquiátricos diagnosticados en atención primaria es menor; por ejemplo, el diagnóstico diferencial ansiedad/depresión en APS es mucho más complejo que en las consultas psiquiátricas; por lo tanto, los diagnósticos emitidos por el médico de familia deben tener cierto grado de provisionalidad y estar en constante revisión. Por otra parte, en cuanto al tratamiento, los datos escasean respecto de su efectividad en la APS. En cuanto al pronóstico, este va a estar determinado por la detección o no por parte del médico de familia de los

⁵⁸⁹ SEVA DÍAZ/GARCÍA CAMPALLO/BORELL/SEVA FERNÁNDEZ, en: LÓPEZ-IBOR/LEAL CERCOS/ CARBONELL MASIÁ (edits.), *Imág. Psiq.* 2004, 638.

⁵⁹⁰ SEVA DÍAZ/GARCÍA CAMPALLO/BORELL/SEVA FERNÁNDEZ, en: LÓPEZ-IBOR/LEAL CERCOS/ CARBONELL MASIÁ (edits.), *Imág. Psiq.* 2004, 638.

trastornos, que en ocasiones son de difícil identificación, ya que la formación de los médicos de familia en salud mental viene dada por la preparación que el propio profesional realice debido a su motivación, pues no se ofrece sistemáticamente ni en la licenciatura o el grado, ni durante la residencia, una formación específica en Psiquiatría. Por último, las limitaciones específicas se refieren sobre todo a los límites que se imponen en el tiempo de consulta; en España el tiempo medio es de unos 5-6 minutos, por lo que resulta prácticamente imposible realizar una exploración psiquiátrica mínima.

Es evidente que, si bien la APS ha reportado grandes beneficios a la hora de brindar una inmediata prestación de los servicios de salud a la comunidad en general y específicamente a los pacientes con trastorno mental, también lo es que en la atención primaria existen deficiencias organizativas que impiden atender adecuadamente a la población con trastornos psiquiátricos que a diario se presentan en los centros de APS; ni la organización actual del sistema, ni la preparación, ni la formación de los profesionales sanitarios resultan hoy en día suficientes para acoger a los pacientes con enfermedad mental. Esto podría obedecer a varias razones como, por ejemplo, que la mayoría de los casos son atendidos en centros de salud general por médicos de familia y no en centros de salud mental por personal calificado, especialistas en Psiquiatría; la poca disponibilidad de recursos con los que cuenta el médico de familia para ejercer diligentemente la actividad, más aún si se tiene en cuenta que el tiempo de consulta generalmente resulta insuficiente; la formación, tanto a nivel de grado como de postgrado, no abarca una capacitación suficiente de la enfermedad mental para los médicos de familia. El personal sanitario de la APS en la mayoría de los casos se abstiene de aplicar técnicas psicoterapéuticas que brinden un tratamiento efectivo al paciente, lo que obedece principalmente a razones de economía en el sistema de salud⁵⁹¹ -unido a la escasez de

⁵⁹¹ MANZANERA-ESCARTÍ/IBÁÑEZ-TARÍN/SCOUFALOS/ARBESÚ-PRIETO, *SEGEN*, 8 (2007), 426, coinciden en que la falta de accesibilidad, la escasez de recursos

tiempo de consulta y de personal debidamente capacitado-; así, el recurso de la prescripción farmacológica es aplicado casi como única opción de tratamiento, pese al riesgo de dependencia y los efectos secundarios que pueden producir los fármacos psiquiátricos⁵⁹².

a3) El médico de familia como parte fundamental del equipo de la atención primaria en Psiquiatría

El equipo de atención primaria está compuesto por el conjunto de profesionales responsables de la prestación de atención de salud integral y continuada, en la zona de salud que tiene como centro de referencia y coordinación el centro de salud⁵⁹³. En cada zona básica de salud existe un conjunto de profesionales sanitarios y no sanitarios que componen el equipo de APS, y que son los responsables de la prestación de la atención de la salud a la población en su demarcación sanitaria de forma coordinada, integral, permanente, continuada y orientada al individuo, la comunidad y al medio ambiente. Entre los integrantes del equipo se encuentran médicos de familia, pediatras, enfermeros, matronas, auxiliares de enfermería, trabajadores sociales, auxiliares administrativos y celadores⁵⁹⁴; además de los mencionados, se encuentran integrados en equipo, funcionalmente, veterinarios y

psicoterapéutico, la deficiencia en la formación en técnicas psicoterápicas, la falta de consenso en la utilización de los tratamientos psicológicos, la descoordinación entre los niveles asistenciales, entre otros, han contribuido a un deficiente abordaje del paciente con trastorno mental por parte del médico de familia en la APS.

⁵⁹² RETOZALA BALSATEGUI, en: RETAZOLA BALSATEGUI (coord.), *Manual de orientación*, 2009, 61.

⁵⁹³ De acuerdo con lo explicado por ÁLVAREZ LEIVA, *Logística*, 2009, 43, un equipo de Atención Primaria (EAP) está compuesto por: 1 médico de familia por cada 1.500-2000 pacientes, 1 pediatra por cada 1.000 niños menores de 14 años y 1 enfermera por cada 2000 personas.

⁵⁹⁴ Aunque hay que aclarar que en ocasiones la conformación del EAP va a depender de los recursos que hayan sido asignados para cada comunidad autónoma.

farmacéuticos. El art. 3 del RD 137/1984, de 11 de enero, sobre estructuras básicas, establece expresamente que el equipo médico de la APS estará compuesto por los médicos de medicina general⁵⁹⁵ y pediatría, puericultura de zona, ayudantes técnicos sanitarios o diplomados en enfermería, matronas y practicantes de zona y auxiliares de clínica, adscritos a la zona; los funcionarios técnicos del Estado al servicio de la sanidad local adscritos a los cuerpos de médicos, practicantes y matronas titulares radicados en la zona; los farmacéuticos titulares radicados en la zona colaborarán con el equipo de acuerdo con criterios operativos y fórmulas flexibles; los veterinarios titulares radicados en la zona podrán integrarse en el equipo de APS aplicando criterios operativos y de colaboración en la forma en que se determine; los trabajadores sociales o asistentes sociales; el personal preciso para desempeñar las tareas de administración, recepción de avisos, información, cuidados de mantenimiento y aquellos otros que se estimen necesarios para el mejor funcionamiento del centro. De igual manera, este decreto precisa que en la medida en que la propia dinámica de implantación y desarrollo de los equipos lo hagan preciso, y las disponibilidades presupuestarias lo permitan, podrán incorporarse a los mismos otros profesionales.

El equipo de atención primaria deberá asumir funciones de promoción y prevención de la salud individual y comunitaria. El art. 5 del RD mencionado en el párrafo anterior dispone que las funciones que debe cumplir el equipo de la APS son las de prestar asistencia sanitaria tanto a nivel ambulatorio como domiciliario y de urgencia a la población adscrita a los equipos de coordinación con el siguiente nivel asistencial; realizar las actividades encaminadas a la promoción de la salud, a la prevención de la enfermedad y a la reinserción social; a contribuir a la educación sanitaria de la población; a realizar el diagnóstico de salud de la zona; a evaluar las actividades realizadas y los resultados

⁵⁹⁵ Actualmente médicos de familia.

obtenidos; realizar actividades de formación pregraduada y posgraduada de atención sanitaria, así como llevar a cabo los estudios clínicos y epidemiológicos que se determinen; a participar en los programas de salud mental, laboral y ambiental y aquellos otros de análoga naturaleza que sean necesarios para la mejor atención de la población protegida; a la realización de aquellos programas sanitarios que específicamente se determinen de acuerdo con el diagnóstico de salud de la zona; el trabajo en equipo obliga a que cada uno de sus miembros participe en el estudio, ejecución y evaluación de las actividades comunes.

Como vemos, el equipo de APS está compuesto por un grupo profesionales con carácter multidisciplinar; sin embargo, en este trabajo nos vamos a ocupar especialmente de abordar las competencias que debe desarrollar el médico de familia y su actuación en la atención primaria en relación con la atención del paciente con trastorno psíquicos. Como se dijo desde el principio, aquí lo que interesa es determinar si, en el evento en el que se llegue a presentar alguna imprudencia médica por parte del médico de familia ejerciendo alguna actividad psiquiátrica, es posible utilizar o no el baremo del psiquiatra diligente ideal.

En términos generales, se puede decir que el médico de familia es el médico especialista en atención primaria que ejerce sus funciones alrededor de la unidad familiar⁵⁹⁶. Sus funciones principales se centran

⁵⁹⁶ Señalan ALTISENT TROTA/MARTÍN ESPÍLDORA/SERRAT MORÉ, en: MARTÍN ZURRO/CANO PÉREZ (coords.), *Práctica clínica*, 3ª, 2010, 115 que “la propia denominación americana y española del médico de familia como especialista en Atención Primaria tomó como referencia el microcosmos comunitario por excelencia que es la familia: lugar natural para nacer, vivir y morir. La familia tiene un papel decisivo en el proceso salud-enfermedad, tanto en la génesis de los problemas como en su resolución. La familia puede y debe ser un magnífico aliado en los cuidados de salud, y el médico de familia ha de conocer su dinámica. Muchas decisiones importantes con implicaciones éticas se toman consultando a familiares próximos

en proporcionar servicios personales de prevención, promoción, curación y rehabilitación del paciente, pero, además, se preocupa por el bienestar social y la higiene ambiental de una población determinada. El médico de familia, debe actuar, en definitiva, como clínico, organizador, supervisor y docente. La función original de todo médico consiste en ser buen clínico y el médico de atención primaria no está exento de cumplir con esta función; por lo tanto, este debe proporcionar una atención continua e integral a los pacientes, teniendo la obligación de estudiar cada caso en concreto, elaborar la historia clínica, realizarle el examen físico y administrar el tratamiento correspondiente. La función como organizador implica que el médico de familia ha de tener la capacidad para planear su práctica en el sistema de citas, planificar las consultas tanto en el centro de salud como visitas domiciliarias, administrar los recursos de personal y financieros. El médico de familia como supervisor ha de cumplir con la función de vigilar el equipo de trabajo, los suministros, los registros de los pacientes, las necesidades de salud de la comunidad. Por último, cuando se dice que el médico de familia debe cumplir una función docente, esto tiene que ver con la relación que este debe guardar con la comunidad, en el sentido de que el médico de familia debe proporcionar los lineamientos generales para el mantenimiento y la atención en salud de la comunidad⁵⁹⁷.

El informe de la Comisión Ministerial para la reforma psiquiátrica presentado en abril de 1985 y que constituyó el fundamento para la inclusión de la enfermedad mental dentro de la LGS propuso que la atención psiquiátrica en la APS fuera ejercida por equipos básicos de salud, sin contemplar las cualificaciones que debían tener los

cuando el paciente no está capacitado para hacerlo de manera responsable. El domicilio familiar es muchas veces el lugar preferido por el enfermo frente al hospital y, en ocasiones, esto puede plantear serios dilemas por discrepancias familiares o por el volumen de trabajo que supone para el médico de familia sobre cargado por la presión asistencial.”

⁵⁹⁷ GARRET, *Educ. Med. Salud* 3 (1981), 249 ss.

integrantes de estos equipos; simplemente se estableció que entre las funciones que estos debían llevar a cabo se hallaba la obligación de identificar el trastorno psicoemocional y los componentes emocionales de los trastornos en general, así como llevar a cabo el tratamiento de los pacientes bajo el asesoramiento del equipo especializado, diseñando además programas de protección de salud mental para la población en riesgo. Esto implica que desde un principio se ha concebido que la APS para el paciente con trastorno mental va a estar a cargo de personal no especializado en Psiquiatría, aunque se considera que su función debe hacerse bajo la dependencia y supervisión de personal especializado⁵⁹⁸. Así, será el médico de familia⁵⁹⁹, también denominado médico general o médico de cabecera quien tendrá a su cargo la atención primaria del paciente con trastorno mental.

⁵⁹⁸ En este mismo informe se proponen como funciones generales en el nivel especializado, las siguientes: “Apoyar, asesorar y supervisar al equipo básico de salud y a los equipos especializados; atender a los pacientes remitidos por el equipo básico de salud; hacer el seguimiento directo o mediante supervisión de los pacientes dados de alta del medio hospitalario; atender a los pacientes hospitalizados; llevar a cabo la psiquiatría de enlace en el hospital general; dar cobertura a los servicios de urgencia y a la atención de situación de crisis; participar en las actividades de formación de los equipos básicos de salud y especializados; desarrollar actividades y programas de investigación orientados hacia tareas de promoción de la salud mental, preventivas y epidemiológicas; apoyar, asesorar y cooperar con otras instancias asistenciales, sociales y educativas del área territorial en programas específicos, potenciando el trabajo interdisciplinario”.

⁵⁹⁹ La medicina de familia surgió en la época de la guerra de Vietnam, a finales de la década de 1960, como una especialidad basada en la asistencia sanitaria de la población, creada para mitigar el descontento suscitado por la filosofía biomédica, es decir, en contra de médicos especialistas que veían a los pacientes como un conjunto de órganos. Para esta nueva disciplina es fundamental ver al individuo desde un enfoque holístico, promover la salud y prevenir la enfermedad. Como disciplina académica, la medicina de familia el concepto de salud y el conocimiento médico se amplía a diversas áreas, esta especialidad ha reconocido además, la importancia de la relación entre médico-paciente y permite tratar al paciente en el contexto familiar. Sobre este tema, cfr. GOLDBERG, en: TAYLOR (dir.), *Medicina de familia*, 6ª, 2006, 45 ss.

El título oficial de médico especialista en medicina familiar y comunitaria fue reconocido a través del art. 3⁶⁰⁰ del RD 2015/1978, de 15 de julio, y regulado por el RD 3303/1978, de 29 de diciembre. Esta titulación se crea con la finalidad de que exista un médico especialista en APS con conocimientos multidisciplinarios que se encargue no sólo del tratamiento de las enfermedades, sino también de la promoción y protección de la salud de los individuos en su entorno familiar y comunitario⁶⁰¹. Posteriormente en el RD 853/1993, de 4 junio, sobre ejercicio de las funciones del médico de familia en el SNS se obliga al médico que desee desempeñar funciones de médico de familia a obtener el título de médico especialista en medicina familiar y comunitaria⁶⁰². GÉRVAS CAMACHO/ORTÚN RUBIO, siguiendo el concepto adoptado

⁶⁰⁰ “A los efectos indicados en el número anterior se reconocen como especialidades médicas las siguientes (...) Medicina familiar y comunitaria.”

⁶⁰¹ Señala expresamente el art. 1º de este RD: “1. El médico de familia constituye la figura fundamental del sistema sanitario y tiene como misión realizar una atención médica integrada y completa a los miembros de la comunidad./ 2. El alcance a la misión expuesta se centra en los siguientes cometidos: 1. Prestar atenciones médicas y de salud en forma integrada y continuada a los miembros del grupo familiar y de las comunidades primarias tanto en consulta como en el domicilio del enfermo y en régimen tanto normal como de urgencia. 2. Promocionar la salud, prevenir la enfermedad y desarrollar la educación sanitaria a nivel individual, familiar y comunitario. 3. Contribuir, junto a la administración sanitaria, al desarrollo de los aspectos de salud ambiental, materno-infantil, alimentación y nutrición, epidemiología, bioestadística, precisos para el mantenimiento equilibrado del sistema sanitario. 4. Orientar a los enfermos y a sus familiares en la utilización adecuada del sistema de atención médica establecida. 5. Colaborar en las actividades docentes orientadas a la formación del personal integrante de los equipos de salud.”

⁶⁰² No obstante, el art. 2.1. de la mencionada norma dispone que “los españoles y los nacionales del resto de los Estados miembros de la Comunidad Europea que hayan obtenido el título español de Licenciado en Medicina y Cirugía o cumplan las condiciones necesarias para su expedición antes del 1 de enero de 1995 tendrán derecho, en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, a ejercer, sin Título de Médico Especialista en Medicina Familiar y Comunitaria, las actividades propias de los médicos de medicina general”.

por el *Royal College of General Practitioners* de 1972, definen al médico de familia como “el médico general que presta atención médica primaria, personal y continua a individuos y familias. Puede atender a los pacientes en sus domicilios, en la consulta y, ocasionalmente, en el hospital. El médico general acepta la responsabilidad de tomar las decisiones iniciales en todos los problemas que se le presenten, requiriendo la opinión de los especialistas cuando lo juzgue conveniente. Habitualmente trabaja con otros médicos generales en lugares apropiados y específicos, con la ayuda de personal auxiliar y del equipamiento necesario. Incluso si trabaja en solitario organizará un pequeño equipo, para poder delegar funciones. El médico general tiene en cuenta los aspectos psíquicos, psicológicos y sociales en los diagnósticos y establece planes educativos, preventivos y terapéuticos para mejorar la salud de sus pacientes”⁶⁰³.

En la práctica, se estima que el 9.1% de la población que asiste a consulta en APS padece alguna enfermedad mental, pudiendo considerarse que la demanda en la prestación de este servicio se amplía cada vez más⁶⁰⁴; por lo tanto, en la actividad diaria del médico de familia cada vez es más frecuente la atención de pacientes con trastornos psíquicos, y el médico de APS ha dejado de ser un mero filtro hacia los sistemas especializados y se ha convertido en figura clave en el diagnóstico y tratamiento de los enfermos mentales; sin embargo, se reconoce que la formación de estos es insuficiente y, aunque su trabajo debe encontrar respaldo en el equipo médico especializado, en la

⁶⁰³ GÉRVAS CAMACHO/ORTÚN RUBIO, *APr.* 8 (1995), 501.

⁶⁰⁴ Según BORELL I CARRIÓ/CATERINA BARGALLÓ, en: MARTÍN ZURRO/CANO PÉREZ (coords.), *Práctica clínica*, 3ª, 2010, 507, la prevalencia de malestar psíquico en España oscila alrededor del 26%, con un 19.5% de trastornos mentales y el 62% de personas con malestar psíquico se presentan a su médico de familia con alguna queja somática y un 6.9% con fatiga o problemas de sueño. La capacidad del médico de cabecera para detectar trastornos mentales revela grandes oscilaciones, con sensibilidades que van del 29 al 66% y especificidades situadas, en general, por encima del 80%.

actualidad no es así, no se trata de un trabajo coordinado, sino que, por el contrario, existen discrepancias entre uno y otro respecto del diagnóstico y el tratamiento que se debe aplicar a los pacientes que reportan alguna enfermedad mental⁶⁰⁵, y aunque los médicos de familia reconocen tener los conocimientos adecuados cuando se trata de trastornos del ánimo, de ansiedad, trastornos adaptativos, del sueño, de conversión, hipocondría, también reconocen su dificultad para tratar algunas patologías psiquiátricas como, por ejemplo, esquizofrenia, trastornos psicóticos, de conducta alimentaria y por uso de sustancias⁶⁰⁶.

⁶⁰⁵ ESPINO GRANADO, en: GARCÍA/ESPINO/LARA (coords.), *Psiqu. Esp.* 1998, 167. Considera que los psiquiatras tienden a diagnosticar más pacientes como depresivos que los médicos de familia; estos últimos se limitan a clasificarlos como pacientes ansiosos y suelen pasar por alto casos psiquiátricos (enfermedades ocultas o falsos negativos) y confunden casos no identificables con otras patologías. Por otra parte RETOZALA BALSATEGUI, en: RETOZALA BALSATEGUI (coord.), *Manual de orientación*, 2009, 62 explica que “el dominio de los llamados trastornos mentales comunes se trata de un campo complicado en el que muchos médicos de familia y psiquiatras no se encuentran cómodos por considerarlo difícil y fuera de su cometido los primeros, o de menor entidad los segundos. Suele ser muy común despachar este tipo de problemas con la etiqueta, un tanto peyorativa, de *trastornos menores*, en la opinión de que los auténticos trastornos mentales son otros. Los resultados de los estudios que hemos revisado nos confirman, una vez más, que este tipo de casos vienen asociados a problemas psico-sociales muy extendidos, relacionados con las dificultades en la salud, la vida familiar y el trabajo de las personas. Ello hace que sus formas de presentación generen dudas a muchos profesionales sobre su auténtica naturaleza (psiquiátrica o social). A lo anterior, hay que añadir que nuestras actuales nosografías no son lo suficientemente sensibles para muchos de estas entidades que, con gran frecuencia, presentan fases y/o episodios *subumbral*, en los que los síntomas son escasos en número, menos graves o de menor duración y no cumplen todos los requisitos diagnósticos requeridos en aquéllas. Sin embargo, a pesar de ello, generan importantes demandas asistenciales”.

⁶⁰⁶ Esta exposición es producto de un análisis estadístico que se efectuó a médicos y enfermeras de APS por SÁNCHEZ ETXEBERRIA/ ARRILLAGA ARIZAGA/SARASQUETA EIZAGUIRRE/ RUIZ FELIU, *APr.* 9 (2004), 492 ss.

Una de las grandes y evidentes dificultades del médico de familia es su escasa capacitación para manejar el diagnóstico y el tratamiento de los trastornos mentales, en un estudio realizado por RETOLAZA BALSATEGUI expuesto en el Congreso de Neuropsiquiatría en Cádiz en el año 2009, se expuso que, “en líneas generales, y desde una perspectiva internacional, la capacidad de detección de los médicos generalistas se sitúa en un rango aproximado entre el 50% y el 60% del total de los trastornos mentales hallados mediante entrevista psiquiátrica estructurada. También se ha observado que esta capacidad de detección es algo mejor en los países desarrollados”⁶⁰⁷ (...) “Es importante saber que algunos elementos clave que determinan una buena detección están más relacionados con la estructura asistencial y su adecuado funcionamiento que con las capacidades propias del médico. Se han estudiado diversas características, propias de la organización de servicios en el nivel de atención primaria, que afectan a la detección de trastornos. En este orden de cosas, Üstün y Cols. (1995) encontraron un mejor reconocimiento y detección de trastornos psíquicos (54%) en aquellos servicios de atención primaria que estaban centrados en el usuario y sus necesidades. Por contra, la detección fue mucho peor (sólo el 27%) en servicios estructurados a partir de las prioridades organizativas que la provisión de servicios generaba entre los profesionales y administradores y que tenían menos en cuenta las necesidades de los pacientes. Las características esenciales de los servicios centrados en el usuario fueron las siguientes: *Atención médica personalizada*. En lo esencial ésta se relaciona con que el médico y el paciente se conocen y tienen establecida una relación derivada de los anteriores conceptos. *Tiempos de espera breves*. El servicio está accesible y el paciente consigue ver a su médico de cabecera sin mayor dificultad ni demora. *Historial médico detallado de todos los pacientes*. Existen datos suficientes, debidamente registrados, sobre el historial del paciente, sobre los contactos previos habidos y sus resultados así como

⁶⁰⁷ RETOZALA BALSATEGUI, en: RETOZALA BALSATEGUI (coord.), *Manual de orientación*, 2009, 65.

otras informaciones de interés. *Responsabilidad directa del médico en la continuación de cuidados*. Actuando como asesor del paciente y coordinador en las diversas remisiones a especialistas o pruebas diagnósticas”⁶⁰⁸.

Hasta aquí hemos visto, cómo el médico de familia cumple un papel fundamental dentro de la APS, siendo atribuidos entre su múltiples funciones, la atención, el diagnóstico y el tratamiento del paciente psiquiátrico, lo que haría pensar que sin ser psiquiatra, al asumir competencias de atención, diagnóstico y tratamiento del paciente con trastorno mental, asume las funciones de un especialista en Psiquiatría. Por lo tanto, en lo que sigue y para ir finalizando con este tema, voy a intentar realizar una comparación entre las competencias del médico de familia en la APS y las competencias del psiquiatra en la atención especializada, para determinar definitivamente si pueden ser tratados bajo el mismo baremo a la hora de establecer el deber de cuidado objetivo en relación con el tratamiento médico de las dolencias psiquiátricas.

a4) El médico de familia y el especialista en psiquiatría

El segundo escalón al cual se accede dentro el SNS por disposición del médico de familia de atención primaria es a la atención especializada⁶⁰⁹.

⁶⁰⁸ RETOZALA BALSATEGUI, en: RETOZALA BALSATEGUI (coord.), *Manual de orientación*, 2009, 67, s.

⁶⁰⁹ La LGS, describe en el artículo 56.2 las actividades que corresponden a los servicios de atención primaria y especializada: “Las Áreas de Salud son las estructuras fundamentales del sistema sanitario, responsabilizadas de la gestión unitaria de los centros y establecimientos del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma en su demarcación territorial y de las prestaciones sanitarias y programas sanitarios a desarrollar por ellos. En todo caso, las Áreas de Salud deberán desarrollar las siguientes actividades: a) En el ámbito de la atención primaria de salud, mediante

La atención especializada de salud mental incluye el diagnóstico, el seguimiento clínico, la psicofarmacoterapia, la psicoterapia, y en los casos en los que sea necesario, la hospitalización⁶¹⁰. El art. 13 de la ley 16/2003, 29 de mayo, establece las actividades que comprende la prestación de atención especializada: “1. La atención especializada comprende actividades asistenciales, diagnósticas, terapéuticas y de rehabilitación y cuidados, así como aquéllas de promoción de la salud, educación sanitaria y prevención de la enfermedad, cuya naturaleza aconseja que se realicen en este nivel. La atención especializada garantizará la continuidad de la atención integral al paciente, una vez superadas las posibilidades de la atención primaria y hasta que aquel pueda reintegrarse en dicho nivel. 2. La atención sanitaria especializada comprenderá: a. La asistencia especializada en consultas. b. La asistencia especializada en hospital de día, médico y quirúrgico. c. La hospitalización en régimen de internamiento. d. El apoyo a la atención primaria en el alta hospitalaria precoz y, en su caso, la hospitalización a domicilio. e. La indicación o prescripción, y la realización, en su caso, de procedimientos diagnósticos y terapéuticos. f. La atención paliativa a enfermos terminales. g. La atención a la salud mental. h. La rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable”.

La atención especializada se presta en centros de salud y hospitales bajo tres modalidades: asistencia ambulatoria especializada en consultas, asistencia ambulatoria especializada en hospital día y asistencia especializada en régimen de hospitalización; por lo tanto, la atención psiquiátrica especializada tiene lugar tanto en los servicios

fórmulas de trabajo en equipo, se atenderá al individuo, la familia y la comunidad; desarrollándose, mediante programas, funciones de promoción de la salud, prevención, curación y rehabilitación, a través tanto de sus medios básicos como de los equipos de apoyo a la atención primaria. b) En el nivel de atención especializada, a realizar en los hospitales y centros de especialidades dependientes funcionalmente de aquéllos, se prestará la atención de mayor complejidad a los problemas de salud y se desarrollarán las demás funciones propias de los hospitales.”

⁶¹⁰ CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad médica y Psiquiatría*, 2ª, 1998, 122.

hospitalarios, como en los comunitarios. Las actuaciones de la atención psiquiátrica especializada se concretan en la asistencia de los pacientes derivados a los servicios de salud mental por los equipos de atención primaria; asistencia y seguimiento de los pacientes dados de alta de la unidad hospitalaria correspondiente; apoyo, coordinación y supervisión de los equipos de atención primaria; atención del paciente en régimen de hospitalización; realizar funciones de psiquiatría de enlace e interconsulta en el hospital general; atención y apoyo de la urgencia, tanto en el medio hospitalario como en el ambulatorio; desarrollar labores de formación tanto en los equipos básicos de salud, como en la atención especializada; llevar a cabo tareas de investigación, tanto en el campo de la investigación básica y clínica, como preventiva y epidemiológica⁶¹¹.

La asistencia que se presta en este segundo nivel de especialidad en Psiquiatría es prestada por un equipo multidisciplinario compuesto por: psiquiatra, psicólogo y trabajador social⁶¹². Como se dijo antes, para el caso en particular nos interesa la actividad del psiquiatra y la relación de este con el médico de familia, en aras de identificar las competencias de cada uno y sus niveles de formación.

Entre las competencias que debe desarrollar el médico de familia se hallan las competencias las clínicas (además de las docente y comunitarias), donde este deberá realizar la anamnesis, delimitar los motivos de la consulta a través de la entrevista, diligenciar las historia clínica teniendo en cuenta aspectos somáticos, psicológicos y socio-familiares, realizar una exploración física al paciente, procesar y analizar los datos obtenidos de la exploración física, orientar hipótesis diagnósticas, elaborar un plan diagnóstico para confirmar o rechazar las hipótesis formuladas, atender al paciente con enfermedad terminal y mental, asumir la continuidad de la atención del paciente, entre otros.

⁶¹¹ CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad médica y Psiquiatría*, 2ª, 1998, 122 ss.

⁶¹² CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad médica y Psiquiatría*, 2ª, 1998, 122.

De acuerdo con lo anterior, se puede decir que una de las principales bondades que ofrece la especialidad en medicina familiar es que, a diferencia de las demás especialidades médicas, no se concentra en enfermedades específicas; por lo tanto el paciente que acude a consulta del médico de familia, al menos desde el punto de vista teórico, es atendido como todo un conjunto orgánico integrado en un contexto familiar y comunitario.

Por otra parte, la Psiquiatría forma parte de las especialidades y se concentra específicamente en la atención de la salud mental del individuo, aunque hay que tener presente que en los últimos años la legislación ha venido realizando un esfuerzo para que el psiquiatra ejerza su profesión atendiendo todo el contexto social en que se desenvuelve el paciente, estableciendo además en su ejercicio actividades de promoción de salud mental y prevención patologías mentales en la comunidad, ampliando así el marco de actividad del médico psiquiatra a labores comunitarias. En el BOE del 1 de septiembre de 2008 fue publicado el programa oficial de especialidad en Psiquiatría a través del cual se procura ampliar la base formativa de este profesional en áreas como la psicoterapia, adicciones, psiquiatría infantil, tercera edad, formación en investigación, programas de salud mental y gestión de recursos.

En esta publicación se define el perfil del psiquiatra atendiendo los siguientes parámetros: “El perfil profesional se caracteriza por: a) Tener una visión integral de la enfermedad, que incluye aspectos psicológicos de la patología orgánica así como la ayuda psicológica o psiquiátrica a pacientes de otras especialidades y a personal que forme parte de los equipos de salud, correspondiendo al psiquiatra llevar a cabo actividades de coordinación e investigación multifactorial para mejorar el conocimiento sobre el origen, tratamiento y atención de las enfermedades mentales, todo ello, desde el escrupuloso respeto y garantía de los derechos de los pacientes. b) Tener capacidad para

saber detectar las disfunciones morbosas que se solapan parcialmente con desviaciones de experiencias personales y de comportamiento social que por lo tanto, dependen de rasgos normales de la personalidad y del estilo de vida, por lo que es función del psiquiatra evitar la psiquiatrización de determinados problemas de la vida, sin perjuicio de intentar aliviar el sufrimiento y la discapacidad de los afectados con el objetivo de prevenir, en lo posible, una evolución hacia estadios mas graves. c) Conocer y comprender las disciplinas psicológicas y psicosociales que han permitido adentrarse en una mejor comprensión del enfermo mental y esclarecer las complejas interacciones del individuo enfermo con su contexto social. Por ello, el psiquiatra debe incorporar a su haber profesional, además de un alto nivel clínico, un conocimiento amplio del componente social y comunitario propio de las actuaciones de protección de la salud pública en general. d) Conocer las implicaciones éticas de la Psiquiatría ya que los trastornos mentales pueden acompañarse de una falta de conciencia de enfermedad y en consecuencia son fuentes potenciales de daño al propio enfermo y a terceros, por lo que a veces es necesaria la aplicación de tratamientos involuntarios que en todo caso deben llevarse a cabo con sujeción a las normas legales establecidas al respecto y garantizando los derechos de los pacientes. e) Responsabilizarse en la defensa, desarrollo y actualización de los aspectos científicos, profesionales, éticos y legales de la especialidad, evitando dejarse influir por ingerencias políticas o de cualquier otra índole”⁶¹³.

La Psiquiatría, a diferencia de lo que ocurre con la Medicina de familia, se centra exclusivamente su atención en la enfermedad mental; sin embargo, la relación entre ambos debe ser coordinada, sobre todo en los

⁶¹³ Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo SCO/2616/2008, de 1 de septiembre, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Psiquiatría; 3.1. concepto y perfil profesional.

eventos⁶¹⁴ en los que el paciente con trastornos psíquicos es remitido al segundo nivel de atención, pues una vez ha sido valorado por el especialista, la información clínica del paciente retorna al médico de la APS, quien adquiere la obligación de continuar con el tratamiento del paciente bajo la supervisión de aquél. Es fundamental que el médico de familia garantice la continuidad en la atención de los cuidados del paciente, bajo la coordinación y supervisión del especialista⁶¹⁵. De acuerdo con el documento sobre Estrategia de Salud Mental publicado por el Ministerio de Sanidad y Consumo en el año 2007, “la coordinación entre atención primaria y especializada constituye uno de

⁶¹⁴ No en todos los casos el paciente es remitido al segundo nivel, sino sólo en aquellos en los que el médico de familia, según su criterio, lo considera necesario.

⁶¹⁵ La OMS, *Salud Mental en la Atención Primaria*, 1990, 42, ha procurado que la atención del paciente con patología mental leve o grave esté en manos del médico de familia, aunque reconoce que para lograrlo es necesario una adecuada capacitación de este y que sus actuaciones estén supervisadas por el especialista. Al respecto ha dicho: “Hasta ahora, los únicos que adquirirían los conocimientos para diagnosticar, evaluar y tratar la enfermedad mental y el trastorno psíquico eran los especialistas. La idea de integrar la salud mental en la atención primaria requiere ahora que *todo* el personal general de salud posea esos conocimientos. En los últimos 20 años se ha hecho mucho por definir los conocimientos de salud mental que han de tener los agentes generales de salud, determinar cuánto pueden aprender y hacer, y preparar manuales de enseñanza apropiados. En ese empeño ha podido observarse que los agentes generales de la salud, las enfermeras generales tituladas y los médicos no especializados pueden detectar y tratar eficazmente muchas enfermedades mentales y neurológicas comunes, con una mínima referencia a los servicios especiales. De hecho, los estados más fáciles de reconocer –y en muchos casos de tratar– son los manifestados por alteraciones máximas del comportamiento, como la psicosis, la epilepsia y las crisis emocionales graves; en la mayoría de esos casos no es necesario enviar al enfermo a servicios especializados. Ahora bien, debe recalcarse que una atención psiquiátrica satisfactoria por personal no especializado depende en gran parte de una buena supervisión por los especialistas de los escalones secundario y terciario del sistema de salud”. Sin embargo, pese a lo expresado en estas líneas por la OMS en la actualidad uno de los mayores inconvenientes de la atención que presta el médico de familia al paciente con trastorno mental es su falta de preparación en estas patologías y la ausencia de coordinación con el médico psiquiatra de atención especializada.

los pilares del enfoque comunitario. Al menos tres modelos de coordinación han sido descritos: el modelo ‘derivación’, en el que atención primaria y salud mental son instancias separadas, cada una con responsabilidades definidas en cuanto a la salud mental y que se coordinan por medio del diálogo y de protocolos; el modelo de ‘reemplazo’, en el que profesionales de salud mental se instalan en los locales de atención primaria y atienden directamente a los pacientes que presentan trastornos mentales, y el modelo ‘enlace’, en los que los profesionales de salud mental apoyan a los de atención primaria en el tratamiento de los trastornos mentales actuando de consultores o supervisores de casos”⁶¹⁶.

Lo visto hasta el momento permite ir concretando que en la relación que surge entre el médico de familia y el psiquiatra de segundo nivel, se pueden presentar varias situaciones: 1. Que el paciente con patología psíquica sea atendido, diagnosticado y tratado enteramente por el médico de familia, sin remisión al especialista. 2. Que el paciente sea atendido por el médico de familia y remitido sin diagnóstico al psiquiatra, quien se encargara de este y de su tratamiento. 3. Que, con posterioridad a la valoración por el médico especialista de segundo nivel, el paciente retorne de nuevo a los servicios de atención primaria para que continúe su tratamiento con el médico de familia, pero bajo las órdenes y la coordinación del psiquiatra. 4. Que el paciente sea remitido por el médico de familia al especialista con un diagnóstico y un tratamiento no compartido por este.

Lo anterior implica, que cuando que un paciente con trastorno mental o sintomatología psiquiátrica acude a la APS, el médico de familia asume una función de atención continua y permanente sobre este, pero sin que se pueda llegar a afirmar que está asumiendo el papel de un

⁶¹⁶ Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, *Estrategia en Salud Mental*, 2007, 110.[http://www.msc.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/excelencia/salud_mental/ESTRATEGIA_SALUD_MENTAL_SNS_PAG_WEB.pdf -consultado 20-07-2011].

especialista en Psiquiatría, pues ha quedado claro, que se trata de dos especialidades en las que se asumen competencias específicas, por lo que le asiste la razón a CARRASCO GÓMEZ cuando advierte que en caso de presentarse alguna imprudencia médica en la actividad psiquiátrica entre primer y segundo nivel de atención “en cada caso, cada uno deberá asumir la responsabilidad que le corresponda según su actuación, pudiendo ser ésta individual o incluso plantearse de forma conjunta, si las actuaciones de uno están derivadas de las indicaciones del otro y siempre que estas últimas no supongan errores muy groseros ante las cuales tendría la obligación de percatarse y no seguir las indicaciones”⁶¹⁷.

Es evidente que el médico de familia debe asumir amplias competencias en el mundo sanitario, más aún si se tiene en cuenta que su principal función será la de brindar una atención integral al paciente y a la comunidad –desprovista de una especialidad orgánica en concreto–, y, aunque dentro de sus funciones encontramos que debe hacerse cargo del diagnóstico, tratamiento y seguimiento de pacientes con trastorno mental, esa función por sí sola no lo convierte en un especialista⁶¹⁸ en

⁶¹⁷ CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad médica y Psiquiatría*, 2ª, 1998, 121.

⁶¹⁸ De hecho algunas SAP han venido reconociendo que el médico de familia debe ser tratado como tal y no como especialista. Así por ejemplo en SAP Toledo 29-01-2002 (JUR 74763) se absuelve a la médica de APS que bajo un diagnóstico erróneo considero que el paciente presentaba una crisis de ansiedad tratándolo con tranquilizantes, cuando este realmente presentaba un cuadro de trombosis venoso que a la hora siguiente de la consulta le causo una parada cardio-respiratoria que le produjo la muerte. El argumento al que acude la Audiencia Provincial es el siguiente: “En definitiva, cuando el joven fallecido acude a la consulta, pese a que lleva un pie vendado y se ayuda a caminar con muletas, no relata dolor especial en la pierna, sino simple y llanamente que ha tenido un esguince y que no ha quedado bien, estando todavía bajo tratamiento de un traumatólogo. No presentando dolor especial y sí sin embargo otros síntomas, como la sensación de asfixia, la ansiedad y el nerviosismo y llanto, y no aparentando encontrarse bajo ningún factor de riesgo que haga previsible una trombosis venosa profunda y observando la doctora que los síntomas remiten rápidamente al suministrarle un simple tranquilizante, hasta el punto de ser el

paciente quien manifiesta sentirse mejor y querer marchar a su casa, entendemos que sin perjuicio de admitir que en efecto el diagnóstico fue equivocado, ello no significa que sea relevante en absoluto en la esfera penal en la que nos encontramos, que exige como antes indicamos, infringir u omitir las más elementales precauciones y cautelas, algo imperdonable o indisciplinable en un facultativo, lo que desde luego no parece que se dé en el caso presente, en el que nos encontramos ante un médico de medicina general, no un especialista en cirugía vascular, que presta sus servicios como interino en un dispensario o Centro de Salud, que ni siquiera es un hospital, pretendiéndose por la acusación exigirle una diligencia y grado de acierto tan elevado que de prosperar, convertiría en responsable criminal a todo profesional que errara en su diagnóstico”. En un caso similar, la SAP Burgos 01-03-2003 (ARP 387) también se absuelve al acusado, bajo el siguiente argumento: “Partiendo de las consideraciones precedentes, y teniendo en cuenta que la valoración de la «lex artis» incluye la valoración de una conducta humana que debe de contemplarse en las específicas circunstancias de las personas, de los medios y de la situación concreta en que se produce la conducta analizada, procede hacer las siguientes consideraciones en relación con el caso que nos ocupa y en el ámbito de la culpabilidad: 1.-Los hechos enjuiciados ocurren en un servicio de guardia de un hospital y con un médico actuante que no era: ni un médico especialista en neurocirugía, ni especialista en el análisis e interpretación de radiografías, ni siquiera un médico de urgencias especializado, sino un médico de familia. Todos estos datos deben de ser tomados en cuenta para valorar la actuación del acusado en la situación concreta, en el momento concreto, con los específicos medios de los que disponía y respecto de la concreta persona imputada. Pues no puede ser igual la valoración de la conducta de un especialista en un servicio ordinario, que la valoración de quien no es especialista y, por lo tanto, tiene las limitaciones propias de quien no es especialista, lo cual siempre es relevante en cualquier actividad humana, pero de forma especial en el ámbito de la medicina”. Por otra parte, en SAP Valladolid 07-01-2009 (JUR 113487) se condena a un médico de familia por imprudencia grave. En la sentencia se reconoce que el médico de familia al no ser especialista, no puede ser tratado como tal; por lo tanto, se parte del presupuesto de otro médico común que actuando diligentemente hubiese podido evitar el resultado muerte, es decir, que el médico de familia quebrantó las diligencias mínimas exigibles a un facultativo no especializado, como por ejemplo, cumplimentar la historia clínica del modo reglamentado, efectuar un diagnóstico, solicitar pruebas mínimas para definir la patología, remitir oportunamente a la paciente a un especialista. Se explica expresamente en la sentencia lo siguiente: “Claro está, la exigencia de responsabilidad al médico presenta siempre dificultades, porque estamos ante una ciencia inexacta por definición, en la que concurren factores y variables totalmente imprevisibles que provocan serias dudas sobre la causa

Psiquiatría. Si fuese así, el SNS no hubiese previsto que su actividad fuese desarrollada bajo la orientación y supervisión del psiquiatra; por lo tanto, esto implica que no se le podrán exigir iguales conocimientos a los de un especialista, aunque sí puede ser cuestionado por una conducta imprudente, cuando su comportamiento infringe el deber objetivo de cuidado de un médico de familia medio ideal en la atención de un paciente con trastorno psíquico.

En conclusión, al médico de atención primaria sólo se le podrá exigir una actuación conforme lo haría otro médico de familia diligente, atendiendo las circunstancias que lo rodeen y las características específicas de la patología que presenta el paciente. Lo visto hasta el momento permite considerar que la formación que aquél posee no se encuentra en el mismo nivel de un especialista en Psiquiatría, porque, además, existen circunstancias especiales en su actuación que le impedirían comportarse como tal, como por ejemplo el reducido tiempo de atención de la consulta. No obstante, esto no exime al médico de familia de la obligación, de que tanto el diagnóstico y tratamiento del paciente psiquiátrico lo realice siguiendo las indicaciones del especialista.

Cuando el médico de familia en el ejercicio de su actividad asume funciones de diagnóstico, tratamiento y seguimiento del paciente con trastorno psíquico, en el evento en que se produjese un resultado lesivo

determinante del daño. No considera la Jurisprudencia imprudencias grave el simple error científico o el diagnóstico equivocado, salvo si, por su propia entidad cualitativa o cuantitativa, resulta de extrema gravedad, ni el hecho de carecer el facultativo de una pericia extraordinaria, propia de la especialización. Así, el acento de la imprudencia ha de ponerse en el comportamiento específico del profesional que, pudiendo evitar con una diligencia exigible a un médico normal, el resultado lesivo o, en este caso, mortal, no pone a su contribución una actuación impulsada a constatar las patologías existentes con mayor o menor acierto”.

para la vida, salud del paciente o de terceras personas⁶¹⁹, el operador jurídico para valorar si ha existido una infracción al deber objetivo de cuidado deberá comparar su conducta con la de un médico de familia diligente y cuidadoso; es decir, deberá analizar cómo hubiera actuado este en las mismas condiciones en las que se encontraba el primer profesional; no obstante, en aquellos casos en los que el médico de familia posea conocimientos especiales⁶²⁰ en Psiquiatría superiores a los que podría tener un médico de familia común que presta sus servicios en APS, el juez deberá tener en cuenta en su valoración esta condición especial.

En resumen, habrá que decir que el baremo que sirve de fundamento para el análisis del deber objetivo de cuidado debe respetar las especialidades de cada profesional, con independencia de que la atención del paciente con trastorno mental sea asumida por un médico de familia o por un psiquiatra, Así, si se trata de un médico de familia el baremo no puede ser otro que el del médico de familia diligente, pero si se trata de un psiquiatra, el baremo deberá estar relacionado con un especialista en Psiquiatría medio ideal. Por ejemplo, el sujeto que acude al médico de familia por presentar síntomas de depresión, es tratado inicialmente por este con antidepresivos; no obstante, al no producirse ninguna mejoría en el estado de salud del paciente, el médico de familia decide remitirlo al psiquiatra quien le diagnostica un trastorno de depresión menor, pero decide aumentar la dosis del medicamento indicado inicialmente por el médico de familia; por lo tanto, el paciente retorna a los servicios de atención primaria y el médico de familia

⁶¹⁹ Teniendo en cuenta que una indebido tratamiento del paciente psiquiátrico puede producir en estas actuaciones en contra de su propio bienestar, terceras personas o cosas.

⁶²⁰ Recuérdese que en este trabajo se distingue entre capacidades y conocimientos especiales, entendiendo que los que interesan a la hora de determinar la imprudencia médica será los conocimientos y no las capacidades que se encuentren por encima de la media.

siguiendo las indicaciones del especialista continúa con la supervisión del tratamiento, pero a la décima semana, el paciente presenta alteraciones convulsivas que resultaron en una grave afección coronaria, comprobándose que el aumento excesivo del antidepresivo fue el causante de este resultado lesivo. En este caso, atendiendo lo dicho hasta el momento el comportamiento imprudente recae sobre el psiquiatra, excluyendo la responsabilidad del médico de familia, pues este último se comportó desde un principio atendiendo los criterios del médico de familia diligente y cuidadoso, prestando una atención inicial adecuada y posteriormente realizando el seguimiento del tratamiento bajo la orientación del médico especialista; no obstante, no se puede decir lo mismo del psiquiatra quien actúa infringiendo el deber objetivo de cuidado, pues es conocido en el medio de la Psiquiatría, que el aumento desmesurado de las dosis de medicamentos antidepresivos para pacientes con un nivel de depresión menor, pueden producir secuelas lesivas que afecten el sistema coronario.

B) La *lex artis* en la actividad psiquiátrica

Decíamos anteriormente que el deber objetivo de cuidado está compuesto por varios elementos, que, unidos entre sí, determinan si el profesional de la salud en el ejercicio de su actividad se ha comportado diligentemente. La *lex artis* es fundamental a la hora de analizar la imprudencia, pues su infracción como veremos más adelante sirve como carácter indiciario de la misma. La *lex artis* está compuesta por el conjunto de reglas-técnicas que se aplican en las actuaciones sanitarias; por lo tanto, la Psiquiatría, entendida como especialidad médica no es ajena a este conjunto de normas técnicas que regulan la actividad y que, por lo tanto, son las que debe adoptar el profesional al momento de desplegar su actividad médica; sin embargo, si bien desde el punto de vista teórico bastaría con expresar que en caso de presentarse alguna imprudencia procedente de la actividad psiquiátrica

habría que valorar si el médico actuó conforme con las normas técnicas que rigen la profesión, desde el punto de vista práctico se presentan algunas dificultades para identificar las reglas que componen la *lex artis* en Psiquiatría. Ello se debe principalmente al problema que ha generado a las sociedades científicas y a las escuelas de Psiquiatría coordinarse entre sí para definir normas y protocolos que regulen la profesión; sin embargo, hay que reconocer que se han hecho esfuerzos y los especialistas cada vez son más conscientes de la necesidad de elaborar reglas técnicas que orienten la actividad. En lo que sigue voy a tratar de mostrar el contenido que se le ha dado a la *lex artis* en la Psiquiatría de acuerdo con la doctrina de esta especialidad y las comunidades científicas, partiendo de un estudio del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, conocido como DSM, conocido en este ámbito como la “biblia de la psiquiatría”, prosiguiendo con un examen general de las guías y protocolos clínicos sobre trastornos mentales en las comunidades autónomas de España, y finalizando con un análisis a los protocolos del consentimiento y de la información. Tras ello tomaré postura sobre a cuál debería ser el contenido de la *lex artis* en Psiquiatría de conformidad con la propuesta que se ha venido haciendo en la parte general de este trabajo.

b) La naturaleza de la *lex artis* en Psiquiatría de conformidad con la doctrina y la comunidad científica

Es difícil establecer las particularidades de la Psiquiatría sobre normas técnicas específicas que guíen la actividad psiquiátrica, más aún cuándo persisten criterios tan diversos acerca de las enfermedades mentales y los tratamientos adecuados que logren la curación del trastorno mental o por lo menos la estabilidad de este dentro del entorno personal y social del paciente. En la actividad sanitaria, en general, se ha considerado que forman parte de la *lex artis* normas técnicas que regulan la profesión médica. En Psiquiatría es

particularmente extenso el debate sobre el contenido de la *lex artis*, pues, como lo veremos a continuación hay quienes promueven la creación de normas técnicas para hacer más segura la actividad, pero, por otro lado, hay quienes consideran que la protocolización de los procedimientos no es más el producto de la manipulación de las empresas farmacéuticas para medicar a los pacientes con trastorno mental o constituye sólo el criterio de algunas escuelas científicas⁶²¹ y, por lo tanto, prefieren acudir a las normas de la propia experiencia para ejecutar la actividad; asimismo vamos a ver como la mayoría de los autores coinciden en que la *lex artis* psiquiátrica tiene que ver con los derechos del paciente, especialmente los que tienen que ver con el consentimiento y la información.

La comunidad científica de la Psiquiatría, ha venido observando durante las últimas décadas la necesidad de crear documentos en los que se recojan las normas que deben regular las prácticas psiquiátricas. A partir de 1952 se publica la primera edición del DSM⁶²², es decir, Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*), posteriormente se han publicado tres ediciones más en 1968, 1980 y 1994, actualmente se prepara el DSM V que pretende publicarse en año 2013, el manual que

⁶²¹ CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad médica y Psiquiatría*, 2ª, 1998, 98, considera que en la aplicación de los tratamientos psiquiátricos será necesario que el médico siempre actúe conforme a la *lex artis*, pero advierte: “Quizás en la elección del tipo de terapéutica puede resultar, en psiquiatría, donde la diversidad de escuelas y concepciones de la especialidad queda más en evidencia. Y así por ejemplo, ante un caso de ideas o tentativa de suicidio, habrá médicos que opten por el tratamiento farmacológico, otros por el electroshock y otros por un manejo de las pulsiones autolíticas mediante técnicas de psicoterapia y se decida incluso llevar a cabo el tratamiento en régimen de internamiento o externo. Todas las opciones pueden resultar ortodoxas, es decir, son técnicas adecuadas y reconocidas, si bien el resultado y la valoración de su mayor o menor beneficio para el enfermo puede ser muy diferente según quien haga esta valoración ante un caso de resultado negativo del tratamiento elegido”.

⁶²² Publicada por la Asociación Psiquiátrica Estadounidense (APA)

se encuentra vigente concuerda con las patologías descritas en la CIE⁶²³ 10. De igual manera, la protocolización de la atención en salud mental ha venido siendo abordada con mayor interés en los últimos años, siendo considerada una herramienta eficaz que tiene como finalidad mejorar la calidad, fortalecer la seguridad en la asistencia del usuario y facilitar la práctica del profesional sanitario que de él se ocupa⁶²⁴. CARRASCO GÓMEZ afirma que “en la aplicación de tratamientos será necesario actuar según la *lex artis* al igual que en el resto de las actuaciones profesionales. *Lex* que en el caso de tratamientos se tratará de elegir y aplicar, entre las diversas opciones posibles ortodoxas, el tratamiento más adecuado tendiendo en consideración la relación riesgo/beneficio y con las pautas recomendadas”⁶²⁵, añadiendo que, “en la aplicación del tratamiento elegido por el médico, habrá que hacerlo según las normas adecuadas. Si bien no existen dichas normas para todo tipo de tratamiento, la formulación de protocolos o guías donde se explicita de forma precisa lo que hay que hacer en cada caso, se va imponiendo. A los juristas les interesaría mucho que todas las actuaciones terapéuticas estuvieran reguladas mediante formularios pues facilitaría su valoración acerca de si una actuación se adecuó o no a la *lex artis ad hoc*”⁶²⁶.

⁶²³ Clasificación estadística internacional de enfermedades y problemas relacionados con la salud (*International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems*). Publicada por la OMS.

⁶²⁴MINGOTE ADÁN/DEL PINO CUADRADO/GÁLVEZ HERRER/GUTIÉRREZ GARCÍA/SÁNCHEZ ALAEJOS, *Med. seg. trab.*, 221 (2010), 308.

⁶²⁵ CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad médica y psiquiatría*, 2ª, 1998, 98.

⁶²⁶ CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad médica y psiquiatría*, 2ª, 1998, 99.

b₁) Manual de diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales: El DSM IV

El objetivo principal del DSM consiste en proporcionar descripciones de categorías diagnósticas y clasificación de los trastornos mentales⁶²⁷, es proyectado no sólo para uso exclusivo de los psiquiatras, sino también para utilidad de otros especialistas como médicos de familia, psicólogos, enfermeras, terapeutas, trabajadores sociales, entre otros⁶²⁸. El DSM se ha ido perfeccionando desde su primera construcción, la primera edición data de 1952⁶²⁹. El DSM-I fue el primer manual oficial de

⁶²⁷ Aunque de este manual también se pueden desprender otros objetivos, como por ejemplo, servir de herramienta para facilitar la investigación, mejorar la comunicación entre los clínicos y los investigadores, recoger datos de información clínica, contribuir a la enseñanza de la psicopatología y definir las estadísticas sobre salud pública.

⁶²⁸ FRANCES/PINCUS/FIRST y otros, *Manual*, 1995, XXII ss., advierte que el DSM-IV, “es una clasificación de los trastornos mentales confeccionada para uso clínico, educacional y de investigación. Las categorías y los criterios diagnósticos, así como las definiciones del texto, deben ser utilizadas por personas con experiencia clínica; no es aconsejable que los profesionales con escasa información y experiencia clínica hagan uso de este manual. Los criterios diagnósticos específicos deben servir como guías y usarse con juicio clínico, sin seguirse a rajatabla como un libro de cocina. Por ejemplo, el juicio clínico puede justificar el diagnóstico de un individuo a pesar de que sus signos y síntomas no cumplan todos los criterios diagnósticos (siempre que estos signos y síntomas persistan durante largo tiempo y no se consideren graves). Por otra parte, la falta de familiarización con el manual o su aplicación demasiado flexible o estricta disminuyen su utilidad como lenguaje habitual de comunicación.”

⁶²⁹ El primer intento oficial de reunir información sobre trastornos mentales se registró en Estados Unidos en el año de 1840 con una categoría de “idiotia/locura”. Posteriormente en 1880 se diferencian siete categorías de trastorno mental: manía, melancolía, monomanía, parestia, demencia, dipsomanía y epilepsia. Entre 1917 y 1921 se elabora una nomenclatura psiquiátrica para diagnosticar a pacientes ingresados con enfermedades psiquiátricas y neurológicas graves. En 1948 la OMS publicó la sexta edición de la CIE incluyendo por primera vez un apartado para los trastornos mentales. V. FRANCES/PINCUS/FIRST y otros, *Manual*, 1995, XV ss.

consulta clínica apoyado en la CIE-6⁶³⁰, prácticamente se redujo a un glosario descriptivo de diferentes categorías de trastorno mental, en total, ciento seis. Todos los problemas se hallaban agrupados genéricamente como trastornos y a la mayor parte se les denominaba “reacciones”⁶³¹. Pero la principal laguna tanto del DSM-I como de la CIE-6, consistió en que sus definiciones no pasaban de ser enumeraciones que no superaban la ambigüedad interpretativa. Posteriormente, en 1968, aparece el DSM-II y se amplía el número de diagnósticos a ciento ochenta y dos, se refleja una clara influencia del psicoanálisis, pero, no obstante, las deficiencias del DSM-I no fueron superadas con la actualización del manual; de hecho ARTIGAS-PALLARÉS afirma que “el DSM-II se limitó a eliminar el término ‘reacción’ y a incorporar o modificar algunos trastornos. Al igual que la versión anterior, arrastraba la influencia psicoanalítica, motivo por el cual resultaba incómodo incorporar criterios diagnósticos que fijaran límites entre entidades, pues ello implicaría una naturaleza específica para cada trastorno. Tal especificidad hubiera desafiado la esencia del psicoanálisis, que contemplaba una estructura mental donde podían aparecer desarreglos derivados generalmente de experiencias tempranas y que encajaban mal en entidades detalladamente explicitadas”⁶³².

⁶³⁰ Las diferentes ediciones del DSM siempre se han elaborado procurando que estas concuerden con la CIE, algunos autores como CARRASCO GÓMEZ/MAZA MARTÍN, *Psiquiatría legal*, 2^a, 2003, 133 destacan la importancia del empleo de estas clasificaciones internacionales por parte de los psiquiatras a pesar de las deficiencias que se pueden observar en ambas, sin embargo, consideran que son más las ventajas que puede proporcionar la homogeneización de criterios, aunque reconocen también las dificultades que pueden generar la sistematización de la clasificación diagnóstica, si se atiende a la diversidad de cuadros psicopatológicos, las diversas culturas, los frecuentes descubrimientos etiológicos y terapéuticos y los distintos puntos de vista de los profesionales de la Psiquiatría.

⁶³¹ Esto se debe a la influencia teórica que para la época tuvo ADOLF MEYER (1866-1950), porque posteriormente con el DSM-II el empleo del término “reacción” desaparece. V. SHAFER, en: WIENER/DULCAN (coords.), *Tratado*, 2006, 78.

⁶³² ARTIGAS-PALLARÉS, *Neurol*, 52. Sup. 1 (2011), S60.

En 1980 es publicado el DSM-III, en el que se producen importantes innovaciones metodológicas, se crea un enfoque descriptivo neutral respecto de las teorías etiológicas, se logra diferenciar entre normalidad y anormalidad y se admiten doscientos sesenta y cinco categorías diagnósticas. Las modificaciones introducidas en el DSM-III representaron un cambio importante en la comprensión del trastorno mental; por ejemplo, desde el plano conceptual se percibió el abandono de la clasificación neurosis y psicosis, realidad y desconexión de la realidad, que formaban parte de la comprensión psicoanalítica y que también fue abandonada en este nuevo manual, pero la novedad más significativa, según ARTIGAS-PALLARÉS, “fue la utilización de criterios diagnósticos para cada una de las entidades. Un criterio se consideraba positivo si cumplía la condición de ser ‘clínicamente significativo’. El DSM-III, además, incorporó nuevos trastornos y modificó la denominación para muchos de ellos; por ejemplo se aceptaron de forma ‘oficial’ los diagnósticos de autismo infantil y de trastorno de déficit de atención/hiperactividad (TDAH). Ambos ya se habían recogido en el DSM-II como ‘esquizofrenia de tipo infantil’ y ‘reacción hiperkinética’. El DSM-II había sido incapaz de reflejar una realidad clínica consolidada en la década de los setenta”⁶³³. Sin embargo, pese a todas las ventajas que podía demostrar este nuevo manual, el uso del DSM-III advirtió inconsistencias que obligaron a que en el año de 1987 se publicara el DSM-III-R, el cual si bien no introdujo cambios conceptuales significativos, eliminó algunas entidades, modificó la denominación de otras y elevó el número de categorías diagnósticas a doscientos noventa y dos.

⁶³³ ARTIGAS-PALLARÉS, *Neurol*, 52. Sup. 1 (2011), S60.

En el año de 1994 es publicado el DSM IV⁶³⁴. Este nuevo manual abarca los cambios que se venían presentando desde finales de los 80 y comienzos de la década de los 90 respecto de las nuevas formas de atender el trastorno mental en los sistemas de salud. Se trata de un documento que permite ser utilizado en diferentes situaciones: asistencia primaria, especializada, consulta privada, pacientes ingresados, ambulatorios, hospital de día. El DSM IV brinda al médico, además de herramientas diagnósticas, la posibilidad de clasificar el grado del trastorno mental atendiendo a su curso evolutivo: leve, moderado, grave, en remisión total, en remisión parcial e historia anterior. En cualquier caso, para poder definir el tratamiento que debe aplicarse al sujeto diagnosticado con un trastorno mental, se debe describir el grado de este, teniendo en cuenta además los signos y síntomas del trastorno y cualquier irregularidad en su entorno⁶³⁵.

En el DSM-IV se encuentran criterios específicos que deben cumplirse para poder diagnosticar el cuadro clínico. Para identificarlos y evaluarlos se deben conocer los trastornos en general, la semiología psicológica y psiquiátrica y por supuesto también al paciente. La

⁶³⁴ El DSM IV es diseñado por profesionales expertos, para su elaboración se conformaron 13 grupos de trabajo, se tomaron precauciones a la hora de su construcción para asegurar que las recomendaciones de cada grupo reflejaran conocimientos vigentes. Se resalta en él la participación de expertos internacionales para asegurar su uso y aplicación en todo el mundo.

⁶³⁵ De acuerdo con el breviario de los criterios diagnósticos del DSM IV-TR, 2005, en la mayor parte de los trastornos, el médico tendrá que utilizar las siguientes directrices de clasificación: leve, cuando sean pocos o ligeros los síntomas que solo suponen un sutil deterioro de la actividad social o laboral. Grave, si se detectan síntomas que exceden los requeridos para formular el diagnóstico o se presentan varios síntomas considerados particularmente graves o síntomas que demuestran un gran deterioro social o laboral. Moderado, cuando los síntomas se ubican entre leves y graves. En remisión parcial, cuando permanecen síntomas de un trastorno anterior. En remisión total, cuando no existe síntoma o signo del trastorno, pero desde el punto de vista clínico continúa siendo relevante. En el caso de historia anterior, el profesional deberá tener en cuenta los diagnósticos anteriores de un trastorno mental e incluirlos en la historia clínica.

estructura de este manual⁶³⁶ se fundamenta en un sistema multiaxial⁶³⁷ donde cada situación disfuncional del individuo puede contemplarse a partir de cinco perspectivas diferentes, conocidas como ejes, Así, en el eje I se ubican los trastornos clínicos y otras condiciones que pueden ser motivo de atención clínica; en el eje II se codifican los trastornos de personalidad, el retraso mental y los mecanismos de defensa; en el eje III se incluyen las enfermedades médicas generales y los problemas físicos cuando van acompañados de un trastorno mental; en el eje IV los problemas psicosociales y ambientales que contribuyen a la generación de un trastorno; y por último en el eje V se incluye la opinión clínica sobre la valoración global del funcionamiento y actividad del paciente.

⁶³⁶ El manual se estructura de la siguiente manera: inicia con las instrucciones para su uso, seguidas por la Clasificación DSM-IV que proporciona una lista sistemática de los códigos y categorías, posteriormente se describe el sistema multiaxial para el diagnóstico y los criterios diagnósticos de cada trastorno acompañados por un texto descriptivo. Por último, el manual incluye once apéndices, dedicado a cuestiones como: árboles de decisión para el diagnóstico diferencial, criterios y ejes para estudios posteriores, glosario de términos técnicos, índice de modificaciones, índices alfabéticos y numéricos de diagnósticos y códigos, clasificación del DSM-IV con códigos CIE-9MC, guía para la formulación cultural y glosario de síndromes dependientes de la cultura, colaboradores del DSM-IV.

⁶³⁷ FRANCES/PINCUS/FIRST y otros, *Manual*, 1995, 27, explican que “un sistema multiaxial implica una evaluación en varios ejes, cada uno de los cuales concierne a un área distinta de información que puede ayudar al clínico en el planeamiento del tratamiento y en la predicción de resultados”... “El uso del sistema multiaxial facilita una evaluación completa y sistemática de los distintos trastornos mentales y enfermedades médicas, de los problemas psicosociales y ambientales, y del nivel de actividad, que podrían pasar desapercibidos si el objetivo de la evaluación se centrara en el simple problema objeto de la consulta. Un sistema multiaxial proporciona un formato adecuado para organizar y comunicar información clínica, para captar la complejidad de las situaciones clínicas y para describir la heterogeneidad de los individuos que presentan el mismo diagnóstico. Además, el sistema multiaxial promueve la aplicación del modelo biopsicosocial en clínica, enseñanza e investigación”.

Habitualmente, al hacer un diagnóstico, los ejes a los que se les presta más atención son el I y el II. Allí se definen, caracterizan y especifican los trastornos en la infancia, la niñez o la adolescencia; delirium, demencia, trastornos amnésicos y trastornos cognoscitivos no especificados; trastornos debidos a enfermedad médica; trastornos relacionados con sustancias; esquizofrenia y otros trastornos psicóticos; trastornos del estado de ánimo; trastornos de ansiedad; trastornos somatomorfos; trastornos facticios⁶³⁸; trastornos disociativos; trastornos sexuales y de la identidad sexual; trastornos de la conducta alimentaria; trastornos del sueño; trastornos del control de los impulsos; trastornos adaptativos; trastornos de la personalidad y problemas que pueden ser objeto de atención clínica relacionados con los trastornos mentales⁶³⁹.

En el eje III se encuentran codificadas las enfermedades médicas – físicas– contemporáneas, las cuales podrían ser potencialmente relevantes para la comprensión o abordaje del trastorno mental. Las categorías que se presentan son las siguientes: enfermedades infecciosas y parasitarias; neoplasias; enfermedades endocrinas, nutricionales, metabólicas y trastornos de la inmunidad; enfermedades de la sangre y de los órganos hematopoyéticos; enfermedades del sistema nervioso y de los órganos sensoriales; enfermedades del sistema

⁶³⁸ Trastornos que se asemejan a la demencia.

⁶³⁹ En este apartado se establecen problemas que pueden causar dolor o sufrimiento, pero no conforman trastornos, como por ejemplo: factores psicológicos que afectan al estado físico, trastornos motores inducidos por medicamentos, trastornos inducidos por medicamentos no especificados, problemas de relación (problemas de relación afectados a un trastorno mental o a una enfermedad médica, problemas paterno-filiales, problemas conyugales, problemas de relación entre hermanos, problemas de relación no especificado), problemas relacionados con el abuso sexual, problemas adicionales que pueden ser objeto de atención médica (incumplimiento terapéutico, simulación, comportamiento antisocial del adulto, comportamiento antisocial en la niñez o la adolescencia, capacidad intelectual límite, deterioro cognitivo relacionado con la edad, problema académico, problema laboral, problema de identidad, problema religioso o espiritual, problema de adaptación cultural, problema biográfico).

circulatorio; enfermedades del sistema respiratorio; enfermedades del sistema digestivo; enfermedades del sistema genitourinario; complicaciones del embarazo, parto y puerperio; enfermedades de la piel y del tejido subcutáneo; enfermedades del sistema musculoesquelético y del tejido conjuntivo; anomalías congénitas; trastornos originados en el período perinatal; síntomas, signos y trastornos definidos como enfermedad; traumatismos y envenenamiento.

En el eje IV se consignan los problemas psicosociales y ambientales que podrían influir en el diagnóstico, tratamiento y pronóstico de los trastornos mentales. Se han definido las siguientes categorías de problemas: relativos al grupo primario de apoyo, al ambiente social, a la enseñanza, al ambiente laboral, de vivienda, económico, de acceso al servicio de asistencia sanitaria, a la interacción con el sistema legal o el crimen, otros problemas psicosociales y ambientales⁶⁴⁰ .

Por último, en el eje V se incluyen las observaciones del clínico con relación al nivel general de funcionamiento y actividad de la persona. Esta información se utiliza para plantear el tratamiento, medir su impacto y predecir la evolución de este. Se recomienda que el registro de esta información se realice siguiendo la escala de evaluación de la actividad global (EEAG). Dentro de esta escala de evaluación se encuentra diseñado un criterio que debe ser analizado por el clínico y que por lo tanto le va a otorgar al médico la posibilidad de prever cuáles serían los riesgos derivados del trastorno y del tratamiento que puedan generar peligro de lesiones en el paciente, por ejemplo cuando el médico detecta en el paciente intentos de suicidio sin ánimo de muerte, manifestaciones violentas, excitación maníaca, incoherencias, etc.; de igual manera, este sistema le va a permitir al facultativo evaluar peligros persistentes de lesionar gravemente a otros o a sí mismo, como

⁶⁴⁰ Por ejemplo, exposición a desastres, guerra u otras hostilidades, conflictos con asistentes sociales o médicos, ausencia de centros de servicios sociales.

cuando existe violencia recurrente o acto suicida grave con expectativa manifiesta de muerte.

El tipo de información que figura en el texto DSM-IV describe cada trastorno bajo los siguientes epígrafes:

“*Características diagnósticas.* Esta sección clarifica los criterios diagnósticos y suele aportar ejemplos ilustrativos. *Subtipos y/o especificaciones.* Esta sección proporciona definiciones y análisis breves referentes a los subtipos y/o especificaciones aplicables. *Procedimiento de tipificación.* Esta sección aporta directrices para registrar el nombre del trastorno y seleccionar y registrar los códigos diagnósticos CIE-10 y CIE-9-MC adecuados. También incluye instrucciones para aplicar cualesquiera subtipos y/o especificaciones apropiados. *Síntomas y trastornos asociados.* Esta sección suele subdividirse en tres partes: *Características descriptivas y trastornos mentales asociados.* Esta sección incluye ciertas características clínicas que se asocian frecuentemente al trastorno, pero que no se consideran esenciales para formular el diagnóstico. En algunos casos estas características fueron propuestas para ser incluidas como posibles criterios diagnósticos, pero resultaron insuficientemente sensibles o específicas para formar parte del conjunto final de criterios. En esta misma sección también se incluyen otros trastornos mentales asociados con el trastorno que está siendo analizado. Se especifica (cuando se sabe) si estos trastornos preceden, coinciden, o son consecuencias del trastorno en cuestión (p. ej., una demencia persistente inducida por alcohol es una consecuencia de una dependencia crónica del alcohol). Cuando se dispone de ella, también se incluye en esta sección información sobre factores predisponentes y complicaciones. *Hallazgos de laboratorio.* Esta sección proporciona información acerca de tres tipos de hallazgos de laboratorio que pueden asociarse al trastorno: 1) aquellos hallazgos de laboratorio asociados que se consideran «diagnósticos», por ejemplo, hallazgos polisomnográficos en algunos trastornos del sueño; 2) aquellos

hallazgos de laboratorio asociados que no se consideran diagnósticos del trastorno, pero que han sido considerados anormales en grupos de individuos afectados del trastorno en comparación con sujetos de control, por ejemplo, volumen ventricular en la tomografía computarizada como un validador del constructo de esquizofrenia, y 3) aquellos hallazgos de laboratorio que se asocian a las complicaciones de un trastorno, por ejemplo, desequilibrios electrolíticos en individuos con anorexia nerviosa. *Hallazgos de la exploración física y enfermedades médicas asociadas.* Esta sección incluye informaciones acerca de síntomas recogidos en la historia, o hallazgos observados durante la exploración física, que pueden tener significación diagnóstica pero que no son esenciales para el diagnóstico; por ejemplo, una erosión dental en una bulimia nerviosa. También se incluyen aquellos trastornos que se codifican al margen del capítulo de la CIE dedicado a ‘trastornos mentales y del comportamiento’, pero que se asocian al trastorno en estudio. Al igual que en los trastornos mentales asociados, se especifica, si se conoce el tipo de asociación (p. ej., precede, coincide con, es una consecuencia de); por ejemplo, una cirrosis es una consecuencia de la dependencia del alcohol. *Síntomas dependientes de la cultura, la edad y el sexo.* Esta sección suministra al clínico directrices sobre distintas variantes en la presentación del trastorno que pueden atribuirse a la situación cultural, el estadio de desarrollo (p. ej., infancia, niñez, adolescencia, madurez, ancianidad) o el sexo del sujeto. Esta sección también incluye información sobre tasas de prevalencia diferenciales relacionadas con el sexo, la edad y la cultura (p. ej., proporción por sexos). *Prevalencia.* Esta sección proporciona los datos disponibles sobre prevalencia actual y a lo largo de la vida, incidencia y riesgo a lo largo de la vida. Estos datos se proporcionan en relación con diferentes situaciones (p. ej., comunidad, atención primaria, consultas externas de clínicas de salud mental y establecimientos de hospitalización psiquiátrica) cuando se dispone de tal información. *Curso.* Esta sección describe los patrones típicos de presentación y evolución del trastorno a lo largo del tiempo. Contiene

información sobre la *edad de inicio* y el *modo de inicio* (p. ej., súbito o insidioso) típicos del trastorno; *curso episódico* versus *continuo: episodio único* versus *recurrente*; *duración*, que caracteriza la longitud típica de la enfermedad y sus episodios; y *progresión*, que describe la tendencia general del trastorno a lo largo del tiempo (p. ej., estable, empeora, mejora). *Patrón familiar*. Esta sección describe datos acerca de la frecuencia del trastorno entre parientes biológicos de primer grado comparándola con la frecuencia en la población general. También indica otros trastornos que tienden a aparecer más frecuentemente en los miembros de la familia de quienes sufren el trastorno en cuestión. *Diagnóstico diferencial*. Esta sección analiza cómo diferenciar este trastorno de otros que cuentan con algunas características de presentación similares”⁶⁴¹.

En su parte final, el DSM-IV incluye once apéndices que le permiten al clínico complementar los criterios para la definición del diagnóstico y del tratamiento. Hacen referencia a los árboles de decisión para el diagnóstico diferencial, criterios y ejes propuestos para estudios posteriores, glosario de términos técnicos, índice de modificaciones del DSM-IV respecto del DSM-III-R, índice alfabético de diagnósticos y códigos DSM-IV (CIE-10 y CIE 9-MC9), clasificación DSM-IV con códigos CIE-9-MC, guía para la formulación cultural glosario de síndromes dependientes de la cultura, y colaboradores del DSM-IV.

Para actualizar y subsanar algunos defectos del DSM-IV, en el año 2000 es publicado el DSM-IV-TR, el cual si bien no presenta modificaciones sustanciales respecto de aquél, tenía como objetivo, según indica la APA, corregir errores detectados en una serie de criterios y cambiar los códigos diagnósticos según actualizaciones del CIE-9-CM hasta una próxima revisión importante del DSM⁶⁴². El DSM-IV-TR refleja un cierto

⁶⁴¹ FRANCES/PINCUS/FIRST y otros, *Manual*, 1995, 8 s.

⁶⁴² En la actualidad se encuentra en revisión el DSM-V y de acuerdo con la agenda programada se tiene prevista su publicación para el año 2013. BERNARDI, *Rev. Psiq.*

consenso sobre la clasificación y diagnóstico de los trastornos mentales que ya había sido obtenido en el momento de la publicación inicial del manual; no obstante, se obtienen nuevos conocimientos generados por la investigación y la experiencia clínica conduciendo a una mayor comprensión de los trastornos, la identificación de nuevas enfermedades y la eliminación de otras⁶⁴³. Por lo tanto, no podría ni debería entenderse que existe una modificación del DSM-IV, sino más bien una actualización de este documento para evitar que la información recopilada en este texto quede obsoleta. De acuerdo con ESBEC RODRÍGUEZ/FERNÁNDEZ-SASTRÓN, “las metas de esta edición son las siguientes: 1) corregir los errores identificados en el texto del DSM-IV. 2) Revisar la información del DSM-IV para asegurarse de que aún está al día. 3) Realizar los cambios necesarios para reflejar la información nueva disponible desde la revisión llevada a cabo en 1992. 4) Realizar mejoras que potencien su valor didáctico. 5) Actualizar los códigos CIE-9-CM. (A.P.A., 2000)”⁶⁴⁴.

De lo expuesto anteriormente se podría destacar que el DSM no corresponde exclusivamente a una mera enunciación de las patologías que puedan diagnosticarse entre la normalidad y la anormalidad, sino

Ur. 2 (2010), 185, advierte que este nuevo manual busca ajustar al DSM a los avances de la clínica y de la investigación, procurando que los diagnósticos sean más precisos, confiables y útiles para la práctica psiquiátrica. Sin embargo, no todos los tratadistas piensan lo mismo sobre este nuevo manual; así, FRANCES, quien presidió el comité de la APA que elaboró el DSM-IV, ha publicado en *Psychiatrictimes* (www.Psychiatrictimes.com, consultado 09-08-11) un artículo al que ha denominado “Abriendo la caja de Pandora. Las 19 peores sugerencias del DSM-V”. La crítica que este autor realiza con mayor vehemencia tiene que ver con el incremento desmesurado de las tasas de trastornos mentales, a tal punto que lo que puede suceder es que millones de decenas de personas sean etiquetadas bajo la rúbrica de trastorno mental, cuando en realidad de lo que se trataría es de pacientes mal identificados, es decir, “falsos positivos”, lo que además implicaría un uso excesivo de tratamientos farmacológicos con medicaciones innecesarias, costosas y en ocasiones dañinas.

⁶⁴³ CARRASCO GÓMEZ/MAZA MARTÍN, *Psiquiatría legal*, 2ª, 2003, 136.

⁶⁴⁴ ESBEC RODRÍGUEZ/FERNÁNDEZ-SASTRÓN, *Psicop.* 2 (2001), 104.

que explica al clínico cuáles son los razonamientos que deben emplearse para llegar a cada diagnóstico y definir los tratamientos que deben aplicarse al paciente. La mayor parte de los conjuntos de criterios presentados en este manual incluyen juicios necesarios para establecer límites entre distintos trastornos, clarificar diagnósticos diferenciales y criterios de significación clínica. Del manual se pueden desprender características importantes que destacan la utilidad de su empleo por parte del clínico y que hacen de este una importante herramienta como norma técnica para definir el diagnóstico del paciente con trastorno, me refiero a que esta clasificación tiene el propósito de aplicar un lenguaje común en el mundo en torno al trastorno mental e intenta relacionar la patología psiquiátrica con fenómenos psicosociales y biológicos. Para CABRERA FORNEIRO/FUERTES ROCAÑÍN⁶⁴⁵, el manual diagnóstico constituye el intento más serio para conseguir un sistema de clasificación riguroso y amplio, ha conseguido que los psiquiatras independientemente de la formación académica o lugar de residencia que tengan hablen un lenguaje homogéneo⁶⁴⁶, pero lo más importante, la visión multiaxial del documento permite abordar un panorama global del paciente, es decir, que no está reducido a la enfermedad del sujeto, sino que abarca circunstancias sociales, laborales, familiares. Según JARNE/REQUENA, un enfoque multiaxial permite describir al sujeto empleando varias categorías simultáneamente, reporta más información sobre el pronóstico y las alternativas terapéuticas, y permite alcanzar el consenso en síntomas o síndromes específicos que en los sistemas basados en una etiqueta diagnóstica⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ CABRERA FORNEIRO/FUERTES ROCAÑÍN, *Psiquiatría y Derecho*, 1997, 45.

⁶⁴⁶ Con una postura similar RETOLAZA BALSATEGUI, *AEN* 82 (2002) 69: “La verdad es que las sucesivas ediciones del DSM, sobre todo a partir de la tercera, así como las correspondientes de la CIE, han venido a traer más concordancia que discordancia entre la huestes psiquiátricas y, también éstas y ‘los otros’, sean éstos usuarios, resto de profesionales de la sanidad, administradores, laboratorios o editores de revistas de prestigio”.

⁶⁴⁷JARNE/REQUENA, en: JARNE/TALARN (comps.), *Psicopatología*, 2005, 88.

Pese a las virtudes que pueda tener el DSM, algún sector de la doctrina especializada no está de acuerdo con la funcionalidad del mismo y se aparta de su aplicación como criterio válido de la *lex artis*, pues se considera que este manual, al enfatizar sobre la base de listas de síntomas discontinuas, encierra un margen de arbitrariedad, desvalorizando otros métodos como el examen clínico exhaustivo, y tiende a generar una ruptura en la relación que debe surgir entre el médico, el paciente y su contexto familiar y social⁶⁴⁸. Por ejemplo, ALONSO ÁLVAREZ agrupa las desventajas del DSM-IV: “a) Parte de una concepción ‘ateórica’, basada en los hechos para lograr un acuerdo en la clasificación por las distintas escuelas, cuando en realidad su posición corresponde al positivismo; b) A pesar de establecer un enfoque multiaxial, se queda a nivel descriptivo, al no ofrecer intervínculos genéticos para explicar el trastorno; c) En la práctica sólo se utilizan los Ejes I y II quedando el resto para estudios especiales, investigación o tratamiento; d) Desaparece la concepción de enfermedad, cobrando importancia la concepción de trastorno, que destaca el componente sintomático y conductual, obviando otros indicadores claves para el diagnóstico como la etiología, la personalidad premórbida, etc.; e) Los trastornos se agrupan siguiendo criterios externos; f) Se niega la condición de enfermo para pasar a la concepción de un sujeto que posee determinados trastornos; g) Elimina la existencia de términos generales históricamente reconocidos por no existir una comprobación conductual precisa que los identifique; h) Cualquier alteración simple de análisis puede constituir un trastorno; i) En la identificación y diferenciación de los trastornos tiene un peso desmedido los criterios cuantitativos (cantidad mayor o menor de síntomas y duración de los mismos) así como los aspectos observables; k) Esta clasificación diagnóstica de carácter eminentemente sintomática conduce a una terapia dirigida a modificar los síntomas y no al individuo; l) Abandono del principio general de clasificación. Ej.;

⁶⁴⁸ BERNARDI, *Rev. Psiq. Ur.* 2 (2010), 181.

neurosis, psicosis, etc.; j) Niega la concepción de la psiquis como ideal y subjetiva; m) Limita o frena el desarrollo de la propia Psiquiatría, en tanto que el abordaje de esta especialidad no se puede realizar de igual manera que en otras”⁶⁴⁹.

Una de las mayores críticas que se le ha formulado al DSM ha sido precisamente que la categorización de los trastornos mentales conduce a la estigmatización del sujeto, la descripción de una patología en el manual hace que se etiquete al paciente, se sobrediagnostique, haciendo que aumente el número personas diagnosticadas con algún trastorno mental. De acuerdo con KORINFELD, “una forma de estigmatización creciente es la medicalización de la infancia y un capítulo a parte lo conforma el sobrediagnóstico del ‘Desorden de Atención Deficitario por Hiperactividad’ (ADHD) –con o sin hiperactividad–, incorporado en 1987 al *Manual de Diagnóstico y Estadística de Desordenes Mentales*, DSM IV (Manual de la American Psychiatric Association). En menos de un año el diagnóstico había sido dado a 500.000 niños norteamericanos. En 1997 ya había alcanzado 4,4 millones. En 1996 la Junta Internacional de Control de Narcóticos de las Naciones Unidas (INCB) pidió a las autoridades investigar este problema de ‘drogamiento infantil’. En la actualidad distintas iniciativas, en la Comunidad Europea y en Estados Unidos, plantean un control al uso de drogas psiquiátricas con niños”; y añade: “Este etiquetamiento psiquiátrico produce en muchos casos el alivio para la familia por un diagnóstico por fin hallado, por encontrar al niño en un determinado número de ítems de alguna extensa lista, y le procura al niño y a su familia una pseudoidentidad; ‘soy ADD’ –algunas veces suelen enunciar–, una dudosa reivindicación la de ser nombrado por el síntoma que se padece, una identidad que busca en los circuitos de los ‘idénticos’ un refuerzo para su existencia, en sintonía con una sociedad

⁶⁴⁹ ALONSO ÁLVAREZ, *Rev. Psicol.* 1 (2007) 7.

que se propone ser conformada por un grupo de damnificados, de personas unidas por algún rasgo”⁶⁵⁰.

Por otra parte, existe un sector que, aunque no rechaza el uso del DSM, comprende que su aplicación debe ir acompañada de otras evaluaciones que permitan al clínico actuar diligentemente. Por ejemplo, para CARRASCO GÓMEZ/MAZA MARTÍN refiriéndose a los sistemas de clasificación de la DSM y la CIE, reconocen la utilidad de estos manuales por cuanto permiten armonizar y definir criterios entre los profesionales de la Psiquiatría e incluso del Derecho, ya que proporcionan a los juristas una mayor facilidad para conocer y comprender la nosología clínica psiquiátrica⁶⁵¹, pero consideran que no pueden ser tomados de forma rígida o como exigencias dogmáticas, por cuanto el diagnóstico en Psiquiatría no puede cerrarse a estas clasificaciones⁶⁵².

Personalmente, considero que hay que reconocer que este manual realiza importantes aportaciones a la hora de definir criterios diagnósticos del paciente con trastorno mental. La amplia participación de científicos en su elaboración, los consensos logrados por un gran número de asesores clínicos e investigadores de diferentes países, así

⁶⁵⁰ KORINFELD, en: FRIGERIO/DIKER (coords.), *Infancias*, 2003, 102 s.

⁶⁵¹ Señalan CARRASCO GÓMEZ/MAZA MARTÍN, *Psiquiatría legal*, 2ª, 2003, 135, que en el año de 1981 la Asociación Internacional de Derecho Penal y la Comisión Internacional de Juristas recomendaron que el diagnóstico de las enfermedades mentales se efectuase siguiendo una nomenclatura idéntica o de estándares científicos aceptados por la mayoría.

⁶⁵² CARRASCO GÓMEZ/MAZA MARTÍN, *Psiquiatría legal*, 2ª, 2003, 134 ss. Posteriormente CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad médica y Psiquiatría*, 2ª, 1998, 95, reseña nuevamente los beneficios y dificultades de la utilización de las clasificaciones internacionales, destacando una vez más la utilidad de estos para los juristas, quienes, en caso de un error diagnóstico, deberán tenerlas como referencia, pero advierte que no será suficiente para concluir que ha existido una infracción, ya que el juez deberá analizar otros aspectos y principalmente los medios empleados por el médico para emitir el juicio clínico.

como las continuas revisiones y actualizaciones le otorgan la validez suficiente para que sea empleado y tenido en cuenta como norma técnica de la Psiquiatría; sin embargo, su aplicación no puede ser ilimitada, más aún teniendo en cuenta las advertencias provenientes del mismo manual sobre las restricciones de su uso y las limitantes propias del enfoque categorial. Respecto a esto último se ha dicho: “En el DSM-IV no se asume que cada categoría de trastorno mental sea una entidad separada, con límites que la diferencian de otros trastornos mentales o no mentales. Tampoco hay certeza de que todos los individuos que padezcan el mismo trastorno sean completamente iguales. El clínico que maneje el DSM-IV debe considerar que es muy probable que las personas con el mismo diagnóstico sean heterogéneas, incluso respecto a los rasgos definitorios del diagnóstico, y que los casos límite son difíciles de diagnosticar, como no sea de forma probabilística. Esta perspectiva permite una mayor flexibilidad en el uso del sistema, presta más atención a los casos límite y pone énfasis en la necesidad de recoger mayor información clínica adicional que vaya más allá del diagnóstico (...) Algunos participantes en el proyecto sugirieron que la clasificación del DSM-IV se realiza siguiendo un modelo dimensional, a diferencia del DSM-III-R, que empleó un modelo categorial. El sistema dimensional clasifica los casos clínicos basándose en la cuantificación de atributos (más que en la asignación de categorías) y es de mayor utilidad en la de los fenómenos que se distribuyen de manera continua y que no poseen límites definidos. A pesar de que este sistema aumenta la fiabilidad y proporciona mayor información clínica (ya que define atributos clínicos que pueden pasar desapercibidos en un sistema de categorías), posee serias limitaciones; por esta razón es menos útil para la práctica clínica y la investigación que el sistema de categorías. Las descripciones dimensionales numéricas resultan menos familiares y claras que los nombres de las categorías de los trastornos mentales. Es más, aún no existe acuerdo para la elección de las dimensiones óptimas que deben usarse para clasificar. Sin embargo, es posible que el aumento de la investigación y la familiaridad con los sistemas

dimensionales conduzca a una mayor aceptación tanto como método de transmisión de la información que como herramienta de investigación”⁶⁵³.

En lo que tiene que ver con el uso restringido del manual, en el mismo texto se ha advertido que debe limitarse a su manejo por profesionales con experiencia clínica que estén familiarizados con la aplicación del documento⁶⁵⁴. En el DSM-IV se dice expresamente: “Las categorías y criterios diagnósticos, así como las definiciones del texto, deben ser utilizados por personas con experiencia clínica; no es aconsejable que los profesionales con escasa información y experiencia clínica hagan uso del manual. Los criterios diagnósticos específicos deben servir como guías y usarse con juicio clínico, sin seguirse a rajatabla como un libro de cocina. Por ejemplo, el juicio clínico puede justificar el diagnóstico de un individuo a pesar de que sus signos y síntomas no cumplan con todos los criterios diagnósticos (siempre que estos signos y síntomas persistan durante largo tiempo y no se consideren graves). Por otra parte, la falta de familiarización con el manual o su aplicación demasiado flexible o estricta disminuyen su utilidad como lenguaje habitual de comunicación”⁶⁵⁵.

Lo anterior implica que, si bien el DSM es una guía ilustrativa y útil como norma técnica de la actividad psiquiátrica, esta solo puede servir como una herramienta para orientar la definición del diagnóstico del paciente, pero el médico siempre debe considerar las limitaciones que presenta el mismo manual y las dificultades que la doctrina especializada ha advertido sobre su uso; el clínico debe ser cauto e ir más allá de lo establecido en el documento, debiendo acudir a otras guías y protocolos clínicos, teniendo en cuenta, además, las

⁶⁵³ FRANCES/PINCUS/FIRST y otros, *Manual*, 1995, XXII.

⁶⁵⁴ Sobre la familiarización del clínico con el manual DSM-IV-TR véase FIRST/FRANCES/PINCUS, *Guía de uso*, 2005, 57 ss.

⁶⁵⁵ FRANCES/PINCUS/FIRST y otros, *Manual*, 1995, XXII.

particularidades de los signos y síntomas que presente cada paciente y las circunstancias específicas que rodeen cada caso en particular.

b2) Otras guías clínicas y protocolos de la actividad psiquiátrica

Tal y como se había anunciado en un comienzo, una de las dificultades que puede presentar la actividad psiquiátrica es precisamente el establecimiento de guías clínicas y la protocolización para el manejo de tratamientos y la atención de los pacientes con trastorno mental⁶⁵⁶. Acabamos de ver como a nivel mundial se ha venido aceptando por gran parte de la comunidad médica la aplicación del manual del DSM para definir el diagnóstico del paciente y determinar el posterior tratamiento de este; sin embargo, ha quedado claro que este documento por sí solo no puede ser utilizado como norma técnica única de la Psiquiatría, sino es preciso que el personal sanitario acuda a otras guías o protocolos

⁶⁵⁶ Tal y como explica RODRÍGUEZ VÁZQUEZ en: ADHORER BIOSCA/DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (dirs.), *Avances de la medicina*, 2008, 442 s.: “Los protocolos o guías clínicas son elaborados generalmente por los propios profesionales sanitarios a través de las sociedades científicas de ámbito estatal o internacional. El proceder habitual para la redacción del protocolo, una vez identificado el problema sanitario que se pretende ‘reglamentar’, implica constituir un grupo de trabajo entre los profesionales de la actividad médica de que se trate, considerados expertos en esa materia. Éstos mantienen reuniones periódicas e intercambian los conocimientos adquiridos a través de la propia práctica clínica o a través de la asistencia a congresos, conferencias, además del manejo de la bibliografía existente sobre el tema. A partir de aquí crean un documento en el que plasman los criterios que se consideran válidos en relación con el diagnóstico o tratamiento de una determinada enfermedad. Por lo tanto, el protocolo exige un esfuerzo intenso en cinco momentos diferenciados: en la elección del tema que se pretende protocolizar, en la elaboración y fijación de los objetivos perseguidos con la protocolización, en la difusión, cumplimentación y seguimiento, en la valoración y comparación de resultados y en su puesta al día, que exige el reinicio constante del ciclo”.

clínicos, los que además deben ser adaptados a las particularidades del paciente y las circunstancias específicas del caso.

El médico deberá tener un particular cuidado con el paciente con trastorno mental, debido a los riesgos que pueden derivarse de las patologías psiquiátricas; por lo tanto, continuamente se le sugiere al especialista acudir a la *lex artis*; pero como se ha dicho, en esta actividad imperan dificultades de orden científico que impiden su normativización. Esto obedece por ejemplo a la continúa evolución de los tratamientos, las contraindicaciones farmacéuticas y las conflictos que surgen con frecuencia dentro de la comunidad científica para llegar a acuerdos sobre cuáles son las normas técnicas⁶⁵⁷ que deben guiar las actuaciones de pacientes con trastorno mental. No obstante, cada vez es más frecuente que en los países se comience a adoptar guías clínicas y protocolos que orienten esta actividad profesional. Como resultaría muy complejo abarcar todas las guías y protocolos elaborados en materia de Psiquiatría –además de que desbordaría la intención de este trabajo– a continuación lo que se pretende es hacer un esbozo general de las guías clínicas aprobadas por el SNS de España y de algunos protocolos clínicos aplicados en los centros de salud de comunidades autónomas españolas, haciendo una breve referencia a los protocolos de urgencia psiquiátricas, pues es allí donde habitualmente se plantean rasgos de violencia que entrañan riesgos o peligros inminentes para la vida o la salud del paciente o de terceras personas.

b2.1) Las guías clínicas en Psiquiatría

El Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad de España señala que las guías de práctica clínica (GPC) constituyen el conjunto de recomendaciones o estrategias desarrolladas de forma sistemática por

⁶⁵⁷ Por ejemplo uno de los máximos detractores del DSM-V –en preparación– es precisamente ALLEN FRANCES, presidente del comité elaborador del DSM-IV.

un grupo de expertos que tiene como objetivo principal ayudar a profesionales y a pacientes a seleccionar las opciones diagnósticas y terapéuticas más adecuadas para abordar un problema de salud o condición clínica específica⁶⁵⁸. En la actividad psiquiátrica, las GPC se corresponden con un complejo de reglas para la aplicación de la asistencia en salud mental que pretenden facilitar la toma de decisiones clínicas y proveer al paciente de una información básica acerca de sus opciones de tratamiento; aunque pueden variar ampliamente en el formato, las GPC están diseñadas para dar una especificación detallada de los métodos y procedimientos que aseguren un tratamiento efectivo para cada trastorno.

Las GPC en Psiquiatría tienen como objetivos principales documentar las prácticas preferidas, facilitar la investigación del resultado, potenciar la calidad de la asistencia, mejorar la productividad del personal y reducir los costos. Las GPC en salud mental se fundamentan en una revisión científica de la literatura de investigación clínica disponible para establecer qué tratamientos son seguros y eficaces para trastornos psiquiátricos concretos. Las guías adoptan diversas formas; así, por ejemplo, pueden ser de orientación clínica cuando el enfoque es sobre una enfermedad clínica, tecnología o proceso; de propósito clínico, cuando presentan información sobre detección selectiva y prevención, evaluación o diagnóstico, y aspectos diversos del tratamiento; de complejidad, cuando la guía se presenta en detalle; de formato, si la guía práctica se presenta como un texto libre, tablas, algoritmos, vías críticas o vías de decisión; y de audiencia dirigida, cuando la guía está orientada a facultativos, reguladores o usuarios⁶⁵⁹.

De acuerdo con los resultados arrojados por un estudio realizado a médicos de atención primaria, psicólogos y psiquiatras elaborado entre octubre de 2007 y junio de 2008, en las ciudades de Barcelona,

⁶⁵⁸ Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, *Manual Metodológico*, 2007, 9.

⁶⁵⁹ STUART/LARAI, *Enfermería psiquiátrica*, 8ª, 2006, 78 s.

Sabadell, Cornellà de Llobregat y Gavà, los facultativos agrupan las ventajas de las GPC en tres. En primer lugar, destacan su importancia como instrumento útil que agiliza la toma de decisiones y sobre todo en caso de dudas favorece la eficiencia; en segundo lugar, las GPC se perciben como un instrumento que brinda seguridad al médico, al paciente y al entorno jurídico como aval científico que justifica una buena *praxis*; y en tercer lugar, son vistas como una herramienta que favorece la relación entre los profesionales⁶⁶⁰.

En España en los últimos años se viene reconociendo la necesidad de la implementación de guías de práctica clínica para la actividad psiquiátrica. Bajo este prisma el Ministerio de Sanidad desarrolló un programa de elaboración de guías de práctica clínica basadas en la evidencia científica del plan de calidad para el SNS, programa que ha venido brindando importantes resultados y que se ven reflejados en el último informe publicado sobre Estrategia en Salud Mental del Sistema Nacional de Salud 2009-2013⁶⁶¹, en el que se destaca la forma en que las guías de práctica clínica han contribuido para mejorar la calidad en la atención del paciente. Hasta finales de 2008 habían sido incluidas en el catálogo de Guías de Salud (GS)⁶⁶² bajo los criterios de calidad del

⁶⁶⁰ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ/SÁNCHEZ CAICEDO/NAVARRO-RUBIO/PINTO-MEZA/MORENO KÜTSNER, *APr.* 11 (2010), 4.

⁶⁶¹ Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, *Estrategia en Salud Mental*, 2011.

⁶⁶² La GS es un organismo del SNS creado en el año 2002 y adoptado en el 2003 por el consejo interterritorial como instrumento para mejorar la calidad de la atención sanitaria, acogido por todas las comunidades autónomas. Los objetivos del GS son: “Promover el desarrollo –elaboración, adaptación, actualización– de Guías de Práctica Clínica (GPC) y de otros productos basados en la evidencia científica (OPBE) siguiendo una metodología común. Aportar metodología para desarrollo de GPC y de otros productos basados en la evidencia científica de calidad. Facilitar el acceso de las GPC y OPBE al conjunto de Sistema Nacional de Salud (SNS). Favorecer la implementación y utilización de las GPC y OPBE. Promover la formación para la elaboración, implementación y evaluación del impacto de las GPC y OPBE. Difundir Guía Salud en el SNS y en otros ámbitos nacionales e internacionales” [consulta realizada en línea <http://portal.guiasalud.es/web/guest/objetivos>. 19-07-2011].

SNS tres guías relativas a la salud mental: GPC de los trastornos de alimentación, GPC sobre el manejo de la depresión mayor en el adulto, y GPC para el manejo de pacientes con trastornos de la ansiedad en atención primaria⁶⁶³. Con posterioridad a esta fecha, es decir entre el 2009 y 2011, han sido incluidas en la GS catorce GPC más, relacionadas con la actividad psiquiátrica: tratamiento de la esquizofrenia en centros de salud mental⁶⁶⁴; manejo de pacientes con trastornos del espectro autista (TEA) en atención primaria⁶⁶⁵; intervenciones psicosociales en el trastorno mental grave⁶⁶⁶; trastornos de la conducta alimentaria⁶⁶⁷; esquizofrenia y trastorno psicótico incipiente⁶⁶⁸; depresión mayor en la infancia y en la adolescencia⁶⁶⁹; manejo de pacientes con insomnio en atención primaria⁶⁷⁰; trastorno por déficit de atención con hiperactividad (TDAH) en niños y adolescentes⁶⁷¹; actuación en salud mental con mujeres maltratadas por su pareja⁶⁷²; tratamiento del síndrome de abstinencia alcohólica (2ª

⁶⁶³ Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, *Estrategia en Salud Mental*, 2011, 48.

⁶⁶⁴ Con fecha de edición de 01-01-2009. Elaborada por el Servicio Murciano de Salud. Subdirección de Salud Mental y Asistencia Psiquiátrica. Servicio de Programas Asistenciales.

⁶⁶⁵ Fecha de edición: 01-01-2009. Elaborada por la Unidad de Evaluación de Tecnologías Sanitarias de la Agencia Laín Entralgo (Comunidad de Madrid).

⁶⁶⁶ Fecha de edición 01-01-2009. Elaborada por el Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud (I+CS)

⁶⁶⁷ Edición: 01-02-2009. Elaborada por la Agència d'Avaluació de Tecnologia i Recerca Mèdiques de Catalunya (AATRM).

⁶⁶⁸ Edición: 01-03-2009. Elaborada por la Agència d'Avaluació de Tecnologia i Recerca Mèdiques de Catalunya (AATRM); Fòrum de Salut Mental.

⁶⁶⁹ Edición: 01-07-2009. Elaborada por la Axencia de Avaliación de Tecnoloxías Sanitarias de Galicia.

⁶⁷⁰ Fecha de edición: 01-12-2009. Elaborada por la unidad de evaluación de tecnologías sanitarias (UETS) de la agencia Laín Entralgo.

⁶⁷¹ Edición: 01-01-2010. Elaborada por la Agència d'Informació, Avaluació i Qualitat (AIAQS).

⁶⁷² Fecha de edición: 17-09-2010. Elaborada por el Servicio Murciano de Salud.

ed.)⁶⁷³; prevención y tratamiento de la conducta suicida (primera parte)⁶⁷⁴; tratamiento de la dependencia de la cocaína⁶⁷⁵; trastorno límite de la personalidad⁶⁷⁶; tratamiento de la depresión en atención primaria⁶⁷⁷. Actualmente se encuentran en elaboración tres GPC relativas a los trastornos mentales: sobre la enfermedad de Alzheimer y otra demencias; GPC para el manejo de pacientes con trastornos del sueño en la infancia; GPC de la conducta suicida⁶⁷⁸.

Los beneficios que puede representar la utilización de las GPC han sido evidentes, pues además de ser una herramienta que le va a permitir al facultativo tomar decisiones conforme a los lineamientos de la *lex artis* en salud mental, en el terreno de lo judicial brinda seguridad jurídica; estas guías le van a permitir al juez tomar una decisión objetiva, exenta de juicios subjetivos, más aun si tiene en cuenta que las GPC de salud mental son elaboradas especialmente de modo que representan normas de actuación de la actividad psiquiátrica acordes con el conocimiento científico, elaboradas por un grupo de expertos o sociedades científicas reconocidas⁶⁷⁹.

⁶⁷³ Fecha de edición: 29-04-2011. Elaborada por la Sociedade Galega de Medicina Interna.

⁶⁷⁴ Fecha de edición: 01-06- 2011. Elaborada por la Axencia de Avaliación de Tecnoloxías Sanitarias de Galicia (avalía-t).

⁶⁷⁵ Fecha de edición: 01-05-2011- Elaborada por el Departament de Salut. Generalitat de Catalunya.

⁶⁷⁶ Fecha de edición: 01-07-2011. Elaborada por el Fòrum Salut Mental y Agència d'Informació, Avaluació i Qualitat en Salut. Servei Català de la Salut. Pla Director de Salut Mental i Addiccions. Departament de Salut. Generalitat de Catalunya.

⁶⁷⁷ Fecha de edición: 01-12-2011. Elaborado por el Distrito Sanitario Málaga y Hospital Regional Universitario Carlos Haya de Málaga. Servicio Andaluz de Salud (SAS).

⁶⁷⁸ <http://portal.guiasalud.es/web/guest/elaboracion-gpc-programa>. Consulta realizada el 22-07-2011.

⁶⁷⁹ Además para la elaboración de las GPC incluidas en la GS se cuenta en España con la participación de los propios pacientes.

STUART/LARAIA proponen que las GPC estén limitadas a través de restricciones que pueden llegar a limitar su uso y modificar la variabilidad de su empleo de modo que, el médico no podrá aplicar las GPC como verdad única y absoluta⁶⁸⁰, sino deberá tener en cuenta aspectos como las características del paciente, la naturaleza de la relación terapéutica, las intervenciones de tratamiento y el efecto placebo⁶⁸¹. Pero esta advertencia que se viene haciendo a las GPC de la enfermedad mental no es nueva, sino que ya la doctrina que ha estudiado la responsabilidad médica en general o en otras especialidades, aunque reconoce la utilidad de las GPC, ha advertido que estos documentos no pueden aplicarse de manera aislada, es decir, sin tener en cuenta las circunstancias y características específicas del paciente y de la actividad en concreto⁶⁸²; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ llega

⁶⁸⁰ GALÁN CORTÉS/HINOJAL FONSECA, *RGD* 622-623 (1996) 8172, han dicho que “los protocolos médicos responden a la cristalización escrita de criterios de prudencia, sin que constituyan verdades absolutas, universales, únicas y obligatorias en su cumplimiento”.

⁶⁸¹ STUART/LARAIA, *Enfermería psiquiátrica*, 8ª, 2006, 79. Por su parte, VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2003, 106, ha insistido en que, si bien estas reglas de actuación positivadas requieren adaptarse a las particularidades del caso en concreto, no por esa razón cada comportamiento va a dejar de adaptarse a unas normas básicas o de carácter general. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 256 (en prensa), refiriéndose a los protocolos o guía clínicas, ha dicho lo siguiente: “El protocolo no va dirigido a mejorar el tratamiento o diagnóstico de un enfermo en concreto, individual, sino el de grandes tipologías de enfermos con un cuadro clínico o patología similar, el Derecho penal, cuando se trata de determinar la responsabilidad por imprudencia de un sanitario en el ejercicio de su actividad, debe referir la valoración jurídica de una actuación teniendo en cuenta las características clínicas del concreto paciente, o lo que es lo mismo, debe valorar las decisiones clínicas individuales en el contexto en que son tomadas”.

⁶⁸² Así, por ejemplo: Agustín, JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 49 s., en relación con la actividad quirúrgica, considera que “han de tenerse en cuenta las circunstancias concretas de *lugar y tiempo*, en la que se lleva a cabo la actividad médico-quirúrgica. Así no rigen las mismas exigencias –derivadas de la *lex artis*– de cuidado debido para el médico especialista (cirujano), que desarrolla su actividad en

incluso a considerar que estas características individuales podrían convertir estos documentos en ineficaces o exigir una actuación contraria a lo que se prescribe en aquéllas⁶⁸³.

Por otra parte, las guías de práctica clínica reciben serias críticas por parte de especialistas que denuncian que las GPC consensuadas por grupos de expertos a menudo se elaboran bajo el patrocinio de organizaciones profesionales que se encuentran comprometidas con la promoción de tratamientos específicos, cuyos comités en gran medida están compuestos por participantes relacionados con la industria farmacéutica⁶⁸⁴. Además, se advierte que, aunque son una gran

una clínica universitaria o en un gran centro sanitario de la ciudad, que para el médico que desempeñe su profesión en una zona rural o pueblo remoto”(…) “En cuanto al factor tiempo (…) la valoración jurídica sobre la conducta del cirujano consistirá en un enjuiciamiento *ex ante*, es decir, el juez debe ponderar –en el caso concreto– el comportamiento del cirujano, teniendo presente los criterios o reglas de la Cirugía que rigen en el momento de llevarse a cabo la actividad médico-quirúrgica”. GALÁN CORTÉS/HINOJAL FONSECA, *RGD* 622-623 (1996), 8172, consideran que “no debe perderse de vista en la Medicina no hay enfermedades sino enfermos, lo que hace alusión a la individualidad reactiva de cada organismo ante la misma terapia y semejante estados clínicos-patológicos”. HAVA GARCÍA, *Imprudencia médica*, 2001, 60, señala que “en cada actuación médica influyen de modo decisivo todo un cúmulo de circunstancias concurrentes que deben ser tenidas en cuenta a la hora de identificar la *lex artis* aplicable y de ponderar su cumplimiento en el caso concreto. Entre estos factores circunstanciales destacan las propias características del paciente objeto del tratamiento o de la intervención quirúrgica”. Asimismo, GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 338, afirma que “los presupuestos de la responsabilidad del médico por su actuación negligente están decisivamente condicionados por la nota de *circunstanciabilidad* y la consiguiente imposibilidad de plasmar en reglas fijas e inamovibles la relatividad de los aspectos que debe observar a la hora de realizar su actividad”.

⁶⁸³ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 259 (en prensa). No obstante, ROMEO CASABONA, *La actividad curativa*, 1981, 238, considera que este apartamiento de las reglas técnicas sólo opera de manera excepcional, es decir, cuando estas resultan insuficientes o ineficaces para la situación concreta.

⁶⁸⁴ Entre otros, BARTELS/DRAKE, *Clin. Psiq.* 4 (2005) 779.

herramienta, no abarcan todas las problemáticas que a diario pueden presentarse en la atención de un paciente con trastorno mental y algunas no se adaptan a las necesidades locales; de hecho MARTÍN ZURRO/CANO PÉREZ consideran que, “es probable que las guías nacionales requieran una cierta adaptación local mediante protocolos, que, aparte de reflejar la calidad de la evidencia científica que sustenta las recomendaciones, adapta ésta a los condicionantes locales. Estas revisiones locales de guías generales necesitan menos recursos, y es menos probable que generen errores de interpretación, con lo cual, a las ventajas de la construcción nacional se le añaden las ventajas de la construcción local”⁶⁸⁵.

Por lo anterior, en la actividad psiquiátrica y en cualquier otra especialidad, las GPC no van a ser suficientes para abordar todo el contenido de las normas técnicas; por lo tanto, los protocolos clínicos vienen a contribuir y a particularizar problemas específicos de las patologías psiquiátricas. Antes de continuar, me parece conveniente aclarar que no se pueden confundir GPC y protocolos. De acuerdo con lo establecido en el documento sobre Estrategias de Salud Mental, publicado por el Ministerio de Sanidad en el año 2007, los protocolos definen el procedimiento adecuado para lograr la máxima eficiencia en la atención y la GPC definen el contenido de la atención para obtener un mejor resultado terapéutico fundamentado en la información científica disponible⁶⁸⁶, es decir, que las GPC son un conjunto de recomendaciones sobre cuadros sintomáticos, patológicos o medidas preventivas, desarrolladas por expertos para ayudar a los profesionales a adoptar decisiones sobre la base de circunstancias y conocimientos con evidencia científica, incluyen indicaciones y contraindicaciones para la realización de procedimientos y terapias. Por su parte, el protocolo es un escrito más específico que contiene normas de

⁶⁸⁵ MARTÍN ZURRO/CANO PÉREZ, *Atención primaria I*, 5ª, 2003, 507.

⁶⁸⁶ Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, *Estrategia en Salud Mental*, 2007, 91

actuación frente a problemas concretos o una condición clínica en particular. En todo caso, lo que se pretende evidenciar con esta diferenciación es que las GPC constituyen recomendaciones más generales, mientras los protocolos pretenden ser una adaptación particularizada de las sugerencias construidas en las guías⁶⁸⁷, con los protocolos se trata de particularizar las orientaciones suministradas por las GPC.

b2.2) Los protocolos clínicos en Psiquiatría

Para empezar, hay que decir que los protocolos médicos atienden a varias clasificaciones: a) protocolos de investigación, que son aquellos que reúnen el conjunto de reglas que deben seguirse en un estudio de investigación en concreto; b) protocolos de recogida de datos son los que contienen los datos que deben ser objeto de atención para el diagnóstico o estudio de diferentes procesos clínicos; c) protocolos de programas de salud, que se compone del conjunto de intervenciones orientadas a mejorar la calidad de vida, reducir la morbilidad y la mortalidad de una determinada comunidad; d) protocolos clínicos son aquellos que desde el punto de vista jurídico poseen mayor importancia, por cuanto son los que sirven de guía en el momento de determinar si el facultativo ha actuado conforme a la *lex artis*; están compuestos por el conjunto de recomendaciones sobre procedimientos diagnósticos o terapéuticos que se han de emplear en un caso concreto; e) protocolos de información son los que comprenden de manera genérica los riesgos típicos de un proceso terapéutico o de una patología⁶⁸⁸.

En lo que sigue vamos a ocuparnos exclusivamente de los protocolos clínicos de salud mental, por cuanto son estos los que interesan desde

⁶⁸⁷ Vale la pena aclarar que algunas de las GPC mencionadas son de comunidades autónomas.

⁶⁸⁸ GALÁN CORTÉS/HINOJAL FONSECA, *RGD* 622-623 (1996) 8173 s.

el punto de vista jurídico en el tema abordado en el presente trabajo, entendidos como normas técnicas que guían los procedimientos que debe atender el sanitario al momento de diagnosticar y tratar a un paciente.

En España la mayoría de comunidades autónomas han creado más de cien protocolos clínicos de los procesos de mayor complejidad en salud mental⁶⁸⁹. Para el año 2010 de acuerdo con el informe presentado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, ya se habían implementado ciento diecinueve protocolos clínicos en las comunidades autónomas, los cuales comprendían los procesos de atención más prevalentes o de mayor complejidad asistencial⁶⁹⁰.

⁶⁸⁹ Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, *Estrategia en Salud Mental*, 2011, 49. Aunque ya desde antes en el documento de Estrategia en Salud Mental publicado en el 2007, por el Ministerio se destaca la utilidad de los protocolos y la necesidad de que cada comunidad autónoma implemente protocolos de algunas enfermedades mentales –aunque no enuncia cuáles– que cumplan con los criterios del SNS para que puedan integrarse en este.

⁶⁹⁰ Así, en Andalucía tres protocolos –Proceso asistencial integrado ansiedad, depresión y somatizaciones; proceso asistencial integrado trastorno de la conducta alimentaria; proceso asistencial integrado trastorno mental grave–. En Aragón se aprobaron dos protocolos –Proceso asistencial del trastorno mental grave; proceso asistencial del trastorno de la personalidad–. En Asturias se elaboran ocho protocolos –Programa clave de atención interdisciplinar (PCAI) demencia; PCAI ansiedad; PCAI depresión; PCAI alcoholismo; PCAI dolor crónico musculoesquelético; programa de TMS; protocolo sanitario para mejorar la atención a las mujeres víctimas de violencia de género; protocolo interdepartamental para mejorar la atención a las mujeres víctimas de la violencia de género–. En Baleares (Islas) son diez los protocolos –Psicoeducación para la esquizofrenia y el trastorno bipolar; programas de uso racional del medicamento; psicoeducación para familias de pacientes con esquizofrenia y trastorno bipolar; protocolo para la administración de terapia electroconvulsiva; contención mecánica; trastornos del desarrollo; primeros brotes psicóticos; programa de psiquiatría transcultural; atención a pacientes con trastornos del sueño de origen neurológico o psiquiátrico; protocolo de asistencia involuntaria para enfermos mentales–. En Canarias cuentan con once protocolos –protocolo de contención mecánica; protocolo de terapia electroconvulsiva; protocolo de aislamiento; protocolo de riesgo suicida;

programa de atención a la salud mental infanto-juvenil; programa de intervención con familias de enfermos con trastorno mental grave; programa de tratamiento comunitario asertivo; programa de atención a las personas en situación de exclusión social o en riesgo de estarlo; protocolo de traslado e internamiento involuntario; protocolo de actuación en trastornos de la conducta alimentaria; protocolo de derivación a media y larga estancia-. Asimismo, en Cantabria se diseñaron once protocolos –protocolo tratamiento trastornos de ansiedad; protocolo tratamiento trastornos bipolares (JANO); protocolo tratamiento TCA; protocolo atención primeros episodios de psicosis (PAFIP); protocolo atención TMG; protocolo atención trastornos de personalidad; protocolo de atención al maltrato; protocolo de medidas de contención física y química; protocolo de terapia electro-convulsionante (TEC); protocolo de derivación de media y larga estancia; protocolo actuación internamiento y tratamiento involuntario-. En Castilla y León cuentan con diez protocolos –protocolo de atención a la ansiedad en el anciano; protocolo de atención a la depresión en el anciano; protocolo de atención al deterioro cognitivo; protocolo de atención a los trastornos del estado de ánimo; protocolo de atención a los trastornos de ansiedad; protocolo de atención a los trastornos por somatización; protocolo de atención a los trastornos adaptativos; protocolo de atención ante signos de alerta psicopatológica en la adolescencia; protocolo para el manejo del paciente psicótico; protocolo de atención a los trastornos de la conducta alimentaria-. Igualmente en Castilla-La Mancha se han diseñado diez protocolos –trastornos adaptativos; ansiedad y depresión; detección precoz y derivación en infancia; trastorno mental grave (adultos e infantil); trastornos de la conducta alimentaria; trastorno bipolar; dependencias por sustancia principal; patología dual; psicoeducación; específicos de interconsulta y enlace con determinados servicios hospitalario-. Cataluña por su parte, es una comunidad donde se ha elaborado el mayor número de protocolos quince en total –trastorno bipolar; trastorno límite de la personalidad; salud mental y VIH; necesidades de salud mental en personas con discapacidad intelectual; guía de practica clínica para el tratamiento del consumo de cocaína; protocolo de atención a psicosis incipiente; protocolo consumo de adolescentes; protocolo de TCA en AP; protocolo de salud mental infantil y juvenil; programa del niño sano; programa de soporte en salud mental a la atención primaria; recomendaciones para la atención a los problemas de salud mental más frecuentes en la atención primaria de salud; plan de servicios individualizados; programa de atención específica a los trastornos mentales severos; protocolo de actuación frente a la violencia de género; recomendaciones para la atención de los trastornos mentales graves en la infancia y la adolescencia-. En la Comunidad Valenciana se elaboraron ocho protocolos –protocolo de urgencias psiquiátricas; protocolo contención mecánica en urgencias; protocolo paciente agitado; protocolo derivación de pacientes con TCA desde AP; protocolo de actuación de pacientes ingresados en la UHP; protocolo ingreso

en UHP; protocolo de actuación en patología dual; protocolos de instauración de tratamientos farmacológicos; protocolo TEC; protocolo de fuga; protocolo seguridad; protocolo salidas y permisos-. En Extremadura se diseñaron nueve protocolos – Protocolo de atención a los trastornos de ansiedad; protocolo de atención a los trastornos del estado de ánimo; protocolo de atención a la demanda no programada e intervención en crisis en EAP; protocolo de atención y traslado urgente en pacientes con problemas de salud mental; protocolo de detección y atención de problemas de salud mental en niños y adolescentes en AP; protocolo de detección, diagnóstico y tratamiento del TDAH en pediatría; programa de trastornos mentales graves; protocolo de coordinación y atención a los problemas de patología dual; protocolo de coordinación de los equipos de salud mental y las consultas de deterioro cognitivo-. En Galicia, se han generado tres protocolos –protocolo de aislamiento en UHP; protocolo de contención mecánica; protocolo de riesgo suicida; protocolo alteración de conducta; protocolo traslado involuntario; protocolo paciente agitado; protocolo paciente con depresión; protocolo paciente con ideación suicida; protocolo paciente con ansiedad-. En Madrid se han creado nueve protocolos –Contención mecánica; terapia electroconvulsiva; psicocirugía y terapia magnética transcraneal; terapias aversivas contra el alcohol; protocolo de atención en urgencias a los problemas de salud mental; proceso: depresión y ansiedad (Incluye desde atención primaria a hospitalización breve); proceso: primeros episodios psicóticos (Incluye desde centro de salud mental de distrito hasta hospitalización breve y hospital de día); proceso: trastorno del comportamiento alimentario grave (derivación y tratamiento a los recursos específicos); procesos: hospitalización en la unidad de adolescentes-. En Murcia se cuenta con dos protocolos –Protocolo de relajación.; procesos de unidades de rehabilitación-. En el País Vasco, no se sabe con certeza cuál es el número de protocolos elaborados, pero “los procesos asistenciales certificados disponen de protocolos clínicos como guía de sus diferentes subprocesos (intervención orgánico-psiquiátrica, intervención familiar, intervención de competencia psicosocial, intervención psicoterapéutica). Estos protocolos son de índole muy diversa y abarcan desde el protocolo de seguimiento para tratamientos con clozapina o litio a protocolos de intervención reglada como los programas de terapia integrada de la esquizofrenia. Estos procesos asistenciales certificados, evaluables y evaluados, son los procesos de rehabilitación extra e intrahospitalaria de los Hospitales de Álava, Bermeo, Zaldibar y Zamudio que constituyen el 100% de la red hospitalaria de Rehabilitación psicosocial intra- y extrahospitalaria en Álava y Bizkaia. El proceso singularizado esquizofrenia, mantiene como un indicador para todas los dispositivos del sector público que atienden a este diagnóstico (Unidades de corta y media estancia, unidades de Rehabilitación, CSM y estructuras intermedias) la utilización de una guía de práctica clínica en la atención a la esquizofrenia. En la evaluación del 2008, el 82% de los

Los protocolos que se acaban de enunciar, son aquellos que han venido siendo elaborados en las distintas comunidades autónomas de España; sin embargo, los protocolos tienden a particularizarse un poco más, por lo que cada centro de salud, por lo general, se interesa por crear sus propios protocolos clínicos en Psiquiatría. Un grupo de protocolos clínicos que más podría llamar la atención en el tema de la responsabilidad jurídica de la actividad psiquiátrica, es el constituido por aquellos que son elaborados para atender los casos de urgencia, pues es allí donde por lo general se pueden presentar mayores riesgos para la integridad del paciente y terceras personas.

En el ámbito de atención de urgencias psiquiátricas es muy probable que se presenten situaciones de violencia, auto o heteroagresividad, accidentes y daños, que pueden derivar en alguna responsabilidad atribuible al médico encargado de atender al paciente; por lo tanto, en algunas comunidades autónomas⁶⁹¹, centros de salud y hospitales⁶⁹²,

centros declaraba la vigencia de una guía dentro de su proceso asistencial (6 guías distintas)". Información extraída del informe presentado en: Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, *Evaluación de la Estrategia*, 2010, 78 [consultado:http://www.msc.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/excelencia/Resumen_Evaluacion.pdf 20-07-2011]

⁶⁹¹ En la Comunidad Valenciana existen dos protocolos uno de urgencias psiquiátricas y otro de contención mecánica en urgencias; de igual manera la comunidad de Madrid también cuenta con un protocolo de atención en urgencias a los problemas de salud mental; en Castilla y León la guía de salud de seguridad de trastorno mental incluye un protocolo de urgencias médicas; en Extremadura se ha diseñado el protocolo de atención y traslado de la urgencia en salud mental; Castilla-La Mancha ha desarrollado un manual de protocolos y actuación en urgencias en el que se incluye un protocolo para urgencias psiquiátricas; asimismo en la Comunidad Foral de Navarra se diseñó un protocolo de atención integral en emergencias y traslados urgentes por enfermedad mental.

⁶⁹² Así, por ejemplo, el Hospital Universitario 12 de octubre de Madrid cuenta con un protocolo específico sobre atención de urgencias psiquiátricas, igual que el Hospital Galdakao Usansolo de Bilbao; el Hospital Virgen del Rocío de Andalucía dentro de su

se han elaborado un conjunto de protocolos clínicos para que el médico pueda enfrentar este tipo de situaciones y actuar conforme a normas técnicas.

En los últimos años se ha incrementado en los servicios de urgencias la atención de pacientes potencialmente violentos, propiciando que el profesional sanitario acuda en algunas ocasiones a procedimientos que coaccionan la libertad de la persona, como por ejemplo la contención física⁶⁹³ -aunque se ha insistido para que esta se aplique de manera excepcional y como último mecanismo de control- o la aplicación de medicamentos en contra de su voluntad, lo que de acuerdo con la doctrina podría traer consecuencias asistenciales y legales para el médico si no se adoptan las medidas que se encuentren autorizadas en los protocolos, pues son estos los que podrían justificar el comportamiento del especialista⁶⁹⁴.

De acuerdo con la guía de seguridad de atención para pacientes con trastornos mentales de Castilla y León⁶⁹⁵ en los casos de suicidio el elevado número de pacientes con riesgo de autolesión o de conductas

manual de urgencias desarrolla una serie de protocolos exclusivos para la atención de urgencias psiquiátricas que cubren los trastornos de ansiedad y crisis de angustia; psicosis aguda, atención al paciente con conductas e ideas suicidas y atención al paciente agitado; el Complejo Hospitalario de Toledo incluye en el manual de protocolos y actuación en urgencias, algunos de urgencias psiquiátricas para cuadros de paciente agitado, crisis de ansiedad, conducta suicida y cuadros extrapiramidales secundarios a los neurolepticos.

⁶⁹³ Incluso en algunos hospitales de diferentes comunidades de España se han diseñado protocolos exclusivos de contención física, como es el caso de los hospitales Clínico San Carlos, Fuente Fría, 12 de octubre, Ramón y Cajal, Príncipe de Asturias, San Cecilio, Complejo Hospitalario Universitario de Albacete, Hospital Universitario de Alicante, entre otros.

⁶⁹⁴ PÉREZ SOLA/FERRER I VINARDELL/MASOLIVER I MASOLIVER, en: LLORET/MUÑOZ/ VICENÇ/ALLANDE/VÁZQUEZ (coords.), *Protocolos terapéuticos*, 4ª, 2005, 657.

⁶⁹⁵ JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN, *Guía de seguridad*, 2009, 79 ss.

autodestructivas ha justificado la protocolización de procedimientos y cuidados asistenciales en las unidades de salud mental ambulatorias y hospitalarias; por lo tanto, se considera que los principales objetivos del protocolo clínico en este tipo situaciones debe abordar aspectos que contribuyan a “crear y mantener un entorno protector orientado a reducir las autolesiones y el suicidio; ayudar al paciente a comprender la naturaleza de las crisis suicidas y a buscar opciones alternativas; procurar que la persona restablezca la vinculación con personas significativas y consigo mismo; ayudar al paciente a reconocer y aceptar sus sentimientos, a entender sus motivaciones, a controlar sus impulsos y a afrontar las crisis de manera adaptativa”⁶⁹⁶. Entre los procedimientos que deben adoptarse con pacientes que ingresan a urgencias con conductas suicidas, los protocolos de urgencias coinciden en que deben seguirse pasos como la identificación y evaluación del riesgo suicida y/o autolesiones, establecimiento de un plan de protección y tratamiento, diseño de un plan de alta y previsión de nuevos acontecimientos no deseados⁶⁹⁷.

En lo que tiene que ver con los cuadros de agitación psicomotriz, en el protocolo de atención a pacientes con riesgos de agitación, heteroagresividad y/o comportamientos antisociales publicado en la Comunidad de Castilla y León⁶⁹⁸ se considera que de todas las intervenciones psiquiátricas esta es la que requiere una actuación más inmediata, toda vez que es aquí donde el paciente puede llegar a manifestar mayor agresividad, lo que justifica a su vez la existencia de protocolos de actuación que hagan más segura y eficaz la actividad sanitaria. Se advierte que el disponer de un protocolo de actuación para estas conductas podrá facilitar la labor de los profesionales sanitarios, además de aumentar su seguridad. Se sugiere que los procedimientos

⁶⁹⁶ JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN, *Guía de seguridad*, 2009, 80.

⁶⁹⁷ JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN, *Guía de seguridad*, 2009, 81 ss.

⁶⁹⁸ JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN, *Guía de seguridad*, 2009, 91 ss.

que deben tenerse en cuenta cuando se está ante la presencia de este tipo de pacientes deben consistir en identificar y evaluar los riesgos, diseñar un plan de protección y tratamiento, aplicación de técnicas para disminuir la agresividad, y cuando no se logre la desescalada de la agresividad, se deberá aplicar otro tipo de técnicas complementarias como intervención física o contención mecánica, restricción de movimiento, reducción de estímulos externos, aislamiento, tranquilización rápida; y por último, se deben establecer niveles de observación y seguimiento.

Por otra parte, la doctrina sugiere que los protocolos de urgencias psiquiátricas deben abordar el tema de la seguridad. Según CHINCHILLA MORENO, “la intervención psiquiátrica en urgencias debe ser puntual, inmediata, intensiva y de duración suficiente. Pero no debe olvidarse el tema de la seguridad, tanto para el paciente como para los profesionales, y así el emplazamiento de la urgencia psiquiátrica debe estar en el de urgencia general, en zonas, con al menos, mínima seguridad, fácil acceso y evacuación, con buena funcionalidad técnica, competente y satisfactoria, seguridad asistencial para evitar riesgos y posibles daños, con garantías y responsabilidades que protejan a todos: pacientes y profesionales. De ahí que se haga necesario el uso de protocolos para evitar descuidos o riesgos innecesarios, especialmente para el paciente”⁶⁹⁹.

⁶⁹⁹ CHINCHILLA MORENO, en: CHINCHILLA MORENO (coord.), *Manual de urgencias*, 2ª, 2010, 5. En el protocolo de urgencias psiquiátricas de la Comunidad Foral de Navarra, 2008, 58, se sugiere adoptar las siguientes medidas de seguridad con el paciente con síntomas de agresividad: 1. Disponer de un ambiente adecuado: una habitación amplia y tranquila con dos puertas de acceso que no se puedan bloquear por dentro, muebles fijos y sin objetos que reporten peligro, medios de alarma operativos. 2. Disponer de personal adecuado: personal sanitario suficiente y entrenado, personal de seguridad próximo que se encuentra alerta y en ocasiones presente, evitar la presencia de curiosos o personal innecesario. 3. Adoptar medidas de seguridad con el paciente: mantener el paciente siempre bajo vigilancia o

En todo caso, estos protocolos sugieren que el médico siempre tendrá que valorar si la conducta del paciente resulta peligrosa para el propio paciente y para los demás, es decir, los protocolos deben diseñar pautas que le permitan al médico tener la posibilidad de prever los riesgos lesivos que puede generar la conducta agresiva del paciente. Por ejemplo, en el protocolo de urgencias psiquiátricas de la Comunidad Focal de Navarra se sugiere al médico valorar factores de riesgo que le permitan evaluar antecedentes, variables clínicas actuales y variables situacionales. En los antecedentes se sugiere analizar si el enfermo presenta actos impulsivos y peligrosos previos, antecedentes de conductas violentas, utilización previa de armas, historia de abusos de sustancias o alcohol, personalidad antisocial o explosiva, escasa colaboración con los tratamientos. En las variables clínicas actuales, deberá evaluar si existe abuso reciente de sustancias alucinógenas o alcohólicas, si presenta síntomas de esquizofrenia o manía, si hay evidencia de un estado de estrés severo reciente o de un trastorno mental orgánico. Y en cuanto a las variables situacionales, se sugiere al especialista analizar si existe falta de apoyo social; si hay una víctima

supervisión, evitar que este se encierre en lugares de difícil acceso, intentar que use pijama o la bata del hospital. 4. Adoptar medidas de seguridad para el personal durante la valoración: mantenerse cercano a la salida, mantener una distancia de seguridad con respecto al paciente, contar con el apoyo de otros compañeros, cuidar la postura y lenguaje, evitar desafíos o provocaciones tratando de mostrar calma y comprensión, ante la presencia de armas solicitar la intervención del personal de seguridad o de la fuerza pública. Por otra parte en la Comunidad de Castilla y León en el año 2009 se publica una guía de seguridad para la atención de personas con trastornos mentales, en lo que son incluidos los siguientes protocolos de seguridad: de evaluación general de riesgos; recogida y traslado de pacientes; garantía de derechos en la hospitalización; evaluación e intervención en pacientes con riesgo de suicidio y autolesiones; atención a pacientes con riesgos de agitación, heteroagresividad y/o comportamientos antisociales; actuación ante pacientes con riesgo de fuga; aplicación de medidas restrictivas; actuación ante riesgos de accidentes y caídas; prevención y actuación ante incendios; consentimiento informado; actuación ante pacientes con mala evolución; observación y vigilancia.

potencial, y, en caso de existir, su relación con ella y posible acceso a la misma; asimismo verificar las actitudes del personal hacia el paciente⁷⁰⁰.

Como vemos, los protocolos clínicos para la atención de urgencias psiquiátricas se encuentran diseñados para que el profesional pueda reaccionar ante las situaciones de violencia que pueda presentar un paciente en condiciones de agresividad, brindándole al médico algunas herramientas que le van permitir tener la posibilidad de prever las situaciones de riesgo y de lesividad que puedan presentarse; no obstante, hay que reconocer que, si bien estos protocolos (no sólo los relacionados con las urgencias psiquiátricas, sino todos los protocolos clínicos de la actividad psiquiátrica en general), aunque constituyen un avance para brindar seguridad no sólo al paciente, sino también al personal de la salud y al entorno⁷⁰¹, en realidad el manejo de los tratamientos y de los procedimientos que allí se enuncian abarcan situaciones todavía genéricas que obligan al profesional a adaptar los protocolos a las circunstancias específicas de cada caso en concreto y en especial de cada paciente en particular.

b2.3) El deber de información y el consentimiento informado en Psiquiatría.

Antes veíamos como los protocolos adoptan varias clasificaciones, entre ellas se hacía mención a los protocolos clínicos que son los que mayor interés revisten a la hora de enjuiciar si la conducta del facultativo se

⁷⁰⁰ Protocolo de urgencias psiquiátricas de la Comunidad Focal de Navarra, 2008, 55.

⁷⁰¹ De acuerdo con RODRÍGUEZ ARTALEJO/ORTÚN RUBIO, *MedClin.* 95 (1990), 41: "El protocolo ofrece al médico una mayor seguridad de aplicar a su enfermo el procedimiento diagnóstico y terapéutico más correcto, acelera el proceso de toma de decisiones y le da respaldo jurídico ante posibles demandas del enfermo o sus familiares. Este respaldo será mayor si las sociedades científicas y las autoridades sanitarias asumen explícitamente dichos protocolos".

ajustó a la *lex artis*, en el entendido de que es el instrumento que reúne el conjunto de recomendaciones sobre los procedimientos diagnósticos y terapéuticos que se deben emplear ante el cuadro clínico que pueda presentar un paciente en concreto, es decir, es lo que va a permitir establecer si el médico se está comportando como lo haría otro facultativo medio ideal que puesto en las mismas circunstancias de aquel hubiere actuado acogiéndose a las normas técnicas de la profesión. Sin embargo, en la actividad psiquiátrica, la doctrina especializada⁷⁰² en psiquiatría ha venido considerando que la *lex artis* no sólo está compuesta por normas técnicas, sino que incluyen en ella derechos que le han sido reconocidos al paciente, como es el caso específico del derecho a la información y a prestar consentimiento informado⁷⁰³; por lo tanto, se advierte que si el médico brinda una información incompleta o no se brinda el consentimiento o este se emite sin las formalidades pertinentes, su actuación resultaría contraria a las normas que orientan la profesión⁷⁰⁴.

⁷⁰² Por ejemplo, GARCÍA HERNÁNDEZ, en: MÉJICA (coord.), *Psiquiatría y Derecho*, 2000, 168 ss.; CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad médica y Psiquiatría*, 2ª, 1998, 70; SÁNCHEZ-CARO/SÁNCHEZ-CARO, *Psiquiatría*, 2003, 217; CASAROTTI, *Rev.Psiq.Ur.* 2 (2004), 190 ss.; FUERTES ROCAÑÍN/CABRERA FORNEIRO, *Salud mental*, 2ª, 2007, 55; ORTÍZ RUBIO, *BIOT* (2009), 18 ss.

⁷⁰³ Es necesario advertir que aunque estos dos temas no forman parte central de esta tesis doctoral, se va a hacer alusión a ellos atendiendo a la trascendencia que poseen en la doctrina psiquiátrica como elementos de la *lex artis*.

⁷⁰⁴ GALÁN CORTÉS/HINOJAL FONSECA, *RGD* 622-623 (1996), 8178, advierten como actualmente se aprecia en la clase médica una obsesión en la elaboración de protocolos de información para dar cumplimiento a las disposiciones de los apartados 5 y 6 del artículo 10 de la LGS y como respuesta de protección frente a algunas decisiones del TS que condena a los facultativos por no otorgar al paciente información necesaria. Expresamente han dicho: “El meritado artículo 10 de la Ley General de Sanidad dispone, de forma poco afortunada, la necesidad de que se facilite al usuario de los servicios sanitario y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas (apartado 5º), exigiendo el previo consentimiento escrito del paciente para la realización de cualquier intervención (apartado 6º), excepto en supuestos muy concretos (cuando la no intervención suponga un riesgo para la

El Derecho a la información y el consentimiento informado tienen un respaldo eminentemente legislativo⁷⁰⁵. En España a partir de la LGS se comienza a reconocer los derechos de los pacientes, entre estos se incluyen el derecho a la información y a suscribir el consentimiento. Así, en el art. 10.5 se hace alusión a que tanto los pacientes como sus familiares o allegados tienen derecho a recibir una información completa y continuada, verbal o escrita sobre su proceso, la cual debe incluir el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento; por lo tanto, ya en el art. 10.6 se consagra la facultad que le asiste al paciente para que, una vez recibida la información, elija de manera autónoma y voluntaria el tratamiento que considere pertinente, debiendo prestar consentimiento escrito, salvo cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública, cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones –evento en el que serán los familiares o allegados a este los que presten el consentimiento– y en aquellos casos de urgencia inminente que supongan que la no intervención inmediata puede ocasionar la muerte o lesiones irreversibles en el paciente.

Posteriormente la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía, derechos y obligaciones en materia de información y

salud pública, cuando el enfermo no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas, y cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento)”.

⁷⁰⁵ Tal y como señala LOMBANA VILLALBA, *Responsabilidad médica*, 2007, 60: “El derecho a estar informado tiene rango constitucional, y sólo tendrá cumplimiento con la verificación de la obligación del médico de informar adecuadamente al paciente. El consentimiento del paciente sólo tendrá efectos jurídicos válidos, si para otorgarlo el médico lo ha informado correctamente, de lo contrario se tratará de un consentimiento viciado por una inducción en error, debido a la información incorrecta que se le presentó para la obtención de ese consentimiento. El CP español vigente le da mayor eficacia al consentimiento, aclarando que éste debe ser validamente otorgado, lo que presupone una correcta información científica previa”.

documentación clínica (LBAP) viene a reforzar la LGS⁷⁰⁶ y a brindar un tratamiento especial al derecho a la autonomía del paciente, estableciendo en el art. 2º como principio básico el consentimiento informado. A partir de este postulado se reglamenta que toda actuación en el ámbito sanitario con carácter general requiere del previo consentimiento de los pacientes o usuarios –el cual se suministrará por escrito en los casos previstos por la ley: intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, y aplicación de procedimientos que suponen riesgo o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente⁷⁰⁷–, reiterando una vez más que este debe obtenerse después de que el paciente ha recibido la información adecuada. En el art. 3º, la ley define el consentimiento informado como: “La conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta su salud”⁷⁰⁸. Seguidamente, en el art. 4º, se consagra el derecho a la información asistencial; es decir, se trata de que el paciente pueda conocer cualquier información sobre su salud; la información debe comprender mínimamente la finalidad y naturaleza de cada intervención, los riesgos y consecuencias de la misma; la información que se suministre debe ser verdadera, comprensible y adecuada, y debe ser brindada tanto por el médico como por los profesionales que atienden al paciente bajo el proceso asistencial, le apliquen una técnica o un procedimiento. Posteriormente, en el art. 5º, se estipula que el titular del derecho a la información es el paciente; por lo tanto, este será informado sobre el diagnóstico y tratamiento de su

⁷⁰⁶ Aunque URRUELA MORA/ROMEO MALANDA, *Rev. DP.* 34 (2011), 38, tienen razón cuando afirman que con anterioridad a esta ley, la jurisprudencia ya había desarrollado un sistema relativo a los requisitos que deben cumplirse para que el paciente preste el consentimiento, como por ejemplo la STS 03-10-1997; por lo tanto, lo que hace la LBAP es ratificar y complementar la jurisprudencia que ya existía.

⁷⁰⁷ Artículo 8.3 de la mencionada ley.

⁷⁰⁸ Sobre los límites al consentimiento informado, véase el art. 9 de la LBAP.

enfermedad, aun en caso de sufrir alguna incapacidad, evento en el que será informado de manera adecuada a su capacidad de comprensión, debiendo también ser informado su representante legal; no obstante, cuando el paciente carezca de capacidad plena para entender la información, esta debe ser suministrada a las personas vinculadas a él, por lo que el art. 9.3.a permite que el consentimiento sea otorgado por personas diferentes al paciente cuando su estado físico o psíquico no le permitan hacerse cargo de su situación.

Además de estas disposiciones generales sobre el derecho a la información y el consentimiento, en la actividad psiquiátrica estas regulaciones tienen su origen en las guías éticas de Psiquiatría. En 1977 la Asamblea General de la *World Pyschiatric Association* aprueba la declaración de Hawai⁷⁰⁹, en cuyo número 4 se establece la obligación que tiene el psiquiatra de brindar información terapéutica al paciente, así: “El psiquiatra debe informar al paciente de la naturaleza de su afección, del diagnóstico propuesto y de los procedimientos terapéuticos, incluyendo las posibles alternativas. Esta información debe ofrecerse de forma considerada, y dando al paciente oportunidad de elegir entre los métodos apropiados disponibles”; asimismo, en el numeral 5º, se advierte que los procedimientos solo pueden efectuarse si media consentimiento por parte del paciente: “No debe realizarse ningún proceder ni administrarse ningún tratamiento contra el deseo del paciente o independientemente de él, a menos que el sujeto carezca de capacidad para expresar sus propios deseos, que debido a la enfermedad psiquiátrica no pueda ver lo que más le interesa, o que, por la misma razón, constituya una amenaza importante para otras personas. En estos casos, puede o debe administrarse tratamiento obligado, siempre que se haga en interés del paciente, pueda presumirse un consentimiento informado retroactivo, al cabo de un

⁷⁰⁹ Declaración que fue actualizada posteriormente en Viena en 1983.

período razonable de tiempo y, si es posible, se obtenga el consentimiento de alguna persona cercana al paciente”.

Continuando con esta misma línea, en 1996 la Asociación Mundial de Psiquiatría aprueba la Declaración de Madrid sobre los requisitos éticos de la práctica psiquiátrica⁷¹⁰, estableciendo en los numerales 3, 4 y 5 lo siguiente: “3. El paciente debe ser aceptado, por derecho propio, como un colaborador en el proceso terapéutico. La relación psiquiatra-enfermo debe basarse en la confianza y respeto mutuos, para permitir que el paciente tome decisiones libres e informadas. El deber del psiquiatra es proporcionar al paciente la información relevante para que pueda tomar decisiones lógicas de acuerdo con sus propios valores y preferencias. 4. Cuando el paciente esté incapacitado, no pueda hacerse un juicio adecuado como consecuencia de un trastorno mental, tenga deficiencias graves o sea incompetente, el psiquiatra deberá consultar con la familia y, si fuere necesario, buscar asesoramiento legal, para salvaguardar la dignidad humana y los derechos legales de los enfermos. No se debe llevar a cabo ningún tratamiento contra la voluntad del paciente, a menos que el no hacerlo ponga en peligro su vida o la de los que le rodean. El tratamiento debe tener siempre como objetivo el interés del paciente. 5. Al ser requerido para evaluar a una persona, el psiquiatra tiene como primer informarle claramente sobre el propósito de la intervención, el uso que se fuere hacer de sus resultados y las posibles repercusiones de la evaluación. Esto es particularmente importante cuando intervengan terceras partes”.

El convenio del consejo de Europa, relativo a los derechos humanos y la biomedicina celebrado el 4 de abril de 1997⁷¹¹, continuó desarrollando normas orientadas a la protección de las personas con trastorno mental y que preservaran el derecho a la información y la posibilidad de decidir libremente el tratamiento. En cuanto al consentimiento, el art. 6.3 dice:

⁷¹⁰ Actualizada en Asamblea General del 26 de agosto en Yokohama (Japón).

⁷¹¹ Ratificado por España el 23 de Julio de 1999.

“Cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o una persona o institución designada por la ley”; seguidamente el art. 7º establece una excepción a la obligación de prestar consentimiento en caso de presentarse el siguiente evento: “La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de ese tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprenden procedimientos de supervisión y control, así como medios de elevación de recursos”.

Lo visto hasta el momento permite afirmar por una parte, que el deber de informar y el derecho de consentir posee un amplio reconocimiento jurídico y deontológico, y que la actividad psiquiátrica y la persona con trastorno mental no es ajena al reconocimiento de estos derechos; pero, por otra parte, estas disposiciones obligan a hacer precisión de los conceptos de información y de consentimiento informado, pues, aunque las disposiciones legislativas permiten concluir que existe un estrecho vínculo entre ambos⁷¹², no siempre la información que se suministra es la misma que se requiere para el consentimiento.

Siguiendo a RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, la información que se proporciona al paciente debe ser clasificada atendiendo diversos criterios, en concreto, según su contenido, según su extensión, según el momento

⁷¹² De acuerdo con GALLEGO RIESTRA, en: ANTEQUERA VINAGRE, (ed.), *Derecho Sanitario*, 2006, 147: “Cuando la ley vincula la información con el consentimiento, establece como principio básico, que todo paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir una información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles, que tiene derecho a negarse al tratamiento, y que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general el consentimiento previo”.

en que es emitida y según su función o finalidad⁷¹³. La información, según su contenido, a su vez, se divide en información relativa a la salud del paciente e información relativa a los servicios de salud en general; la primera tiene que ver con aquella que el médico proporciona al paciente en virtud de su relación asistencial, es decir, tiene que ver con aspectos técnicos como cuestiones relativas al consentimiento del paciente; la segunda es aquella que contiene los datos sobre los servicios y prestaciones de los usuarios en el sistema sanitario⁷¹⁴. La información sanitaria, según su extensión, es decir, de acuerdo a los destinatarios a los que va dirigida, a su vez se divide en información individual y colectiva; la primera es aquella que es orientada estrictamente al paciente y tiene que ver con su cuadro clínico en particular; la segunda va dirigida a los ciudadanos en general y esta se emite cuando estamos ante la presencia de problemas sanitarios que afectan y ponen en riesgo la salud pública; se trata de información epidemiológica⁷¹⁵. La información según el momento de emisión, se subdivide en información terapéutica, información sobre el diagnóstico e información sobre los riesgos de la intervención; la primera es aquella que tiene que ver con las indicaciones sobre la salud, las reglas de comportamiento del paciente, las dietas, las recomendaciones, etc.; la información sobre el diagnóstico abarca los datos que deben suministrarse al paciente con relación a su estado de salud como resultado del examen médico que le ha sido practicado; y la información sobre los riesgos de intervención es aquella que se relaciona con los

⁷¹³ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 207 (en prensa).

⁷¹⁴ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 207 (en prensa).

⁷¹⁵ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 209 (en prensa). Asimismo, el art. 6 de la LBAP, establece: “Los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la ley”.

riesgos terapéuticos, es decir, consecuencias, efectos secundarios, peligros de fracaso, riesgos de procedimientos alternativos, etc⁷¹⁶.

Por último, en lo que tiene que ver con la información sanitaria según su función o finalidad, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ distingue entre información clínica e información terapéutica. La información clínica constituye la base fundamental de la relación médico-paciente, está compuesta, según el art. 3º de la LBAP, por “todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla”; será entonces la información clínica la que actúe como presupuesto del consentimiento y le permita al paciente de manera libre y voluntaria decidir la opción de tratamiento que considere pertinente, de acuerdo con su situación clínica, alternativas de tratamientos, riesgos, secuelas, efectos secundarios, etc⁷¹⁷. La información terapéutica, por otra parte, contiene las indicaciones que explican al enfermo cuáles son las disposiciones que debe adoptar para lograr una mayor eficacia del tratamiento que se le está aplicando; entre ellos destacan las normas relativas al medicamento⁷¹⁸ y las instrucciones para que el paciente

⁷¹⁶ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 210 (en prensa).

⁷¹⁷ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 212 s. (en prensa).

⁷¹⁸ En estos casos dice expresamente RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 215 (en prensa): “El médico (también, aunque con funciones más limitadas que el farmacéutico) está obligado a proporcionar al paciente información personalizada sobre las características básicas del medicamento prescrito, lo cual supone formular al paciente las preguntas necesarias para descartar cualquier incompatibilidad derivada de alergias o de la toma de otras sustancias. Además, debe indicarle de forma clara la dosis recomendada, así como la vía de administración y la frecuencia. Especial atención debe tener a la hora de informar sobre los eventuales efectos secundarios del fármaco. El hecho de que esta información se encuentre regida de forma detallada y por escrito en los prospectos de todos los medicamentos podría hacernos pensar que el médico no está obligado a informar de los aspectos antedichos, sin embargo, se considera que ese documento no lo exonera de la responsabilidad en la que pueda incurrir por omitir esa concreta información terapéutica”. Otros autores

adopte las medidas necesarias para su curación, mejoría o estabilización de su dolencia, como por ejemplo datos relativos a sus hábitos de vida, la conveniencia de practicar actividades deportivas, conducir, la dieta recomendada, entre otros⁷¹⁹; es decir, se trata de información técnica que debe conocer el paciente para coadyuvar a su recuperación.

En este trabajo se comparte plenamente la clasificación que se acaba de enunciar, pues como veremos más adelante, esta división va a incidir en la determinación del conjunto de elementos que van a conformar la *lex artis* en la actividad psiquiátrica y en general en cualquier otra actividad médica; por lo tanto, en lo que sigue y teniendo en cuenta que en la actividad médica en general la clasificación de la información que mayor relevancia presenta y que puede tener trascendencia a la hora de analizar si ha existido un comportamiento imprudente es aquella que diferencia entre información clínica e información terapéutica, centrándome, en el campo de la psiquiatría, se va a analizar esta clasificación por separado, pero refiriéndome en primer lugar a la persona titular de la información, en segundo lugar a la información terapéutica y por último a la información clínica y específicamente al consentimiento informado.

b2.3.1) La información terapéutica en la actividad psiquiátrica

Como se acaba de advertir, en cualquier clase de especialidad médica es obligatorio informar al paciente, y por ende, es preciso acudir a los

también mencionan el término información terapéutica, entre ellos, ROMEO CASABONA, *La actividad curativa*, 1981, 329; SÁNCHEZ JORDÁN, *Der.Sad.* 2 (2002), 158; VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2003, 63; BLANCO CORDERO, en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Aspectos médicos*, 2008, 34 ss.; GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 89.

⁷¹⁹ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 215 s. (en prensa).

diferentes tipos de información, involucrando por supuesto la especialidad psiquiátrica; por lo tanto, el paciente con trastorno mental también va a ser titular de este derecho; sin embargo, hay que advertir desde ya que la información que sea proporcionada al paciente psiquiátrico debe ser transmitida en la medida de su capacidad de comprensión, pero sin que se le oculte información clínica, ni mucho menos terapéutica. Así el paciente deberá conocer el diagnóstico, el pronóstico, tratamiento y las distintas opciones terapéuticas, pero también se le deberá informar las recomendaciones que debe adoptar para que el tratamiento arroje los resultados de curación o estabilización deseada, las contraindicaciones que puede tener cada procedimiento, acompañado de los cuidados que debe adoptar⁷²⁰.

Por regla general, el paciente con trastorno psíquico es el titular del derecho de información, pero, teniendo en cuenta que algunas patologías psiquiátricas pueden afectar la capacidad cognitiva del paciente, el médico está en la obligación de valorar la capacidad de comprensión del paciente frente a lo que pretende informarle. El facultativo deberá realizar esta valoración durante todo el tiempo que dure el tratamiento, para evitar que se lleven a cabo actividades no comprendidas por el paciente o consentidas erróneamente. En caso de que el médico perciba que existe algún indicio de incapacidad por parte del paciente para recibir la información correctamente, se deberán seguir los lineamientos trazados por la legislación, es decir, que la información ya no será suministrada al paciente, sino a los familiares o a las personas más allegadas al enfermo; sin embargo, cuando el

⁷²⁰ De acuerdo con MARTÍNEZ GALLEGO, en: SANZ MULAS (coord.), *Responsabilidades penales*, 2012, 29 s., el grado de información que se suministra al paciente puede variar teniendo en cuenta su formación, pero ello no implica que se incumpla con ese deber, sino que se requiere que la información se adapte a las condiciones específicas de cada paciente, teniendo en cuenta factores como: su capacidad, deseo de información, necesidad del tratamiento, nivel de riesgo y efectos de la información sobre el paciente.

paciente recupere la capacidad de comprensión, el facultativo deberá informarle de todo lo relacionado con su estado de salud, procedimientos y cuidados realizados y por realizar.

Tal y como advierte CARRASCO GÓMEZ, “queda entendido que la información de forma primordial se debe facilitar al interesado, pero este, enfermo psíquico, en ocasiones puede no tener capacidad suficiente para comprender y asimilar la información y el alcance de la misma. Por alteración de los procesos cognitivos, estados de retraso mental, demenciales o deficitarios de otras etiologías o estados psicóticos. O bien no va a tener conciencia de su enfermedad, rechazando cualquier intervención del psiquiatra, con lo que difícilmente va a aceptar una información respecto a su diagnóstico y respecto a medidas terapéuticas a las cuales se va a oponer. Además de tener en cuenta que la relación puede resultar distorsionada por esos procesos y circunstancias, la misma será diferente según el diferente tipo de relación que exista y el contexto donde se establece, siendo por ejemplo muy diferente de la información de la primera asistencia que cuando se plantea una psicoterapia con lazos transferenciales y contratransferenciales fuertes”⁷²¹.

Por lo anterior, en la actividad psiquiátrica el médico está obligado a prestar una particular atención y cuidado con la información que va a suministrarle al paciente, pues, aunque el trastorno mental no siempre limita la capacidad cognitiva y de autodeterminación, existen situaciones que sí pueden afectarla, como cuando se trata de enfermedades de trastorno mental grave, como psicosis o esquizofrenias, que restringen o anulan la capacidad del paciente, bien de manera absoluta o bien temporal, por lo que el profesional deberá ser excesivamente cuidadoso con la información que vaya a transmitir,

⁷²¹ CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad médica y Psiquiatría*, 2ª, 1998, 83 s.

sea al enfermo, familiares o allegados⁷²². En resumen, el titular de la información siempre será el paciente y excepcionalmente terceras personas, pero una vez aquél recupere la capacidad cognitiva deberá retornar a él la titularidad de este derecho.

Como vimos antes, la información que debe ser suministrada de manera primordial es aquella que tiene que ver con la clínica y la terapéutica. En cuanto a la información terapéutica, hay que tener en cuenta, que la mayoría de los tratamientos psiquiátricos suponen efectos secundarios y requieren de cuidados que, de no ser informados de manera concreta, adecuada y que se adapte a las particularidades del paciente, podrían generar responsabilidades para el facultativo. A continuación veamos algunos ejemplos de tratamientos y la relación con la información terapéutica que se debe suministrar:

PSICOFÁRMACOS: Los psicofármacos han revolucionado los tratamientos psiquiátricos, contribuyendo al manejo extrahospitalario

⁷²² Al respecto, el Tribunal Supremo (Sala Civil) en STS 05-03-1997 (RJ 1650), se ha pronunciado sobre la obligación del médico de informar a los familiares del paciente respecto de las consecuencias y riesgos de un trastorno mental grave, aunque el facultativo crea que la agresividad ha cesado, como ocurrió en el caso analizado por el alto tribunal donde un paciente con trastorno psicótico toma el arma de su padre y mata a tres menores de edad, comprobándose que el médico tratante habría omitido informar a los padres del paciente la gravedad y riesgos de la enfermedad. Al respecto, dijo el TS dijo que, “aunque ha de resaltarse que en el fundamento jurídico transcrito la Audiencia, acertadamente de acuerdo con su valoración probatoria, dice que: «de existir alguna responsabilidad sería del facultativo, que no comunicó la clase de enfermedad que José padecía, ni tampoco aconsejó su ingreso en el Centro, no compartiendo esta Sala el criterio de que el médico no estaba obligado a informar, sobre la base de una lectura literal de la Ley de Sanidad. Si en algún caso hay obligación de informar, es en el supuesto de las enfermedades psiquiátricas, por la propia idiosincrasia de tales enfermedades, los riesgos que conlleva, y la necesidad de ayuda que tales enfermos requieren, nada de lo cual puede hacerse, si quien puede no informa»” .

del paciente y convirtiéndose actualmente en la medida terapéutica más utilizada en el tratamiento de las enfermedades mentales por la efectividad comprobada de las drogas, pero el uso de los medicamentos también puede producir riesgos, incompatibilidades, incidentes y accidentes que implican un aumento de la complejidad de las reacciones psicológicas y de los efectos secundarios, significando para el médico la obligación de adoptar una medida terapéutica informada, precisa y metódica, que debe contener mínimamente cuáles son las dosis que el paciente debe ingerir, los efectos secundarios, las complicaciones, los cuidados del régimen de vida, los riesgos de conducir vehículos y de manejar maquinarias, la incompatibilidad con algunos alimentos y bebidas alcohólicas⁷²³. Es preciso que el médico bajo ninguna circunstancia obvie el suministro de esta información, ya que esta no puede sustituirse por el contenido de los prospectos de información establecidos en el art. 15 de la ley 29/2006, de 26 de julio⁷²⁴, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos

⁷²³ Esta información siempre debe adaptarse a las circunstancias específicas de cada paciente. ÁLAMO/LÓPEZ MUÑOZ, en: AMARILLA/ÁLAMO (edits.), *Utilización de fármacos*, 2000, 49, consideran que “la información, aceptable cuantitativa y cualitativamente, implica que debe suministrarse al paciente una determinada cantidad de información relacionada con la decisión a tomar. Esta información dependerá en cada caso concreto, siendo muy variable. La calidad de la información debe adecuarse a las peculiaridades de cada enfermo, para que facilite al máximo la comprensión de la citada información”.

⁷²⁴ Define la ley 29/2006 sobre garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en art. 15, lo siguiente: “1. El Ministerio de Sanidad y Consumo regulará los aspectos relativos a las garantías de información: características, extensión, pormenores y lugares donde deba figurar. En todo caso, para la elaboración de esta información sobre el medicamento, su titular proporcionará información escrita suficiente sobre su identificación, indicaciones y precauciones a observar en su empleo. Esta información se presentará, al menos, en la lengua española oficial del Estado y con ella se elaborará la ficha técnica, el prospecto y el etiquetado. Los textos y demás características de la ficha técnica, el prospecto y el etiquetado forman parte de la autorización de los medicamentos y han de ser previamente autorizados por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. Sus modificaciones requerirán asimismo autorización previa. / 2. La ficha técnica o resumen de las

características del producto reflejará las condiciones de uso autorizadas para el medicamento y sintetizará la información científica esencial para los profesionales sanitarios. La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios aprobará la ficha técnica en la que constarán datos suficientes sobre la identificación del medicamento y su titular, así como las indicaciones terapéuticas para las que el medicamento ha sido autorizado, de acuerdo con los estudios que avalan su autorización. A la ficha técnica se acompañará, preceptivamente, información actualizada del precio del medicamento, y, cuando sea posible, la estimación del coste del tratamiento. La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios pondrá la ficha técnica a disposición de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas, de los colegios u organizaciones profesionales, de los médicos, odontólogos y farmacéuticos en ejercicio y, en su caso, de los veterinarios en ejercicio. El titular de la autorización estará obligado a poner la ficha técnica actualizada a disposición de las Administraciones sanitarias y de los profesionales en todas sus actividades de promoción e información en los términos establecidos reglamentariamente. / 3. El prospecto, que se elaborará de acuerdo con el contenido de la ficha técnica, proporcionará a los pacientes información suficiente sobre la denominación del principio activo, identificación del medicamento y su titular e instrucciones para su administración, empleo y conservación, así como sobre los efectos adversos, interacciones, contraindicaciones, en especial los efectos sobre la conducción de vehículos a motor, y otros datos que se determinen reglamentariamente con el fin de promover su más correcto uso y la observancia del tratamiento prescrito, así como las medidas a adoptar en caso de intoxicación. El prospecto deberá ser legible, claro, asegurando su comprensión por el paciente y reduciendo al mínimo los términos de naturaleza técnica. / 4. En el etiquetado figurarán los datos del medicamento, como la denominación del principio activo, del titular de la autorización, vía de administración, cantidad contenida, número de lote de fabricación, fecha de caducidad, precauciones de conservación, condiciones de dispensación y demás datos que reglamentariamente se determinen. En cada embalaje figurarán codificados los datos del Código Nacional del Medicamento, el lote y unidad que permitan su identificación de forma individualizada por medios mecánicos, electrónicos e informáticos, en la forma que se determine reglamentariamente. En el embalaje deberá incluirse un espacio en blanco a rellenar por el farmacéutico donde éste podrá describir la posología, duración del tratamiento y frecuencia de tomas. Al dispensar un medicamento, las oficinas de farmacia deberán emitir un recibo en el que se haga constar el nombre del medicamento, su precio de venta al público, y la aportación del paciente. En el caso de los medicamentos que sean objeto de la publicidad prevista en el artículo 78, el recibo hará constar, además, el descuento que, en su caso, se hubiese efectuado. / 5. A fin de garantizar el acceso a la información de

sanitarios, pues, si lo que se pretende es suministrar información eficiente y comprensible, esta sólo se obtiene a partir del diálogo entre paciente y médico. Tal y como afirman ÁLAMO/LÓPEZ-MUÑOZ el consejo y la información sobre la medicación va a influir decisivamente en la adhesión del paciente a esta⁷²⁵ y en el uso adecuado de los psicofármacos y los cuidados que correspondan antes, durante y

las personas invidentes o con discapacidad visual, en todos los envases de los medicamentos deberán figurar impresos en alfabeto braille los datos necesarios para su correcta identificación. El titular de la autorización garantizará que, previa solicitud de las asociaciones de pacientes afectados, el prospecto esté disponible en formatos apropiados para las personas invidentes o con visión parcial. / 6. Los medicamentos se elaborarán y presentarán de forma que se garantice la prevención razonable de accidentes, especialmente en relación con la infancia y personas con discapacidad. Los envases llevarán, en su caso, algún dispositivo de precinto que garantice al usuario que el medicamento mantiene la composición, calidad y cantidad del producto envasado por el laboratorio. Asimismo, los embalajes incluirán el símbolo autorizado por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, a efectos de facilitar la aplicación y desarrollo del sistema de recogida de residuos de medicamentos y favorecer la protección del medio ambiente.” Es preciso aclarar que el apartado 4 fue modificado por el art. 47.1 de la ley 25/2009.

⁷²⁵ ÁLAMO/LÓPEZ MUÑOZ, en: AMARILLA/ÁLAMO (edits.), *Utilización de fármacos*, 2000, 58; advierten además que, “en el terreno de la psiquiatría, pese a conocerse que el tema de la comunicación es sumamente importante, muchos pacientes tratados por patologías psiquiátricas tienen la sensación de que no reciben la suficiente información. Además, parece que los clínicos son reacios a dar esta información al paciente, en especial a lo que se refiere a los riesgos de largo plazo, como es el caso de la discinesia tardía que puede presentarse con muchos antipsicóticos. En una encuesta sesenta psiquiatras de Carolina del Norte (EE.UU.), alrededor del 80% de los clínicos señalaban que ellos informaban rutinariamente a sus pacientes, tratados con antipsicóticos, sobre distintos aspectos, como la justificación de los fármacos indicados, los signos de toxicidad, los efectos adversos menores y las reacciones extrapiramidales. Sin embargo, sólo el 50% informaban sobre las posibles consecuencias de rechazar la medicación recomendada y sobre los tratamientos alternativos. Los efectos adversos mayores de los neurolepticos, incluida la discinesia tardía, fueron discutidos por sólo un tercio de los psiquiatras”.

después de la ingesta de los fármacos⁷²⁶. Cuando el psicofármaco utilizado corresponde a neurolépticos o antipsicóticos, pueden aparecer efectos secundarios que pueden generar distonías agudas, síndrome parkinsoniano neuroléptico, síndrome hiperquinético, discinesias tardías, efectos alérgicos, tóxicos hematológicos, trastornos cardíacos. De acuerdo con CARRASCO GÓMEZ es preciso “informar al paciente y en su caso a la familia, de forma verbal y aún mejor por escrito, acerca del fármaco elegido y que se propone, así como el planteamiento y los objetivos del tratamiento, los beneficios y expectativas, así como los riesgos de los mismos, los efectos secundarios de todo tipo y de forma especial los de tipo extrapiramidal, así como las alternativas que existan con otros fármacos u otro tipo de terapéutica. Asimismo habría que informar acerca de las interacciones con otros fármacos que pueda tomar” (...) “Y muy en concreto, la interacción y potenciación con el alcohol, y la conveniencia de no conducir vehículos de motor o de manejar maquinas que entrañen riesgos, mientras dura el tratamiento, dado que los neurolépticos son sustancias psicotrópicas, y como tales, la conducción de un vehículo bajo los efectos de las mismas está

⁷²⁶ En auto de la AP de Las Palmas de 13-07-2009 (ARP 1355) se hace el siguiente pronunciamiento acerca del medicamento Agreal cuyo consumo, según la paciente, le produjo alteraciones psiquiátricas, efecto de cuyo riesgo no fue informada por el médico tratante: “1ª.- Que efectivamente el Agreal presentaba defectos en la información contenida en su prospecto, más debe señalarse que en realidad el mismo no puede ser penalmente reprobable por cuanto con independencia de que con arreglo a la normativa administrativa y civil la información que suministra tiene como especial destinatario al usuario, el medicamento en cuestión exigía prescripción facultativa, lo que correlacionado con la ausencia de ficha técnica, determinaba un especial cuidado por parte de los médicos al recetarlos en cuanto es lo cierto que, si bien incorrectamente, se hacía mención a su parentesco con las benzamidas sustituidas dentro del apartado de intoxicación, más precisamente por ello tal defectuoso proceder tiene su ámbito propio de cobertura en el ámbito de la jurisdicción civil, que no penal. una defectuosa en cuestión; y 2ª.- que en relación a ciertos efectos adversos, en realidad el síndrome de retirada se enlaza con la reaparición de los síntomas que trataba el medicamento, sin que por otra parte se haya podido constatar relación de causalidad entre su ingesta y determinadas patologías psiquiátricas.”

considerado delito a tenor del artículo 379 del Código Penal y en dicho texto legal no quedan excluidas las personas que toman estas sustancias por motivos terapéuticos ni por indicación médica”⁷²⁷.

TERAPIA ELECTROCONVULSIVA O ELECTROSHOCK: La TEC siempre ha sido considerada como un tratamiento especialmente violento o agresivo, pero que no obstante aún continúa en vigor y se distingue como uno de los procedimientos terapéuticos aplicados para pacientes con depresión mayor, epilepsia, distimia violenta, trastorno obsesivo compulsivo, esquizofrenia y otras psicosis, pero sólo se debe aplicar cuando sea estrictamente necesario, se requieran respuestas rápidas, cuando los riesgos de otro tratamiento sean mayores o los aplicados hayan demostrado poca efectividad. Pese al carácter violento de esta técnica, se viene reconociendo que la TEC presenta relativamente pocas contraindicaciones, incluso muchas menos, que las que puede

⁷²⁷ CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad médica y Psiquiatría*, 2ª, 1998, 142. Por otra parte, SÁNCHEZ-CARO/SÁNCHEZ CARO, *Psiquiatría*, 2003, 78, han realizado un análisis acerca de la información que debe suministrarse al paciente con esquizofrenia tratado con neurolépticos y con riesgos de discinesia tardía partiendo de un estudio realizado en la Universidad de Toronto. Al respecto han dicho que “inicialmente se pensaba que la mayoría no serían capaces de comprender la información que se les daba, sobre todo los enfermos crónicos hospitalizados. Por otra parte, se interpretaba que la resistencia existente en general a informarles de la discinesia tardía se debería al miedo a romper con ellos la alianza terapéutica, dados sus rasgos de paranoia, hostilidad, ambivalencia y negativismo. Estudios posteriores han demostrado que cuando se les informa adecuadamente sobre la discinesia no disminuye su aceptación del tratamiento, aunque efectivamente algunos pacientes pueden utilizar la información para racionalizar su rechazo a la medicación. En pacientes esquizofrénicos que acuden a consulta externa hospitalaria se ha comprobado que, cuando se les informa adecuadamente mediante la nota de una nota informativa que previamente les lee en voz alta el investigador, a veces en una sola sesión, aumenta considerablemente el conocimiento que dichos pacientes tienen de los riesgos y beneficios de los neurolépticos, sin que disminuya la cumplimentación del tratamiento”.

presentar el tratamiento con psicofármacos⁷²⁸. Las situaciones de mayor riesgo en la TEC y de los que el médico está en la obligación de informar al paciente tienen que ver con condiciones que pueden producir aumento de la presión intracraneal, infartos cerebrales recientes, aneurisma cerebral o malformaciones vasculares, enfermedad pulmonar severa, infarto agudo de miocardio o angina inestable⁷²⁹. Aunque las contraindicaciones del uso de las TEC pueden ser inferiores a la terapia con psicofármacos, esa circunstancia no puede inhibir al facultativo de suministrar información sobre los riesgos y cuidados que puede generar este tratamiento, pues uno de ellos es precisamente que en el paciente se puede producir una alteración de la memoria que por

⁷²⁸ BELLAK/SMALL, *Psicoterapia*, 2ª, 1980, 180, consideran que “el método de la terapia electroconvulsiva ha sido totalmente eclipsado por la farmacología. Han surgido considerables controversias y publicidad respecto a los efectos posiblemente perdurables de la terapia electroconvulsiva sobre la memoria. Por otra parte, algunos psiquiatras han formado recientemente una asociación para apoyar la validez de la terapia electroconvulsiva como una terapia tan segura y efectiva cuando menos como la terapia con fármacos y en su opinión, a veces preferible a esta última”. STUART/LARAIA, *Enfermería psiquiátrica*, 8ª, 2006, 603, definen la terapia electroconvulsiva como “un tratamiento que consiste en inducir una crisis tonicoclónica generalizada artificial en un paciente anestesiado haciendo pasar una corriente eléctrica a través de unos electrodos que se aplican en la cabeza del paciente. Los electrodos se aplicaban de forma bilateral tradicionalmente, pero en este momento se suelen utilizar alternativas, como la colocación unilateral y bifrontal. Se ha descrito que los pacientes presentan menos efectos de tipo secundarios de tipo cognitivo con estas colocaciones alternativas, incluida menos desorientación y menos alteraciones de la memoria verbal y no verbal”. BURGESS, *Trastorno bipolar*, 2007, 138, afirma: “La terapia electroconvulsiva es el único tratamiento conocido que no emplea fármacos, está aprobado oficialmente y es capaz de interrumpir la depresión y la manía, así como de reducir el riesgo de su recurrencia. Tanto en la depresión como en la manía puede producir una mejoría ostensiblemente en cuestión de minutos u horas tras practicarse el procedimiento. Numerosos estudios indican que la TEC puede ser más efectiva que los medicamentos con menos efectos secundarios. Otros estudios indican que la TEC es tan inocua y fiable que puede ser incluso empleada para tratar a mujeres embarazadas sin que cause problemas para el feto”.

⁷²⁹ CONTARINI/ORTIZ FRÁGOLA/FAHRER, *ARCH. NEURO* 2 (2005), 32.

lo general es temporal, pero eventualmente podría ser permanente, razón por la cual es preciso que específicamente esta información sea suministrada no sólo al paciente, sino también a sus familiares o allegados; por otra parte, durante las convulsiones es habitual que se produzcan contracciones musculares que pueden originar dolores de espalda, fracturas o luxaciones. Si bien estos son en términos generales algunos riesgos y contraindicaciones que puede presentar la aplicación de la TEC, el médico no puede olvidar que la información que debe suministrar al paciente debe atender no sólo aspectos generales, sino también las condiciones particulares del paciente.

PSICOCIRUGÍA: Es otro de los procedimientos que se utilizan para el tratamiento del trastorno mental, que consiste en localizar e intervenir en zonas de referencia en la estructura del sistema nervioso central, hipotálamo, hipocampo, *gyrus cinguli*, entre otros, lo que permite hacer pruebas y estudios electrofisiológicos y electroclínicos de las conductas; lo que se pretende con estas intervenciones es que, a través de la manipulación del cerebro, se modifiquen estructuras anatómicas que se consideran soporte biológico o núcleos de conducta humana, para intentar modificar comportamientos patológicos y trastornos mentales mediante la interrupción de determinados circuitos neuronales. De acuerdo con CARRASCO GÓMEZ, “son técnicas que llevan parejo por la manipulación sobre el cerebro el que pueda sobrevenir un cambio en la personalidad del paciente y originar una disminución o pérdida, a veces permanente de la capacidad de autodeterminación y de libertad o cambios marcados o negativos de su personalidad. Aunque es también verdad que muchos de los pacientes sometidos a estas técnicas ya tienen su libertad comprometida por el padecimiento de la patología mental, la cual reviste a menudo gravedad y resistencia a otros tratamientos”⁷³⁰. Generalmente este tratamiento es sugerido a pacientes con conductas agresivas y violentas, esquizofrenia con heteroagresividad, epilepsia y conducta antisocial, retrasos mentales

⁷³⁰ CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad médica y Psiquiatría*, 2ª, 1998, 163.

medios o profundos, autismo y heteroagresividad, y trastorno obsesivo-compulsivo y fóbico⁷³¹. Esta intervención quirúrgica sólo aplica en pacientes con trastorno mental grave, quienes en muchas ocasiones presentan síntomas de ansiedad, depresión y violencia, obligando al médico a que la información que suministre sobre el tratamiento, riesgos y cuidados se haga extensiva a la familia del paciente o allegados a este, teniendo muy en cuenta que estos últimos deberán ser advertidos muy especialmente sobre los cuidados que se deben tener con posterioridad a la práctica del procedimiento, ya que entre los riesgos que pueden presentarse subsiste la posibilidad de una pérdida de la capacidad de autodeterminación, lo cual implica que los cuidados postoperatorios deban ser asumidos por familiares o personas allegadas al paciente⁷³².

⁷³¹ CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad médica y Psiquiatría*, 2ª, 1998, 165.

⁷³² PEDROSA-SÁNCHEZ/GARCÍA DE SOLA, *Neurol.* 9 (2003), 890 s., han señalando que “el paciente debe remitirse para intervención quirúrgica por su propio psiquiatra. Este especialista debe tener un completo conocimiento de su historial clínico y de las opciones terapéuticas previas, un claro compromiso en el proceso de evaluación del paciente, así como estar de acuerdo con la responsabilidad en su manejo postoperatorio. Los tratamientos farmacológicos previamente empleados deben documentarse debidamente, con inclusión del principio activo, la dosis, la duración, la respuesta clínica y los motivos de posibles interrupciones, sustituciones o combinaciones de fármacos a lo largo del proceso terapéutico. De igual modo, deben incluirse en el informe psiquiátrico los intentos de tratamiento mediante terapia conductual y, en caso de que se indicara, los resultados de la TEC. El paciente y sus familiares deben estar de acuerdo en participar completamente en el proceso de evaluación, así como en el programa de tratamiento psiquiátrico postoperatorio. Por lo general, únicamente deberían aceptarse para cirugía los pacientes adultos (mayores de 18 años), que pueden dar el consentimiento informado y que expresan una clara voluntad y su compromiso para seguir el tratamiento neuroquirúrgico”. Pero igualmente advierten que “un miembro de la familia o la persona más cercana al paciente debe entender el proceso de evaluación, las indicaciones de la cirugía, sus riesgos y las alternativas a la intervención. Es importante, por último, que esta persona pueda aportar un apoyo emocional al paciente durante su hospitalización”.

PSICOTERAPIAS: Además de los anteriores tratamientos⁷³³, en Psiquiatría durante los últimos años ha venido cobrando mayor importancia la aplicación del tratamiento a través de psicoterapias. Se trata técnicas que se emplean para personas con trastorno mental, pero también para aquellas prácticamente normales. Son múltiples los tipos de intervención mediante psicoterapia como, por ejemplo, el psicoanálisis, terapias interpersonales, cognitivas, sistémicas, de pareja, sexológicas, de relajación, entre otras; aunque se trata de procedimientos con un índice de peligro inferior a los que pueden presentar los antes mencionados, esto no implica que en las psicoterapias no existan contraindicaciones, recomendaciones y situaciones de riesgo para el paciente⁷³⁴; por lo tanto, el especialista debe asumir la responsabilidad de informar sobre estas. Así por ejemplo, hace algunos años el TS condeno por imprudencia temeraria a un médico psiquiatra que trataba a un paciente bajo la técnica del narcoanálisis, el cual fallece al aplicarle una inyección endovenosa de pentotal sódico. De acuerdo con los argumentos del Tribunal, el facultativo, al aplicar el medicamento, omitió cerciorarse de si había presencia o no de fase digestiva, y además no contaba con equipo mecánico de reanimación que le hubiera permitido actuar inmediatamente para salvar la vida del paciente⁷³⁵; se logra deducir del

⁷³³ Que no son los únicos, pero sí los más empleados.

⁷³⁴ CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad médica y Psiquiatría*, 2ª, 1998, 167.

⁷³⁵ STS 24-11-1989 (RJ 8720); según el TS: “El procesado debió percibir el peligro que el acto médico y sus negativas condiciones implicaba para la vida del paciente, y, por ese peligro, no aplicar el inyectable sin asegurarse de la ausencia de digestión y sin contar con el aludido equipo de restablecimiento; de tal manera que, pudiendo haber omitido el actuar desprovisto de aquellas garantías y no habiéndolo omitido, infringió las exigibles normas de cuidado (aunque, ante la ya evidencia de la crisis, utilizara medios que, antes de ella, debió prever insuficientes: inyecciones de adrenalina, masajes cardíacos, respiración boca-boca y llamada de ambulancia para tardíos auxilios de terceras personas -se había quedado solo en la consulta atendiendo a dos pacientes sometidos al mismo tratamiento- y traslado a centro hospitalario, que no llegaron, por haberse producido el óbito, a realizarse)”.

primer argumento, que el médico omitió informar al paciente de que debía abstenerse de ingerir alimentos para proceder al tratamiento; por lo tanto, la imprudencia del médico en este caso tiene su origen a partir de la omisión de información terapéutica al paciente y la ausencia de comprobación de que este hubiera comprendido la información suministrada.

Lo visto hasta el momento permite pensar que suministrar información terapéutica⁷³⁶, tanto al paciente como a terceros –según el caso–, va a garantizar una mayor eficacia del tratamiento, en tanto que puede existir una cooperación permanente del paciente o de terceros en la fase de cuidado que facilite la estabilización de la salud del usuario y además obliga a estos a asumir los riesgos que pueda producir el tratamiento si no se siguen las recomendaciones⁷³⁷.

⁷³⁶ BLANCO CORDERO, en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Aspectos médicos*, 2008, 35 s., ha dicho lo siguiente: “La información terapéutica es aquella dirigida a asegurar la *cooperación óptima del paciente* (o de terceros) en el marco del tratamiento médico. Persigue obtener del paciente la colaboración necesaria para el éxito curativo del tratamiento, y preservarle así de los efectos lesivos que se pueden derivar del mismo. El tratamiento curativo tiene en principio efectos beneficiosos para la salud, pero incorrectamente administrado a causa de una desinformación o de una deficiente información, puede conllevar efectos nocivos. Se trata, en definitiva, de instruir al paciente de las conductas más apropiadas a las concretas necesidades de la terapia. En definitiva, la información constituye un medio de colaboración activa del paciente en el proceso de su enfermedad y en su tratamiento, por lo que ha de ser continuada y fundamentalmente verbal”.

⁷³⁷ De acuerdo con la STS 22-11-1991 (RJ 8844), omitir información que tenga relación con las contraindicaciones de un tratamiento puede generar responsabilidad tanto para el personal sanitario, como para las personas jurídicas donde éste preste sus servicios. “En el caso de autos resulta inequívoco que el hijo del recurrente sufrió una lesión física que le ha provocado un estado de invalidez en la cual permanece como consecuencia de habersele administrado un medicamento común, lo que era contraindicado tras la inyección de la vacuna contra la rabia (...) No es obstáculo por tanto que estamos en presencia de una conducta no dolosa por parte del personal sanitario de la Administración, que a lo sumo podría calificarse como una culpa in omitiendo. Pues lo cierto es que constituye un deber exigible a los miembros de la

Antes de finalizar con este tema, voy a referirme muy brevemente a la forma en que debe suministrarse la información terapéutica al paciente. Por regla general, se ha dicho que la información se prestará verbalmente. Así, la LGS comprendía en su art. 10.5 tanto la forma verbal, como la escrita; sin embargo, la LBAP, estableció como regla general que esta se debe prestar verbalmente, aunque por disposición expresa del art. 4.1 de la misma ley se estipula que la información debe quedar depositada en la historia clínica de cada paciente. Para autores como DOMÍNGUEZ LUELMO⁷³⁸, cuando el paciente requiera la información por escrito, esta debe quedar consignada bajo esos términos, lo cual particularmente considero, es muy razonable pues el paciente está en todo su derecho de tener esa información por escrito; sin embargo, hay que considerar que si estamos ante un paciente con trastorno mental que, debido a la patología, riesgos o efectos secundarios del tratamiento, pueda presentar pérdidas interrumpidas de lucidez, particularmente considero que en ese caso, el facultativo deberá suministrar la información terapéutica por escrito, por un lado, para que el paciente o la familia puedan consultarla y de esta manera reforzar la información suministrada de manera verbal, pero por otro lado, con esto se pretende salvaguardar futuras responsabilidades del médico ante eventuales denuncias por ausencia de información terapéutica, pero aclaro, si esta información se consigna en formularios o protocolos informativos de tipo genérico⁷³⁹, el profesional de la salud

profesión médica y en general al personal sanitario el de que adviertan claramente a sus pacientes de las contraindicaciones de los medicamentos que receten o administren, de modo tal que si se omite el cumplimiento de este deber se incurre en responsabilidad o por la persona jurídica pública o privada en cuya organización se encuentra el técnico sanitario, o por éste individualmente si ejerce su profesión de modo libre”.

⁷³⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO, *Responsabilidad médica*, 2ª, 2007, 219

⁷³⁹ ÁLAMO/LÓPEZ MUÑOZ, en: AMARILLA/ÁLAMO (edits.), *Utilización de fármacos*, 2000, 66, consideran que respecto de la información que se le debe suministrar al paciente psiquiátrico cuando se trata de medicamentos, se deben elaborar folletos

está en la obligación de complementarla y adaptarla a las particularidades del paciente.

b2.3.4) La información clínica y el consentimiento informado en la actividad psiquiátrica

Por último, en lo que tiene que ver la información clínica, esta hace parte de uno de los presupuestos del consentimiento informado; por lo tanto, en lo que sigue se va hacer un estudio muy general y sucinto del consentimiento informado, particularizando en el tema de la actividad psiquiátrica y haciendo alusión al tema de la información clínica.

informativos que refuercen la información; este argumento se justifica diciendo que “existe un interés creciente para proveer información a los pacientes que les haga participar en la elección de su tratamiento y en decidir sobre la estrategia para manejar ellos mismos sus problemas de salud. En este sentido, la buena intención con la que se elaboran estos materiales informativos no siempre garantiza la calidad técnica de los mismos. Si aceptamos que los pacientes tienen que ser participantes activos en las decisiones sobre los cuidados de salud, la información tiene que estar de acuerdo con datos de la máxima fiabilidad, avalados por las pruebas, y ser presentados de una manera útil y aceptable. Los materiales informativos no pueden sustituir la discusión de los problemas del paciente con el personal sanitario, pero las consultas están frecuentemente llenas, son cortas, y el paciente, pese a ser informado, recibe los datos que el médico cree oportunos, pero no recibe la información que el paciente necesite y quiere. Por consiguiente, los folletos informativos y otros materiales pueden jugar un papel para complementar y reforzar la información proporcionada por los sanitarios”. A título personal considero que estos folletos, si se elaboran, en ningún momento pueden sustituir la información que el médico proporcione, sino que simplemente podrán servir como de orientación y el facultativo deberá revisarlos previamente para verificar que la información que hay allí suministrada concuerda con las circunstancias específicas que presentan la patología, el tratamiento y cuidados personales del paciente.

El consentimiento informado surge como consecuencia de la información clínica que le ha sido suministrada al paciente⁷⁴⁰; será esta la que ayude al paciente a tomar la mejor decisión sobre su tratamiento y a emitir el consentimiento para su aplicación. La información clínica va a permitir a los pacientes y al facultativo asociarse en el proceso del tratamiento, pero siempre obrando de por medio el respeto por la autonomía del paciente, sus necesidades y valores. En consecuencia, tal y como reconoce el art. 2.2. de la LBAP, para someter a una persona a un tratamiento médico es preciso contar con su consentimiento, el cual, de acuerdo con el art. 3º de la precitada ley no es más que “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta su salud”. Para que el consentimiento informado sea válido es preciso que sea emitido de manera libre, voluntaria, consciente y con conocimiento sobre las diferentes alternativas, la finalidad y los riesgos del tratamiento⁷⁴¹; es decir, que el consentimiento va a operar como medio

⁷⁴⁰ Hay que tener en cuenta que en ocasiones el hilo que diferencia la información clínica de la terapéutica puede ser tan delgado que pueden llegar a confundirse; por ejemplo ALONSO ÁLAMO, en: MENDOZA BUERGO (ed.), *Decisiones médicas*, 2010, 107, afirma que la información que sirve para otorgar el consentimiento proviene de la información terapéutica, considerando que es esta la que brinda las pautas sobre la naturaleza de la intervención o tratamiento, riesgos y consecuencias.

⁷⁴¹ No será válido el consentimiento viciado por el engaño, la violencia y la intimidación. ÁLAMO/LÓPEZ MUÑOZ, en: AMARILLA/ÁLAMO (edits.), *Utilización de fármacos*, 2000, 48, sostienen: “El consentimiento informado hace referencia a una teoría que tiene componentes éticos, legales y médicos y, por tanto, puede encararse desde distintas perspectivas, según la disciplina que aplique. En líneas generales, puede considerarse que la teoría del consentimiento informado se basa en principios éticos, está regulada por normas legales y se lleva a la práctica por profesionales médicos. Según el Manual de ética del Colegio de Médicos Norteamericano, ‘el consentimiento informado consiste en la explicación a un paciente atento y mentalmente competente de la naturaleza de su enfermedad, así como el balances entre los efectos de la misma y el riesgo que suponen los procedimientos diagnósticos y terapéuticos recomendados’. Explicados estos aspectos, se pasa a solicitar al paciente su

legitimador de la actividad médica; por lo tanto, el consentimiento va a ser la autorización que el paciente brinda al médico para que aplique un determinado tratamiento para mejorar su salud.

En el campo de las relaciones médico-paciente la exigencia del consentimiento se deriva de la consideración del individuo como un sujeto con autonomía y capacidad de decidir sobre su futuro, en especial de tomar decisiones sobre su salud y su modo de vida. El paciente es quien debe tomar las decisiones sobre si quiere recibir un tratamiento o no, asumir un riesgo médico, someterse a la pérdida de algún órgano o extremidad, permanecer enfermo, ser dado de alta, morir, etc.; en términos generales, la titularidad del consentimiento siempre va a recaer sobre el paciente usuario del servicio de salud; por lo tanto, este debe ser mayor edad, no estar incapacitado y ser consciente de la autorización que esta brindando y de los pros y contras que puede tener la decisión que está tomando. El consentimiento informado garantiza la autonomía del paciente y se enfrenta al paternalismo del mundo médico que años atrás pretendía decidir sobre la salud y la vida del paciente; tal y como afirma PELAYO GÓNZALEZ-TORRE, “el rechazo del paternalismo se apoya no sólo en la idea de que el sujeto conoce sus intereses mejor que los demás, sino también en el principio de que se concede un mayor valor al hecho de estar gobernando la propia vida. Se ha dicho entonces, que se hace primar la autonomía sobre el autointerés, aunque realmente esta afirmación supone aceptar que el interés personal puede ser mejor definido por alguien distinto del sujeto, lo que no es aceptable desde la lógica de la autonomía. Mejor sería afirmar que prima la autonomía, y con ella la prioridad de la apreciación personal del propio interés, con exclusión de ideas generales de interés o bienestar que puedan ser impuestas por

aprobación para ser sometido a dichos procedimientos. La información presentada al paciente debe ser comprensible y no sesgada. La colaboración del paciente debe conseguirse sin coerción y el médico no debe sacar partido de su potencial dominio psicológico sobre el paciente”.

terceros. Desde esta perspectiva lo verdaderamente interesante para el sujeto es su propia elección”⁷⁴².

Ha señalado la doctrina que el consentimiento informado está compuesto por los siguientes presupuestos: capacidad, forma de expresión, tiempo, voluntad e información⁷⁴³. Por razones de metodología voy a referirme sólo en términos muy generales a cada uno, para dedicarme a las dificultades del consentimiento informado en la actividad psiquiátrica. Veamos entonces cómo operan estos presupuestos en general:

La Capacidad. La regla general de acuerdo con las disposiciones legales existentes –LBAP– permite interpretar que, en principio, el único competente para ejercer el derecho a la autonomía, decidir sobre su salud, vida y tratamiento, es el paciente; además porque tal y como advierten ROMEO CASABONA⁷⁴⁴ y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ⁷⁴⁵, desde el punto de vista jurídico-penal es en el paciente sobre quien recae la titularidad de los bienes jurídicos que podrían verse afectados con la intervención médica. Sin embargo, tal y como se expuso anteriormente, el consentimiento sólo será válido cuando el sujeto tiene capacidad de decisión, lo que implica que van a existir situaciones en las que el

⁷⁴² PELAYO GÓNZALEZ-TORRE, *Cuad. Bart.* 5 (1997), 83.

⁷⁴³ Entre otros, Agustín JORGE BARREIRO, *Responsabilidad médico-quirúrgica*, 1990, 84; FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, 1997, 143 ss.; GALÁN CORTÉS, *Servicios sanitarios*, 1997, 33 ss.; FRAGA MANDÍAN/LAMAS MEILÁN, *Consentimiento*, 1999, 35 ss.; CORCOY BIDASOLO, *LH-Torio*, 1999, 17 ss.; BERROCAL LANZAROT, en: ABELLÁN SALORT, José (coord.), *Consentimiento informado*, 2007, 78 ss.; DOMÍNGUEZ LUELMO, *Responsabilidad médica*, 2ª, 2007, 293 ss.; GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 52; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 342 ss. (en prensa); MARTÍNEZ GALLEGO, en: SANZ MULAS (coord.), *Responsabilidades penales*, 2012, 36 ss.; SALVAT PUIG, en: SANZ MULAS (coord.), *Responsabilidades penales*, 2012, 13 s.

⁷⁴⁴ ROMEO CASABONA, *La actividad curativa*, 1981, 313.

⁷⁴⁵ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 344. (en prensa).

sujeto no podrá consentir. Estas circunstancias se pueden presentar por razones de minoría de edad, trastorno mental y estados de inconsciencia temporal a causa de enfermedad o accidente. De acuerdo con el art. 9.3. de la citada ley, el consentimiento se otorgará por representación en los siguientes casos: “a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente. c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”. Por lo anterior y en términos generales, cuando se trate de un menor de edad⁷⁴⁶, una persona con trastorno mental o un sujeto con una pérdida de la conciencia que altere su capacidad decisoria, el consentimiento estará a cargo del representante legal o en su defecto de familiares o terceros allegados al paciente.

La forma. El consentimiento informado por regla general debe ser brindado verbalmente y sólo de manera excepcional por escrito en los

⁷⁴⁶ El tema del consentimiento del menor de edad ha suscitado en un sector de la doctrina algunos estudios y pronunciamientos, como por ejemplo, los de ORTOS BERENQUER/GUINARTE CABADA, *LH-Cerezo*, 2003, 896 ss.; GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 54 ss.; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 345 ss. (en prensa); GONZÁLEZ CARRASCO, en: MENDOZA BUERGO (ed.), *Decisiones médicas*, 2010, 194 ss.

eventos propuestos por el art. 8.2. de la LBAP⁷⁴⁷. Sin embargo, en la última década en la *praxis* médica existe una elevada tendencia a que este quede plasmado por escrito⁷⁴⁸. La regulación del Sistema Nacional de Salud en España del protocolo sobre consentimiento informado viene dado por el acuerdo del Consejo Interterritorial sobre consentimiento informado adoptado el 6 de noviembre de 1995 y aplicado a nivel general en cada una de las especialidades; allí se define el contenido del documento escrito donde deben figurar los siguientes apartados –los cuales se sugiere se enuncien de forma breve y en lenguaje comprensible para que los conceptos médicos puedan entenderse por la generalidad de los usuarios–: datos personales del paciente; nombre y apellidos del médico que informa (no tiene necesariamente que ser el mismo que realice el procedimiento en el que se consiente); nombre del procedimiento que se vaya a realizar; explicación breve y sencilla del objetivo del procedimiento, en qué consiste el mismo y la forma en qué se va a llevar a cabo; descripción de las consecuencias seguras de la

⁷⁴⁷ Establece este apartado lo siguiente: “El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los siguientes casos: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”. Según RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 351 (en prensa), realmente desde el punto de vista jurídico-penal la forma, en principio, carece de importancia, lo importante es que el paciente al momento de emitir su voluntad lo haga de manera libre, expresa y clara, y que de igual manera llegue al facultativo que informa y solicita el consentimiento.

⁷⁴⁸ GÓMEZ RIVERO *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 67, explica que este fenómeno se presenta, “debido a la necesidad de garantizar la prueba de la concurrencia de dicho contenido de voluntad, lo normal sea que la misma se recoja por escrito. De hecho, en la *praxis* médica actual se han generalizado los formularios que, al menos en los casos de intervenciones de cierta entidad, como ocurre con las operaciones quirúrgicas o de tratamiento oncológico, el paciente tiene que cumplimentar por escrito avalando con su firma no sólo el deseo de someterse a la intervención, sino también que conoce todos los riesgos y posibles complicaciones de la misma, conforme al contenido del deber de información”.

intervención, que sean relevantes o de importancia; descripción de los riesgos típicos del procedimiento (se entiende por tales aquéllos cuya realización deba esperarse en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia. Se incluyen también los riesgos que, siendo infrecuentes pero no excepcionales, tienen la consideración clínica de muy graves); descripción de los riesgos personalizados (deben entenderse por estos los que están relacionados con las circunstancias personales de los pacientes y hacen referencia al estado previo de salud, a la edad, a la profesión, a las creencias, valores y actitudes de los pacientes, o a cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza); si el facultativo lo considera pertinente puede incluirse la información que haga referencia a las molestias probables del procedimiento y sus consecuencias; declaración del paciente de haber recibido información de los riesgos del procedimiento, así como de alternativas diferentes al procedimiento, con pros y contras; manifestación del paciente acreditativa de estar satisfecho con la información recibida y de haber obtenido información sobre las dudas planteadas y sobre la posibilidad de revocar en cualquier momento el consentimiento informado, sin expresión de causa, así como la expresión de su consentimiento para someterse al procedimiento; fecha y firmas del médico que informa y del paciente. Cuando el consentimiento haya sido emitido a través de representante legal en caso de incapacidad del paciente, debe existir un apartado específico para que este firme; asimismo un apartado para la revocación del consentimiento, que deberá constar en el propio documento.

Independientemente de la forma que adopte el consentimiento informado, verbal o escrita⁷⁴⁹, lo revelante será, tal y como se ha venido

⁷⁴⁹ De hecho algunos pronunciamientos del TS y de las AP respecto de la forma que debe adoptar el consentimiento informado se orientan a aceptar indistintamente la forma verbal o escrita del consentimiento informado. Así, por ejemplo, entre otros, STS 03-10-1997 (RJ 7169): “El hecho de que no esté incorporado el expediente clínico del paciente el referido consentimiento o autorización no significa sin más que el mismo no se haya producido tal como se deduce de la afirmación contenida en la querrela y

insistiendo, que este se adapte a las circunstancias específicas de cada paciente, por lo tanto, no se rechazan los formularios sobre consentimiento, pero hay que aclarar, que estos sólo serán validos en la

de las declaraciones del Plenario referidas por la Sala en el fundamento jurídico reseñado. Si los mismos familiares -hijos del paciente fallecido- afirman que tal determinación y aceptación tuvo lugar, resulta cuando menos contrario a la buena fe procesal aprovechar la no incorporación de la autorización cuya existencia se reconoce para cuestionar el proceder jurisdiccional de instancia”; SAP Zaragoza 05-12-2000 (ARP 2565) “Por tanto a través de tales indicios y de la historia clínica se entiende que se ha cumplido el llamado derecho al consentimiento informado definido en el artículo 10, números 5 y 6 de la *Ley General de Sanidad de 25-4-1986 (RCL 1986, 1316)*, como el derecho a ser informado del diagnóstico, pronóstico y alternativas del tratamiento. En consecuencia, si bien no aparece un documento en el que expresamente la paciente preste el consentimiento, la concurrencia del mismo se deriva de los indicios anteriormente señalados, y evidentemente de la historia médica. El motivo debe decaer”; SAP Cáceres 25-11-2004 (JUR 50714): “Aplicando la anterior doctrina, al presente supuesto, en esta alzada no existe elemento alguno que permita apreciar error en la valoración de las pruebas, antes al contrario, el juzgador tras oír las versiones de denunciante y denunciado, llega a la conclusión de que existió el consentimiento informado, al menos de forma oral, teniendo pleno conocimiento la paciente de la entidad, características de la intervención y de sus efectos, no siendo relevante a estos efectos penales que el consentimiento haya sido oral y no escrito, pues lo importante es que ha existido, tratándose de una de las cuestiones donde más se incide en el recurso, cuando insistimos, ello podrá tener relevancia en el ámbito civil, pero no en el penal, como aquí sucede”; SAP Ávila 07-12-2004 (JUR 82865): “La prueba practicada evidencia la falta de información escrita y de consentimiento de ese tipo, pero no puede excluirse que se hiciera una sucinta información verbal sobre los riesgos de la operación que, aún insuficiente desde el punto de vista legal, nada añade a la hora de valorar la acción concreta del denunciado vinculada al resultado lesivo, que los peritos describen como correcta. Y ello sin perjuicio de lo más arriba indicado”; SAP Alicante 28-04-2005 (JUR 164172): “Ante este cúmulo de razonamientos es preciso indicar que no obra en la causa ningún impreso donde se recoja el consentimiento plenamente informado de los perjudicados, D. Jesús Ángel y D^a Irene. Pero aun admitiendo esta posibilidad es evidente que la estampación de una firma en un impreso, donde se detallan los riesgos de una actuación médica y sus posibles consecuencias, no exonera de la responsabilidad, civil o penal, que pueda atribuírsele al facultativo que realiza una actuación quebrantando las normas de la práctica médica.”

medida que se adecuen a las particularidades de cada caso en concreto, debiendo quedar detallada además la información que ha sido brindada y recibida por el paciente⁷⁵⁰.

⁷⁵⁰ Tal y como expone RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 352 s. (en prensa): “El problema de la vía adoptada por los sanitarios reside en los documentos utilizados para solicitar el consentimiento del paciente. Se trata, en muchas ocasiones, de formularios que se limitan a citar con carácter genérico la intervención a la que va a ser sometido el paciente y los principales riesgos. Carecen de toda referencia al caso concreto y no dejan constancia de cuál ha sido la información recibida por el sujeto. El valor jurídico que pueden tener estos documentos se verá considerablemente limitado. Esto no quiere decir que la solicitud del consentimiento por escrito no tenga valor jurídico, sino que para que despliegue su eficacia debe reunir una serie de requisitos a partir de los cuales se pueda deducir que la manifestación del paciente se realiza una vez que éste ha recibido la información necesaria para entender el alcance de la intervención a la que será sometido, decidiendo así libremente”. En esta misma línea SALVAT PUIG, en: SANZ MULAS (coord.), *Responsabilidades penales*, 2012, 22 señala: “Los formularios generales no son ni ética ni legalmente aceptables”. De hecho en SAP La Rioja 27-02-2006 (JUR 149763) se destaca el comportamiento de un médico que elabora el manuscrito de consentimiento informado de forma personalizada, sin ceñirse al modelo general propuesto por la manuales del hospital. Expresamente se dijo lo siguiente: “Revisando el contenido de los autos de referencia, la denuncia en su día interpuesta con fecha de registro de entrada de 4 de octubre de 2005, el recurso de apelación formulado, así como el resto de las actuaciones, debe señalarse que los hechos relatados en la denuncia no pueden ser incardinados o subsumirse en el ilícito penal invocado por la parte ahora recurrente. No se alega un error en la praxis médica, sino que la información que el Doctor Lucio les facilitó de viva voz es distinta a la que aparece en el documento correspondiente al consentimiento informado. En este orden de cosas, si acudimos al folio 78 de las actuaciones, se comprueba como el antemencionado documento no es uno de formulario modelo o general, sino que está elaborado o cumplimentado de forma manuscrita y personalizado para el Sr. José Francisco y para la intervención médico-quirúrgica a la que va a ser sometido. En el mismo consta en que va a consistir la intervención, así como, entre otras cosas, el tipo de riesgos asociados a la misma, señalándose en este sentido ‘lesiones de nervios con parálisis y trastornos de esfínteres. Infecciones. Meningitis con peligro de muerte’. Precisamente se recogen de forma expresa algunas de las consecuencias producidas y sufridas finalmente por el paciente tras la intervención. Constando igualmente la firma del

El tiempo. Ya se ha dicho con anterioridad que el consentimiento informado actuaba como mecanismo legitimador de la actividad sanitaria, esto quiere decir que, a través de este, se autoriza al facultativo a realizar un procedimiento o tratamiento del cual ya ha sido informado el paciente, implicando que la declaración de voluntad del paciente debe emitirse con carácter previo a la realización del acto médico, teniendo en cuenta que esta debe prestarse en un momento temporal que garantice la madurez de la decisión por parte del paciente⁷⁵¹.

La voluntad. Cuando el paciente emite el consentimiento debe hacerlo en un estado psíquico de normalidad, sin presiones, ni coacciones de terceros, sobre todo cuando estas provienen del médico o de las personas más cercanas al paciente, familiares o allegados. La manifestación de la voluntad debe hacerse bajo presupuestos de libertad y responsabilidad. La voluntad del paciente al respecto debe ser respetada en todo momento, tanto desde su emisión, como cuando este decide revocar el consentimiento⁷⁵².

La información. La principal particularidad del consentimiento para que se pueda reputar válido, es que este sólo podrá ser otorgado por el paciente, si previamente el facultativo ha informado al paciente sobre su estado de salud, diagnóstico⁷⁵³, alternativas de tratamiento⁷⁵⁴,

apelante Sr. José Francisco, de lo que cabe deducir que el mismo, contrariamente a lo sostenido, era conocedor de los riesgos que dicha intervención entrañaba, asumiendo lo mismo y prestando su consentimiento - informado, tal y como consta- para dicha intervención, y en consecuencia plasmando su firma en el documento con fecha 31 de marzo de 2005". Siguiendo esta misma línea encontramos los pronunciamientos de SAP Madrid 20-02-2008 (JUR 122023) y SAP Madrid 29-09-2008 (JUR 107605).

⁷⁵¹ GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 70.

⁷⁵² De conformidad con el apartado 8.3 de la LBAP "El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento".

⁷⁵³ Sobre la información del diagnóstico afirma ROMEO CASABONA, *La actividad curativa*, 1981, 331, que esta "reviste particular importancia, puesto que es decisivo su conocimiento por el enfermo para poder consentir al tratamiento correspondiente;

riesgos⁷⁵⁵; es decir, si se la ha suministrado la información clínica

sólo al conocer con exactitud su estado de salud y los peligros existentes podrá comprender la necesidad de someterse a las medidas curativas prescritas por el facultativo, y dicho conocimiento constituirá el móvil para manifestar favorablemente su voluntad”.

⁷⁵⁴ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 369 (en prensa), considera que: “Un aspecto importante en relación con la determinación de la extensión del deber de información es el referido a las alternativas de tratamiento. Al médico, de acuerdo con el principio de libertad de terapia, le corresponde señalar qué método es, en su opinión, el correcto. Sin embargo, debe informar al paciente sobre las alternativas de tratamiento posibles, si es que éstas constituyen verdaderas alternativas. Se habla de verdaderas alternativas cuando el paciente se encuentra ante sí dos o más métodos de tratamiento diferenciados que conllevan también consecuencias y/o riesgos distintos. En estos casos, la elección de uno u otro no se muestra carente de significado, al contrario, deviene en la manifestación del derecho a la libertad de decisión sobre el propio cuerpo. Más dudosa es la presencia de la alternatividad en supuestos en los que los métodos que se pueden aplicar al paciente enfermo en una determinada situación, a pesar de seguir vías diferentes, llegan a un mismo resultado con idénticas consecuencias o niveles de riesgo respecto a la salud o vida del sujeto. En estas situaciones es posible que no se pueda hablar con corrección de ‘alternatividad’ en los tratamientos, no obstante, el paciente debería ser informado igualmente de los tratamientos posibles para que decida a cuál de ellos prefiere someterse. La información del médico también debe ir referida a las dudas que desde su punto de vista existen sobre la aplicación de un determinado tratamiento o la posibilidad de aplicar otros diferentes. En este sentido, el médico debe informar al paciente sobre la necesidad de contrastar sus percepciones con otros profesionales y, por supuesto, sobre la necesidad de trasladarlo a otro centro hospitalario para llevar a cabo nuevas pruebas o aplicarle otro tratamiento”.

⁷⁵⁵ La doctrina suele diferenciar entre riesgos típicos y riesgos atípicos. Los riesgos que se conocen como típicos, son aquellos que tienen el carácter de previsible y a su vez estos pueden ser de dos clases, aquellos que se encuentran vinculados a la naturaleza misma de la intervención médica y aquellos cuya frecuencia se verifica estadísticamente y que son peculiares del tratamiento médico. Por otra parte, los riesgos atípicos, son aquellos que de acuerdo con la ciencia y la experiencia médica son poco previsible. Sobre los riesgos típicos estadísticos y los riesgos atípicos se ha venido presentando la discusión si deben ser incluidos en la información que debe suministrar el médico. Respecto de los primeros, es decir, los riesgos típicos estadísticos, considera ROMEO CASABONA, *La actividad curativa*, 1981, 333, que se trata de una información que no debe estar incluida en la que el médico debe hacer

llegar al paciente, porque pueden ser conocidos por cualquier persona, y por lo tanto, “es válido que el médico parta de la presunción de que el paciente es conocedor de esta situación”. Por el contrario, GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 90, afirma que si bien se trata de riesgos que pueden ser comprendidos por la generalidad de las gentes, esto no es suficiente para que el médico deje a su suerte dicha información, toda vez que aquel tiene el deber de asegurarse de que el paciente está informado en el caso concreto de los mismos. Particularmente comparto lo dicho por la última autora, pues, aunque es cierto que existen riesgos que son conocidos por el común de los pacientes, el conocimiento que se tenga sobre los mismos no es criterio suficiente para considerar que la comprensión que se tiene de ellos coincide con la que tiene el facultativo experto y que específicamente se relacionan con esa particular intervención. Por otra parte, en cuanto a los riesgos atípicos parece existir unanimidad en que no deben de incluirlos dentro de la información que debe suministrarse al paciente, aunque algunos autores como Agustín JORGE BARREIRO, *Responsabilidad médico-quirúrgica*, 1990, 94, asume una postura intermedia, cuando advierte: “En ciertos casos, y con carácter excepcional, el médico ha de informar al paciente sobre las consecuencias o los riesgos de carácter atípico. Tal sería el caso en el que la intervención quirúrgica y los riesgos atípicos puedan afectar la capacidad profesional del paciente, y éste hace saber al médico su interés por conocer todas esas probabilidades”. Siguiendo una línea similar, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 366 (en prensa), considera que “los riesgos atípicos, aquéllos cuya producción en la concreta intervención es poco previsible de acuerdo con el estado de la ciencia, no tienen, por regla general, que ser incluidos en el deber de informar. De esta forma, se rechaza la necesidad de que el médico informe exhaustivamente de todos y cada uno de los riesgos que conlleva una intervención sanitaria, o en su caso, quirúrgica. Esta obligación resultaría de imposible cumplimiento en la práctica, ya que ‘en ciertas condiciones hasta las intervenciones más inocuas implican ciertas medida de riesgo o inseguridad, que pueden terminar en complicaciones totalmente inimaginables. Pero es que además, el paciente normal sabe, sin necesidad de que el médico le proporcione una información detallada, que cualquier intervención sanitaria conlleva riesgos, a veces, insospechados. Ahora bien, esto no significa despreciar las informaciones sobre secuelas que, a pesar de su carácter excepcional, puedan tener un especial interés para el paciente, atendiendo por ejemplo, a su profesión o a sus motivaciones vitales. El médico estará obligado a hacer un esfuerzo para tratar de ajustar el alcance de la información sobre los riesgos típicos y atípicos en función de las características de vida del paciente”. En todo caso, hay que considerar que el médico sólo puede brindar aquella información sobre riesgos típicos y riesgos atípicos que tenga la posibilidad de prever bien porque así lo haría un médico medio ideal o porque posee conocimientos por encima de la media

suficiente para que el sujeto pueda proceder a elegir libremente el tratamiento que desee se le aplique y como consecuencia autorizar al médico a su práctica. Tal y como expone GALÁN CORTÉS, “el médico debe informar al paciente de todas aquellas circunstancias que puedan incidir de forma razonable en la decisión a adoptar por el mismo, por lo que deberá informarle sobre la forma (medios) y el fin del tratamiento médico, señalándole el diagnóstico de su proceso, su pronóstico y las alternativas terapéuticas que existan, con sus riesgos y beneficios, así como la probabilidad, caso de ser conveniente, de llevar a efecto el tratamiento en otro centro sanitario más adecuado”⁷⁵⁶. Sin embargo, el art. 9 de la LBAP⁷⁵⁷ establece que el médico de manera excepcional puede prescindir de suministrar información al paciente cuando este

que le permite tener la posibilidad de prever riesgos que un médico común no podría; es decir, al médico no se le puede exigir que informe lo que no está al alcance de conocer.

⁷⁵⁶ GALÁN CORTÉS, *Servicios sanitarios*, 1997, 45.

⁷⁵⁷ Art. 9 de la LBAP: “*Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación*. 1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención. 2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas. b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”.

manifieste expresamente su deseo de no ser informado, por razones de salud pública y por motivos de urgencia⁷⁵⁸.

Planteados los presupuestos generales del consentimiento informado, a continuación voy a referirme a las problemáticas del consentimiento informado en psiquiatría. El consentimiento informado debe ser obtenido para todos los tratamientos psiquiátricos, aunque para la psicoterapia se discute si se requiere prestar o no el consentimiento informado⁷⁵⁹. Veamos como opera el consentimiento informado para algunos tratamientos:

PSICOFÁRMACOS. Como se viene reconociendo los psicofármacos en general producen efectos secundarios y riesgos. El paciente, familiares o terceros, según el caso, deben ser informados acerca de todas las circunstancias adversas que pueda generar el tratamiento con psicofármacos y en caso de existir otras alternativas de tratamiento también deben indicárseles. La prestación del consentimiento informado para cualquier tipo medicamento psiquiátrico es obligatorio.

La doctrina muestra un especial interés por el estudio del consentimiento informado cuando se trata de medicamentos

⁷⁵⁸ En estos casos RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 373 (en prensa), señala que debería hablarse de “privilegio terapéutico”, para designar la facultad que tiene el médico de llevar a cabo una intervención sin cumplir previamente con el deber de información, aunque advierte que cuando la omisión se deba al carácter urgente de la intervención, no se hablará de “privilegio terapéutico”, porque en ese caso “el motivo que lleva al médico a ‘quebrantar’, justificadamente, su deber no es el carácter perjudicial que la información en si tenga para la salud del paciente, es la necesidad de agilizar el proceso de intervención para evitar graves daños en su salud o la perdida de la vida”, ni tampoco, en los casos de renuncia por parte del paciente o cuando se pretenda proteger a terceros. En última instancia, afirma este autor: “En definitiva, el ‘privilegio terapéutico’ es el poder que se le otorga al médico para, en los que casos en los que la información pueda perjudicar la paciente, lleve a cabo la intervención sanitaria sin informarle previamente”.

⁷⁵⁹STUART/LARAIA, *Enfermería psiquiátrica*, 8ª, 2006, 159.

antipsicóticos debido a la gravedad de sus efectos⁷⁶⁰ y a que se suministra a pacientes con trastornos psicóticos, quienes por lo general presentan alteración de su capacidad de decisión. Se aconseja que el consentimiento informado se obtenga una vez se ha discutido con el paciente y su familia los riesgos y beneficios que pueda traer el suministro de los medicamentos, advirtiéndole la posibilidad de interrumpir el tratamiento en caso tal de que se llegue a presentar discinesia tardía⁷⁶¹; no obstante, si se decide continuar con el tratamiento es preferible que el consentimiento quede reflejado en el historial del paciente durante el tiempo de su duración y con una nota progresiva⁷⁶² en lugar de formularios escritos estándar, los cuales resultan ser muy genéricos e impiden una estrecha relación entre el médico y el paciente, que además limitan el conocimiento verdadero de la evolución de la patología y la utilidad del tratamiento.

En todo caso el tratamiento con psicofármacos siempre debe ser consentido previamente antes de su suministro, aunque el problema puede hallarse en la capacidad del sujeto para consentir (tema que discutiremos más adelante) por lo que se puede decir, tal y como lo plantean SÁNCHEZ CARO y SÁNCHEZ CARO que, “en términos legales

⁷⁶⁰ SÁNCHEZ-CARO/SÁNCHEZ-CARO, *Psiquiatría*, 2003, 65, advierten: “Se ha comparado el juicio subjetivo emitido por pacientes y psiquiatras sobre la utilidad de estos medicamentos, encontrándose que ambos grupos estiman que los efectos secundarios de la medicación son casi tan molestos como los síntomas para cuyo tratamiento se emplean”.

⁷⁶¹ CHINCHILLA MORENO, *Esquizofrenias*, 2007, 380, explica: “La *discinesia tardía* se caracteriza por una discinesia bucofacial, con movimientos de coreoatetosis o distonía generalizada. Su aparición es tardía, después de meses o años de tratamiento, e incluso puede manifestarse después de suspender el tratamiento con neurolépticos. La discinesia puede producir posturas distónicas sostenidas, que pueden llegar a ser incapacitantes y pueden alterar los procesos de masticación, deglución y respiración, además de interferir en la vida social del paciente. Estos síndromes tardíos se acompañan de un componente mental, como consecuencia de la incapacidad de controlar sus propios movimientos, y de trastornos cognitivos”.

⁷⁶² SÁNCHEZ-CARO/SÁNCHEZ-CARO, *Psiquiatría*, 2003, 73.

un paciente se puede considerar capaz cuando comprende la naturaleza y las consecuencias de una decisión, se ha sugerido por algunos psiquiatras que la capacidad de consentimiento para ser tratado con antipsicóticos se puede suponer si el paciente demuestra tener una comprensión racional y un conocimiento real de los aspectos más importantes relacionados con la medicación antipsicótica. El paciente demostrará tener un conocimiento real si es capaz de nombrar el medicamento, identificar al menos algunos de sus efectos terapéuticos beneficiosos y mencionar la discinesia tardía como uno de los posibles efectos secundarios. Para demostrar una comprensión racional deberá tener alguna idea que sufre una enfermedad mental y que el médico le ha recomendado la medicación antipsicótica por ser un tratamiento efectivo para su tratamiento”⁷⁶³.

TERAPIA ELECTROCONVULSIVA. Se ha considerado la TEC como uno de los tratamientos de mayor eficacia para los pacientes con trastorno mental grave y con efectos secundarios mínimos comparados con los psicofármacos; sin embargo, el hecho de que su administración se haga bajo anestesia general, con relajación muscular y que su uso pueda generar lesiones físicas e incluso pérdida de la memoria obliga a la suscripción del consentimiento informado. En 1994 es publicada la Recomendación del Consejo de Europa 1235 (1994) relativa a la Psiquiatría y a los derechos humanos (Asamblea Parlamentaria, 10^a sesión, 12-04-1994), que prescribe que en los tratamientos de lobotomía y terapias electroconvulsivas se debe contar siempre con consentimiento informado por escrito o, en su defecto, de no ser posible su obtención, se requiere que esta decisión sea avalada por un comité de expertos constituido por diferentes profesionales que no sólo incluyan especialistas en Psiquiatría.

⁷⁶³ SÁNCHEZ-CARO/SÁNCHEZ-CARO, *IV Congreso nacional*, 1998, 324.

Como sucede con el consentimiento para el tratamiento con psicofármacos, en la TEC también se presentan dificultades, pues se debe tener en cuenta que los pacientes que se someten a ella, por lo general, tienen afectada su capacidad de decisión, además de que la TEC suele emplearse como último recurso cuando las demás formas terapéuticas han fallado, implicando una aplicación lo más inmediata posible. Para obtener el consentimiento informado para la TEC, en el Instituto de Psiquiatría *Clarcke* de Toronto se aplica un cuestionario de 15 puntos para autorizar este procedimiento, en el cual se definen y examinan los elementos clínicos y judiciales esenciales reconocidos Canadá⁷⁶⁴; al paciente se le realizan una serie de preguntas a través de las cuales se intenta identificar su capacidad de comprensión respecto del tratamiento que se le pretende aplicar, atendiendo a su realidad y su deseo de curación. Asimismo la Asociación Americana de Psiquiatría ha sugerido que el contenido del documento del consentimiento informado para la TEC incluya una exposición razonada de los riesgos y beneficios de la terapia, tratamientos alternativos, y una declaración del paciente, que le permita rehusar en cualquier momento el tratamiento⁷⁶⁵.

⁷⁶⁴ SÁNCHEZ-CARO/SÁNCHEZ-CARO, *Psiquiatría*, 2003, 85 s. En la entrevista clínica estructurada de capacidad se suelen emplear un cuestionario con 15 preguntas que consiste en preguntar al paciente sobre lo siguiente: “¿Sabe usted si le han pedido que decida si quiere tratarse con TEC? ¿Quiere usted decidir por sí mismo si acepta o rechaza la TEC? ¿Quiere que sea otra persona la que decida por usted? ¿Tiene usted dificultad para decidir si acepta o rechaza el tratamiento? ¿Cuáles son los efectos perjudiciales o los riesgos de este tratamiento? ¿De qué manera puede beneficiarle a usted el tratamiento? ¿Existen otros tratamientos para su enfermedad? ¿Quiere usted mejorar? ¿Por qué ha aceptado o rechazado usted el tratamiento? ¿Piensa que su médico quiere lo mejor para usted? ¿Por qué quiere el médico que usted esté en el hospital? ¿Piensa usted que tiene alguna enfermedad mental? ¿Cree usted que necesita alguna ayuda o tratamiento? ¿Qué cree usted que le va a ocurrir si no le ponen ahora la TEC? ¿Tiene usted la impresión de haber sido presionado o coaccionado para que se decida a recibir la TEC?”

⁷⁶⁵ SÁNCHEZ-CARO/SÁNCHEZ-CARO, *Psiquiatría*, 2003, 89. En un trabajo anterior publicado por estos autores (SÁNCHEZ-CARO/SÁNCHEZ-CARO, *IV Congreso nacional*,

1998, 303 s.) se sugiere un formulario de consentimiento para la terapia electroconvulsiva (TEC) que contenga la siguiente descripción: “La TEC es un método para tratar ciertas condiciones mentales o emocionales estimulando al cerebro eléctricamente a fin de producir una convulsión. El procedimiento se lleva a cabo por el personal médico y de enfermería mientras Ud. está completamente dormido bajo los efectos de una anestesia general. *Descripción del procedimiento:* mientras Ud. está tumbado sobre una camilla se le coloca un catéter en una vena y se le inyecta la medicación anestésica. Una vez que esté dormido se le administra el relajante neuromuscular a través del mismo catéter y oxígeno puro a través de una mascarilla. Cuando los músculos estén relajados, se le aplica brevemente un estímulo eléctrico al cuero cabelludo, a fin de estimular al cerebro induciendo un período de una actividad eléctrica intensa y rítmica. Esta convulsión dura un minuto o dos, y se acompaña de contracciones suaves de los músculos. Cuando la convulsión finaliza se le traslada al área de recuperación y es observado por personal entrenado a tal fin hasta que despierte, lo que normalmente suele ocurrir en 20 minutos. El tratamiento de TEC puede ser administrado cada dos días en secuencias de 6 y 12 tratamientos, aunque a veces se pueden necesitar más de 12 tratamientos para alcanzar una mejoría máxima. *Riesgos del tratamiento:* La TEC está entre los tratamientos médicos de riesgo más bajo que se administran con anestesia general. El riesgo de muerte o lesiones con TEC es excepcional. *Efectos secundarios y complicaciones:* Los pacientes pueden estar confusos después de despertarse del tratamiento con TEC, pero esto generalmente desaparece en una hora más o menos. La memoria de los sucesos recientes puede sufrir alteraciones, y los nombres de amigos, fechas, sucesos públicos, direcciones y números de teléfono pueden olvidarse. En la mayoría de los casos estos problemas de la memoria desaparecen en el plazo de unos cuantos días o semanas, si bien excepcionalmente algunos pacientes pueden experimentar problemas con la memoria durante meses o años después. Ciertas técnicas de tratamiento previenen o minimizan la aparición de tales problemas de memoria (por ejemplo, pulso breve, TEC unilateral derecha). Ésta es precisamente la que se utiliza en su caso. No se ha descrito ningún efecto secundario a largo plazo con el tratamiento de TEC en relación con la capacidad intelectual. *Resultados del tratamiento:* Su médico considera que éste es el tratamiento más adecuado para su enfermedad. Sin embargo, debe saber que, aunque muchos pacientes experimentan una significativa mejoría después del tratamiento de TEC, no se puede prometer ningún resultado específico del tratamiento. Como con otros tratamiento médico sucede algunos pacientes se recuperan rápidamente, otros lentamente, y unos cuantos puede que no se recuperen en absoluto. Incluso cuando la recuperación es total, todavía es posible una recaída. A menudo se prescribe terapia con medicación después de la TEC, con el fin de prevenir tales recaídas. *Derecho a retirar el consentimiento:* Puede retirar este consentimiento en cualquier momento,

La Sociedad Española de Psiquiatría a partir de 1999 firmó el consenso para la TEC⁷⁶⁶, advirtiendo la necesidad de que el consentimiento informado sea siempre garantizado por el médico al paciente antes de recibir la misma. Allí se brindan las características generales que debe contener el consentimiento informado, es decir, explicación de la técnica, descripción de los procedimientos médicos; beneficios; riesgos que incluyan tipos, grados y posibilidades de daño; tratamientos alternativos y la posibilidad que el paciente se rehúse a recibir el tratamiento en cualquier momento. El consentimiento debe en todo caso estar recogido en formularios sencillos y fácilmente comprensibles para que los pacientes puedan dirigir su atención en el tratamiento y entender los alcances del procedimiento que se le pretende practicar. En última instancia, lo que se requiere para que el paciente otorgue el consentimiento informado para la TEC es una explicación previa del qué, del cómo, del para qué y de las consecuencias del procedimiento, en términos tan sencillos que el paciente pueda entenderlos, no dejando a su suerte el estigma de paciente incapacitado para tomar decisiones; en otras palabras, el médico debe procurar en primera instancia que sea el paciente y no terceras personas el que brinde el consentimiento y además, debe otorgarle la posibilidad de rechazar el tratamiento,

incluso antes de que se administre el primer tratamiento. La retirada del consentimiento para el tratamiento de TEC no perjudica de ninguna manera el tratamiento continuado con otros métodos alternativos disponibles, si bien debe saber que en su caso no están tan indicados como este tratamiento que ahora se le propone”. Hay que aclarar que esta descripción no es más que un ejemplo de cómo puede establecerse el consentimiento informado para la TEC según las recomendaciones establecidas por las sociedades nacionales e internacionales de especialistas, pero es pertinente insistir en que se trata de documentos que no pueden estandarizarse y deben atender a los cambios contemporáneos y a las circunstancias específicas de cada situación en concreto.

⁷⁶⁶ Sociedad Española de Psiquiatría, *Consenso Español sobre la Terapia Electroconvulsiva (TEC)*, 1999 (Consulta en línea: <http://www.sepsiq.org/file/Consenso%20TEC.pdf> 17-08-2011)

estando el facultativo en la obligación de aceptar su decisión, pero explicándole las consecuencias del rechazo del mismo.

PSICOTERAPIA. En el tratamiento de psicoterapia, a diferencia de lo que sucede con los demás tratamientos psiquiátricos, donde existe pleno convencimiento de la necesidad del otorgamiento por parte del paciente del consentimiento informado previo a la aplicación del procedimiento, ha existido una polémica acerca de si para la psicoterapia es necesario que el paciente emita su consentimiento, pues se supone que este se encuentra implícito en la relación terapéutica, toda vez que la psicoterapia se lleva a cabo en el marco de una relación interpersonal, en la que se precisa de un acuerdo, que por lo general es tácito entre los participantes, es decir, terapeuta y paciente. Para algunos el consentimiento informado se encuentra prescrito por algunos documentos sobre la ética del psicoterapeuta, como por ejemplo el manual de ética de la APA de 1992 que requiere explícitamente el consentimiento informado en psicoterapia, por otra parte, el código ético de la *European Association for Psychotherapy* (1995) advierte que los psicoterapeutas están obligados a comunicar al paciente el método psicoterapéutico empleado, las condiciones, alcance, probable duración, condiciones económicas del tratamiento y confidencialidad; sin embargo, no se trata de regulaciones vinculantes, sino más bien de una recomendación para los terapeutas; de hecho el código de ética de la Asociación Española de Psicoterapeutas sólo exige el consentimiento informado cuando estos se ven obligados a consultar con otros profesionales⁷⁶⁷, sin que se exija el consentimiento informado como requisito previo para iniciar el tratamiento.

⁷⁶⁷ Apartado 2.3. “Cuando los psicoterapeutas consideren necesario contactar con otros profesionales, o sean estos quienes requieran información del psicoterapeuta, lo harán para el mayor bien de su paciente y previo consentimiento informado del mismo. Los psicoterapeutas deberán ser conscientes de sus propias limitaciones para el tratamiento integral del paciente y orientarlo respecto a otros abordajes o

En líneas atrás cuando hice referencia al tema de la información en la psicoterapia, señalé que esta, debido a su gran variedad, presenta diferentes alternativas de tratamiento, implicando para el profesional la obligación de informar sobre el qué, el cómo, el para qué de las psicoterapias y las diferentes alternativas, obligación que debe estar aún más presente cuando son combinadas con otras técnicas terapéuticas, como es el caso de los psicofármacos, por ejemplo el narcoanálisis, implicando que se deba emitir un consentimiento informado expreso por parte del paciente para la aplicación de este procedimiento.

En algunos tipos de psicoterapia podría estar especialmente indicado el consentimiento informado, como cuando se somete al paciente a una situación repugnante o desagradable, por ejemplo en las técnicas de inundación y exposición; cuando se vaya a modificar de alguna forma su estado de conciencia, como en la hipnosis; y cuando se utilicen técnicas no ortodoxas e innovadoras⁷⁶⁸; es decir, que en estos casos el consentimiento informado debe obtenerse antes de iniciar el tratamiento. Pero cuando se trata de psicoterapias con orientación psicoanalítica, si bien debe persistir el deber de información, esta puede obtenerse durante todo el proceso analítico. La práctica tradicional ha apoyado siempre la actuación paternalista en el proceso terapéutico⁷⁶⁹, correspondiendo al terapeuta o al analista decidir por el paciente el momento en qué deba aportarle alguna información, lo que se debe principalmente a que algunos terapeutas miran con recelo discutir

profesionales de ayuda” (consultado 17-08-2011, <http://www.feap.es/codigo-etico.htm>).

⁷⁶⁸ SÁNCHEZ-CARO/SÁNCHEZ-CARO, *Psiquiatría*, 2003, 97 s.

⁷⁶⁹ Para FRANCO/MENDOZA/MORA, *REPSI 2* (2004), 189, si se concibe la psicoterapia como un tratamiento de alto impacto en la psiquis del paciente, esta debería estar siempre precedida por el consentimiento informado.

explícitamente la naturaleza del tratamiento⁷⁷⁰ por temor a que tales interacciones puedan interferir en el desarrollo de la transferencia. En las terapias psicoanalíticas, el paciente psiquiátrico debe ser informado inicialmente de forma general sobre en qué consiste el proceso analítico y las diferentes alternativas de tratamiento; la idea es que no se vaya a obstruir el proceso analítico por exceso de información.

Por otra parte, SÁNCHEZ CARO/SÁNCHEZ CARO han afirmado que, “respecto de la información que se debe proporcionar al paciente, algunos clínicos estiman que lo mejor es proporcionar una información básica sobre la psicoterapia. Discutir aspectos como la naturaleza del tratamiento, duración, pronóstico, coste y otros factores. Una breve descripción de los tipos de psicoterapia de acuerdo con la utilización exclusiva o combinada de catarsis, sugestión, manipulación, clarificación puede ser útil. El psiquiatra debe promover y contrastar las preguntas del paciente, aunque algunas de ellas tengan que ser

⁷⁷⁰ CASTILLA GARCÍA/CASTILLA SAN JOSÉ, *AEN* 80 (2001), 31 s., han hecho algunas referencias a autores de Norteamérica que rechazan el consentimiento informado en la psicoterapia, señalado entre algunas razones para tal negativa, las siguientes: “No cabe duda de que el consentimiento informado en psicoterapia presenta unas limitaciones a su aplicación que no encuentra en el resto de la medicina. Así, ha señalado Holmes, en 1999, que siendo la relación terapeuta-paciente un instrumento terapéutico, y al no ser posible separar el consentimiento informado de esta relación, si se exponen las dificultades que puede presentar el tratamiento, es posible que ello actúe como elemento sugestivo, y se confirmen. Además, puesto que la psicoterapia implica una relación a la que contribuyen ambos miembros de la misma (psicoterapeuta y paciente), es imposible que el terapeuta informe al paciente de lo que puede ocurrir a lo largo de la psicoterapia, pues ello va a depender en gran medida del paciente, del que el terapeuta en ese momento tiene un conocimiento limitado. Por otra parte, en las psicoterapias psicoanalíticas los terapeutas intentan mantener apartadas sus propias opiniones, predicciones y expectativas (se mantiene un grado de abstinencia y neutralidad) para favorecer mejor la transferencia y permitir libertad para la autoexploración. Entrar en explicaciones acerca de los riesgos de la terapia, podría poner en peligro esta toma de conciencia del paciente”.

analizadas más detenidamente durante la terapia (...). Los riesgos de la psicoterapia, tales como el desarrollo de estados regresivos, las reacciones de contratransferencia o reacciones anómalas de otro tipo deberán ser discutidos cuando el terapeuta estime que es más probable que aparezcan⁷⁷¹.

Por lo tanto, particularmente pienso que, lo que ha de considerarse no es que es no deba existir consentimiento informado, sino que, a diferencia de los demás tratamientos psiquiátricos, donde se requiere un consentimiento expreso, en el análisis el consentimiento informado se encuentra implícito en la relación terapeuta paciente, el terapeuta no puede obligar al paciente a hacer terapia en contra de su voluntad, esto desnaturalizaría la psicoterapia misma, así que cuando este asiste a cada sesión está consintiendo tácitamente la realización de la misma.

En resumen, en todos los casos en que haya que aplicar un tratamiento psiquiátrico el facultativo deberá contar con el consentimiento previo del paciente y excepcionalmente de terceros, el cual, dependiendo del procedimiento, puede ser expreso o tácito; teniendo en cuenta además que el contenido de la información para que el paciente se decida por un determinado procedimiento no puede depender de formatos estándar, sino que debe adaptarse a cada situación en concreto atendiendo las circunstancias específicas del paciente y la patología que se pretenda tratar.

Sin embargo, el consentimiento informado en la actividad psiquiátrica no sólo puede ser abordado simplemente a partir de los procedimientos en los que debe aplicarse, sino que es indispensable tener en cuenta los requisitos que son exigidos por la ley para que este pueda otorgarse, entre los cuales hallamos la capacidad y la voluntad, exigencias que podrían presentar algunas dificultades cuando se trata de valorar la

⁷⁷¹ SÁNCHEZ-CARO/SÁNCHEZ-CARO, *Psiquiatría*, 2003, 97.

competencia y la libertad de las decisiones de pacientes que se encuentran afectados por un trastorno psíquico. Por eso, en lo que sigue, me parece conveniente analizar la capacidad y la voluntad del paciente psiquiátrico para emitir el consentimiento informado.

Capacidad. En la actualidad se acepta, que en principio, todos los pacientes tienen capacidad de decisión sobre el tratamiento, incluidos los pacientes psicóticos. El apartado 6.3. del Convenio de Oviedo (Convenio relativo a los Derechos humanos y la Biomedicina del Consejo de Europa) firmado en el año de 1997 prevé que la persona con trastorno mental, entre otros, que carezca de capacidad para consentir, el consentimiento deberá brindarlo su representante, terceros allegados o alguna institución autorizada por la ley⁷⁷². Por regla general, se considera que el único que se encuentra legitimado para consentir es el paciente, aunque sufra de un trastorno mental grave⁷⁷³. Lo que se pretende con esta normativa es garantizar el derecho que tiene el paciente para decidir someterse o rechazar un tratamiento; por lo tanto, al médico le está vedado presumir que el trastorno mental por sí solo incapacita al sujeto para tomar decisiones sobre su salud, de modo que el facultativo tendrá que evaluar la capacidad cognitiva y volitiva del paciente. Para GÓMEZ RIVERO, a la hora de determinar el tipo de

⁷⁷² Art. 6.3. Convenio de Oviedo –conocido también como convenio de Asturias– “Cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, de una autoridad o una persona o institución designada por la ley. La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización”.

⁷⁷³ Art. 7 Convenio de Oviedo “La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida sin su consentimiento a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de ese tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan procedimientos de supervisión y control, así como de medios de elevación de recursos”.

incapacidad que padece una persona por una anomalía o discapacidad, el médico deberá analizar no sólo los casos de enfermedades mentales permanentes, sino también aquellos supuestos en los que el enfermo se encuentre en una situación de trastorno mental que ha sido motivado por su propio estado de enfermedad; en estos casos, para que el facultativo decida si el sujeto conserva su capacidad de obrar, habrá que atender el concreto grado de incapacidad que padezca, teniendo en cuenta las circunstancias del caso específico⁷⁷⁴.

El médico deberá hacer todo lo que este a su alcance para que sea el propio paciente quien tome la decisión acerca de su tratamiento, tratando de suministrarle conforme a su estado psíquico la información que está en la obligación de proporcionar, utilizando los métodos que considere convenientes para que el sujeto comprenda lo que se le está explicando. De esta manera, el profesional puede valorar si existe o no capacidad de comprensión por parte del sujeto para que tome una decisión sobre el procedimiento que se le sugiere. Se podría pensar que esta propuesta que se hace para que el médico realice una valoración y evaluación minuciosa sobre las condiciones cognitivas resultaría innecesaria si se tiene en cuenta la facultad legal que se otorga a representantes legales, familiares o allegados del paciente para que sean ellos quienes brinden el consentimiento informado; sin embargo, el asunto no es nada fácil, pues los intereses del tercero pueden ser completamente adversos al interés que podría tener el propio paciente, y porque la aceptación de riesgos por terceros a costa del riesgo de otro exige una ponderación de esa situación; por lo tanto, sólo en el supuesto que el facultativo, después de haber valorado la capacidad del paciente, considera que este no comprende la trascendencia y consecuencias del tratamiento, podrán las terceras personas⁷⁷⁵ que

⁷⁷⁴ GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 53.

⁷⁷⁵ Sobre este asunto en particular ha señalado ROMEO CASABONA, *La actividad curativa*, 1981, 324 s., lo siguiente: “Es posible también que el médico se enfrente con otros problemas de incapacidad para consentir, no derivados de la edad, o que

autoriza la ley en el art. 9 de la LBAP, consentir por él, pero, a falta de estos o en caso de una actuación abusiva por su parte, y para no dejar abandonado a ese paciente a su suerte, si existe riesgo inmediato para la integridad física o psíquica del paciente, será el médico quien tome la decisión; una vez el paciente recupere esta facultad deberá ser él quien autorice si continúa o no con el tratamiento.

ÁLAMO/LÓPEZ MÚÑOZ, haciendo alusión a la capacidad del paciente psiquiátrico, asumen una postura similar a la propuesta anteriormente cuando se trata de tratamientos con psicofármacos, observando: “En relación con la competencia, podemos preguntarnos si es el paciente psiquiátrico competente para dar un consentimiento a la medicación. Tradicionalmente, se ha asumido que esta cuestión puede responderse siempre con una negativa. Sin embargo, en la actualidad, una mayor atención a los intereses del paciente y un mejor conocimiento de la fenomenología del sujeto psiquiátrico, indica que mucho de estos pacientes pueden ser capaces de tomar una decisión y que, de forma global, la incapacidad no puede ser asumida para cualquier tipo de paciente psiquiátrico. Tanto el clínico como los psiquiatras deben tener en cuenta que el paciente mental puede tener una capacidad fluctuante, dependiendo de la enfermedad, cansancio, medicación u

aparezcan también añadidos al de la edad del paciente. Son los casos de deficiencia y enfermedad mental que afectan a la capacidad de entender y de querer de la persona. La actitud en mi opinión, debe ser la misma que para el menor: a partir de la capacidad natural de entendimiento del paciente, y en el supuesto de que el facultativo estime que aquélla es insuficiente para que comprenda el paciente la trascendencia y consecuencias que se derivan de su decisión y del tratamiento del mismo, acudir a la voluntad de sus representantes legales o de hecho, sobre los que pesa igualmente la obligación de actuar en el bien del paciente, y no de sus propios intereses. La explicación de la intervención de los mismo cuando el paciente no está en condiciones de tomar decisiones por sí mismo es sencilla, pues no se puede abandonar a ese paciente a su destino, sino que al contrario debe ser ayudado y protegido también en su salud. Asimismo, la actuación abusiva de aquéllos permite al médico realizar lícitamente la intervención médico-quirúrgica en los casos de urgente necesidad o acudir, en su caso, al Juez para obtener la correspondiente autorización”.

otros factores, por lo que deben aprovecharse los momentos en los que aquella se encuentra presente para solicitar el consentimiento del paciente a la intervención terapéutica. Un paciente psicótico en fase aguda puede declararse incompetente y por ello ser tratado, solicitando el consentimiento a un familiar, pero tras la mejoría del cuadro agudo se debe evaluar su capacidad para solicitar al paciente el consentimiento a la medicación”⁷⁷⁶. Así, si bien el acompañamiento familiar o de terceras personas es fundamental durante el término que dure el proceso para que respalden al paciente en los instantes en los que este carece de la lucidez para tomar decisiones y comprender el tratamiento, también hay que tener en cuenta que el paciente, en la medida en que vaya recuperándose o estabilizándose, puede tomar el control de sus decisiones.

Los tres elementos claves que debe determinar el médico para saber si el paciente posee la capacidad para consentir son: competencia y habilidad para entender racionalmente, conocimiento de las circunstancias del tratamiento y voluntad para aceptar, sin coacción o inducción impropia⁷⁷⁷.

En Norteamérica se han realizado diferentes estudios y se han hecho diversas propuestas a través de las que se ha pretendido elaborar test para evaluar la capacidad del paciente con trastorno mental⁷⁷⁸. En España de manera particular se ha elaborado el documento Sitges, diseñado por distintos profesionales de la Sociedad Española de

⁷⁷⁶ ÁLAMO/LÓPEZ MUÑOZ, en: AMARILLA/ÁLAMO (edits.), *Utilización de fármacos*, 2000, 61.

⁷⁷⁷ ÁLAMO/LÓPEZ MUÑOZ, en: AMARILLA/ÁLAMO (edits.), *Utilización de fármacos*, 2000, 64.

⁷⁷⁸ En SÁNCHEZ-CARO/SÁNCHEZ-CARO, *Psiquiatría*, 2003, 35 ss.; SIMÓN LORDA, *AEN* 102 (2008) 332 ss., se realizan algunos análisis de las evaluaciones elaboradas por la doctrina de Norteamérica para valorar la capacidad y emitir el consentimiento informado.

Neurología, cuya versión más reciente corresponde al año 2009⁷⁷⁹. Este texto se ha concebido como un protocolo cuyo objetivo consiste en servir como criterio orientador para evaluar la capacidad de las personas con trastorno mental para tomar decisiones que se encuentran relacionadas con su salud, patrimonio y asunción de responsabilidades de la vida diaria⁷⁸⁰. En cuanto a las decisiones sobre la salud y específicamente para otorgar consentimiento informado se ha considerado que este último debe entenderse como “un proceso diálogo médico-enfermo. Es la aceptación, por parte del paciente competente, de un procedimiento diagnóstico, terapéutico o de investigación, después de tener la información adecuada en un lenguaje comprensible que le permita decidir e implicarse libremente en la decisión clínica”⁷⁸¹, lo que significa que el consentimiento debe provenir de la persona afectada y será esta quien tendrá la potestad de revocarlo en cualquier momento; sin embargo, se advierte que “si, a criterio del médico responsable de la asistencia del enfermo, éste no es competente para tomar decisiones, porque se encuentra en un estado físico o psíquico que no le permite hacerse cargo de su situación, tendrán prioridad para prestar el consentimiento por sustitución las personas que hayan sido designadas al efecto por el paciente y, en su defecto, los familiares más directos o las personas que tengan un vínculo afectivo evidente”⁷⁸², pero más adelante subraya que “es importante tener en cuenta que en los casos de sustitución de la voluntad del afectado, la decisión que se tome tiene que ser lo más objetiva y proporcional posible a favor del enfermo y de respeto a su dignidad personal. Asimismo, el paciente tendrá que intervenir tanto como sea posible en la toma de las

⁷⁷⁹ En el año 2005 se publica su primera versión.

⁷⁸⁰ GRUPO DOCUMENTO SITGES, en: BOADA ROVIRA/ROBLES BAYÓN (edits), *Documento Sitges*, 2009, 30.

⁷⁸¹ GRUPO DOCUMENTO SITGES, en: BOADA ROVIRA/ROBLES BAYÓN (edits), *Documento Sitges*, 2009, 73.

⁷⁸² GRUPO DOCUMENTO SITGES, en: BOADA ROVIRA/ROBLES BAYÓN (edits), *Documento Sitges*, 2009, 75.

decisiones que lo afecten. Por lo tanto, cuando se sospeche que las decisiones tomadas por los familiares u otros sustitutos no se basan en los intereses del enfermo, el médico no debe tenerlas en cuenta. En tales casos es conveniente que, antes de tomar dicho médico una decisión contraria a la de los sustitutos del enfermo, solicite el asesoramiento de un comité de ética asistencial o la intervención judicial, si la situación lo requiere, y deje constancia de esta consulta en la historia clínica”⁷⁸³.

Para llegar a un consentimiento por sustitución, el documento Sitges sugiere que previamente se deben analizar y evaluar la situación en concreto del paciente que permita valorar las condiciones cognitivas para que el paciente como titular del derecho pueda considerarse capaz o incapaz de tomar una determinada decisión⁷⁸⁴, atendiendo a factores que evalúen el nivel de conciencia, percepción de estímulos, funciones cognitivas (atención, gnosias, lenguaje, cálculo, memoria, orientación a la realidad, praxias), funciones ejecutivas (razonamiento abstracto, motivación y autocontrol), estado psicoafectivo, ideación espontánea y conciencia de enfermedad⁷⁸⁵. Por último, en este documento, a través de un modelo cualitativo, el procedimiento *Delphi*, se valora en escalas numéricas de 1 a 5 la alteración de la capacidad del sujeto.

⁷⁸³ GRUPO DOCUMENTO SITGES, en: BOADA ROVIRA/ROBLES BAYÓN (edits), *Documento Sitges*, 2009, 77.

⁷⁸⁴GRUPO DOCUMENTO SITGES, en: BOADA ROVIRA/ROBLES BAYÓN (edits), *Documento Sitges*, 2009, 96 “para decidir adecuadamente, una persona debe ser capaz de prestar atención a la tarea decisoria, comprender los elementos que la integran, poder cotejarlos con información episódica, autobiográfica y semántica almacenada en su memoria, valorar las posibles consecuencias de las diferentes decisiones posibles, integrar todo ello mediante procesos de razonamiento abstracto y, finalmente, expresar de manera comprensible lo decidido”.

⁷⁸⁵ GRUPO DOCUMENTO SITGES, en: BOADA ROVIRA/ROBLES BAYÓN (edits), *Documento Sitges*, 2009, 96 ss.

Hay que tener en cuenta que este tipo de documentos para evaluar la capacidad decisoria del paciente solo presentan una propuesta orientativa, es decir, que el método que se propone solo debe servir para orientar el análisis sobre la capacidad, pero nunca podrá suplir la impresión extraída del contacto personal y de la evaluación de las circunstancias que concurren en cada caso concreto⁷⁸⁶. De todas formas, lo importante será que el facultativo siempre asuma que es el paciente el titular del derecho de consentir, siendo subsidiario acudir a terceras personas para que tomen decisiones; y en todo caso, una vez el paciente recobre la capacidad decisoria será él quien deba tomar la decisión de continuar o no el tratamiento elegido por terceros, previo el suministro de la información clínica como requisito para consentir.

Voluntad. Ya decíamos que una de las características principales del consentimiento era la emisión de este de manera voluntaria; pues bien, en la actividad psiquiátrica también se debe partir del mismo presupuesto: el paciente debe emitir un consentimiento libre y espontáneo, sin que sobre él pese ningún tipo de coacción; es decir, no basta con que el sujeto sea capaz de tomar una decisión sobre la aceptación o rechazo de su tratamiento, sino que es necesario que la determinación que tome reúna los presupuestos de la voluntariedad. No obstante, en Psiquiatría esta exigencia podría verse restringida en casos de internamientos involuntarios. A continuación se examinara la cuestión de la voluntariedad e involuntariedad del consentimiento.

INTERNAMIENTO VOLUNTARIO E INVOLUNTARIO

A partir de la reforma psiquiátrica de 1986⁷⁸⁷ y del reconocimiento de derechos a los pacientes con trastorno mental para que sean tratados

⁷⁸⁶ GRUPO DOCUMENTO SITGES, en: BOADA ROVIRA/ROBLES BAYÓN (edits), *Documento Sitges*, 2009, 38 s.

⁷⁸⁷ V. art. 20 de la Ley 25/1896, del 29 de abril que equipara a los pacientes con enfermedades orgánicas y mentales al mismo nivel.

como el resto de pacientes con patologías orgánicas, ha existido una tendencia orientada a la desaparición del hospital psiquiátrico; sin embargo, esto no significa que el internamiento como medida terapéutica se haya extinguido; por el contrario, continúa siendo válido como medida de naturaleza excepcional y que se aplica en hospitales generales, cuyo objetivo principal es lograr la estabilización del paciente para que pueda continuar con el tratamiento externo.

De acuerdo con CARRASCO GÓMEZ, el internamiento sólo puede darse cuando concurren las siguientes circunstancias: Exista un trastorno mental acreditado suficientemente por informes médicos. La indicación del internamiento esté justificada en razón del trastorno psíquico y no por motivos de custodia, vigilancia, seguridad o defensa social. Que el trastorno tenga efectos y consecuencias concretas que conduzcan en la práctica a la indicación y la necesidad del internamiento, bien porque haya generado incapacidad, pérdida de autonomía para cuidar de sí mismo y procurarse en definitiva las necesidades básicas, o porque genera peligro o riesgo para él o para terceros, como en casos en que se aprecien ideas de suicidio, miedo, pánico, agresividad, violencia, amenazas, etc.. Que, de no someterse al tratamiento, se pueda producir un empeoramiento del trastorno, sin que exista otra alternativa terapéutica diferente al internamiento clínico. Que cuando se trata de internamiento como medida de seguridad, exista la probabilidad y riesgo de que debido al estado del paciente este vuelva a cometer actos considerados como delitos⁷⁸⁸.

Existen dos clases de internamientos psiquiátricos, los voluntarios y los involuntarios. El primero de ellos, como su nombre indica, es aquel en el que el sujeto de manera libre y espontánea acepta el ingreso y decide someterse al tratamiento sugerido por el facultativo. En estos casos se considera que el paciente tiene competencia y capacidad para tomar la

⁷⁸⁸ CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad médica y Psiquiatría*, 2ª, 1998, 237 s.

decisión, además de que lo hace libre de coacciones, engaños o error; sin embargo, en cualquier circunstancia el acto de consentimiento debe estar precedido por la valoración que debe realizar el facultativo para determinar la capacidad decisoria del paciente, sobre todo cuando existe un trastorno mental grave⁷⁸⁹. El segundo, el internamiento involuntario, es aquel cuya hospitalización es consecuencia de la decisión de terceras personas, es decir, sin que obre consentimiento del paciente y en contra de su voluntad, sea debido a la incapacidad temporal o permanente del paciente o a que el internamiento es producto de la aplicación de una medida de seguridad.

El internamiento no voluntario sólo procede frente a pacientes incapaces de tomar decisiones por sí mismos, con un diagnóstico de trastorno mental grave, y cuyo estado mental representa un riesgo o un

⁷⁸⁹ El paciente que de manera voluntaria se somete a un tratamiento a través del internamiento voluntario construye una alianza terapéutica con el médico y el éxito del tratamiento puede ser mayor, en tanto que el paciente se muestra más colaborador con su recuperación. No obstante, SÁNCHEZ-CARO/SÁNCHEZ-CARO, *Psiquiatría*, 2003, 131, poniendo como ejemplo un caso ocurrido en la Florida (Estados Unidos), llaman la atención sobre el riesgo que puede entrañar este tipo de internamientos: “Algunos pacientes con trastorno psíquico grave pueden tener disminuida su capacidad para tomar la decisión sobre su hospitalización voluntaria, o para tomar otras decisiones sobre el tratamiento, una vez hospitalizados, de forma razonable y atendiendo a sus intereses. Una demanda conteniendo quejas de este tipo fue interpuesta por el señor Burch, un paciente incapaz de otorgar consentimiento, emprendió una acción legal contra unos funcionarios del Estado de la Florida por permitirle ingresar en un hospital estatal utilizando el procedimiento para voluntarios. El Tribunal Supremo de EE UU dictaminó que el Estado de la Florida debería disponer de procedimientos para evaluar y así excluir a los incapaces del procedimiento de admisión para voluntarios”. Pero, además estos autores señalan que pueden presentarse otros riesgos en la hospitalización voluntaria, como es el caso de los pacientes que se ven presionados a hospitalizarse para evitar acusaciones de tipo penal o internamientos involuntarios; además, puede suceder que se dé el caso de un ingreso voluntario y posteriormente el paciente sea cambiado a un procedimiento de régimen para involuntarios.

peligro para la vida, la salud personal o para la sociedad⁷⁹⁰; no obstante, el internamiento involuntario siempre va a requerir de autorización judicial, la cual debe otorgarse previamente a la hospitalización, salvo en los casos de urgencia en que la autorización se brinda con posterioridad. Así, cuando el internamiento opera como medida de seguridad será el juez penal es quien autoriza ordenarla, y por lo tanto, en ese caso el consentimiento informado queda anulado por la medida punitiva. En los demás casos, es decir, cuando la medida de internamiento no voluntaria es aplicada a un sujeto que no ha cometido conducta delictiva, se deben atender los lineamientos establecidos en el art. 763 de la Ley 1/2000, del 7 de enero, LEC, siendo competencia de la jurisdicción civil autorizar el internamiento.

El art. 763 de la Ley 1/2000, del 7 de enero, LEC brinda las herramientas jurídicas al juez para que autorice o deniegue el internamiento involuntario de personas con un diagnóstico de trastorno mental grave, que no puedan decidir por si mismas y cuya patología puede representar un peligro para él o para terceras personas, no habiendo más alternativa de protección que el internamiento en contra la voluntad del paciente. Aunque hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional, mediante sentencia del 2 de diciembre de 2010⁷⁹¹ declaro la inconstitucionalidad parcial del art. 763.1 en los

⁷⁹⁰ Cuando se trata de medida de seguridad, en todo caso se requiere comisión penal del delito y pronóstico de peligrosidad criminal del sujeto. V. art. 6 del CP.

⁷⁹¹ STC 02-12-2010 (RTC 132). La parte resolutive del fallo dice así: “Declarar inconstitucional, con el efecto establecido en el fundamento jurídico 3 de esta Sentencia, el inciso ‘el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial’ del art. 763.1, párrafo primero, de la *Ley 1/2000, de 7 de enero (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)*, de enjuiciamiento civil. Declarar igualmente inconstitucional, con idéntico efecto, el inciso ‘la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida’ del art. 763.1, párrafo tercero, de la misma Ley.”

párrafos 1º y 2º del apartado concerniente a la obtención de la autorización del juez, bajo las siguientes consideraciones: “La aplicación de la citada doctrina al presente caso nos lleva a declarar la inconstitucionalidad de aquellos incisos de los párrafos primero y segundo del art. 763.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , que posibilitan la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, pues, en tanto que constitutiva de una privación de libertad, esta medida sólo puede regularse mediante Ley orgánica (...) Tal es el caso del primer inciso del párrafo primero del señalado art. 763.1 LECiv, según el cual ‘el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial’, así como del primer inciso del párrafo segundo del mismo artículo que establece ‘la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida’ (...) Estamos, por consiguiente, en presencia de una vulneración de la Constitución que sólo el legislador puede remediar; razón por la que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante Ley orgánica”.

Con esta decisión el TC deja en manos del legislador la regulación del internamiento no voluntario de pacientes con trastorno mental –cuyo tratamiento no aplique como medida de seguridad– para que sea regulado a través de una ley orgánica, pero teniendo en cuenta que la inconstitucionalidad tal y como lo estima el Tribunal no deviene de controversia sobre el contenido material de la disposición, lo cual podría hacer suponer, en un principio, que esta decisión excluye del ordenamiento jurídico los internamientos involuntarios hasta tanto el legislador no subsane mediante ley orgánica el defecto legislativo del que hace mención el alto Tribunal; sin embargo, este organismo aclaró que, aunque se declarará la inconstitucionalidad del precepto, esta no

era razón suficiente para anularlo⁷⁹² ⁷⁹³, ya que en ningún momento en la sentencia se discutió el contenido material de la disposición legislativa, sino simplemente el trámite de esta; por lo tanto, excluir de la ley el precepto crearía un vacío jurídico frente al internamiento involuntario⁷⁹⁴, dejando desprotegido al paciente y a la sociedad⁷⁹⁵.

⁷⁹² Al respecto se dice expresamente en la STC 02-12-2010 (RTC 132) lo siguiente: “A esta declaración de inconstitucionalidad no debe anudarse en este caso la declaración de nulidad pues esta última crearía un vacío en el Ordenamiento jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material. Por otra parte, como recordamos en la antes aludida *Sentencia del día de hoy en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4511-1999 (RTC 2010, 131)*, (F. 4), la posibilidad de no vincular inconstitucionalidad y nulidad ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia”.

⁷⁹³ Con anterioridad, en diversas sentencias el TC ya había argumentado que no siempre es necesaria la vinculación de la inconstitucionalidad con la nulidad, como por ejemplo, entre otras sentencias, STC 13-02-1981 (RTC 5); 05-08-1983 (RTC 76); 19-06-2003 (RTC 124); 02-12-2010 (RTC 131). De acuerdo con BELTRÁN AGUIRRE, RAD 2 (2011), 2 en el caso del art. 763.1 de la LEC “el TC considera plausible mantener la vigencia de la norma declarada inconstitucional por tiempo indeterminado y a expensas de la voluntad de legislador para sustituirla. Estas razones sirven al TC para, en este caso, no declarar también la nulidad de los incisos del artículo 763.1 LEC, ya que, de hacerlo, crearía un vacío en el ordenamiento jurídico no deseable, resultando los primeros perjudicados los propios pacientes sometidos a internamientos forzosos, lo que, a su vez, le empuja a instar al legislador a que proceda con la mayor rapidez posible a regular el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica. En atención a estos pronunciamientos del TC, parece lo más oportuno que sea el Gobierno de la Nación quien, a través del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, elabore y eleve a las Cortes Generales un proyecto de ley orgánica regulando las intervenciones coercitivas sobre personas que, por padecer una enfermedad mental, necesiten ser internadas para un tratamiento psiquiátrico adecuado privándoles, en consecuencia, de su libertad personal”.

⁷⁹⁴ Como respaldo al argumento del TC respecto de la declaración de inconstitucionalidad, pero no de nulidad del precepto legislativo, la Fiscalía del Tribunal Supremo, se pronuncia mediante comunicado del 25-01-2011 interpretando que la declaratoria de inconstitucionalidad sólo fue frente al tipo de norma legislativa que debe regular el internamiento involuntario y no frente al contenido material de los preceptos estipulados en el artículo 763.1 párrafos uno y dos: “La declaración de

inconstitucionalidad (*diferida*) no lleva aparejada, en el presente caso, la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, pues está continuará desplegando sus efectos mientras el legislador no proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica. Lo contrario generaría una situación de *facto* contraria a las propias exigencias de protección que dimanen del art.49 CE. Como consecuencia de lo anterior, la declaración de inconstitucionalidad no impide que el artículo 763 LEC pueda continuar aplicándose y siga ofreciendo la adecuada normativa a los internamientos psiquiátrico no voluntarios, de tal modo, que éstos sigan estando sometidos al sistema de control judicial, bien con carácter previo, en casos de urgencia, a *posteriori*”.

⁷⁹⁵ Sobre este asunto se ha pronunciado el coordinador del foro Andaluz de Bienestar Mental, Fernando Santos Urbaneja, quien propone: “Es obligado, por tanto, subsanar el defecto denunciado por el Tribunal Constitucional. Así las cosas, caben dos opciones: a) Subsanar el defecto formal sin tocar el contenido del precepto b) Aprovechar para introducir modificaciones. Mi opinión es que sería conveniente hacer dos cosas: Una: Llevar la regulación del internamiento involuntario a la Ley de Autonomía del Paciente. (Ley 41/2002 de 14 de Noviembre). Creo que este es su espacio natural pues el internamiento es una medida sanitaria a la que le es aplicable todo el contenido de la Ley de Autonomía del Paciente (derecho a la información, derecho a disentir y sus excepciones, consentimiento por representación, etc.) Dos: Extender la regulación a las actuaciones previas al internamiento, sobre todo a las actuaciones de los profesionales de los ámbitos socio sanitarios, dejando claro a quien corresponde hacer la indicación de internamiento y la materialización del mismo (intervención en domicilio y traslado a Centro Sanitario). Hasta ahora el Art. 763-1 de la LEC sólo regulaba las garantías judiciales, mientras que los aspectos materiales de intervención y traslado han quedado relegados a ‘protocolos de actuación’ no siempre cumplidos y que, a la postre, han dado lugar a innumerables disfunciones y crisis de desamparo”

(Consultado en

<http://es.scribd.com/doc/47245267/INCONSTITUCIONALIDAD-DEL-ART-763-1-LEC-24-08-11>). Sobre este asunto también ha expuesto recientemente MERINO GÓMEZ, *Der.Sad* 2 (2011) 169 que “como consecuencia de la inconstitucionalidad de los preceptos incluidos en la LEC deben regularse de forma integral los internamientos no voluntarios de pacientes, indicando con claridad bajo qué supuestos debe ordenarse el internamiento de un paciente, cuáles son las garantías durante el procedimiento jurisdiccional y durante el tratamiento, bien de oficio o a instancia del paciente o de las personas que instaron la autorización judicial, cuando su criterio no coincida con el del facultativo responsable de la atención al paciente”.

Por lo anterior, el internamiento involuntario en España aún continúa vigente y hasta tanto este no sea reglamentado a través de ley orgánica, tal y como lo dispuso el TC, se seguirá aplicando en su totalidad el art. 763 de la LEC; sin embargo, hay que tener en cuenta, tal y como lo propone DÍEZ FERNÁNDEZ que el internamiento involuntario comprendido como una actuación que se encuentra dirigida a mejorar el trastorno psíquico del paciente, no puede menoscabar la información que se le debe suministrar a este en cualquier intervención terapéutica, por el contrario, la indefensión generada por la involuntariedad debe hacer procurar un mayor esfuerzo por parte del facultativo para suministrarla⁷⁹⁶, pero además particularmente considero, que el médico debe intentar que el internado pueda llegar a consentir en algún momento el tratamiento que se le sugiere.

Como se ha podido observar hasta el momento, el consentimiento informado es un derecho que tiene el paciente con trastorno psíquico y que es regulador de la relación médico-paciente. El solo diagnóstico de la patología psiquiátrica no es criterio suficiente, ni mucho menos válido, para considerar que el sujeto es incapaz de tomar decisiones y consentir cuál es el tratamiento que debe manejarse para tratar su enfermedad, previa información clínica por parte del médico sobre los beneficios y riesgos del mismo. El médico no puede olvidar que el protagonista del consentimiento informado es el paciente y este debe intervenir en la medida de lo posible, de una manera activa y decisoria durante el tiempo que perdure el tratamiento; por lo tanto, sólo de manera excepcional y en los casos expuestos con anterioridad se podrá acudir a terceros para que emitan el consentimiento en nombre del paciente, pero una vez este se haya estabilizado y se compruebe que ha recuperado la capacidad para tomar decisiones sobre su tratamiento, tendrá toda la libertad de elección para decidir si continúa o no con el tratamiento admitido por terceros, teniendo en cuenta que ha de recibir

⁷⁹⁶ DÍEZ FERNÁNDEZ, *Cuad.Psiq.* 2 (2001), 98.

previamente la información acerca no sólo del tratamiento aplicado en ese momento, sino también, sobre las alternativas existentes si las hubiere, y los riesgos y beneficios que pueden ofrecer. En caso de que el paciente rechace el tratamiento que se le viene aplicando, el médico tendrá la obligación de explicarle las consecuencias que le podría acarrear la suspensión del mismo, pero sin coaccionarlo a su continuidad. Por otra parte, el especialista tendrá que asegurarse de que el paciente es capaz de consentir y, por lo tanto, tendrá que valorar la cuestión mediante las evaluaciones que son reconocidas y aplicadas en el ámbito psiquiátrico para medir la capacidad del sujeto, pues el consentimiento sólo será válido en la medida que el paciente –o eventualmente terceros– haya logrado comprender la información que le ha sido suministrada, para seleccionar de manera libre y sin coacciones el procedimiento.

Por lo anterior, todos los tratamientos psiquiátricos requieren de la emisión del consentimiento informado expreso o tácito, en este último caso refiriéndome a las terapias psicoanalíticas; sin embargo, excepcionalmente no se exigirá consentimiento cuando se presenta alguno de los presupuestos previstos en el art. 9.2. de la Ley 41/2002⁷⁹⁷.

⁷⁹⁷ “Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas. b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.”

Por otra parte, se sugiere que el consentimiento en la actividad psiquiátrica debe emitirse preferiblemente por escrito⁷⁹⁸, pero debe aclararse que cuando se hace uso de los formularios que son diseñados en los protocolos clínicos o por la doctrina, para que estos tengan validez, deberán ajustarse plenamente a las circunstancias específicas de cada caso en concreto.

b2.4) Consideraciones particulares sobre el contenido de la *lex artis* en la actividad psiquiátrica.

Para finalizar con este tema, a continuación se va a realizar una serie de consideraciones particulares sobre cuál debe ser realmente el contenido de la *lex artis* en la actividad psiquiátrica.

Lo primero que hay que decir es que en esta especialidad la *lex artis* tendrá el mismo significado que en cualquier otra especialidad clínica, es decir, que debe entenderse como la aplicación de reglas técnico-médicas a casos similares; se trata de que en la actuación conforme al cuidado debido se utilicen las normas, reglas técnicas, guías clínicas y protocolos clínicos propios de los procedimientos que se utilizan en la ciencia médica, en este caso en particular en la actividad psiquiátrica.

⁷⁹⁸ Si bien es cierto, en la actividad médica general, como se dijo antes, es indistinto si el consentimiento se preste de forma escrita o verbal, cuando se trata de pacientes con trastorno mental considero, como también se ha visto, que es preferible que este adopte la forma escrita y una copia de este documento sea entregada al paciente, de tal manera que aquel sepa desde el principio que forma parte activa del proceso de recuperación y además este documento le sirva de soporte a él y a sus familiares cuando se presente una pérdida transitoria de lucidez. Tal y como se establece en la Guía de seguridad en la atención a personas con trastornos mentales de Castilla y León, 2009, 31: “La comunicación entre los profesionales sanitarios y los pacientes es fundamental. Lograr la cooperación, la colaboración, la discusión y el acuerdo con respecto a todo lo que concierne a su tratamiento, son aspectos que implican de manera activa al paciente en su cumplimiento y permiten superar el mero ‘cumplimiento’ y lograr la adhesión”.

Lo visto hasta el momento me permite considerar que en España durante los últimos años se vienen haciendo esfuerzos importantes orientados a la elaboración de guías y protocolos clínicos que regulan la actividad psiquiátrica. Hay que destacar que todos estos documentos se vienen articulando con los parámetros establecidos por el SNS para la elaboración de diseños de guías y protocolos clínicos, teniendo en cuenta además que estos vienen reglamentando los procedimientos para las patologías psiquiátricas establecidas en el DSM-IV-TR; sin embargo, no se puede desconocer que en España aún existen procedimientos para enfermedades descritas en el DSM que no han sido definidas a través de guías, ni protocolos clínicos; por lo tanto, en esos casos lo recomendable será acudir a las bases de datos especializadas que a nivel mundial contengan las guías y los protocolos de tratamiento clínico para una enfermedad de trastorno mental específica⁷⁹⁹, teniendo en cuenta –tal y como se planteó en el primer capítulo– que, si existen dos métodos, uno proveniente de la comunidad científica mayoritaria y otro propuesto por un grupo menor, en principio el método seleccionado debe ser el sugerido por las mayorías, siempre y cuando se establezca que el elegido resulta ser el tratamiento más efectivo y que mayor ventaja reporta frente a los procedimientos recomendados por las minorías, salvo que se compruebe la ineficacia de los procedimientos establecidos por las mayorías; entonces, aunque se desconozca la efectividad de las técnicas minoritarias, el médico puede seleccionar estas últimas. Sin embargo, en cualquier caso las guías y protocolos clínicos deberán aplicarse atendiendo las características específicas del

⁷⁹⁹ A modo de ejemplo, se puede citar algunas de las más consultadas: <http://www.guidelines.gov>; <http://www.nice.org.uk/>; <http://ebmh.bmjournals.com>; <http://www.rcpsych.ac.uk/>; <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed>; <http://www.tripdatabase.com/>; <http://www.fisterra.com/>; <http://www.eguidelines.co.uk/>; <http://www.evidence.nhs.uk/>; <http://prodigy.clarity.co.uk/home>; <http://www.cma.ca/>; <http://www.sig.n.ac.uk/>; <http://www.nzgg.org.nz/>; <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/>

paciente con trastorno mental y las circunstancias particulares en las que se lleva a cabo la actuación del profesional de la salud.

Por lo anterior, podríamos decir que, en la actividad psiquiátrica en España, las reglas técnicas que conforman la *lex artis* están constituidas por el DSM –en la parte que este describe los procedimientos que se deben seguir para establecer el diagnóstico de una patología psiquiátrica–, las guías y protocolos clínicos diseñados por las comunidades científicas hospitalarias en las Comunidades Autónomas y por la comunidad internacional, que han establecido los procedimientos clínicos y definido las actuaciones médicas que deben adelantarse para tratar las enfermedades de trastorno mental.

No obstante lo dicho, no se puede dejar de reconocer los inconvenientes de la codificación de la actividad psiquiátrica, pues tal y como advierte VILLACAMPA ESTIARTE refiriéndose a la actividad médica en general, la reglamentación de esta trae como problema la caducidad de los conocimientos médicos, sobre todo por la continua y acelerada evolución de la actividad sanitaria⁸⁰⁰; sin embargo, para matizar este conflicto serán las propias comunidades científicas las encargadas de actualizar las guías y protocolos clínicos, haciendo permanente control sobre los nuevos cambios que deban aplicarse. Las guías y protocolos clínicos diseñados para la actividad psiquiátrica no son ajenos a una crítica similar, pero en el caso español esta situación ya ha sido prevista, al menos en lo que tiene que ver con las GPC, a través del

⁸⁰⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2003, 107, dice que “característica de la ciencia médica es la rápida caducidad de los conocimientos y de las técnicas aplicables. Tal especialidad a diferencia de otros ámbitos, la hace quizá inhábil para que el sistema de positivación se instrumente a través de normas jurídicas con rango formal de ley o incluso de reglamento; no obstante, no es óbice para que sean, como de hecho lo vienen siendo en los últimos decenios, las propias asociaciones científicas las que escriben las reglas de comportamiento, como eventual control administrativo”.

Manual Metodológico de Actualización de Guías de Práctica Clínica del SNS⁸⁰¹; con este programa se pretende una revisión permanente de las GPC, las cuales pueden caducar entre los tres y cinco años contados a partir de su publicación y, por lo tanto, cada seis meses se realiza una revisión de las guías incluidas en el catálogo para identificar aquellas que se encuentren próximas a caducar⁸⁰² y actualizarlas en función a la nueva evidencia disponible.

En todo caso, la codificación escrita de reglas técnicas, especialmente en la actividad psiquiátrica donde apenas se viene elaborando por escrito los procedimientos, pese a los inconvenientes que pueda arrojar, no es imposible, ni mucho menos contraproducente; por el contrario, evita la arbitrariedad de juicios individuales sobre la base de usos generalizados indemostrables, pero sin que el establecimiento de reglas técnicas por escrito se entienda como reglas absolutas e inamovibles, sino más bien sujetas a una permanente revisión y actualización⁸⁰³.

⁸⁰¹ El Ministerio de Sanidad y Política Social, *Actualización de guías*, 2009, 7, justifica la elaboración de este manual con los siguientes argumentos: “Tras el desarrollo del Manual Metodológico para la Elaboración (sic) de GPC, resulta necesario continuar dotando a nuestro Sistema Nacional de Salud de instrumentos metodológicos rigurosos y transparentes que aborden los diferentes momentos de la vida de una GPC/El hecho de desarrollar en el SNS nos enfrenta ante el reto, y el compromiso, de mantenerlas vigentes y actualizadas para garantizar su calidad procurando reducir, en lo posible, el desfase entre la aparición de nuevos conocimientos o tecnologías y su traslación a la práctica clínica diaria”.

⁸⁰² Consulta 17-10-2011. <http://portal.guiasalud.es/web/guest/actualizacion-catalogo-gpc>.

⁸⁰³ HAVA GARCÍA, *Imprudencia médica*, 2001, 57, ha señalado que “la *lex artis* médica se revela como un concepto eminentemente dinámico, en el sentido de que está sometido a un constante proceso de evolución y cambio. Y ello porque la afirmación de que prácticamente ninguna de las ciencias puede aspirar ya al estatuto de cierta o verdadera, sino sólo al más humilde de verificable (lo que obliga a que sus conclusiones hayan de estar sometidas a continua revisión) adquiere pleno sentido la medicina, ámbito en el que el cambio se produce tan rápidamente que, según GRACIA GUILLÉN, en algunas especialidades la vida media de los conocimientos no supera los siete años”.

De todas maneras, habrá que tener en cuenta que las GPC y los protocolos clínicos sólo pueden servir como recomendaciones para que los profesionales de la salud orienten los procedimientos clínicos, pero no llegan a alcanzar rango legal o reglamentario⁸⁰⁴; por lo tanto, razón le asiste a RODRÍGUEZ VÁZQUEZ cuando advierte que los protocolos o guías clínicas, en cuanto reglas fijadas por escrito, contribuyen para que la labor del operador jurídico sea más fácil al momento de identificar el estándar médico admitido en diversas situaciones, pero eso no implica que puedan operar como verdad absoluta y que su infracción derive *per se* en una responsabilidad médica por imprudencia, por lo que, “hay que mostrarse siempre cautelosos ante este tipo de documentos, y más en el ámbito de la actividad que estamos analizando. Los protocolos clínicos deberán ser siempre objeto de revisión y minucioso análisis en relación con la determinación del deber objetivo de cuidado, ya que, en la medicina, los vertiginosos avances científico-tecnológicos pueden convertirlos rápidamente en obsoletos y, por tanto, carentes de toda validez jurídica, además, no se debe olvidar que los protocolos son elaborados para supuestos hipotéticos, con vocación de generalidad y que en la determinación del deber de cuidado habrá que atender las circunstancias del caso concreto”⁸⁰⁵. Por lo tanto, tal y como se ha venido insistiendo, el facultativo orientará los procedimientos y tratamientos clínicos empleando como presupuesto de la actividad las GPC y los protocolos clínicos que se hayan diseñado por las comunidades científicas para tratar cada uno de los trastornos mentales; sin embargo, siempre habrá que atender las circunstancias particulares de cada paciente en concreto.

⁸⁰⁴ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 257 (en prensa); este autor, en: ADHORER BIOSCA/DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (dirs.), *Avances de la medicina*, 2008, 447 ss.

⁸⁰⁵ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 259 (en prensa).

Por lo anterior, estos documentos, como parte de la *lex artis*, proporcionan un carácter indiciario de la infracción del deber objetivo de cuidado, así lo establece con carácter general (no referido a la actividad médica psiquiátrica) la doctrina mayoritaria⁸⁰⁶, habiendo de

⁸⁰⁶ V. entre otros, WELZEL, *Nuevo sistema*, 1964, 116, quien explica: “Las reglas generales y los principios de experiencia son sólo válidos, por ello, para la gran masa de casos similares o ‘típicos’. Siempre cabe la duda, sin embargo, de si concurre o no uno de éstos. El hecho de que una acción (que causa un daño) infrinja un principio de experiencia o una *lex artis* es por ello, sólo un *indicio*, pero no una prueba de la falta de observancia del cuidado debido. Por esta razón, también, la infracción de medidas policíacas de seguridad, en las cuales se ha decantado la experiencia sobre los peligros y la prevención de ellos, es sólo un ‘indicio para la prueba’ de una falta de observancia del cuidado debido, en el sentido de los delitos culposos”. Asimismo, ROMEO CASABONA, *La actividad curativa*, 1981, 235, afirma: “En resumen, la existencia de un fallo técnico no tiene otro valor que el de constituir un *indicio* (siempre que se acompañe de un resultado perjudicial para el paciente), que nos lleva a la comprobación subsiguiente de si se produjo la infracción del cuidado objetivamente debido. Por tanto, no siempre será posible afirmar la responsabilidad penal”. Comparte estos argumentos Agustín JORGE BARREIRO, *Actividad médico-quirúrgica*, 1990, 45, quien señala que “el fallo técnico o fallo en el tratamiento médico es una cuestión de hecho –previa a su calificación jurídico-penal–, que no presupone una valoración jurídica, sino técnico-científico. Sin embargo, conviene tener presente el valor indiciario que, a los efectos de la posible valoración de la infracción del deber de cuidado del médico, posee la falta o contravención de la *lex artis*”. Igualmente, GALÁN CORTÉS/HINOJAL FONSECA, *RGD 622-623 (1996)*, 8181, opinan que “los protocolos médicos no vinculan inequívocamente al Juez, pero constituirán una referencia trascendental y obligada a la hora de enjuiciar la actuación de los médicos en cada ocasión”. También sigue una línea similar FELJOO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes*, 1999, 221 (refiriéndose a la actividad médico-quirúrgica, pero que con razonamientos que pueden aplicarse también a la actividad psiquiátrica), quien advierte que “existen actividades peligrosas permitidas por su necesidad que carecen de normas jurídicas de regulación. El ejemplo más característico es el de la actividad médico-quirúrgica. En este caso el ordenamiento jurídico no establece normas de actuación porque sería imposible mantener las normas al día teniendo en cuenta la rapidez de los avances científicos, quedando cualquier norma rápidamente obsoleta y porque resulta imposible condensar conocimientos como los de la ciencia médica en normas jurídicas (habría que publicar una enciclopedia médica que, además, nunca podría contemplar todos los supuestos). Es decir, se trata de ámbitos sociales donde

otorgar a las GPC y a los protocolos un condición orientativa tanto para el facultativo, como para el juez. En el primer caso, tienen la potestad de servir de criterio guía para que el médico medio ideal, en este evento el psiquiatra o médico de familia, según el caso, pueda actuar conforme lo haría otro profesional diligente estando en la misma posición. En el segundo evento, instruirán al operador jurídico a la hora de determinar si el médico que desarrolla la actividad psiquiátrica se ha comportado conforme lo haría un facultativo medio ideal. Por lo tanto, las GPC y los protocolos clínicos diseñados para definir los procedimientos y tratamientos de las patologías del trastorno mental forman parte de la *lex artis* y actúan como criterio orientador de la actividad psiquiátrica, tanto para los profesionales especialistas en Psiquiatría, como para los

no es posible determinar legalmente un estándar debido a la multitud de circunstancias que pueden determinar lo correcto en cada caso concreto o debido a que se encuentran en continuo desarrollo científico. Por esta razón el ordenamiento jurídico no tiene más remedio que confiar en el estándar técnico o en la ‘opinión mayoritaria’ de los especialistas del ramo. Es decir, las medidas de cuidado, precaución o seguridad que la mayoría de especialistas de ese círculo del tráfico aceptan como válidas y utilizan para controlar los riesgos propios de la profesión o los riesgos inherentes a determinadas conductas operan también como indicio para determinar el deber de cuidado en determinados ámbitos profesionales”. CORCOY BIDASOLO, *Delito imprudente*, 2ª, 2005, 87, ha señalado que “la lesión de una de estas reglas no tiene repercusión inmediata en la infracción de la norma de cuidado, sino únicamente mediata. Su función en relación con la infracción de la norma de cuidado se deriva de que permiten concretar el deber objetivo de cuidado concurrente en el caso concreto, lo que a su vez permitirá averiguar si se ha infringido la norma de cuidado”. De igual manera, DE VICENTE REMESAL/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *LH- N. Barbero*, 2007, 150, han dicho: “La propia doctrina penal otorga un papel relevante a los protocolos médicos, considerando que al ser normas fijadas por escrito facilitan la labor del juzgador en la identificación del estándar médico admitido en determinadas situaciones. Proporcionan una mayor seguridad jurídica y otorgan un plus indiciario a la *lex artis* en ellos fijada, de forma que su cumplimiento constituye una presunción *iuris tantum* de la observancia del cuidado debido, en definitiva, de la prudencia exigida” (igualmente en un trabajo posterior, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ en: ADHORER BIOSCA/DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (dirs.), *Avances de la medicina*, 2008, 440 s.).

médicos de familia, según corresponda la actividad que deban desempeñar en la atención del paciente con trastorno psíquico.

Hasta el momento, sólo se ha hecho referencia a que las guías de práctica clínica y los protocolos clínicos forman parte del conjunto de normas técnicas de la *lex artis* en Psiquiatría, pues son ellos los que definen los procedimientos y tratamientos clínicos de la actividad psiquiátrica; sin embargo, en temas anteriores se hizo alusión a la cuestión de si ha de atenderse también a la información y el consentimiento informado, dado que la doctrina mayoritaria especialista en Psiquiatría incluye estas normas deontológicas como parte de la *lex artis*.

Esta temática fue abordada atendiendo la clasificación de la información, especialmente en lo que tiene que ver con la información clínica y la información terapéutica. En el primer caso, se dijo que es aquella que tiene que ver con la información que se le suministra al paciente sobre el diagnóstico, pronóstico, alternativas de tratamiento, riesgos de la enfermedad y efectos secundarios, en síntesis, se trata de la información que actúa como presupuesto del consentimiento informado; en palabras de RODRÍGUEZ VÁZQUEZ: “Para que el paciente pueda ejercer el derecho a elegir tiene que conocer cuál es su situación clínica, alternativas de tratamiento, si las hay, pronóstico de la dolencia según la opción escogida, incluyendo también la de no someterse a tratamiento alguno, riesgos, efectos secundarios, secuelas, etc.; correlativamente, el médico está obligado, o lo que es lo mismo, tiene el deber de informar, de proporcionar a su paciente toda la información clínica disponible y permitirle realizar una ponderación de intereses, subjetiva, para llegar a una decisión libre final. Así pues, la información clínica se convierte en la antesala o presupuesto del consentimiento del paciente”⁸⁰⁷. Se trata entonces de una información

⁸⁰⁷ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 212 s. (en prensa).

de carácter descriptivo, que va a permitir al paciente emitir su consentimiento, de ahí que se utilice el término consentimiento informado, cuyo propósito será servir de modelo de la relación clínica que surge entre el paciente y el facultativo como resultado de la introducción de la idea de autonomía psicológica, la cual exige por lo menos tres condiciones: “actuar voluntariamente, tener información suficiente para poder decidir y tener capacidad de decisión”⁸⁰⁸.

En la actividad psiquiátrica la figura del consentimiento informado es de obligatorio cumplimiento para que el facultativo pueda intervenir al paciente a través de cualquier tratamiento, salvo las excepciones ya mencionadas. Así, el consentimiento informado es un derecho del paciente con trastorno mental, no obstante, su omisión o incorrecta emisión sólo va a alterar la confianza entre el médico y el paciente, pero no afecta la técnica del tratamiento o procedimiento médico, esto significa, por lo tanto, que el consentimiento informado no hace parte de la *lex artis*; es decir, que, a diferencia de lo que sucedía con la infracción de las GPC y de protocolos clínicos, cuya infracción constituye un indicio de mala *praxis*, la falta de consentimiento informado o un vicio en el consentimiento no es más que una falta administrativa, pero no se puede considerar como una falta a *lex artis* médica. Así pues, ni la información clínica, ni el consentimiento informado pese a lo que considera la doctrina mayoritaria, en Psiquiatría van a formar parte del conjunto de recomendaciones que conforman la *lex artis*; por lo tanto, la omisión de información clínica y del posterior consentimiento no vulneran la *lex artis*⁸⁰⁹.

⁸⁰⁸ SIMÓN LORDA, *AEN* 102 (2008), 327.

⁸⁰⁹ En diferentes sentencias de la especialidad médica en general, existen pronunciamientos que conciben el consentimiento informado como un procedimiento administrativo, cuya omisión o vicio no puede considerarse como una falta a la *lex artis*. Así por ejemplo puede verse, SAP La Rioja 26-05-2005 (JUR 1339592): “invoca como argumento el recurrente la existencia de una resolución dictada por el Secretario General Técnico de la Consejería de Salud, de 16 de febrero de 2004, en la que se declara probado que no se informó al paciente de las complicaciones que la realización

de una nefrectomía llevaban para su salud. Examinada la referida resolución administrativa, no puede aceptarse el argumento que expone el recurrente, ya que efectivamente existió un consentimiento informado, si bien en la actuación administrativa se pone de manifiesto que no se informó sobre los posibles daños que pudiera producir en el bazo.”; SAP Madrid 25-04-2006 (ARP 392): “En cuanto a la alegación de que la paciente prestó consentimiento informado de esta última intervención, debemos decir que aunque la juzgadora de instancia argumenta que la paciente aunque reconoció que era su firma, no recordaba haber firmado ningún consentimiento, éste se presentó en simple fotocopia, debemos decir, a este respecto que las lesiones y secuelas ocurridas van mucho más allá de lo que se menciona en el mismo, y consiguientemente si partimos de la base de que el tratamiento era inadecuado, el mencionado consentimiento no tiene relevancia alguna, puesto que lo presta una persona sin conocimientos en medicina, que no tiene capacidad para valorar si la operación ofrecida es la adecuada a sus problemas o si los riesgos a los que se expone son superiores al problema que se trataba de solucionar. Es claro que toda intervención quirúrgica conlleva un riesgo, pero las lesiones descritas por los médicos forenses consecuencia de la misma, no es posible que pudieran ser conocidas y entendidas por la paciente cuando firmó dicho consentimiento, en el caso de que lo firmara, extremo éste que no ha quedado acreditado”; SAP Madrid 29-09-2008 (JUR 107605): “en lo que respecta a la cuestión relativa al consentimiento informado , tiene razón la parte recurrente cuando alega que el escrito que se le entregó a la firma a la paciente resulta excesivamente genérico y con una evidente falta de personalización, puesto que no se refiere al supuesto específico de una intervención para corregir una hipermetropía y tampoco se le informó sobre el nivel de riesgo singular que presenta su intervención, ya que ni se hacía referencia al grado de hipermetropía ni a la complicación que entrañaba la córnea guttata y la edad de la enferma. Ahora bien, las deficiencias del consentimiento informado carecen de relevancia en este caso, habida cuenta que en modo alguno podrían operar como factores determinantes para convertir en punible la conducta del acusado al no darse los requisitos del delito imprudente”; SAP Madrid 04-12-2008 (JUR 72101) “el contenido y extensión del consentimiento informado por parte de la paciente, carecen de trascendencia en el orden penal en el que, incluso, si no se hubiera firmado consentimiento alguno, sería totalmente indiferente, puesto que lo único valorable a los efectos de determinar la existencia de responsabilidad criminal es la constatación de una mala praxis, un comportamiento negligente, causante del fallecimiento o las lesiones de una persona”; SAP Madrid 27-09-2010 (ARP 63): “(...)Por el contrario y para la valoración de la presunta responsabilidad penal de los médicos intervinientes en la asistencia al menor fallecido, lo que obra en el presente procedimiento son dos informes periciales, el del Médico Forense D. José y el del Perito especialista en Pediatría Dr. Landelino, que no

Ahora, en lo que tiene que ver con la información terapéutica, la situación va a ser diferente, pues esta se entiende como el conjunto de recomendaciones que debe adoptar un paciente y que deben ser informadas previamente por el médico, quien además debe indicar las contraindicaciones que puede generar el procedimiento al que va a someterse el paciente; todo ello, con el objetivo de obtener una mayor eficacia en el tratamiento, pues parte de este debe contar con la colaboración del paciente y en ocasiones de sus familiares o allegados – sobre todo en la actividad psiquiátrica–. En síntesis, la información terapéutica no es más que información técnica que debe ser comunicada obligatoriamente al paciente y cuando sea necesario a terceros cercanos a este para que se adopten las medidas pertinentes para que el tratamiento surta los efectos deseados; tal y como vimos ya anteriormente, en los tratamientos psiquiátricos el médico debe informar sobre los posibles efectos secundarios que se pueden derivar de éstos –sobre todo en tratamientos con medicamentos– , medidas de prevención y cuidado –máxime cuando se trata de pacientes con trastorno mental grave– para que el tratamiento avance favorablemente, e igualmente, sobre las consecuencias de no asumir el tratamiento o de interrumpirlo.

aprecian infracción alguna de la *lex artis* en la conducta de los referidos facultativos, señalando éste último únicamente que si bien en la historia clínica se refleja que se puso en conocimiento de los padres del menor que se le iba a practicar la intervención quirúrgica de las hernias inguinales que padecía no hay un consentimiento informado por escrito y firmado por los padres. La falta de ese documento puede suponer una infracción administrativa por incumplimiento de lo previsto en la *Ley 41/2002 (RCL 2002, 2650)*, de 14 de noviembre , básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, pero en modo alguno convertir en típica una conducta si no se aprecian indicios de la concurrencia de los elementos típicos del delito de homicidio por imprudencia, procediendo por ello la desestimación del recurso y la íntegra confirmación de la resolución recurrida”.

Lo anterior implica que la información terapéutica tiene una especial relevancia en el marco del tratamiento médico, y su omisión o el suministro inadecuado de la misma podría traer consigo resultados lesivos para la vida o la salud del paciente⁸¹⁰; por lo tanto, la información terapéutica permite alcanzar una práctica clínica integral, ya que forma parte del tratamiento como tal, pues puede afectar el éxito de la terapia; además opera como exigencia derivada de las reglas técnicas del arte médico, pasando a formar parte del conjunto de presupuestos que conforman la *lex artis*.

El análisis realizado nos permite concluir que en la actividad psiquiátrica la *lex artis* se conforma por las GPC, los protocolos clínicos y la información terapéutica que componen los presupuestos técnicos de los tratamientos y procedimientos psiquiátricos, toda vez que estos coinciden con el concepto que sobre *lex artis* se brindó al inicio de este trabajo, entendida esta como la aplicación de las reglas técnico-médicas a casos similares; es decir, se trata de la actuación conforme al cuidado debido, utilizando las normas, reglas técnicas y protocolos propios de los procedimientos que se utilizan en la ciencia médica y en este caso en la actividad psiquiátrica. Sin embargo, también hay que aclarar que la infracción a la *lex artis* no deriva inmediatamente en una imprudencia médica, sino que sólo sirve de indicio para determinar una falta del deber objetivo de cuidado, pues, se insiste, las normas sobre *lex artis* deben complementarse –sobre todo en la actividad psiquiátrica– con las circunstancias específicas que rodean el caso y los rasgos particulares del trastorno mental que padece el paciente en particular.

⁸¹⁰ BLANCO CORDERO, en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Aspectos médicos*, 2008, 36, ha dicho que uno de los objetivos de la información terapéutica es que busca obtener del paciente la máxima colaboración para lograr no sólo el éxito curativo del tratamiento, sino también preservar al paciente de posibles efectos lesivos que se puedan derivar de la aplicación del procedimiento.

3. Situaciones de riesgos lesivos para el paciente con trastorno mental: Suicidio, fuga y errores diagnósticos

La complejidad del trastorno mental, los efectos secundarios de los tratamientos y la falta de vigilancia del paciente con conductas agresivas pueden generar situaciones de riesgo lesivo para la vida o la salud del paciente; por lo tanto, el médico responsable del tratamiento y en ocasiones el personal auxiliar que forma parte del equipo de trabajo asumen una doble obligación respecto del cuidado del paciente: por un lado, de prevenir, controlar y evitar comportamientos anormales que puedan desatar conductas agresivas en el paciente que atenten contra su salud, pero, por otro lado, protegerlo para que no sea víctima de peligros externos⁸¹¹. En lo que sigue se pretende realizar un análisis sobre algunos riesgos a los que se encuentran expuestos los pacientes con trastorno mental y que, en caso producir algún resultado lesivo, pueden llegar a comprometer la responsabilidad penal por imprudencia del especialista o eventualmente del personal auxiliar encargado de la atención y cuidado del paciente.

A) Suicidio

El suicidio no es una enfermedad, pero por lo general se concibe como un factor de riesgo asociado al trastorno mental. No obstante, es preciso aclarar desde ya que no siempre el suicidio se produce como consecuencia de alteraciones psíquicas⁸¹², sin embargo, todos los tipos de trastorno mental guardan relación con el suicidio, aunque puede ser más frecuente en algunas patologías psiquiátricas que en otras.

⁸¹¹ CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad médica y Psiquiatría*, 2ª, 1998, 205.

⁸¹² CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad médica y Psiquiatría*, 2ª, 1998, 180.

El suicidio es considerado como una de las causas de mortalidad más frecuente en el mundo. En el caso de España, según MACIÁ GÓMEZ, es “una de las cuatro primeras causas de mortalidad prematura entre los jóvenes de 10 a 19 años y de 20 a 29; y la quinta entre los de 30 a 39 años. Los suicidios suponen ocho veces más que los fallecidos por homicidio. Las muertes anuales por suicidio se duplicaron entre 1980 y 1990, momento en el que se estabilizaron. La tasa de suicidios por cada 100.000 habitantes era en España: en 1980 de 4.1 y en 1984 de 5.6. Hoy, se contabilizan 6.37 suicidios o tentativas anuales por cada 100.00 habitantes, bajando a 5.13 en las capitales. Las comunidades autónomas con más índice de suicidio son: Soria (15), Tarragona (13), Asturias y Gerona (ambas con 12). Sin embargo, la Rioja, Canarias, Valladolid, Barcelona y Madrid presentan una tasa inferior a los 5 suicidios por cien mil habitantes”⁸¹³. De acuerdo con el último dato oficial publicado por el Instituto Nacional de Estadística el pasado 30 de abril de 2012, se estableció que para el 2010 el suicidio continua siendo la primera causa externa de defunción con un total de 3.145 muertos⁸¹⁴.

La mayoría de pacientes que cometen actos suicidas provienen de sujetos que padecen algún trastorno mental, situación que genera un alto impacto en el profesional de la salud que tiene bajo su cuidado al paciente, esto no sólo por las repercusiones que a nivel emocional puede representar para el médico⁸¹⁵, sino también, por las

⁸¹³ MACIÁ GÓMEZ, *Act.Der.San.* 151 (2008)519.

⁸¹⁴ Consulta 04-05-2012. <http://www.ine.es/prensa/np703.pdf>. En Colombia, el suicidio constituye la tercera causa de muerte violenta, así, en el 2010 se registraron 1.642 suicidios, y en el 2011, la tasa de mortalidad disminuyó levemente por esta causa a 1.625. Consulta 04-05-2012 <http://www.medicinalegal.gov.co/images/stories/root/CRNV/boletinesmensuales/2011/BOLETINDiciembre2011.pdf>.

⁸¹⁵MINGOTE ADÁN/JIMÉNEZ ARRIERO/OSORIO SUÁREZ/PALOMO, *Suicidio*, 2004, 1 s., consideran que: “Toda conducta suicida produce un fuerte impacto personal en los profesionales sanitarios que tratan a estos pacientes, con respuestas emocionales

consecuencias legales que podría tener el suicidio del paciente en caso de haber existido una infracción al deber objetivo de cuidado durante el proceso de tratamiento⁸¹⁶, de hecho se considera que el suicidio de un paciente es la primera causa de reclamación por responsabilidad profesional en el ejercicio de la actividad psiquiátrica⁸¹⁷.

Como se acaba de indicar, el suicidio tiene una fuerte relación con la enfermedad mental⁸¹⁸. El riesgo de suicidio es mayor en las fases tempranas de la enfermedad y en los primeros seis meses después de que se produce un ingreso psiquiátrico. Los trastornos afectivos, como el trastorno depresivo mayor, son los cuadros psiquiátricos que mayor relación tienen con la conducta autolítica. Así, por ejemplo, la depresión mayor aumenta 20 veces el riesgo de suicidio, el trastorno bipolar 15 y la distimia 12; asimismo, se considera que los pacientes con esquizofrenia muestran un riesgo de suicidio 8,5 veces mayor que el resto de la población en general; de igual manera, en los pacientes con trastornos de ansiedad, el riesgo de suicidio aumenta entre 6 y 10 veces, casi el 20% de la de pacientes con un trastorno de angustia o de fobia realizan un intento de autolisis a lo largo de su vida; por otra parte, el empleo de sustancias como el alcohol y las drogas también aumenta el riesgo de suicidio: un 15% de pacientes que sufren de

tales como miedo, culpa, ira, vergüenza y hasta sentimientos de traición. Estos hechos condicionan la práctica profesional a menudo de forma defensiva o negativa, en forma de rechazo a aceptar otros pacientes suicidas o negando el riesgo suicida en sus pacientes por la amenaza narcisista que inducen en uno mismo. En definitiva, los profesionales sanitarios que tratan a estos pacientes experimentan una llamativa ambivalencia emocional hacia ellos, que puede condicionar cierto grado de negligencia perceptiva o instrumental para la seguridad del paciente”.

⁸¹⁶BARCIA SALORIO/ALCÁNTARA LAPAZ en: CARRASCO JIMÉNEZ/DE PAZ CRUZ, *Emergencias médicas*, 2000, 1729.

⁸¹⁷ CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad médica y Psiquiatría*, 2ª, 1998, 181.

⁸¹⁸ V. LÓPEZ GARCÍA/HINOJAL FONSECA/BOBES GARCÍA, *DPCrim.* 3 (1993), 403; FERNÁNDEZ SANDONÍS en: MÉJICA (coord.), *Psiquiatría y Derecho*, 2000, 242; SOLER INSA/GASCÓN BARRACHINA, *Recomendaciones*, 3ª, 2005, 8 ss.; MARTÍNEZ GLATTI, *HC 1* (2010), 37 ss.

alcoholismo se suicidan y aquellos que consumen drogas cuando la dependencia se da frente a varias sustancias el riesgo aumenta hasta 20 veces; igualmente, los pacientes con trastorno de personalidad presentan riesgos de conductas suicidas, más aún porque esta patología se encuentra asociada con otros trastornos como la depresión, abuso de sustancias y rasgos de conductas desesperanzadoras, neuroticismo, agresividad, irritabilidad, impulsividad, hostilidad o ansiedad; por último, también existen otros trastornos psiquiátricos que aumentan el riesgo de autolisis como es el caso del déficit de atención, trastornos de conducta alimentaria y trastorno adaptativos⁸¹⁹. Si bien, como se advirtió al iniciar este tema, la tentativa de autolisis o el suicidio consumado pueden presentarse en cualquier trastorno psiquiátrico, los que se acaban de mencionar presentan una mayor frecuencia de comportamientos suicidas, lo que en últimas va a implicar para el médico la obligación de estar más atento ante este tipo de patologías psiquiátricas⁸²⁰.

Dentro de las clases de suicidio es común diferenciar entre suicidio consumado y la tentativa de suicidio o parasuicidio⁸²¹. En el primer

⁸¹⁹ GINER JIMÉNEZ/PÉREZ SOLÁ en: BOBES GARCÍA/GINER UBAGO/SAIZ RUÍZ (edits.), *Suicidio y Psiquiatría*, 2011, 71 ss.

⁸²⁰ MAURICIO ESPECTOR, *SNPS* 41 (2009), 22, afirma sobre este asunto: “Si bien la conducta suicida puede manifestarse en cualquier trastorno mental y en cualquier momento evolutivo, será menos imprevisible en los trastornos en los que está sobradamente demostrada una mayor frecuencia (trastorno bipolar, trastorno depresivo mayor con síntomas psicóticos, trastorno depresivo mayor en comorbilidad con abuso de sustancias, algunos trastornos de personalidad, sobre todo si se le suma impulsividad y abuso de sustancias). Por lo tanto el psiquiatra estará obligado a considerar esta posibilidad en dichas patologías y deberá adoptar mayores cuidados en su prevención. En otras palabras, en algunos trastornos psiquiátricos donde los índices del suicidio son mayores que en otros, se incrementa la responsabilidad del profesional tratante y su deber de cuidado”.

⁸²¹ MARTÍNEZ GLATTI, *HC* 1 (2010), 42, señala que los parasuicidas “tienen características distintas de los que mueren por suicidio. Se ve en personas más jóvenes (la mitad es menor de 30 años), generalmente mujeres y con conflictos

caso el sujeto realiza un comportamiento que se encuentra dirigido a poner fin a su vida; en el segundo caso, si bien existe autoagresión, el deseo de poner fin a la propia vida no es muy claro; por lo tanto, en ambos casos las características clínicas y los procedimientos terapéuticos operan de manera distinta. Sin embargo, esas circunstancias heterogéneas no exoneran al facultativo de analizar en las dos situaciones el riesgo suicida.

La evaluación del riesgo suicida es una de las tareas más difíciles y desafiantes en la actividad psiquiátrica, pues el médico ha de prestar una asistencia razonable durante la valoración del riesgo suicida, debiendo realizar una evaluación que le permita prever una aparición real del suicidio. Para SIMON/SHUMAN⁸²², esta evaluación debería realizarse en todos los pacientes que presenten algún trastorno mental, aunque no manifiesten ideas suicidas⁸²³, ya que la falta de valoración

interpersonales. Manifiestan hostilidad y manipulación hacia los demás, generalmente no percibidas o no reconocidas por el paciente pero sí por la otra persona que los trata, y presentan mayor psicopatología del carácter (el 50% tienen algún trastorno de la personalidad). Los del estado del ánimo se presentan en alta proporción (hasta en el 80% de los pacientes). Su accionar tiende a ser de tipo impulsivo (más de la mitad lo decide una hora antes de realizarlo). Tienden a estar en relación con otras personas más que al aislamiento. Sus intentos suicidas son de letalidad e intencionalidad bajas, y realizados en situaciones donde cuentan con mucha posibilidad de recibir ayuda. El 10% de las personas que realizan parasuicidio finalmente terminan muertos por suicidio”.

⁸²² SIMON/SHUMAN en: HALES/YUDOFISKY/GABBARD (dirs.), *Tratado de Psiquiatría*, 5ª, 2009, 1467 s.

⁸²³ SIMON en: HALES/YUDOFISKY/GABBARD (dirs.), *Tratado de Psiquiatría*, 5ª, 2009, 1528, explica, respecto de la valoración del riesgo de suicidio lo siguiente: “El propósito de la valoración del riesgo del suicidio es identificar factores de riesgo modificables y tratables, así como factores de protectores que proporcionen información sobre el tratamiento del paciente y sobre el manejo de las necesidades de seguridad (...) Se han propuesto varios métodos para valorar el riesgo de suicidio. Sin embargo, no se ha comprobado empíricamente la fiabilidad y la validez de ninguno de estos métodos (...) La valoración sistemática del riesgo de suicidio estimula al clínico a recuperar información suficiente para llevar a cabo una evaluación completa.

razonable del riesgo suicida de un paciente o de la puesta en práctica de un plan preventivo después de haberse previsto el riesgo del suicidio pueden hacer responsable al profesional de la salud bien por homicidio o por las lesiones imprudentes que se produzcan en el paciente que ha intentado quitarse la vida y que ha fallado en su intento. También se recomienda que resulta apropiado que el facultativo realice una valoración de los antecedentes personales y familiares de características suicidas que rodean al paciente para que sean analizados y tenidos en cuenta para el tratamiento, comunicando los riesgos al paciente y a su familia⁸²⁴.

Cuando se realizan estas valoraciones sobre comportamientos suicidas, se emplean formularios estandarizados; no obstante, el médico está en la obligación de adaptarlos a las características específicas de cada paciente, puesto que resultan insuficientes a la hora de detectar plenamente al paciente suicida. Estos formularios simplemente establecen pautas para establecer el peligro que puede llegar a correr cualquier paciente, pero no determinan la previsibilidad de la conducta suicida de un sujeto determinado si no se adaptan a las circunstancias individuales de cada paciente.

Una vez efectuado el diagnóstico y valorado el riesgo de la conducta suicida en el paciente, atendiendo el trastorno de este, el médico debe acudir a las guías clínicas y protocolos reconocidos por las comunidades científicas para definir la alternativa o alternativas

Los factores de riesgo y los protectores se evalúan dimensionalmente como bajos, moderados o altos en función de los síntomas clínicos del paciente. Se determina una evaluación global del grado de riesgo de suicidio. La valoración de dicho riesgo y de los factores de protección dibuja un mosaico individualizado global del paciente. El clínico evalúa los factores agudos de alto riesgo de suicidio, y, en especial, la respuesta al tratamiento, a lo largo del curso clínico del paciente. También se monitorizan los factores de protección”.

⁸²⁴ RODRÍGUEZ RAMOS/DÍAZ ATIENZA en: SOUTULLO ESPERÓN/MARDOMINGO SANZ, *Psiquiatría del niño*, 2010, 429.

terapéuticas existentes y proceder, previo consentimiento del paciente o, en su defecto, de terceros a aplicar el tratamiento pertinente conforme a la *lex artis* psiquiátrica, teniendo en cuenta que de esta también forma parte la información terapéutica de la cual debe hacerse partícipe, en casos de riesgos autolíticos, tanto al paciente, como a las personas que lo rodean. No obstante, se debe insistir en lo que ya se ha dicho a lo largo de este trabajo y es que el tratamiento que se decida emplear para que opere conforme al deber objetivo de cuidado, no sólo debe estar adaptado a la *lex artis*, sino también a las particularidades y circunstancias en concreto del trastorno que reporta el usuario y el ambiente que rodea al paciente.

Cuando se trata de pacientes con riesgo suicida y que se encuentran en régimen de internamiento –voluntario o involuntario–, la doctrina sugiere que se deben adoptar medidas de seguridad y vigilancia que disminuyan el riesgo, como por ejemplo mobiliario liviano, teléfonos inalámbricos, cámaras de video de circuito cerrado, evitar que el paciente tenga en su habitación cinturones, verificar que la instalación de las tuberías del baño sean seguros, etc.. Cuando el paciente con riesgo suicida es internado, es obligación del médico tratante informar a todo el equipo asistencial sobre este para que se adopten las medidas de observación, vigilancia y cuidado que corresponda⁸²⁵. No obstante,

⁸²⁵ En un informe presentado por el Observatorio de Seguridad del paciente en julio de 2006 dentro del plan de calidad del SNS de España, 2006, 44, se señaló que “los servicios de salud mental tienen mayor responsabilidad en la prevención del suicidio de personas. La tendencia al suicidio es a menudo un factor para el ingreso del paciente en las unidades psiquiátricas de agudos y una razón para retener a los pacientes bajo la Ley de Salud Mental. El NCISH informa que los médicos consideran que en el 31% de los casos, los suicidios de los hospitalizados se podrían haber prevenido, y el 22% de los otros suicidios (los no hospitalizados). Hay que tener en cuenta que los familiares y cuidadores consideran que los suicidios de hospitalizados pueden ser prevenidos. De los 122 casos de negligencia clínica relativa a suicidios, 78 fueron de pacientes hospitalizados (28 estaban en fuga y 3 estaban de permiso). Hubo 32 suicidios notificados al NRLS donde el paciente estaba ingresado. 22 de ellos

no siempre que se detecta que el paciente puede cometer actuaciones autolíticas se debe recurrir al internamiento; el médico, dependiendo del grado de riesgo ante el que se encuentre el paciente, es quien debe decidir si este es procedente o no. Por lo tanto, si el paciente no es internado y a *posteriori* se suicida o intenta hacerlo, ello no constituye por sí solo motivo suficiente para responsabilizar por imprudencia al profesional de la salud; en ese caso, será necesario acudir al criterio del baremo del médico diligente para entrar a determinar si aquel se ha comportado o no como lo haría un facultativo cuidadoso puesto en iguales circunstancias de tiempo, modo y lugar del profesional con el que se compara la conducta⁸²⁶.

estaban en el hospital en el momento de su muerte, 9 murieron fuera del pabellón, bien por que estaban en fuga (9 personas) o de permiso. El lugar de la muerte no fue notificado en un caso. En 4 casos la descripción del incidente incluyó detalles del suicidio proporcionados por el propio paciente, como por ejemplo el deseo de salir, deseo de abandonar el lugar, describiendo sentimientos de suicidio o detallando métodos de suicidio. 14 de los suicidios que tuvieron lugar en instalaciones hospitalarias ocurrieron en el pabellón: 7 en los dormitorios, 6 en los baños y 1 en una sala de visitas. 3 suicidios ocurrieron en los terrenos del hospital, en 5 casos la localización exacta no se estableció. El colgamiento o estrangulamiento fue el método más común de suicidio (21 de 32 casos). Se notificaron 17 suicidios por colgamiento en instalaciones hospitalarias con variedad de puntos de colgamiento y ligaduras utilizadas. Las ligaduras más utilizada fueron objetos de vestir (10 casos)". [http://www.msc.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/docs/seguridad_en_mente.pdf consultado 07-11-2011]

⁸²⁶ En la SAP Madrid 02-07-2004 (JUR 276224) se absuelve a un médico que, pese a detectar comportamientos de riesgo suicida en la paciente, se abstiene de hospitalizarla al considerar que no resultaba necesario el internamiento de esta, considerando suficiente su tratamiento con fármacos y su revisión continúa. Los argumentos empleados por la Audiencia fueron los siguientes: "En tal sentido pese a lo controvertido que pueda parecer el no internamiento psiquiátrico de la paciente el día 7 de agosto de 2003, a la luz de lo que ocurrió con posterioridad ese mismo día, en el que aquella tuvo un intento autolítico ingiriendo pastillas. Del examen concreto del acto médico cuestionado, no puede entenderse que la conducta del médico denunciado, quien se encontraba en el servicio de urgencias de psiquiatría del Hospital Gregorio Marañón, pueda tener relevancia penal, a tal efecto aparece en las actuaciones con el informe médico de dicha fecha, que examinó a la paciente sus

FUERTES ROCAÑÍN/CABRERA FORNEIRO consideran que el suicidio es una conducta previsible, pero difícilmente evitable, existen datos epidemiológicos que pueden advertir de un mayor riesgo suicida, como por ejemplo, la existencia de tentativas previas, fallecimiento reciente de un familiar próximo, existencia de alcoholismo y toxicomanías, desempleo y/o graves situaciones económicas, se produce generalmente en jóvenes entre los 15 y 25 años, en personas que viven solas, que no practican ninguna religión o padecen una enfermedad física grave. En todo caso, si el paciente se suicida, el especialista sólo podrá ser responsable en la medida que este comportamiento hubiera sido previsible, humanamente evitable y el comportamiento del médico hubiese infringido el deber objetivo de cuidado, siendo su descuido el que haya creado o aumentado el resultado lesivo. La previsibilidad del comportamiento suicida se puede lograr a través de una valoración personal que el médico realice del paciente, de modo que, si existe riesgo, el médico deberá comportarse adoptando las medidas de diligencia y cuidado que aplicaría un profesional diligente en su misma situación para evitar cualquier resultado lesivo⁸²⁷. Por lo tanto, en aquellos casos en los que no sea posible prever que el trastorno psiquiátrico que presenta el paciente constituye un factor de riesgo suicida, no se podrá responsabilizar al médico si se llega a consumir el suicidio o si este queda sólo en fase de tentativa, y tampoco podrá ser objeto de incriminación penal el comportamiento del médico que, pese a

antecedentes psiquiátricos, emitió un juicio diagnóstico-trastorno histriónico de la personalidad (301-5) ICD-9, prescribió un tratamiento tanto de fármacos, como de continuación de revisiones y entendió que la patología psiquiátrica que presentaba la paciente no requería internamiento dándole el alta; lo que refleja que no desatendió a la paciente, ni omitió ni quebrantó en el tratamiento de aquella su *lex artis*, atendiendo a las normas generalizadas en este tipo de actuaciones; por todo lo que procede desestimar el recurso interpuesto”.

⁸²⁷ FUERTES ROCAÑÍN/CABRERA FORNEIRO, *Salud mental*, 2ª, 2007, 63. Con una postura similar RODRÍGUEZ RAMOS/DÍAZ ATIENZA en: SOUTULLO ESPERON/MARDOMINGO SANZ, *Psiquiatría del niño*, 2010, 429.

haber previsto el riesgo suicida, ha adoptado las medidas necesarias dentro del deber objetivo de cuidado para evitar el resultado lesivo o incluso, aunque el médico no hubiere aplicado las medidas de protección que le eran exigibles, si el riesgo suicida es de tal magnitud que se hacía imposible evitar su producción.

En la misma línea con el razonamiento de MAURICIO ESPÉCTOR, que resulta completamente válido a la luz de los presupuestos del concepto de imprudencia, “la conducta suicida no se puede prever y/o prevenir de forma absoluta; el derecho no le exige al profesional de la salud mental infalibilidad permanente para prever y prevenir dicha conducta. Podemos ir deduciendo, entonces, que el suicidio de un paciente durante o inmediatamente después de un tratamiento no implica necesariamente que violó el deber de cuidado ni que el profesional haya actuado de forma inadecuada, pero esto no excluye que se les exige a los profesionales de la salud mental, que conocen o debían conocer situaciones de las que se podría *razonablemente* deducir que sería probable que un paciente se autolesione en ausencia de medidas de cuidado, que utilicen dichas medidas. El profesional de la salud mental sólo será responsable si se puede demostrar la existencia de imprudencia, negligencia o impericia; y cuantas más pruebas se reúnan que demuestren que la conducta ha sido previsible, existirán menores posibilidades de eximir al profesional de responsabilidad”⁸²⁸. Aunque estoy de acuerdo inicialmente con este autor, en lo que tiene que ver con la previsibilidad, hay que aclarar que no es suficiente que en estos casos opere sólo la previsibilidad del riesgo suicida para eximir al médico de responsabilidad, pues es necesario que, una vez se ha detectado que es posible ese resultado lesivo, el médico está en la obligación de actuar conforme al deber objetivo de cuidado y adoptar los mecanismos clínicos que se encuentren a su disposición para evitar la producción del comportamiento autolítico.

⁸²⁸ MAURICIO ESPÉCTOR, *SNPS* 41 (2009), 22 s.

a) Supuestos prácticos

Se me ocurren dos situaciones, entre otras muchas, que pueden presentarse en casos de suicidio o intento de suicidio de sujetos con trastorno mental y que eventualmente podrían comprometer la responsabilidad penal del facultativo por imprudencia. La primera de ellas, tiene relación con la conducta del médico que omite prescribir tratamiento médico a un paciente con riesgo suicida pese a que los síntomas que este presentaba hacían previsible y evitable la consumación de este⁸²⁹, produciéndose finalmente un resultado lesivo para la vida del paciente. La segunda, tiene que ver con el comportamiento del médico, que pese a valorar correctamente el riesgo suicida y definir un tratamiento conforme a la *lex artis*, omite aplicarlo atendiendo una negativa del paciente o –en su defecto– terceros allegados de aceptar el tratamiento propuesto, consumándose finalmente el suicidio.

En el primer caso, estamos ante una posible responsabilidad médica por homicidio en comisión por omisión a título de imprudencia⁸³⁰. Resulta importante, ante un comportamiento omisivo, distinguir, entre

⁸²⁹ Ya antes se había dicho que la conducta suicida no podía evitarse plenamente, el médico asume frente al paciente con riesgo suicida una obligación de medio, pero no de resultado, la exigencia que se le hace al facultativo es la de actuar conforme con el deber objetivo de cuidado.

⁸³⁰ Hay que aclarar que hasta el momento en este trabajo se había hecho alusión a conductas imprudentes activas que podían derivar en responsabilidad penal para el médico; por lo tanto, respecto del caso de suicidio que se plantea y que corresponde a una conducta omisiva, como no es el tema de fondo de este trabajo, no se profundizará en la problemática que supone la omisión en la imprudencia médica, sentando una postura directa para resolver la situación planteada.

omisión propia y omisión impropia o comisión por omisión^{831 832}. Al respecto LUZÓN PEÑA explica cómo la “omisión propia (o pura) y omisión impropia, también denominada comisión por omisión, son conceptos perfectamente elaborados por la doctrina y de significado inequívoco –aunque luego sea controvertido el alcance de esta última, es decir, los supuestos que deben encajar en la comisión por omisión–.

⁸³¹ El art. 11 del CP español establece mediante clausula general la regulación de la comisión por omisión –a diferencia de lo que sucedía con el CP derogado en el que no existía un establecimiento expreso de la figura de la comisión por omisión–, así: “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico de autor, equivalga según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción/a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar./b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”. No obstante, esta disposición legal que viene a regular expresamente la comisión por omisión, de acuerdo con SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre los delitos de omisión*, 2004, 228, resulta innecesaria y presenta inconvenientes: “Por un lado porque, dada la praxis judicial española, la vocación limitadora de la atribución de la responsabilidad en comisión por omisión, que tenían preceptos similares en otros ordenamientos, aquí carece de objeto. Es más, un precepto como el introducido puede conllevar consecuencias extensivas de la punibilidad. Por otro lado, porque existen argumentos muy sólidos –por más que en Alemania no sean atendidos más que por un número limitado, aunque creciente, de autores– para sostener que los únicos supuestos de comisión por omisión son, precisamente, los que resultan inscribibles en la Parte especial por ser ‘estructuralmente idénticos’ (naturalmente en el plano normativo de la imputación) a los supuestos de realización activa de los mismos. Y estos argumentos habían sido acogidos –con matices no demasiados significativos– por la mayor parte de los autores que, de modo monográfico, se habían ocupado en España del tema de la comisión por omisión”.

⁸³² De acuerdo con SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 1986, 342, en la comisión por omisión debe existir una identidad material y estructural de la omisión con la causación activa en el plano normativo, esto obliga a diferenciar claramente entre no impedir el resultado o evitar un suceso, donde se deja intacto el grado de posibilidad de que se produzca el resultado lesivo para el bien jurídico y aquél en el que se facilita el suceso, aumentando las posibilidades de producción. Siguiendo esta misma línea FARALDO CABANA en: BRANDARIZ GARCÍA/FARALDO CABANA (coords.), *Personal sanitario*, 2002, 123.

En la omisión propia sólo se responde de la no realización de una conducta debida y al omitente no se le imputa un eventual resultado producido, siendo indiferente que éste se dé o no; en cambio, en la omisión impropia o comisión por omisión mediante la no realización de la actividad debida se comete otro delito y al omitente se le imputa el resultado sobrevenido, responde del mismo. Por ello la omisión de socorro es el caso paradigmático de omisión propia, como opina unánimemente la doctrina, y no, por supuesto, de comisión por omisión, pues en ella sólo se responde por la no prestación del auxilio debido y no por un eventual resultado sobrevenido a la persona en peligro y no socorrida”⁸³³. Por tanto, el análisis que aquí se debe efectuar por el supuesto planteado debe referirse a la concurrencia o no de un homicidio imprudente en comisión por omisión, pues aquí no sólo se dejó de prestar el auxilio debido al paciente a través de la aplicación de un tratamiento adecuado a la patología que presentaba el paciente, sino que posteriormente a esta situación sobreviene un resultado muerte que, en su caso, podría ser imputado al comportamiento descuidado del profesional de la salud; para que exista homicidio imprudente en comisión por omisión es preciso que concurren algunos requisitos.

Lo primero que habría que determinar es si el profesional está obligado a proteger el bien jurídico de la vida del paciente, por lo que me parece adecuado acoger la propuesta realizada por SILVA SÁNCHEZ, quien considera que el facultativo asume esta obligación siempre y cuando exista una asunción efectiva del tratamiento médico del paciente, entendiendo que el término “asunción” no se restringe al simple inicio del tratamiento, sino que debe entenderse como la creación de un momento de peligro para el bien jurídico⁸³⁴. Si el médico ha asumido la

⁸³³ LUZÓN PEÑA, *RDCirc* (1980), 387; *DPCirc*, 2ª, 1990,183; *Estudios penales*, 1991, 240.

⁸³⁴ SILVA SÁNCHEZ, en: MIR PUIG (ed.), *Avances de la Medicina*, 1988, 128 s., explica: “Es, pues, necesario aclarar y precisar qué quiere decirse con el término

atención del paciente y se deriva un riesgo efectivo para la vida o la integridad de este, se debe entender que, en el caso que se planteó, si

‘asunción’. Parece claro que éste no puede entenderse en el viejo sentido formalista de la teoría de las fuentes, o del deber jurídico, que se centraba en la conclusión de un contrato. Desde una perspectiva material, SCHÜNEMANN ha señalado que la asunción se produce en virtud del comienzo efectivo del tratamiento. Pero aun esto es inexacto e impreciso. Inexacto, porque ya antes del comienzo efectivo del tratamiento puede hablarse de una posición de garante establecida si el compromiso ha producido sobre los terceros los efectos que normalmente se asocian a aquél. Impreciso, porque tampoco está claro cuándo hay un ‘comienzo efectivo’ del tratamiento. Un ejemplo de FRANK y MEZGER, levemente modificado, puede ser ilustrativo a este respecto. Imagínese que un individuo es rescatado semiahogado en una playa. Un médico, allí presente, inicia una serie de medidas de reanimación. Pero, llegado un momento, y por las razones que se quiera, decide no proseguirlas, muriendo el accidentado. ¿Es el médico garante por asunción? De ser así, se hará –siempre según la doctrina dominante– responsable de un homicidio por omisión. Y, por lo mismo, de peor condición que aquellos otros (incluso otros médicos ¿por qué no?) que desde el principio se negaron a socorrer. Lo absurdo e incorrecto de tal conclusión ha sido puesto de manifiesto por STREE, STRATENWEETH y MIR PUIG. Y ello nos debe alertar sobre la posibilidad de incurrir en más de un error a la hora de decidir cuando se da una asunción efectiva, un comienzo real del tratamiento. Probablemente son las observaciones de STREE, ciertamente matizadas en algún extremo, las más satisfactorias en este punto. Lo decisivo en efecto, según de ellas se desprende, es determinar cuál es el fundamento material que hace de la asunción de funciones de protección de bienes jurídicos –en el caso que nos ocupa– una fuente de posiciones de garantía. Tal fundamento no se halla en la asunción en sí. Al contrario, radica en la confianza que ésta despierta en la víctima o en otros terceros. Tal confianza provoca en ellos reacciones consecuentes: el abandono de otras medidas de protección o la renuncia a adoptarlas. De este modo, y en la línea que ya expusiera BINDING, el acto de asunción, junto a su faceta de beneficio para el bien jurídico que se compromete a proteger al garante, encierra otra de peligro. Se hace análogo a un actuar de precedente, a una puesta en peligro del bien, al que se priva de otras ayudas. El garante –el médico, en nuestro caso– se convierte de este modo en dueño absoluto del proceso que ha de llevar o no al resultado, en centro decisorio del mismo, por utilizar respectivamente, la terminología de SCHÜNEMANN y RUDOLPHI. Aquí se halla la base de la identidad del hecho con la comisión activa y el fundamento jurídico de la responsabilidad del sujeto. En definitiva, pues, podría decirse que la esencia de la *asunción* es la creación de un momento de peligro para el bien jurídico”.

bien no se asume propiamente el tratamiento, pues es justo allí donde se produce la omisión del médico, este asume la atención del paciente al diagnosticar y valorar los riesgos suicidas, es decir, que es a partir de ahí cuando en el facultativo le nace su compromiso con el bien jurídico, por lo tanto, al omitir intervenir en la prevención del riesgo suicida, crea con su omisión un momento de peligro para bien jurídico de la vida y la salud del sujeto.

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que no basta con que el médico haya asumido un deber de protección del bien jurídico para concluir *per se* que el suicidio del paciente fuese su responsabilidad⁸³⁵, pues es necesario determinar que esa omisión producto de un actuar descuidado del profesional fue el que ocasionó el peligro⁸³⁶ que produjo el resultado típico imprudente⁸³⁷ o por lo menos fue el que aumentó el riesgo de lesión para el bien jurídico⁸³⁸, y es que esto último resulta

⁸³⁵ LUZÓN PEÑA ha advertido en varios trabajos, y con razón, que la comisión por omisión no encuentra su fundamento en la teoría de la posición de garante, sino que la equivalencia entre actividad y omisión para la comisión por omisión proviene de crear o aumentar con la conducta el riesgo de producción del resultado. V. entre otros LUZÓN PEÑA, *RDCirc* (1974) 272; *RDCirc* (1980) 387 s.; *DPCirc*, 2ª, 1990,176; *DPCirc*, 2ª, 1990,183; *Estudios penales*, 1991, 235. Siguiendo esta postura DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *PJ* 24 (1991) 209. Advierto que esta es la posición restrictiva que más me convence, pero hay otras, en cuya cita detallada no entraré, pero que sostienen en la doctrina española autores como, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 369 s.; GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1994, 18 ss.; MIR PUIG, *PG*, 9ª, 2011, 326.

⁸³⁶ En el plano socio normativo, no en el puramente causal.

⁸³⁷ Tal y como menciona SILVA SÁNCHEZ en: ASÚA BATARRITA (ed.), *Jornadas*, 1998, 39: “Para la sanción por el correspondiente delito consumado de quien no evita la producción de un resultado penalmente típico no basta con que entre su omisión y la correspondiente comisión activa se den las condiciones de una entidad estructural y material mencionadas, sino que es preciso además poder establecer un vínculo entre la correspondiente omisión equivalente y el resultado; ello es, además condición indispensable para la sanción en los casos de omisión imprudente”.

⁸³⁸ Al respecto explica LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 1991, 238 que “puede haber comisión por omisión no sólo cuando la omisión misma crea o desencadena el peligro, sino además cuando *aumenta* un peligro preexistente, es decir, cuando crea de modo

realmente válido, sobre todo en pacientes con tendencias suicidas, pues parte del riesgo ya viene dado por el propio trastorno mental que padece el sujeto, pero este peligro de suicidio puede aumentar de manera decisiva a partir de conductas omisivas del tratamiento médico.

Sin embargo, la omisión por sí sola no aumenta el peligro y serán las circunstancias de cada caso en concreto las que permitan definir si efectivamente existe esa relación entre la omisión y el resultado suicida. Intentaré explicar lo que acabo de decir a través de la adición de dos nuevas variables al caso planteado, pues la respuesta podría ser diversa. Por una parte, tenemos el caso del médico que valora el riesgo suicida correctamente, pero que omite prescribir el tratamiento; si se comprueba que el peligro suicida podía controlarse a través de fármacos y que su no ingestión aumentó el riesgo para la consumación de la conducta suicida, el médico será responsable de un delito de homicidio imprudente por comisión por omisión, pues fue precisamente la no aplicación de un tratamiento oportuno el que aumentó o hizo crecer de manera decisiva el riesgo suicida en el paciente. Pero, por otra parte, tenemos el caso del paciente que acude a la consulta médica, el facultativo se percata del riesgo suicida, omite prescribir tratamiento, pero se comprueba que en el momento de la consulta el nivel de psicosis del paciente es tan elevado que, incluso con tratamiento, no se hubiera podido lograr anular o por lo menos disminuir las tendencias autolíticas del paciente dejando intacto el grado de posibilidades de que ocurra el comportamiento suicida; aquí, en cambio, a diferencia del

decisivo más riesgo. Esto último debe entenderse del mismo modo que he explicado el aumento del peligro en los casos de comisión activa: cuando haya una situación previa de un cierto riesgo, pero genérico o controlado, y la omisión misma sea la que incremente ese peligro de modo decisivo o determinante, la que aumente su gravedad convirtiéndolo en un peligro concreto o provocando su descontrol. Cuando haya esa creación o aumento del peligro decisivo por la omisión, está aunque no haya causalidad material como en el hacer activo, actuará de modo idéntico y totalmente equivalente a la comisión activa y será, por ello, también comisión (mediante omisión)".

caso anterior, no se podrá reprochar penalmente ese comportamiento omisivo del facultativo⁸³⁹, pues, aunque el médico hubiese actuado diligentemente la consumación del suicidio era inevitable.

Por lo tanto, lo que queda por decir, es que no siempre que exista un suicidio y una omisión respecto del tratamiento médico, se puede atribuir responsabilidad penal al profesional por la muerte del paciente, sino que siempre habrá que analizar variables que pueda presentar cada caso en concreto y aplicar los presupuestos teóricos de la omisión impropia, pues, como se dijo, no basta que el médico haya asumido un compromiso con la atención del paciente, ni que sea previsible el resultado, sino que también es necesario verificar que el comportamiento omisivo del facultativo creó o aumentó (socio-normativamente) el peligro que finalmente desenvuelva en un resultado suicida.

Ahora bien, apuntada la solución para el primer caso propuesto, pasaremos a analizar la segunda situación planteada, es decir, el comportamiento del médico que, pese a valorar correctamente el riesgo suicida y definir un tratamiento acorde a la *lex artis* para neutralizar el peligro, se inhibe de aplicarlo al ser rechazado por el paciente, produciéndose finalmente la consumación del acto suicida. En el presente caso lo que existe es un enfrentamiento entre el consentimiento y la falta de actuación del galeno. Habrá que tener en cuenta, como se advirtió en su momento, que el consentimiento no integra la *lex artis* al no formar parte de este conjunto de normas técnicas; por lo tanto, aquí lo que se va a analizar es hasta qué punto puede hacerse responsable a un médico que deja de aplicar normas técnicas para salvaguardar la salud del paciente por garantizar las normas deontológicas, pues tal y como expone ROMEO CASABONA⁸⁴⁰, no siempre el médico va a encontrarse con una situación clara cuando

⁸³⁹ Ni siquiera como omisión pura, pues no había posibilidad de amparar.

⁸⁴⁰ ROMEO CASABONA, *La actividad curativa*, 1981, 370.

hay oposición del paciente al tratamiento, pues, aunque inicialmente este está obligado a aceptar la decisión de aquel, excepcionalmente puede verse compelido a no vincularse a aquella decisión teniendo la obligación de ejecutar el tratamiento. De modo que el paciente que se niega al tratamiento con intenciones claramente suicidas plantea problemas específicos, sobre todo en los casos de pacientes con trastornos psiquiátricos. Lo primero que debe tratar de definir el profesional de la salud es el tipo de trastorno que padece el paciente, es decir, deberá calificar la gravedad o no del mismo y acto seguido valorar la capacidad y el grado de cognición de este frente al rechazo del tratamiento. Es necesario que el médico realice este análisis, ya que la determinación de la responsabilidad va a depender, entre otras cosas, de sí ha existido un suicidio libre o no⁸⁴¹. En el primer caso el suicidio proviene de un acto reflexivo y ponderado, mientras que en el segundo por lo general la voluntad del sujeto suele estar anulada por el trastorno psíquico.

SILVA SÁNCHEZ explica que en los suicidios libres es evidente que exista una ruptura de la relación entre el médico y el paciente; por lo tanto, el facultativo frente al paciente suicida pasa a ser un tercero más, y, en consecuencia no se le puede exigir intervenir coactivamente para salvar a quien no desea ser salvado. Sostiene en cambio que la situación será diferente cuando la no evitación proviene de un suicidio no libre, pues aquí sí habrá lugar a responsabilidad del médico por omisión, la cual será un homicidio de comisión por omisión en los casos donde haya existido asunción específica y efectiva del tratamiento; en los demás sólo habrá omisión del deber de socorro⁸⁴². Esta consideración que hace SILVA SÁNCHEZ es correcta, pero debe ser ampliada y tener en cuenta además lo dicho para el primer supuesto

⁸⁴¹ Entre otros SILVA SÁNCHEZ en: MIR PUIG (ed.), *Avances de la Medicina*, 1988, 137 ss.; JUANATEY DORADO, *Derecho*, 1994, 164 ss.; MENDES DE CARVALHO, *Suicidio*, 2009, 225.

⁸⁴² SILVA SÁNCHEZ en: MIR PUIG (ed.), *Avances de la Medicina*, 1988, 138 s.

respecto de la omisión impropia, es decir, si para este caso efectivamente el trastorno psíquico que padece el paciente es de tal magnitud que le impide decidir de manera reflexiva en torno a su tratamiento y verificar si en el caso concreto la omisión del médico crea o aumenta el riesgo (socio-normativamente) suicida para el paciente; de lo contrario, no se podría hablar de una omisión imprudente; de hecho, ni siquiera se puede hablar de una omisión del deber de socorro, pues esta sólo admite formas dolosas del comportamiento, siendo impune en España cualquier tipo del deber de omisión de socorro imprudente.

En todo caso, en cualquiera de las dos clases de suicidio, es decir, tanto en el suicidio libre como en el no libre, el médico deberá informar sobre los riesgos que supone la falta de intervención terapéutica; pero si por descuido omite hacerlo y teniendo en cuenta que esta información forma parte de la *lex artis*, el operador jurídico tendrá que analizar si esa omisión en la información crea o aumenta el riesgo (socio-normativamente) suicida para el paciente; de lo contrario, esta omisión no podrá ser punible, ni siquiera bajo la figura que trae el CP español del art. 143⁸⁴³ de colaboración en el suicidio; pues la participación en el suicidio de otro bajo la modalidad de inducción, cooperación necesaria y cooperación ejecutiva. La impunidad de la conducta se debe a dos razones, la primera es que el tipo penal consagrado en el art. 143 del CP sólo es punible para los comportamientos dolosos, y la segunda, es que, como se dijo en el capítulo anterior, la participación imprudente es

⁸⁴³ Establece este precepto legal: “1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años./2.Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona./3.Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte./4.El que causare o coopere activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”.

impune (salvo que el legislador lo contemple expresamente en algún caso).

B) Fuga

Ya veíamos al inicio de este capítulo como a partir del siglo XX comienza a existir una revolución de la Psiquiatría, se reestructuran los modelos de asistencia psiquiátrica y se integra al paciente con trastorno mental en el sistema de salud aplicado a cualquier tipo de paciente con enfermedades orgánicas. Pero quizá el cambio más significado ocurre a partir de la desinstitucionalización del hospital psiquiátrico y, aunque el internamiento como tal no desaparece como medida terapéutica, se opta para que sea aplicada como medida excepcional y sólo en los casos en los que sea estrictamente necesario el internamiento del paciente⁸⁴⁴. Por lo tanto, en los casos de internamiento voluntario e involuntario el personal del centro hospitalario que tiene a su cargo el cuidado del paciente no sólo asume obligaciones relativas al tratamiento médico, sino también frente a cuidados de vigilancia durante el tiempo que dure el internamiento, por lo que no queda excluida su responsabilidad en

⁸⁴⁴ Al respecto CARRASCO GÓMEZ, *RDM* 7-8 (2002-2003), 121: “Tras la promulgación de la Constitución Española, en 1978, y suscribir el convenio de Roma, tienen lugar en España una serie de reformas legales en torno al internamiento de los enfermos mentales para salvaguardar las garantías individuales. Reformas que tienen como referencia la propia Constitución y la Leyes Españolas, el Convenio de Europa, las Recomendaciones y Regulaciones del Consejo de Europa, así como la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y en otro orden, las Recomendaciones y documentos originados en organismos e instituciones como la Organización Mundial de la Salud y la Organización de las Naciones Unidas. Con ello se puede decir que, en la actualidad el internamiento de los enfermos mentales en España se ajusta a todos los principios éticos y legales vigentes. Existe una suficiente regulación de las garantías de los enfermos psíquicos ante este tipo de tratamientos, que aseguran que éstos no se llevarán a efecto más que en determinados casos, en los que realmente aparece una indicación y justificación”.

casos de fuga del paciente, si como consecuencia de la misma se llegan a producir lesiones en la vida o la salud del paciente.

La fuga se define como la marcha o desaparición del enfermo del centro hospitalario en el que se encuentra internado sin aviso, ni autorización del médico tratante. Las fugas pueden presentarse bien sea porque el paciente busca regresar por todos los medios a su entorno social o familiar o simplemente porque responde a una manifestación clínica del paciente como consecuencia de las patologías psiquiátricas que padece, como por ejemplo el hecho de escaparse para poder consumir alcohol, drogas, porque tiene ideas de persecución, de delirio, alucinación, para sentirse libre, entre otros. En las fugas la persona con trastorno mental puede llevar a cabo actuaciones que comprometen su integridad física, pudiendo generar autolesiones que van desde las lesiones personales hasta el suicidio⁸⁴⁵. Desde el punto de vista de la responsabilidad

⁸⁴⁵ CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad médica y Psiquiatría*, 2ª, 1998, 209, presenta como ejemplos de fugas patológicas los siguientes: “Enfermos con trastorno mental, fugas que se llevan a cabo en solitario o inducidos por otros y durante los cuales pueden consumir alcohol en exceso y presentar conductas antisociales (...) En cuadros de demencias durante los cuales el enfermo abandona el domicilio o el hospital sin rumbo fijo o desorientado o huyendo para tener ideas de perjuicio o persecución; no saben regresar, se extravían o caen en algún terreno accidentado y pueden llegar a morir por atropello, traumatismo o frío. En pacientes con esquizofrenia, los cuales pueden fugarse siguiendo a impulsos surgidos de su actividad delirante o alucinatoria. En la fuga pueden llevar a cabo actos antisociales, tales como hurtos o robos, viajar sin billete, y ser detenidos por vagabundeo, comisión de actos vandálicos o violentos con las personas, originando lesiones o incluso homicidios (...) En cuadros clínicos de depresiones, la motivación principal de la fuga suele ser para eludir la vigilancia o acceder a otros medios para conseguir el suicidio, como ocurre cuando salen del hospital y se arrojan al tren, a un río o se precipitan desde un puente o edificio, o se suben a un poste eléctrico. En trastornos bipolares, estados maníacos, las fugas están originadas por el exceso de actividad patológica y la necesidad de tener un mundo abierto ante él, surgiendo a menudo embriagueces, conducción temeraria de coches con provocación de accidentes, y otras conductas antisociales, tales como estafas o violencias; y derivado del aumento de la libido en el hombre delitos sexuales y en la mujer condescendencia en relaciones sexuales con

jurídico-penal imprudente lo que aquí interesa es entrar a analizar hasta donde puede trascender la responsabilidad penal del profesional que asume el tratamiento y custodia del paciente en el centro hospitalario en el que este se encuentra internado, incluyendo el personal de enfermería y de vigilancia hospitalaria, cuya responsabilidad también podría verse comprometida si entendemos que estos también tienen a su cargo el deber de cuidado del enfermo durante el período de internamiento.

En lo que sigue vamos a analizar dos casos que llegaron a los tribunales españoles, uno al Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el año de 1992, en el que, aunque fue resuelto por la jurisdicción civil para determinar la responsabilidad civil extracontractual del centro hospitalario de Navarra, algunas situaciones podrían analizarse desde el punto de vista de la eventual responsabilidad jurídico-penal que podría asistirle del personal que tenía a su cargo a la paciente. La otra resolución corresponde a la Audiencia Provincial de Alicante en el año 2001, en ella se absuelve al director de la clínica y al médico tratante por el delito de lesiones personales imprudentes que se producen en el momento del intento de fuga de un paciente.

En el caso presentado ante el Tribunal de Justicia de Navarra 17-03-1993⁸⁴⁶ se relata el incidente ocurrido con una paciente internada en la Clínica Universitaria de la Universidad de Navarra el día 13 de junio de 1988 con diagnóstico de depresión profunda, antecedentes de intentos autolíticos y con alto riesgo suicida; en la historia clínica se constata una nota del médico tratante en la que se ordena vigilar el posible

resultado de embarazos o contagios de enfermedades venéreas. Las fugas en los pacientes epilépticos son muy características y en especial las que concurren a continuación de los estados de gran mal o durante los estados crepusculares y durante las cuales pueden surgir diversas complicaciones lesivas para el propio enfermo o para el resto de las personas”.

⁸⁴⁶ RJ 4064.

intento de suicidio y se prohíben las salidas; asimismo una de las enfermeras encargadas del cuidado de la paciente indica como esta en la mañana del día siguiente a su internamiento, intentó fugarse, siendo hallada posteriormente en los vestuarios de la clínica, tras lo cual y durante horas, dados sus sentimientos de culpa y el continuo pensamiento suicida, se precisó de sujeción mecánica; no obstante, en horas de la tarde del mismo día, la paciente finalmente logra consumar la fuga dirigiéndose a un inmueble en construcción de donde se arrojó por una ventana, lo cual produjo su muerte. Verificada la seguridad del centro hospitalario, se comprueba que las puertas de acceso a la planta de Psiquiatría deben ser controladas por el personal de salud sanitario, existiendo control de acceso y salidas a través de circuito cerrado de televisión y con una enfermera encargada del monitor del circuito. Se indicó que para la fecha del suceso el médico tratante había advertido a las enfermeras de servicio sobre la necesidad de vigilar a la paciente. Para resolver este caso, el Tribunal rechaza cualquier tipo de responsabilidad por imprudencia médica del personal a cargo del cuidado de la paciente, bajo los siguientes argumentos: “A) no se trata, en el presente caso, de un supuesto de mera negligencia profesional médica, pues los diagnósticos y tratamiento parecen los correctos desde el inicio de la crisis en el rebrote que se produjo de la patología de la enferma, ya que ésta fue en todo momento tratada de una depresión profunda con intentos de autodestrucción, que ya había padecido nueve meses antes, y ante su rechazo al ingreso en el «Hospital de Navarra», en el que había estado anteriormente, por no guardar buenos recuerdos para ella, se optó por la «Clínica Universitaria» de la «Universidad de Navarra», de la que, parece, se informaron, sus parientes más allegados (demandantes), de su funcionamiento al respecto, y en la que, también desde el inicio del tratamiento, se mantuvo el referido diagnóstico, y se advirtió por los médicos al personal de vigilancia, de la necesidad de extremar ésta con la enferma, dada la evidente instalación en ella de un ánimo autolítico profundo; B) por lo tanto, no sería exigible una responsabilidad culposa en el presente caso al personal médico

propriadamente dicho, que actuó correctamente e hizo las advertencias de vigilancia pertinentes, por el acusado riesgo de suicidio de la enferma, que siempre señaló, desplazándose la posible culpabilidad a las medidas adoptadas para prever las consecuencias de tal riesgo”; sin embargo, posteriormente añade el Tribunal: “C) es evidente, y así lo resalta la sentencia recurrida, que los medios de vigilancia fallaron en este caso, pues la advertencia no podía ser más clara, ante el diagnóstico de la paciente y su primer intento de huida, por lo que aquí sí era exigible que se extremaran las mismas al momento de las visitas familiares, para evitar, por un lado, que saliera durante la apertura de la puerta de la Planta, y por el otro, para mantener un exquisito control de las entradas y salidas a través del monitor de televisión existente, en circuito cerrado”.

En la segunda sentencia, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante el 07-11-2001⁸⁴⁷, se absuelve al médico tratante del paciente y al director de la clínica por el delito de lesiones personales imprudentes. Los hechos que se narran en la sentencia dan cuenta de un paciente que ingresa al sanatorio psiquiátrico el día 13 de octubre de 1995, de dónde se fuga en dos oportunidades. La primera de las fugas se produjo el 21 de octubre del mismo año, siendo convencido por un familiar de regresar al centro hospitalario, siendo este mismo familiar, el que informó al médico tratante el lugar por el cual el enfermo se dio a la fuga; el segundo intento de fuga se produjo tres días más tarde por la misma ventana o hueco que le sirvió al paciente para huir en la primera oportunidad, cayendo desde allí al suelo y sufriendo lesiones graves. Quedó probado a lo largo del proceso que, cuando se produjo la primera fuga, el médico de guardia informó al servicio de enfermería para que se adoptaran las medidas necesarias y de esa forma evitar nuevas fugas, pero sin comprobar que efectivamente se cumpliera con la adopción de dichas medidas. Sin embargo, de acuerdo con el criterio adoptado por la

⁸⁴⁷ JUR 27018.

AP, se consideró que el actuar del denunciado se adecuó a las normas de prudencia y precaución que se pueden exigir a cualquier médico de guardia. Al respecto, se dice expresamente en la sentencia: “La actuación del denunciado no está incluida en la imprudencia por la que se le acusa en ninguna de sus modalidades. A este respecto, debe ser recordado que es sabido el que ‘la culpa’ es la voluntaria omisión del deber de cuidado que debe ser observado por toda persona medianamente prudente y diligente, en el desenvolvimiento y desarrollo de una actividad social estimada como peligrosa y de la que puede derivarse causalmente una lesión o daño, que resulte objetivamente previsible para cualquier persona normal y concretamente para el omitente que, a pesar de ello, no observó o desatendió consciente o inconscientemente las prescripciones reglamentarias o bien de orden habitual, que rigen tales actividades, apartándose de ellas, omitiendo en consecuencia, la acción imprudente o ejecutándola, como era exigible, con las previsiones debidas. Por tanto, se infiere que los factores fundamentales que integran la culpa o imprudencia son, de una parte, el elemento normativo, el cual en las relaciones intersubjetivas que emanan de la convivencia social, comporta que en cualquier actividad que en el seno de aquella se realice, con la finalidad de eludir todo tipo de riesgo para los demás, es imperativo observar las precauciones, cautelas o prevenciones que de modo específico, haya prescrito al efecto el legislador o bien aquellas otras, de índole genérica que se derivan de la vida en comunidad y del principio general del derecho que obliga a toda persona a que su actuación ‘neminem laedere’; y de otra el elemento psicológico, que presupone que el agente obre o se abstenga de actuar, de modo voluntario y consciente, aunque no maliciosamente y por ligereza, descuido o abandono inexcusables, no preveyendo las consecuencias de sus actos u omisiones cuyas consecuencias fueran fácilmente previsible, prevenibles y evitables”.

Los dos casos relatados anteriormente presentan algunas coincidencias que me parece importante señalar. La primera de ellas tiene que ver con

que en ambos casos una posible imprudencia se deriva de la conexión que puede existir entre la fuga y el resultado lesivo, pues en ninguno de ellos parece existir dudas respecto a que en el diagnóstico y tratamiento de los pacientes hubiese algún tipo de infracción del deber objetivo de cuidado; la segunda de las coincidencias reside en que en ambas situaciones era previsible el riesgo de fuga, pues en la primera, antes de producirse el suicidio de la paciente se realizó un intento de fuga por parte de esta y, en la segunda la primera fuga fue consumada efectivamente por el paciente; las primeras fugas permiten sin duda alguna permiten que los responsables puedan prever que esta situación pueda ocurrir de nuevo; y la tercera última coincidencia guarda relación con las ordenes emitidas por los médicos tratantes al personal de enfermería para que adoptaran las medidas de seguridad pertinentes y evitar nuevas fugas del paciente.

Lo anterior permite deducir que en los casos planteados una posible responsabilidad penal por imprudencia debe ser analizada partiendo de los presupuestos de la división del trabajo en equipo, pues es claro que la actuación descuidada se encuentra ubicada en la no adopción de medidas de seguridad que debían tomar médicos y enfermeras para evitar la fuga de los pacientes de los centros hospitalarios y la posterior lesión de bienes jurídicos. Lo primero que habría que analizar aquí y en cualquier caso es si la fuga es previsible, cosa que en los supuestos planteados se encuentra plenamente fundamentado –tal y como se expuso antes–, ya que en las dos situaciones se presentaron por parte de los pacientes manifestaciones de fugas que hacían previsible, junto con otros comportamientos, el intento de nueva fuga, situación que obligaba a adoptar medidas de seguridad para evitarlo; por lo tanto, en ejercicio de la división del trabajo en equipo los médicos ordenan a las enfermeras extremar las medidas de seguridad, confiando en que estas cumplirían con la función delegada por el especialista, pero sin verificar el cumplimiento de las mismas, lo que hace suponer que la responsabilidad de la fuga de los pacientes constituye inicialmente un

problema que debe resolverse a través de la operatividad del principio de confianza en la división vertical de trabajo.

En los supuestos planteados no cabe la menor duda de la existencia de la división vertical de trabajo; aquí convergen los elementos que se requieren para poder hablar de esta figura en la actividad sanitaria, es decir, que entre médico y enfermeras que conformaban el equipo de trabajo en los centros hospitalarios existía una formación académica diferente y además que las funciones competenciales asignadas a médicos y enfermeras de los hospitales en los que estos prestaban sus servicios, presentan unos niveles de distinción jerárquica que hacían superiores a los primeros frente a las segundas. Por lo tanto, en términos generales se podría decir que los médicos ocupaban una posición de superioridad jerárquica y al no observar ninguna irregularidad en la vigilancia general de la tarea que debían cumplir las enfermeras, les era dable confiar en que las instrucciones de cuidado frente a los pacientes serían atendidas por las enfermeras, es decir, por quienes están en un nivel inferior. De acuerdo con la doctrina general y la postura que se ha adoptado en esta investigación sobre el principio de confianza en la división vertical de trabajo, habrá que tener en cuenta que la posición que ostenta el médico de superioridad sobre las enfermeras no suponía que las labores confiadas a aquellas debieron someterse a un control absoluto y detallado por el médico sobre cada una de las tareas, que en estos casos consistían en adoptar medidas de seguridad y custodia para evitar la producción de nuevas fugas. Sólo de manera excepcional el médico está en la obligación de vigilar las tareas del inferior jerárquico, lo que sucedería cuando el delegante desconfiara de la fiabilidad o de la competencia del sujeto designado para llevar a cabo la tarea que le ha sido encomendada, de lo contrario, al no existir irregularidades, el principio de confianza opera sin ninguna dificultad⁸⁴⁸. Así las cosas, le asistió la razón al TS y a la AP al no

⁸⁴⁸ Tal y como explica RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Actividades médico sanitarias*, 2008, 514 (en prensa), la delegación de funciones del médico en personal de enfermería

condenar el comportamiento de los galenos, ya que no se aprecia a notar que haya existido alguna circunstancia que hiciera dudar a los médicos de que las enfermeras fueran a actuar correctamente en relación con las medidas de seguridad que debían adoptar para evitar nuevos intentos de fuga por parte de los pacientes.

Ahora bien, la pregunta que seguidamente corresponde hacerse tiene que ver con la responsabilidad que de las enfermeras encargadas de la custodia de los pacientes, pues ha quedado claro que sobre ellas recaía la obligación de incrementar las medidas de seguridad relativas a aquéllos, pues les era posible prever que se podía producir una fuga, ya que, por una parte, existía la advertencia de los tratantes y, por otra, los comportamientos previos de los pacientes hacían previsible que la situación de fuga se presentaría una vez más. No obstante, el descuido en el que incurrieron las enfermeras y que propició que posteriormente se produjera la fuga de los pacientes no constituye una específica conducta punible, es decir, pues no existe el delito de fuga de centro hospitalario, ni mucho menos la modalidad imprudente de este; por lo tanto, la responsabilidad de aquellas sólo podría referirse a los resultados lesivos que finalmente trajeron como consecuencias las respectivas fugas de los centros hospitalarios, es decir, el suicidio y las lesiones personales; de modo que el comportamiento de las enfermeras se hubiera podido analizar en relación con el homicidio imprudente en el primer caso, y con las lesiones personales imprudentes, en el segundo caso.

Lo primero que hay que decir es que no es razón suficiente para atribuir responsabilidad imprudente por homicidio y lesiones personales imprudentes a las enfermeras el hecho de que la fuga hubiera sido

exige, por una parte, que el médico valore la idoneidad del personal para llevar a cabo la tarea asignada y, por otra, en ocasiones se exige la supervisión o comprobación de la actividad; por lo tanto, a falta de estos requisitos, el médico delegante no puede alegar en su favor el principio de confianza.

previsible y evitable si se hubieran adoptado las medidas de seguridad pertinentes –atendiendo los parámetros de la enfermera media ideal–, sino que, aparte de esto, para poder atribuirles responsabilidad penal por las consecuencias lesivas que se generaron, las enfermeras también debían poder prever que el comportamiento posterior a la fuga de los pacientes podría generar los resultados lesivos que finalmente se produjeron en cada caso en concreto. Pero además el juez tendría que valorar que el comportamiento descuidado de las enfermeras fue el que desencadenó el resultado que finalmente se produjo en comisión por omisión.

En el primer caso, según los hechos narrados en la sentencia del Tribunal Superior Justicia de Navarra, en la historia clínica consta que la paciente padece de una depresión endógena, con importante componente de ansiedad, y se señala también que la orden de vigilancia proviene de circunstancias que hacen previsible un intento de suicidio de la paciente, asimismo se relata como en el historial clínico se contienen numerosas referencias a ideas de muerte o de suicidio, insistiendo en la necesidad de vigilar cualquier intento de este. Lo anterior, por lo tanto, permite afirmar que las consecuencias del acto de fuga en este caso eran posibles de prever, atendiendo las condiciones que presentaba para entonces la paciente; es decir, el suicidio de la paciente era previsible para las enfermeras y evitable si se incrementaban las medidas de seguridad y control en el interior del centro clínico conforme al cuidado diligente.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que en este caso la conducta de las enfermeras a cargo del paciente no creó el riesgo de suicidio, dado que este ya existía desde el momento de ingreso y durante la estancia de la paciente en el centro hospitalario, pero lo que sí parece, es que el no reforzamiento de las medidas de seguridad en el interior de la clínica aumentó el peligro preexistente (que se daba socio-normativamente por

controlado) del suicidio de modo determinante y concreto⁸⁴⁹, pudiendo entonces concluirse que la responsabilidad imprudente en este caso resulta atribuible a las enfermeras. Sólo en el evento de que la enfermeras hubiesen incrementado las medidas de seguridad para evitar la fuga de la paciente y, no obstante, la misma se hubiere producido, decaería en responsabilidad en ellas, pues su

⁸⁴⁹ Al respecto vale la pena transcribir lo dicho por LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 1991, 240 s. cuando explica cómo debe entenderse la creación y el aumento determinante del riesgo en los delitos de comisión por omisión: “En estos casos, si el sujeto de pronto omite, dolosa o imprudentemente, cumplir su deber y desempeñar su función, entonces y por ello –es decir, no por algo diverso cronológicamente y en origen– la propia omisión crea el peligro, hasta ese momento inexistente o conjurado, puesto que, permitiendo que surja, lo desencadena y lo descontrola (lo que quiere decir que, para volver a controlarlo, y habría que hacer algo, si todavía es posible); o si se considera que ya había un cierto riesgo, pero controlado, la propia omisión, al descontrolarlo eleva enormemente las posibilidades de lesión, esto es, aumenta el peligro de modo determinante de la lesión. Así en los ejemplos antes mencionados, normativo-socialmente se considera –se da por hecho– que los recién nacidos están seguro y no corren riesgo de inanición mientras están con sus madres, y ello porque la alimentación de los pequeños es función absolutamente normal de la madre; por ello el peligro para la vida o la salud surge sólo cuando la madre, por decisión o por descuido, no alimenta al niño, o sea, que es esa omisión la que crea el peligro de lesión; lo mismo sucedería si el niño está al cuidado del padre, o de otra persona que se haya hecho cargo del pequeño. En el tráfico por ferrocarril –como en la circulación viaria– siempre hay un cierto riesgo para las personas y las cosas, pero ese riesgo se supone (normativo-socialmente) perfectamente controlado o conjurado mientras los encargados cumplan su función normal y habitual –y los restantes mecanismos o instalaciones funcionen correctamente, claro está–; por ello es la omisión del guardavías o del encargado de la estación, que no cumplen su función de cambiar las agujas o accionar la señalización, la que provoca un funcionamiento incorrecto del sistema y, con ello, la que crea el peligro de choque de trenes o, si se considera que siempre existe de modo abstracto y remoto ese peligro, la que aumenta y concreta de modo decisivo el peligro, que escapa al control anterior. Por último, en el caso del médico o enfermera de la U.V.I., hay un cierto peligro para la vida del enfermo, pero está bajo control; cuando el responsable deja de dar la medicación correspondiente es cuando y por lo que aumenta el peligro, quedando descontrolado hasta llegar a la muerte”.

comportamiento, además de estar ajustado al deber objetivo de cuidado, no creaba ni aumentaba el riesgo de suicidio de la paciente.

En el segundo caso, se advierte que la narración de los hechos no ofrece mayores datos, y por lo tanto, aquí y a diferencia del caso anterior, sólo podremos basarnos en hipótesis de lo que pudo haber acontecido para poder resolver la pregunta relativa a la responsabilidad por lesiones personales imprudentes de las enfermeras. En el presente caso la previsibilidad de las consecuencias que podría traer consigo la fuga del paciente están determinadas por el sitio por donde el paciente ya había escapado una vez, es decir, el hueco o ventana, y frente al cual no se tomaron las medidas pertinentes, bien para clausurar su acceso o para restringirlo de tal modo que ninguna persona pudiera acceder a él; esto por cuanto, como no se tienen antecedentes de intentos suicidas del paciente o de autoagresiones, lo único que podría brindar una idea a las enfermeras sobre las consecuencias de una fuga del paciente en el caso que se discute es la peligrosidad del lugar por donde se podía prever que este iba a huir en caso de intento de una nueva fuga del centro hospitalario; así, si el hueco o ventana por donde escapa el paciente objetivamente resulta peligroso y se puede advertir que si alguien intenta escaparse por allí puede lesionarse, podría considerarse una responsabilidad penal de las enfermeras, pues la omisión de adopción de medidas que clausuraran el hueco o ventana se aumenta de manera decisiva el peligro que finalmente se concreta en las lesiones físicas en el cuerpo del paciente.

En cualquier caso, cuando se produce la fuga de un paciente con trastorno mental de un centro hospitalario y como consecuencia de esta se producen lesiones para la vida o la salud de este, deben observarse unos prepuestos generales que podrían ayudar a la hora de determinar la responsabilidad de las personas que tienen bajo custodia y vigilancia al paciente: Lo primero que hay que tener en cuenta es que la fuga por si sola no supone responsabilidad penal para el personal, pues no

existe tipo penal que lo contemple expresamente, solo son punibles los resultados lesivos que se puedan producir como consecuencias de la fuga y los que pueden generar responsabilidad penal por imprudencia si no se adoptaron las medidas del deber objetivo de cuidado (y se cumplen los demás presupuestos de la imprudencia). En segundo lugar, si el cuidado del paciente corresponde a varias personas, habrá que acudir a los presupuestos establecidos en la división del trabajo en equipo. En tercer lugar, para poder atribuir la responsabilidad penal del médico o auxiliares, la fuga debe ser previsible y debe haber un descuido en la adopción de las medidas de seguridad del centro hospitalario que evitaran la fuga del paciente; pero no sólo la fuga debe ser previsible, sino también los peligros que puede conllevar la misma en un paciente en particular, debiendo comprobarse que la falta de adopción de medidas de seguridad, debiendo comprobarse por fin la fuga a su vez crean o aumentan un peligro de lesión para el paciente.

C) Error Diagnóstico.

El diagnóstico es uno de los aspectos más complejos del ejercicio médico y que comporta mayores riesgos de error, pero estos pueden mantenerse dentro de algunos límites tolerables. Un diagnóstico defectuoso se acepta en un amplio margen, dada la dificultad que puede entrañar acertar con un diagnóstico correcto, sobre todo cuando se han utilizado todos los medios de exploración y de análisis disponibles; por lo tanto, si se adoptan todas las medidas conforme al deber objetivo de cuidado al alcance del profesional de la salud, pero no obstante se yerra en el diagnóstico, no habrá responsabilidad penal para el médico. Pero excepcionalmente un error en el diagnóstico puede generar responsabilidad penal. De acuerdo con ROMEO CASABONA, la responsabilidad penal en el diagnóstico puede derivarse de varias situaciones: “a) cuando el médico adopta las medidas terapéuticas sin haber determinado previamente el diagnóstico; b) cuando establece el diagnóstico sin haber visto ni examinado al paciente; c) si para la

emisión del diagnóstico no se ha servido, siendo ello posible, de todos los instrumentos y aparatos que suelen ser utilizados en la práctica profesional; d) cuando no toma en consideración, al formular el diagnóstico, las eventualidades más remotas, pero que pueden ocurrir, y son tenidas en cuenta tanto en el plano científico como en el plano experimental. Pero también podrá derivarse responsabilidad, cuando habiendo practicado todas las exploraciones y análisis precisos, los resultados de los mismos no son tenidos en cuenta o no son suficiente valorados en el momento de la emisión del diagnóstico”⁸⁵⁰.

De acuerdo con la doctrina general del Derecho médico⁸⁵¹ y conforme a las reiteradas decisiones de la jurisprudencia⁸⁵², el error diagnóstico

⁸⁵⁰ ROMEO CASABONA, *La actividad curativa*, 1981, 255; el mismo, *El médico*, 1985, 73.

⁸⁵¹ Entre otros, ROMEO CASABONA, *La actividad curativa*, 1981, 255; FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, 1997, 466 ss.; CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad médica y Psiquiatría*, 2ª, 1998, 95; GARCÍA ANDRADE, *Responsabilidad médica*, 1998; DE VICENTE REMESAL *Controversia* 1 (2000), 98; HAVA GARCÍA, *Imprudencia médica*, 2001, 89; HERNÁNDEZ GIL/HERNÁNDEZ MORENO en: GALLARDO CASTILLO (dir.), *Responsabilidad jurídico-sanitaria*, 2011, 362 ss.

⁸⁵² Por ejemplo, STS 26-10-1983 (RJ 4799); STS 22-12-1986 (RJ 5575); STS 27-05-1988 (RJ 3849); STS 05-07-1989 (RJ 6091); 04-10-1990 (RJ 7662); 20-12-1990 (RJ 9680); STS 14-02-1991 (RJ 1056); STS 04-09-1991 (RJ 6021); 21-04-1992 (RJ 3174); 08-06-1994 (RJ 9347); 30-06-1995 (RJ 5160); STS 29-02-1996 (RJ 1339); STS 03-10-1997 (RJ 7169); STS 18-11-1998 (RJ 8632); STS 22-01-1999 (RJ 275); STS 26-02-2001 (RJ 1340); STS 06-07-2006 (RJ 6098); STS 30-03-2012 (JUR 148075). De igual manera, las Audiencias provinciales han seguido esta misma línea jurisprudencial, entre algunas recientes encontramos, SAP Madrid 24-07-2007 (JUR 326340); SAP Burgos 28-09-2008 (ARP 112); SAP Madrid 23-04-2008 (JUR 215508); SAP Valencia 17-02-2010 (JUR 185368); SAP Madrid 19-02-2010 (JUR 132988). FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, 1997, 467, realiza un análisis de algunas sentencias del TS y concluye que las pautas generales que se establecen en materia de error diagnóstico se pueden resumir en lo siguiente: a) Por regla general el error diagnóstico no constituye delito; b) salvo cuando se trata de un error diagnóstico grosero; sin embargo, no se diferencia cuando el error diagnóstico constituye culpa

por regla general no es criterio suficiente para responsabilizar penalmente al médico que ha incurrido en él, salvo que constituya un error de tal magnitud que sea inexcusable, es decir, que se aparte de lo que hubiera realizado un médico de nivel y preparación similar, en iguales circunstancias y con los mismos medios de que aquél disponía en el momento de incurrir en el error diagnóstico. De acuerdo con HAVA GARCÍA⁸⁵³, si el tratamiento efectuado es el adecuado a la patología que fue diagnosticada de manera errónea, este comportamiento no podrá considerarse como una infracción del deber objetivo de cuidado, salvo que el error diagnóstico sea de carácter burdo e inexplicable.

De acuerdo con lo dicho, se puede afirmar que en general, en las diferentes especialidades médicas, se reconoce cómo el diagnóstico siempre puede presentar un margen de error tolerable para los médicos, atendiendo a la inexactitud misma de la actividad sanitaria; por lo tanto, existe unanimidad al considerar que el error diagnóstico solo puede generar responsabilidad penal en aquellas situaciones en las que se hace evidente una infracción gravísima del deber objetivo de cuidado.

La situación del diagnóstico psiquiátrico resulta aún más compleja que en otras especialidades clínicas, al concebirse como inexacto, subjetivo y poco fiable, aunque el DMS y la CIE han tratado de establecer

civil y cuando es tan importante como para ser motivo de punibilidad penal. No obstante, respecto de esto último que sostiene este autor, existe una sentencia del TS en la que se puede observar que debe entenderse por error grosero y así diferencia cuando el error diagnóstico constituye culpa civil y cuando culpa penal, se trata de la STS 13-11-1992 (RJ 9651), se explica “que los simples errores científicos o de diagnóstico no pueden ser objeto de sanción penal, a no ser que sean de magnitud tal que de modo evidente se aparten de lo que hubiera detectado cualquier médico de nivel y preparación similar y con semejantes medios a su alcance, y lo mismo cabe decir de la mayor o menor precocidad o rapidez en el diagnóstico de algunas enfermedades que, como la gangrena gaseosa que aquí se presentó, tan graves consecuencias acarrear si no se detectan en el momento de su aparición inicial”.

⁸⁵³ HAVA GARCÍA, *Imprudencia médica*, 2001, 89.

parámetros que orientan al médico para definir acertadamente el diagnóstico; pero, tal y como vimos antes, estos manuales también presentan un amplio margen de error⁸⁵⁴ y por lo tanto no pueden ser las únicas guías clínicas de orientación diagnóstica, teniendo el médico la obligación de utilizar otras herramientas proporcionadas por normas técnicas que regulan la actividad, pero sobre todo de valorar las circunstancias específicas de cada paciente. En definitiva, dada la complejidad de los trastornos mentales, el margen de error es mucho más amplio que en las patologías orgánicas donde se cuenta con herramientas técnicas que permiten calificar más la enfermedad.

El error diagnóstico en la actividad psiquiátrica se puede generar por varias razones: confundir una enfermedad del sistema biológico con una enfermedad de tipo de trastorno mental, confundir comportamientos violentos con un trastorno mental⁸⁵⁵, las dificultades

⁸⁵⁴ Además han sido altamente criticados por un sector de la doctrina científica.

⁸⁵⁵ MARTÍNEZ HERNAÉZ/MEDEIROS-FERREIRA *Rev Psíqu Clín.* 37 (2010) 180 ss., realizan un interesante estudio en víctimas de *mobbing* el cual tiende a confundirse con patologías paranoides de quien padece el acoso laboral. (p. 181) “el *mobbing* no es una enfermedad, sino un comportamiento lesivo, sus efectos en la salud de los trabajadores son evidentes y en algunos casos han dado pie a confusiones diagnósticas que son objeto de esta revisión. Los síntomas y malestares más frecuentes suelen estar vinculados al estrés manifestado y a menudo articulado en el ciclo oscilatorio alerta-depresión-defensividad, como el dolor de espalda y articular, los diversos síntomas psicósomáticos, el trastorno del sueño, la falta de concentración y atención, las alteraciones de la memoria, la ansiedad y la depresión reactivas, la fatiga crónicas, la hipervigilancia reactiva, la irritabilidad y el aislamiento social, entre otros muchos. Estos síntomas son altamente inespecíficos y pueden formar parte de cualquier cuadro psicológico/psiquiátrico sin por ello suponer su categorización como trastorno. En su conjunto, y si la intensidad de la sintomatología altera el funcionamiento cotidiano del afectado, se pueden identificar como manifestaciones del llamado ‘trastorno de estrés por coacción continuada’ (*prolonged duress stress disorder* – PDSD), el cual adopta los mismos síntomas que el trastorno por estrés postraumático, aunque no se cumplan todos los criterios diagnósticos de esta última nosología (especialmente no se cumple el criterio A1 del DSM-IV-TR). Por otro lado, algunas estimaciones afirman que el *mobbing* aparece estrechamente relacionado con

de la estabilidad diagnóstica en algunos trastornos mentales⁸⁵⁶, por clasificar erróneamente el trastorno mental, por errar en la graduación de la gravedad de la patología psíquica, es decir, diagnosticar una psicosis como grave, cuando en realidad se trataba de una psicosis leve, etc.. La problemática del error diagnóstico es que a su vez, puede originar un error en el tratamiento y, por lo tanto, un mal diagnóstico siempre guarda una estrecha relación con el tratamiento, toda vez que se acrecienta el riesgo de producir daño en el enfermo⁸⁵⁷.

Las dificultades que genera el diagnóstico en la actividad psiquiátrica hacen que, en caso de presentarse un error de diagnosis, el tratamiento jurídico-penal que deba dársele a este sea el mismo que se le viene dando por la doctrina y la jurisprudencia a las demás especialidades clínicas, pues, aunque se reconozca que en materia psiquiátrica las imprecisiones diagnósticas puedan ser mayores, esto no es motivo suficiente para que se excluya de manera absoluta de responsabilidad al médico cuando incurra en un error sobre una patología mental, toda vez que este de todas maneras siempre debe guardar la correspondiente diligencia; así que, cuando el error diagnóstico sea inexcusable y se pruebe que el médico contaba con herramientas que le permitían no errar, deberá responder penalmente por imprudencia, siempre que se den el resto de los requisitos.

otras enfermedades (dolencias coronarias, cáncer, hipertensión, trastornos digestivos, etc.), con comportamientos de riesgo (adicciones, accidentalidad viaria y laboral) y con el suicidio”. Consideran que por lo general se tiende a confundir el *mobbing* con algunos trastornos mentales graves como trastornos paranoides, de personalidad y bipolar.

⁸⁵⁶ Como es el caso de los trastornos bipolares que sólo identificarse bajo un seguimiento de largo plazo sobre el paciente. Al respecto puede verse LÓPEZ CASTROMÁN y otros *Actas Esp. Psiquiatr.* 36 (2008), 205-209.

⁸⁵⁷ GÓMEZ JARA, *Trastornos*, 2008, 63 s.

En esta materia se encuentra una sentencia y un auto de sobreseimiento de AP, la primera, condena al médico por error diagnóstico y, el auto, por el contrario, decreta el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones, por considerar que los hechos denunciados no son constitutivos de infracción penal.

El caso en el que se condena a un médico con especialidad en neuropsiquiatría por el delito de lesiones por imprudencia grave lo encontramos en la SAP Valencia 07-03-2002⁸⁵⁸ que confirma la sentencia del Juzgado de lo Penal número 10 de Valencia. En este caso el médico tratante confunde una patología orgánica, con un trastorno mental, el cual fue tratado durante diez años a través de neurolépticos, hasta que finalmente el paciente es llevado a otro especialista, quien, mediante pruebas diagnósticas, descubre que realmente al paciente lo aqueja un tumor cerebral. El comportamiento que se reprocha al médico tiene que ver con la ausencia de una exploración neurológica que debió haber realizado al enfermo, pues cuando este acude a su consulta se queda con la información percibida en aquel momento, es decir, la ceguera del paciente en ambos ojos y la información recibida por la esposa de aquel, que refería a cuadros de alucinaciones y delirios transitorios, manifestación que le resultó suficiente al galeno para diagnosticarle un trastorno psíquico, que fue tratado por varios años con neurolépticos, omitiendo realizar el análisis que cualquier médico medio ideal hubiera prescrito, como por ejemplo, un electroencefalograma, una fundoscopia o fondo de ojos, un TAC cerebral o una resonancia magnética para comprobar o descartar el origen orgánico de la enfermedad⁸⁵⁹. Señala la Audiencia, y con razón, que lo

⁸⁵⁸ JUR 138280.

⁸⁵⁹ Sobre el cuadro clínico real del paciente se dice en la sentencia lo siguiente: “Durante los meses siguientes y años siguientes el enfermo permaneció en su casa, siendo visitado por el médico de cabecera de la Seguridad Social, hasta que el 23 de junio de 1998 ingresa en el Hospital La Fe por un síndrome febril, con cuadro de desconexión total con el medio, hipofonía en flexión de las cuatro extremidades e

censurable de la conducta de este profesional tiene que ver con la conducta omisiva de este al no realizar pruebas que hubieran sido exigibles para brindar un adecuado diagnóstico⁸⁶⁰. En este caso, tiene razón la AP al confirmar la condena del profesional de la salud, pues no cabe duda de que el error diagnóstico no se debió a las dificultades que presentan algunas patologías para ser descubiertas, sino al más simple de los descuidos profesionales, como es el hecho de acudir a pruebas diagnósticas que estaban al alcance del galeno y que hubiera empleado cualquier profesional diligente y cuidadoso puesto en la misma situación de aquel.

incontinencia urinaria y fecal. Al practicársele un TAC cerebral y una resonancia magnética cerebral se le aprecia una grave tumoración frontoparietal de 9'5 × 8'1 × 7'0 centímetros, que le comprime y desplaza el cerebro con hernia subfalcina y uncal; de lo que fue operado el 9 de julio siguiente, tras las exploraciones pertinentes con diagnóstico de meníngioma meningotelial, de unos diez años de evolución: quedándole como secuelas la pérdida de la visión bilateral, desorientación tempoespacial, dificultad para la comprensión y emisión del lenguaje y dificultad para la movilización de las cuatro extremidades, así como incontinencia esfinteriana.”

⁸⁶⁰ El argumento expresamente refiere a “lo censurable en la conducta del acusado es su actitud remisa a la hora de efectuar todas aquellas pruebas que le serían exigibles, para dar un diagnóstico definitivo a su paciente, y no conformarse con superficiales afirmaciones sobre su posible origen, lo que determina que finalmente, por considerarlo un enfermo crónico, le de el alta, abandonándolo, por su mero diagnóstico, de alguna manera a su suerte, dejando que su mal siga su evolución ordinaria, hasta el punto que por el propio desarrollo de su tumor, se estado fuera ya crítico, motivando una intervención de urgencia, mas amplia, que permitió que finalmente fuera detectado, lo que lamentablemente por su gran desarrollo, como el mismo llega a reconocer en una de sus declaraciones, sería evidente incluso para un médico no muy experimentado. Conducta omisiva, que como perfectamente razona el Juez a la hora de desarrollar y explicar el resultado de la prueba, y de forma muy especial la que suponen los informes de los especialistas en la materia, era exigible a cualquier profesional la practica de las pruebas diagnósticas cuya falta se censura, al margen de por ser la praxis ordinaria, por lo infrecuente que son los casos de «ceguera histórica», y más en hombres, sobre todo cuando se dan junto a problemas de incontinencia urinaria, (a los que en contra de los que se pretende ya hace referencia en su certificación final), que directamente apuntan a una posible causa orgánica, no psicológica del problema”.

Una situación completamente contraria a la anterior, es presentada recientemente en la AP Soria 08-02-2009⁸⁶¹ que confirma el auto de sobreseimiento del Juzgado de Instrucción número 2 de Soria archivando las diligencias en contra de un médico que estaba siendo procesado por un delito de homicidio por imprudencia. Se trata de un paciente que es internado en el Hospital Santa Bárbara de Soria por un problema de insuficiencia respiratoria aguda, encontrándose además en un tratamiento por depresión de la que estaba evolucionando positivamente; por lo tanto, atendiendo a que el paciente ingresó en el centro hospitalario debido a una deficiencia respiratoria y que se observaba mejoría respecto de la depresión, esa situación dificultaba diagnosticar un trastorno mental grave que finalmente concluye en el suicidio del paciente. Por lo tanto, la decisión de la AP de Soria no se aparta en absoluto de la ya tomada por el Juzgado de Instrucción, toda vez que el paciente fue internado por una patología orgánica y, si bien venía siendo tratado por depresión, los resultados del tratamiento que esta última arrojaba no permitían diagnosticar un cuadro psiquiátrico mucho más grave⁸⁶².

⁸⁶¹ JUR 109438.

⁸⁶² Expresamente se señala en el auto lo siguiente: “En efecto, es importante señalar que D. Juan María ingresó el día 20 de junio de 2007, en el Hospital Santa Bárbara de Soria por un problema de insuficiencia respiratoria aguda. Además se encontraba en tratamiento por depresión, según consta en el informe de ingreso. En este sentido, del informe médico de la Dra. María Luisa, psiquiatra que trataba a D. Juan María, deducimos que el enfermo estaba mejorando; y así la citada Doctora, dice en sus anotaciones del día 9 de mayo de 2007 (el último, antes del fallecimiento), que ‘Viene con la esposa. Refiere que se encuentra en general bien. Estos días tose. Tos irritativa. La mujer dice que está muy bien. Sale y se relaciona. Come muy bien, aumento de apetito. No torpeza al caminar. Le gusta el deporte. Igual tratamiento’ (...)Es evidente que tras su muerte sea posible concluir que la depresión que sufría le llevó a tomar la decisión de acabar con su vida, pero el momento que hay que analizar es el anterior al luctuoso hecho, y en dicho momento, repetimos, no era posible prever la decisión

Las razones de esta decisión son coherentes con lo dicho anteriormente, las dificultades diagnósticas que pueden presentar las patologías psíquicas deben ser valoradas de acuerdo las circunstancias específicas de cada caso en concreto; si el médico se ha comportado diligentemente y ha actuado como lo haría cualquier otro puesto en su misma posición y circunstancias, no habrá porque responsabilizarlo penalmente si concurre algún error diagnóstico.

Los argumentos expuestos por las AP en estos dos casos simplemente dan cuenta que el error diagnóstico de un trastorno mental va a influir a la hora de determinar la existencia o no de una imprudencia médica, aunque las dificultades diagnósticas en Psiquiatría pueden ser mayores en otras especialidades. El carácter inexacto del diagnóstico no es

suicida, y tomar medida alguna en tal sentido, máxime cuando el enfermo estaba mejorando, tal y como puede deducirse de su historia Clínica/A similar conclusión llega el Auto de la Audiencia Provincial de Girona, de 28 de enero de 2002 , que en un caso similar establece que: ‘Debe de tenerse en cuenta que el análisis de la conducta de la imputada, en concreto sobre el juicio de probabilidad de la producción del resultado lesivo, debe de hacerse no sólo desde un plano objetivo, sino también subjetivo, en atención a los concretos datos o conocimientos poseídos de la situación de la paciente, y de los que poseía la Dra. Ana -según resulta no sólo de sus declaraciones sino del historial médico de Encarnación en el Hospital Psiquiátrico- nada, al margen del mencionado riesgo hipotético, por no ser habitual, de suicidio en un paciente con un cuadro confusional, podía hacerle fundadamente prever que Encarnación intentaría suicidarse y, en consecuencia, obligarle extremar las medidas de cautela, es decir adoptar otras específicamente tendentes a prevenir un acto suicida, más allá de las que suelen adoptarse cuando dicha conducta autolítica no se advierte como de probable concurrencia’/En relación al hecho de que el enfermo escapó de su habitación sin que el personal sanitario lo advirtiera, hay que manifestar que la ausencia tuvo lugar en horas nocturnas, siendo a las 03,30 horas cuando se visitó al paciente por última vez, estando tranquilo y dormido; no existiendo indicación médica alguna que exigiera la vigilancia constante, puesto que estaba mejorando del problema respiratorio, que repetimos, era la causa del ingreso.”

motivo suficiente para afirmar *per se* la responsabilidad penal en la que pueda incurrir el médico, sino que, en estos casos por lo tanto, lo adecuado será acudir a los criterios generales que sobre este tema ya tienen definidos la doctrina y la jurisprudencia.

4. Recapitulación

- 1.** La enfermedad mental presenta características que la hacen diferente de la patología orgánica; por ejemplo, la enfermedad psíquica genera una pérdida de libertad del sujeto frente a sí mismo, aparecen estructuras psíquicas nuevas y cualitativamente distintas a las que tienen los sanos, altera el control de la realidad, dificulta el control y la interacción social. En Psiquiatría, por tanto, el concepto de enfermedad va a plantear un serie de dificultades que van a condicionar y limitar ostensiblemente al médico al momento de emitir un diagnóstico y definir el tratamiento frente a lo sucede en una enfermedad orgánica.
- 2.** La responsabilidad del médico especialista (en Psiquiatría y Medicina familiar) podría verse comprometida si este ha actuado imprudentemente; sin embargo, en la Psiquiatría el deber objetivo de cuidado y los riesgos que puede producir el tratamiento de la persona con alteración mental, no son tan fáciles de determinar como en las enfermedades orgánicas, más aún si tenemos en cuenta que en ocasiones y dependiendo de la patología psíquica, el paciente puede estar con incapacidad de autodeterminarse, lo que exigiría del médico un mayor cuidado y diligencia. Pero esa observancia del debido cuidado no puede operar de manera absoluta, ya que existen unos límites que es necesario analizar a la hora de definir si efectivamente las lesiones del paciente con trastorno mental han sido el producto de negligencias del facultativo.

- 3.** En la actividad sanitaria en general, la determinación del contenido del deber objetivo de cuidado presenta algunos problemas de índole práctico, doctrinal y jurisprudencial; ahora bien, tratándose particularmente de la Psiquiatría, la situación no deja de ser compleja, por varias razones, entre ellas, la dificultad que genera la determinación del baremo en el deber objetivo de cuidado atendiendo que la actividad psiquiátrica conforme con el sistema de salud es desarrollada por médicos de familia correspondientes al nivel de Atención Primaria, quienes sin ser especialistas en Psiquiatría asumen el papel de psiquiatras; la contaminación ideológica de la Psiquiatría; la imprecisión respecto de las normas que regulan *lex artis* en la actividad psiquiátrica; la diversidad de tratamientos que existen en materia de Psiquiatría y que dificultan la unificación de criterios para la normativización de los procedimientos; la existencia de diversas escuelas y concepciones, que impide delimitar con mayor seguridad el deber objetivo de cuidado.
- 4.** El médico de familia cumple un papel fundamental dentro de la APS, siendo atribuidos a él, entre sus múltiples funciones, la atención, el diagnóstico y el tratamiento del paciente psiquiátrico, lo que haría pensar en principio que sin ser psiquiatra, al tener competencias de atención, diagnóstico y tratamiento del paciente con trastorno mental asume las funciones de un especialista en Psiquiatría.
- 5.** En la práctica, se estima que el 9.1% de la población que asiste a consulta en APS padece alguna enfermedad mental, pudiendo considerarse que la demanda en la prestación de este servicio se amplía cada vez más; por lo tanto, en la actividad diaria del médico de familia cada vez es más frecuente la atención de pacientes con trastornos psíquicos; sin embargo, se reconoce que

la formación de los médicos de familia es insuficiente y, aunque su trabajo debe encontrar respaldo en el equipo médico especializado, en la actualidad no es así, no se trata de un trabajo coordinado; por el contrario existen discrepancias entre uno y otro respecto del diagnóstico y el tratamiento que se debe aplicar a los pacientes que padecen alguna enfermedad mental, y, aunque los médicos de familia reconocen tener los conocimientos adecuados cuando se trata de trastornos del ánimo, de ansiedad, trastornos adaptativos, del sueño, de conversión, hipocondría, también declaran su dificultad para tratar algunas patologías psiquiátricas, como por ejemplo esquizofrenia, trastornos psicóticos, de conducta alimentaria y por uso de sustancias.

- 6.** Es evidente que el médico de familia debe asumir amplias competencias en el mundo sanitario, mas aún si se tiene en cuenta que su principal función será la de brindar una atención integral al paciente y a la comunidad –desprovista de una especialidad orgánica en concreto–, y aunque dentro de sus funciones encontramos que debe hacerse cargo del diagnóstico, tratamiento y seguimiento de pacientes con trastorno mental, esa función por sí sola no lo convierte en un especialista en Psiquiatría; por lo tanto, a la hora de juzgar un comportamiento imprudente, no se le podrán exigir iguales conocimientos a los de un especialista, aunque sí puede ser cuestionado por una conducta imprudente, si no remite al paciente al segundo nivel asistencial cuando los conocimientos básicos que posee sobre la patología sobrepasen a los de un médico de familia medio ideal o considere que le faltan recursos para continuar ocupándose del tratamiento u omite atender las indicaciones del especialista, salvo que estas sean abiertamente erróneas.

- 7.** Cuando el médico de familia en el ejercicio de su actividad, asume funciones de diagnóstico, tratamiento y seguimiento del paciente

con trastorno psíquico, en el evento en que se produjese un resultado lesivo para la vida, para la salud del paciente o de terceras personas, el juez para valorar si ha existido una infracción del deber objetivo de cuidado, deberá comparar su conducta con la de un médico de familia diligente y cuidadoso; es decir, deberá analizar cómo hubiera actuado este en las mismas condiciones en las que se encontraba el primer profesional; no obstante, en aquellos casos en los que el médico de familia posea conocimientos especiales en Psiquiatría superiores a los que podría tener un médico de familia común que presta sus servicios en APS, el juez deberá añadir en su valoración ese conocimiento especial.

- 8.** En Psiquiatría particularmente es extenso el debate sobre el contenido de la *lex artis*, para algunos se debe promover la creación de normas técnicas para hacer más segura la actividad, pero para otros, la protocolización de los procedimientos no es más que el producto de la manipulación de las empresas farmacéuticas para medicar a los pacientes con trastorno mental, o es sólo el criterio caprichoso de algunas escuelas científicas y, por lo tanto, prefieren acudir a las normas de la propia experiencia para ejecutar la actividad.

- 9.** El DSM es una guía ilustrativa y útil como norma técnica de la actividad psiquiátrica, pero sólo puede servir como una herramienta para orientar la definición del diagnóstico del paciente; el médico siempre debe considerar las limitaciones que presenta el mismo manual y las dificultades que la doctrina especialista ha advertido sobre su uso; el clínico debe ser cauto e ir más allá de lo establecido en el documento, debiendo acudir a otras guías y protocolos clínicos, teniendo en cuenta, además, las particularidades de los signos y síntomas que presente cada

paciente y las circunstancias específicas que rodeen cada caso en particular.

- 10.** Los beneficios que puede presentar la utilización de las GPC son evidentes, pues van a servir de criterio orientador para que el médico pueda tomar una decisión conforme a los lineamientos de la *lex artis* en salud mental.
- 11.** Los únicos protocolos que forman parte de la *lex artis* son los que se encuentran en la clasificación de protocolos clínicos. Los protocolos clínicos de la actividad psiquiátrica en general, aunque constituyen un avance para brindar seguridad al paciente y al personal de la salud, tienen límites para los procedimientos que allí se enuncian, pues abarcan situaciones genéricas que obligan al profesional a adaptar los protocolos a las circunstancias específicas de caso en concreto y de cada paciente en particular.
- 12.** El paciente con trastorno mental por regla general es el titular del derecho a la información, aunque excepcionalmente podrán serlo su familia o terceros allegados a este. El paciente deberá conocer el diagnóstico, el pronóstico, tratamiento y las distintas opciones terapéuticas, pero también se le deberá informar sobre las recomendaciones que debe adoptar para que el tratamiento arroje los resultados de curación o estabilización deseados, las contraindicaciones que puede tener cada procedimiento, acompañado de los cuidados que debe adoptar.
- 13.** La información que debe ser suministrada al paciente con trastorno mental o en su defecto a terceros de manera primordial, es aquella que tiene que ver con la información clínica y la información terapéutica.

- 14.** La información terapéutica no es más que la información técnica que debe ser comunicada obligatoriamente al paciente y cuando sea necesario a terceros cercanos a este para que se adopten las medidas pertinentes para que el tratamiento surta los efectos deseados; por lo tanto, la omisión de esta información o el suministro inadecuado de la misma podría traer consigo resultados lesivos para la vida o la salud del paciente, ya que forma parte del tratamiento como tal, pues puede afectar el éxito de la terapia; además opera como exigencia derivada de las reglas técnicas del arte médico, pasando a formar parte del conjunto de presupuestos que conforman la *lex artis*.
- 15.** La información clínica es aquella que debe ser suministrada al paciente para que brinde el consentimiento; es decir, que esta información actúa como presupuesto del consentimiento y permite al paciente de manera libre y voluntaria decidir la opción de tratamiento que considere pertinente de acuerdo con las alternativas, riesgos, secuelas, efectos secundarios, etc.. Por lo tanto, la ausencia o suministro defectuoso de la información clínica, sólo afecta el consentimiento, pero no la *lex artis*, toda vez que esta constituye una norma técnica.
- 16.** En cualquier tratamiento psiquiátrico el facultativo deberá contar con el consentimiento previo del paciente y excepcionalmente de terceros, el consentimiento dependiendo del procedimiento, puede ser expreso o tácito; debe tenerse en cuenta, además, que el contenido de la información para que el paciente se decida por un determinado procedimiento no puede depender de formularios estándar, sino que deben adaptarse a cada situación en concreto atendiendo las circunstancias específicas del paciente y de la patología que se pretenda tratar.

- 17.** En la actividad psiquiátrica la *lex artis* tendrá la misma naturaleza y contenido que en otra especialidad clínica, es decir, debe entenderse como la aplicación de reglas técnico-médicas a casos similares; se trata de que en la actuación conforme al cuidado debido se utilicen las normas y reglas técnicas, guías clínicas y protocolos clínicos propios de los procedimientos que se utilizan en la ciencia médica, en este caso en particular, en la actividad psiquiátrica.
- 18.** En España en la actividad psiquiátrica, las reglas técnicas que conforman la *lex artis* están constituidas por el DSM –en la parte que este describe los procedimientos que se deben seguir para establecer el diagnóstico de una patología psiquiátrica–, las guías y protocolos clínicos diseñados por las comunidades científicas hospitalarias, por las comunidades Autónomas y por la comunidad internacional que han establecido los procedimientos clínicos y definido las actuaciones médicas que deben adoptarse para tratar las enfermedades de trastorno mental.
- 19.** El facultativo orientará los procedimientos y tratamientos clínicos empleando como presupuesto de la actividad las GPC y los protocolos clínicos que se hayan diseñado por las comunidades científicas para tratar cada uno de los trastornos mentales; sin embargo, siempre habrá que atender las circunstancias particulares de cada paciente en concreto.
- 20.** Por lo anterior, la *lex artis* en Psiquiatría está compuesta por las GPC, los protocolos clínicos y la información terapéutica que constituyen los presupuestos técnicos de los tratamientos y procedimientos psiquiátricos, toda vez que estos coinciden con el concepto de *lex artis* que se aprecia al inicio de este trabajo, entendida esta como la aplicación de las reglas técnico-médicas a casos similares; es decir, se trata de la actuación conforme al

cuidado debido, utilizando las normas, reglas técnicas y protocolos propios de los procedimientos que se utilizan en la ciencia médica y en este caso en la actividad psiquiátrica. Sin embargo, también hay que aclarar que la infracción de la *lex artis* no deriva inmediatamente en una imprudencia médica, sino que sólo sirve de indicio para determinar una falta al deber objetivo de cuidado, pues debe insistirse que las normas sobre *lex artis* deben complementarse –sobre todo en la actividad psiquiátrica– con las circunstancias específicas que rodean el caso y los rasgos particulares del trastorno mental que padece el paciente en particular

21. El suicidio y el parasuicidio son unos de los riesgos que más predominan en los comportamientos de los pacientes con trastorno psiquiátrico; sin embargo, si un paciente bajo tratamiento se suicida o intenta hacerlo, esa circunstancia no genera por sí sola consecuencias penales para el facultativo que lo atiende.

22. La previsibilidad del comportamiento suicida se puede lograr a través de una valoración personal que el médico realice a los pacientes; por lo tanto, si existe riesgo, el médico deberá comportarse adoptando las medidas de diligencia y cuidado que aplicaría un profesional diligente en su misma situación para evitar cualquier resultado lesivo. Existen situaciones en las que no se podrá responsabilizar por imprudencia al médico especialista, bien porque no le fue posible prever que el trastorno psíquico que presentaba el paciente constituye un factor de riesgo suicida; o cuando habiendo previsto el riesgo del suicidio el médico ha adoptado las medidas necesarias para evitar el peligro; o bien, porque aunque el facultativo no haya tomado las medidas de precaución necesarias, el suicidio era inevitable.

23. No siempre que exista un suicidio y una omisión respecto del tratamiento médico, se le puede atribuir responsabilidad penal al profesional por la muerte del paciente; siempre habrá que analizar las variables que pueda presentar cada caso en concreto y aplicar a los presupuestos teóricos generales de la omisión impropia, pues no basta que el médico haya asumido un compromiso de atención del paciente, ni que sea previsible el resultado, sino que también es necesario verificar que el comportamiento omisivo del facultativo creó o aumentó de manera determinante (en el plano socio-normativo) el peligro para el bien jurídico del sujeto suicida.

24. La fuga constituye otro de los riesgos a los que se puede ver expuesto el paciente con trastorno mental. La fuga se define como la marcha o desaparición del enfermo del centro hospitalario en el que se encuentra internado sin aviso ni autorización del médico tratante. Las fugas pueden provocarse bien sea porque el paciente busca regresar por todos los medios a su entorno social o familiar o simplemente porque responde a una manifestación clínica del paciente como consecuencia de las patologías psiquiátricas que padece, como por ejemplo el hecho de escaparse para poder consumir alcohol, drogas, porque tiene ideas de persecución, de delirio, alucinación, para sentirse libre, entre otros somáticos.

25. En las fugas la persona con trastorno mental puede llevar a cabo actuaciones que comprometen su integridad física, pudiendo generar autolesiones que van desde las lesiones personales hasta el suicidio.

26. Cuando se produce la fuga de un paciente con trastorno mental de un centro hospitalario y como consecuencia de esta se producen lesiones para la vida o la salud de este, para determinar

si existe responsabilidad penal de las personas que tienen bajo custodia y vigilancia al paciente, lo primero que hay que tener en cuenta es que la fuga por sí sola no implica responsabilidad por falta de tipicidad de una conducta punible de quien tiene obligación de control del paciente, solo son punibles los resultados lesivos que se puedan producir como consecuencia de la fuga si suponen una imprudencia por no haberse adoptado las medidas que impone el deber objetivo de cuidado. Si el cuidado del paciente corresponde a varias personas, habrá que acudir a los presupuestos establecidos en la división del trabajo en equipo. Para poder atribuir la responsabilidad penal del médico o auxiliares, la fuga debe ser previsible y debe haber un descuido en la adopción de las medidas de seguridad del centro hospitalario que evitaran la fuga del paciente. Pero no solo la fuga debe ser previsible, sino también los peligros que puede conllevar la misma en un paciente en particular, comprobándose efectivamente que la falta de adopción de medidas de seguridad que provocan la fuga a su vez crean o aumentan de manera determinante (en el plano socio-normativo) un peligro de lesión para el paciente.

- 27.** El error diagnóstico puede presentarse en la actividad psiquiátrica. El diagnóstico psiquiátrico resulta, por lo general, más complejo que en otras especialidades clínicas, al concebirse en ocasiones como inexacto, subjetivo y relativamente fiable, aunque el DMS y la CIE han tratado de establecer parámetros que orientan al médico para definir acertadamente el diagnóstico; tal y como vimos anteriormente, estos manuales también presentan un amplio margen de error y por lo tanto no pueden ser la únicas guías clínicas de orientación diagnóstica, teniendo el médico la obligación de utilizar otras herramientas, pero sobre todo de valorar las circunstancias específicas de cada paciente.

28. En caso de presentarse en la actividad psiquiátrica un error de diagnosis, el tratamiento jurídico-penal que deba dársele a este, será el mismo que se le viene dando por la doctrina y la jurisprudencia en de errores diagnóstico en las demás especialidades clínicas, pues, aunque se reconozca que en materia psiquiátrica las imprecisiones diagnósticas pueden ser mayores, ello no es motivo suficiente para que se excluya de manera absoluta de responsabilidad al médico cuando incurra en esta clase de error, toda vez que el facultativo de todas maneras debe guardar diligencia debida, sin importar la especialidad que tenga; por lo tanto, cuando el error diagnóstico sea inexcusable y se compruebe que el médico contaba con herramientas que le permitían no errar, deberá responder penalmente por imprudencia, si se dan los demás requisitos de la misma.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo he intentado exponer cuestiones problemáticas en torno a la responsabilidad penal por imprudencia en el ejercicio de la actividad sanitaria, plasmando las diferentes discusiones que se producen en la doctrina y en la jurisprudencia en cada una de las temáticas planteadas, pero a la vez adoptando una postura personal sobre cada uno de los asuntos tratados, postura que he procurado ir exponiendo al final de cada sección que compone los tres capítulos de esta tesis doctoral y que, a su vez, ha quedado resumida al final de cada capítulo en una subapartado que he denominado “recapitulación”; por lo tanto, ahora me limitaré a resumir brevemente las citadas conclusiones.

I

En términos de la teoría general, la imprudencia se define como la infracción del deber objetivo de cuidado determinado por normas jurídicas, reglamentarias, técnicas, científicas o de experiencias humanas, de un hombre que con su actuación le era previsible y evitable la lesión al bien jurídico, causando como consecuencia un resultado típico no querido e imputable objetivamente a su acción.

II

El término genérico empleado para definir la imprudencia es el mismo que debe aplicarse para la imprudencia médica; sin embargo, las características de esta actividad, debido a lo específico de la profesión y los problemas de indeterminación jurídica que existen en relación a ello, suponen que lo relativo a la imprudencia médica sea tratado con mayor detenimiento, pues no es lo mismo analizar conductas imprudentes de actividades normales de la vida común que hacerlo cuando se trata de

actividades médicas, pues van a existir elementos que requieran una mayor delimitación en la actividad sanitaria.

III

La imprudencia médica, se concibe como la infracción del deber objetivo de cuidado de un facultativo o auxiliar de la salud que ha dejado de actuar conforme al cuidado diligente, causando con su comportamiento un resultado lesivo para la salud o la vida del paciente, siempre y cuando exista una relación de causalidad entre la conducta y el resultado, siendo imputable objetivamente este último. La conducta del médico o auxiliar para considerarse infractora del deber objetivo de cuidado ha de compararse con la de otro médico o auxiliar que puesto en la misma situación de aquél hubiera actuado diligentemente, dado que el resultado inherente a la actividad desplegada le era previsible y evitable.

IV

Una conducta será considerada imprudente, cuando entre otras cosas, cuando se ha infringido el deber de cuidado. En el ejercicio de la Medicina se puede considerar que es casi infinito el número de técnicas y protocolos que deben tenerse presentes en el momento de realizar una de las tantas actividades que impone el desarrollo del ejercicio de esta profesión. Lo anterior, por lo tanto, implica que se presenten dificultades de tipo teórico y práctico que dificultan el establecimiento y la delimitación del “deber de cuidado” en la actividad médica, dado que se trata de una labor que se encuentra determinada por el continuo progreso de la ciencia médica, la aparición de extrañas y diversas patologías y la complejidad en las distintas especialidades.

V

El deber de cuidado se compone de elementos normativos y fácticos, es decir, por el conjunto normativo que regula la práctica de la actividad sanitaria y por las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que se lleva a cabo esta, los medios al alcance del profesional, el grado de urgencia, la especialidad del profesional y las circunstancias que en general puedan afectar a la situación en concreto.

VI

La determinación del contenido del deber de cuidado a partir de estructuras normativas y fácticas debe analizarse partiendo del baremo del hombre medio ideal. Así, en el caso de la profesión médica, el comportamiento ideal es el que debe servir como parámetro indicador de la imprudencia médica. Por lo tanto, el juez en el momento de realizar la valoración, deberá comparar la conducta del médico al que se acusa de haber infringido el deber objetivo de cuidado con la del galeno medio ideal diligente desde el punto de vista del Derecho.

VII

En la doctrina se ha venido discutiendo si las capacidades y conocimientos individuales especiales que posee el médico también deben incluirse en el momento de valorar una infracción del deber objetivo de cuidado, pese a que el profesional de la salud hubiese actuado dentro del baremo del hombre medio ideal. En primer lugar, habrá que decir que aquí se ha aceptado distinguir entre capacidades y conocimientos especiales; así, las capacidades son aquellas aptitudes o habilidades innatas que posee el médico en particular para el desempeño de su actividad, mientras que los conocimientos individuales son entendidos como los que, en un puro caso de

aprendizaje, ha ido adquiriendo el galeno a lo largo del desempeño profesional o por el estudio de su disciplina, obteniendo un especial conocimiento sobre situaciones o casos concretos. En segundo lugar, se considera que se debe partir de un concepto objetivo del deber de cuidado, lo que se corresponde con lo que haría un buen profesional sanitario desde el punto de vista del Derecho. Si atendemos a los criterios de transmisibilidad u objetivización de los que habla LUZÓN PEÑA, perfectamente en el evento de presentarse alguna consecuencia lesiva para la vida o la salud del paciente, el juez en el momento de realizar el juicio de valor sobre la infracción del deber objetivo de cuidado, deberá poner un médico ideal en la misma situación de aquel que posee los conocimientos especiales, ya que este componente superior puede ser aprendido por la generalidad de los profesionales sanitarios, lo que le permite al juez adicionar en el médico medio ideal datos sobre el nivel de preparación superior del sujeto. En tercer lugar, cuando se trate de capacidades especiales, toda vez que estas no pueden ser objetivizadas ni transmitidas como sucede con los conocimientos superiores, el médico que ha dejado de utilizar sus habilidades superiores (circunstancias personalísimas) y simplemente ha actuado conforme lo haría otro médico de manera prudente y diligente no habrá infringido el deber de cuidado. Por último, en lo que tiene que ver con los conocimientos y capacidades inferiores, se está de acuerdo con quienes consideran que estos no forman parte del tipo de injusto, sino de la culpabilidad, toda vez que estas circunstancias se corresponden con la exigibilidad individual de la conducta del sujeto, y esto sólo puede analizarse en sede de culpabilidad, bien sea para atenuar o bien para excluir la responsabilidad del médico.

VIII

Un concepto de *lex artis* en su sentido más amplio, entendida como norma consuetudinaria y que escasea en los textos legales, para la actividad médica resulta bastante complejo y sería contradictorio con el

aspecto normativo del deber objetivo de cuidado; así que el fundamento normativo del deber de cuidado debe estar compuesto por normas jurídicas y técnicas que regulan la profesión sanitaria. Por lo tanto, en la *lex artis* médica, los usos y costumbres sociales no representan un concepto válido.

IX

Una de las ventajas que conlleva acudir a la *lex artis* consiste en que permite prescindir de la apreciación subjetiva y conduce a que la conducta médica se compare con una conducta tipo o modelo que se toma como unidad de medida y que se supone es como hubiese actuado un profesional prudente y conocedor de la ciencia y técnicas exigibles en esas circunstancias en su profesión.

La *lex artis* en materia sanitaria será entonces la aplicación de las reglas técnico-médicas a casos similares; es decir, se trata de la actuación conforme al cuidado debido, utilizando las normas, reglas técnicas y protocolos propios de los procedimientos que se utilizan en la ciencia médica. En el contenido de la *lex artis* no hay lugar para las normas sobre deontología médica, reglas relativas al deber de información clínica, ni sobre consentimiento, pues a lo que estas se refieren es a las relaciones que se deben guardar entre médico-paciente, pero no a la forma en que deben llevarse de manera cuidadosa los procedimientos médicos en un caso concreto, que es lo que debe interesar en la *lex artis*. De tal manera que, la *lex artis* sólo va a estar compuesta por reglas técnicas que se expidan en materia sanitaria.

X

En cuanto a la pena de inhabilitación para el ejercicio de la actividad médica que establece el CP español para sancionar la imprudencia profesional del médico, en este trabajo se ha llegado a la conclusión que al existir problemas conceptuales que impiden diferenciar entre imprudencia profesional y del profesional, imprudencia grave –o

temeraria- e imprudencia profesional, la aplicación de esta sanción penal resultara violatoria del principio del *in dubio pro reo*, ya que existirían dudas respecto de la forma de graduar la conducta del profesional de la salud.

Por lo anterior, si el juez, en el momento de valorar la conducta del médico, logra deducir que el comportamiento del profesional obedece a una imprudencia médica que ha sido consecuencia de un descuido craso o a un error inexcusable del sanitario, deberá calificar la conducta como una imprudencia grave; por lo tanto, la sanción penal no debería ser más que la pena privativa de libertad y no la de inhabilitación que a menudo establece el CP para la imprudencia profesional.

Lo anterior, es pensado de esa forma, porque imponer dos penas principales, como la pena privativa de la libertad y la inhabilitación del ejercicio profesional, constituye imponer sanciones en exceso, ya que el legislador ya tiene prevista una pena común agravada para la imprudencia temeraria; por lo tanto, no se logra comprender cómo puede existir una gravedad superior a la gravedad misma de la conducta. Ahora, quienes consideran que la inhabilitación profesional se justifica por razones de los fines de la pena, al incidir en la prevención general y especial, en principio les asiste razón, por cuanto, en el primer caso, una sanción como la inhabilitación en el ejercicio profesional relacionado con la salud necesariamente va a servir como sanción ejemplificante en el campo sanitario, y, en el segundo caso, evita que el profesional que ha sido inhabilitado para el ejercicio repita actuaciones tan gravemente descuidadas; no obstante, considero que esta postura no convence plenamente, porque pienso que para tales fines es suficiente la pena privativa de la libertad con que se sancionan las conductas gravemente imprudentes.

Por lo anterior, ante las dificultades planteadas y el desacuerdo con los argumentos de los defensores de la sanción de inhabilitación para la imprudencia profesional, lo que aquí se sugiere es la derogación de esta figura.

XI

La medicina en equipo exige delimitar las respectivas responsabilidades, normalmente imprudentes, de los diversos miembros del equipo y, en este sentido, la dogmática penal ha encontrado y postulado criterios que permiten la separación de responsabilidades de los intervinientes. Estos principios o criterios son conocidos como: el principio de división del trabajo y el principio de confianza.

XII

La división del trabajo en equipo en la actividad sanitaria contemporánea es más que necesaria. Para que esta opere de manera efectiva, habrá que distinguir entre división horizontal y vertical, entendiendo que la primera se presenta como una relación que se da entre iguales, es decir, entre profesionales, facultativos y no facultativos, cada uno con una formación similar, desarrollando una actividad autónoma e independiente, pero coordinada, sin olvidar que la relación entre los profesionales de todas maneras siempre va a depender de las funciones asignadas en el organigrama competencial de la entidad sanitaria. La segunda se entiende como una relación de jerarquía en la que existe una formación distinta entre los diferentes miembros del equipo, entendiendo no sólo en cuanto a la titulación, sino también en relación con la experiencia acumulada en la vida profesional, y unas funciones competenciales superiores e inferiores

XIII

En términos generales, 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. No obstante, aunque el principio de confianza sirve como criterio delimitador de la responsabilidad del trabajo vertical u horizontal, este no opera de manera absoluta en la actividad médico-sanitaria. Me refiero a que no siempre el profesional de la salud que ha realizado alguna actividad en equipo va a poder argumentar en su favor que su comportamiento descuidado obedece a la confianza en la actuación correcta de sus demás compañeros de equipo; por lo tanto, será preciso delimitar la forma en que 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.

XIV

El límite entre el principio de confianza y la división horizontal de trabajo se halla en la ruptura de la normalidad; por lo tanto, en estos casos el principio de confianza se va a ver limitado en aquellos eventos en los que cualquiera de los intervinientes reconoce que existe una evidente infracción del deber objetivo de cuidado por parte de alguno de los otros en el desarrollo de la actividad.

En cuanto a la división vertical de trabajo, el principio de confianza encuentra una especial limitación en virtud de los deberes secundarios de selección, instrucción, coordinación, vigilancia, control o supervisión que tiene el superior jerárquico frente al subordinado. Estos deberes se encuentran divididos en dos grupos: los primeros se corresponden con los deberes de selección, instrucción, coordinación, y los segundos con la vigilancia, control o supervisión. El cumplimiento de estos deberes limita la posibilidad de confiar; por lo tanto, el superior sólo podrá

hacerlo si previamente ha seleccionado, instruido y coordinado las tareas del subordinado; si se cumple con estos tres deberes, el superior jerárquico, no hallará motivos que le hagan desconfiar de la idoneidad del tercero para llevar a cabo la función delegada. No obstante, el cumplimiento de estos deberes no será suficiente si con posterioridad el superior jerárquico no controla, vigila o supervisa de manera general que las funciones que él mismo le ha encomendado al inferior, son desempeñados adecuadamente por este.

XV

En los delitos imprudentes, caben todas las formas de autoría y participación; por lo tanto, en este trabajo es rechazado un concepto unitario de autor pues también en los delitos imprudentes, es posible distinguir en estos, entre autoría individual o unipersonal y coautoría, y participación imprudente impune (salvo específica previsión de ley).

XVI

En la actividad sanitaria es posible hablar de coautoría imprudente por lo general en la división de trabajo horizontal, sin descartar por completo su análisis en las relaciones verticales, siempre que se cumplan los requisitos para su apreciación; es decir, dos o más conductas de facultativos y/o no facultativos que se encuentren en división de trabajo o acumulación de esfuerzos en relación horizontal o vertical las cuales co-determinan objetiva y positivamente un hecho tipificado como delito (aspecto objetivo), mediando acuerdo común, previo o concomitante, expreso o tácito, respecto de las tareas que cada uno de los intervinientes va a desarrollar (aspecto subjetivo). Por lo tanto, cuando no existe acuerdo y se cumple con el primer requisito y se produce un resultado típico, estaremos ante un supuesto de autoría accesoria. La autoría accesoria imprudente se da siempre y cuando los comportamientos conjuntos de los sujetos no acordados e infractores

del deber de cuidado sean cada uno de ellos por sí solos determinantes para causar el resultado típico, pero, para que sea punible, el resultado debe ser objetivamente imputable al menos a una de las conductas o a ambas, siendo objetivamente previsible la concurrencia de la otra conducta imprudente que (co) determina el curso del hecho. Sin embargo, en las divisiones horizontales o verticales de trabajo, también es posible la autoría inmediata individual o la mediata. Ahora bien, tanto en las relaciones de división horizontal o vertical, si no se dan los requisitos propios de la autoría en sus diferentes formas, específicamente con lo que tiene que ver con la determinación objetiva y positiva del hecho, pero sin embargo el especialista o el auxiliar han prestado una ayuda al facultativo o no facultativo autor de una conducta imprudente, estaríamos frente ante un caso de participación imprudente impune.

XVII

En la actividad sanitaria en general, la determinación del contenido del deber objetivo de cuidado, tal y como se vio a lo largo de este trabajo, presenta algunos problemas de índole práctico, doctrinal y jurisprudencial. Ahora bien, tratándose particularmente de la Psiquiatría, la situación es aún más complejo, por varias razones, entre ellas, la dificultad que genera la determinación del baremo en el deber objetivo de cuidado atendiendo a que la actividad psiquiátrica conforme con el sistema de salud es desarrollada por médicos de familia correspondientes al nivel de atención primaria, quienes, sin ser especialistas asumen el papel de psiquiatras; la ausencia de regulación de la determinación de los trastornos psíquicos quedando sujetas a múltiples condicionantes de carácter subjetivo; la contaminación ideológica de la Psiquiatría; la imprecisión respecto de las normas que regulan *lex artis* en la actividad psiquiátrica; la diversidad de tratamientos que existen en materia de Psiquiatría y que dificultan la unificación de criterios para la normativización de los procedimientos;

la existencia de diversas escuelas y concepciones que impiden delimitar con mayor seguridad el deber objetivo de cuidado.

XVIII

El médico de familia cumple un papel fundamental dentro de la APS, teniendo atribuida, entre sus múltiples funciones la atención, el diagnóstico y el tratamiento del paciente psiquiátrico, lo que haría pensar en principio que, sin ser psiquiatra, al asumir competencias de atención, diagnóstico y tratamiento del paciente con trastorno mental, asume las funciones de un especialista en psiquiatría.

Sin embargo, cuando el médico de familia en el ejercicio de su actividad asume funciones de diagnóstico, tratamiento y seguimiento del paciente con trastorno psíquico, de producirse un resultado lesivo para la vida, salud del paciente o de terceras personas, el operador jurídico, para valorar si ha existido una infracción al deber objetivo de cuidado, deberá comparar su conducta con la de un médico de familia diligente y cuidadoso; es decir, deberá analizar cómo hubiera actuado este en las mismas condiciones en las que se encontraba el primer profesional; no obstante, en aquellos casos en los que el médico de familia posea conocimientos especiales en Psiquiatría superiores a los que podría tener un médico de familia común que presta sus servicios en APS, el juez deberá añadir en su valoración esta condición especial.

XIX

El DSM es una guía ilustrativa y útil como norma técnica de la actividad psiquiátrica, pero solo puede servir como una herramienta para orientar la definición del diagnóstico del paciente. El médico siempre debe considerar las limitaciones que presenta el mismo manual y las dificultades que la doctrina especializada ha advertido sobre su uso; el clínico debe ser cauto e ir más allá de lo establecido en el

documento, debiendo acudir a otras guías y protocolos clínicos, teniendo en cuenta, además, las particularidades de los signos y síntomas que presente cada paciente y las circunstancias específicas que rodeen cada caso en particular.

XX

Los beneficios que puede presentar la utilización de las GPC han sido evidentes, pues además de constituir una herramienta que le va a permitir al facultativo (como criterio orientador) tomar decisiones conforme a los lineamientos de la *lex artis* en salud mental, en el terreno de lo judicial brinda seguridad jurídica; estas guías le van a permitir al juez tomar una decisión objetiva, exenta de juicios subjetivos, más aun si tiene en cuenta que las GPC de salud mental son elaboradas bajo el presupuesto de que representan normas de actuación en la actividad psiquiátrica acordes con el conocimiento científico y elaboradas por un grupo de expertos o sociedades científicas reconocidas.

XXI

Los protocolos clínicos para la atención de urgencias psiquiátricas se encuentran diseñados para que el profesional pueda reaccionar ante las situaciones de violencia que pueda presentar un paciente en condiciones de agresividad, brindándole al médico algunas herramientas que le van a permitir tener la posibilidad de prever las situaciones de riesgo y de lesividad que puedan presentarse; no obstante, hay que reconocer que, si bien estos protocolos (no sólo los relacionados con las urgencias psiquiátricas, sino todos los protocolos clínicos de la actividad psiquiátrica en general), aunque constituyen un avance para brindar seguridad no sólo al paciente, sino también al personal de la salud y al entorno, en realidad el manejo de los tratamientos y de los procedimientos que allí se enuncian abarcan

situaciones todavía genéricas que obligan al profesional a adaptar los protocolos a las circunstancias específicas de cada caso en concreto y en especial de cada paciente en particular.

XXII

El paciente con trastorno mental por regla general es el titular del derecho a la información, aunque excepcionalmente podrá serlo su familia o terceros allegados a él. La información que debe ser suministrada al paciente con trastorno mental o, en su defecto, al tercero, de manera primordial es la información clínica y la información terapéutica. En cuanto a la información terapéutica, hay que tener en cuenta que la mayoría de los tratamientos psiquiátricos tienen efectos secundarios y requieren de cuidados, que de no ser informados de manera concreta, adecuada y que se adapten a las particularidades del paciente, podrían generar responsabilidades para el facultativo. De la *lex artis* sólo va a formar parte la información terapéutica, pues la información clínica es sólo una exigencia para el cumplimiento del consentimiento informado.

XXIII

En cualquier tratamiento psiquiátrico el facultativo deberá contar con el consentimiento previo del paciente y excepcionalmente de terceros, el cual, dependiendo del procedimiento, puede ser expreso o tácito; ha de tenerse en cuenta además que el contenido de la información para que el paciente se decida por un determinado procedimiento no puede depender de formularios estándar, sino que debe adaptarse a cada situación en concreto atendiendo las circunstancias específicas del paciente y la patología que se pretenda tratar. No obstante, el consentimiento informado no forma parte de la *lex artis*, por no considerarse una norma técnica.

XXIV

La *lex artis* en Psiquiatría está compuesta por las GPC, los protocolos clínicos y la información terapéutica, que constituyen los presupuestos técnicos de los tratamientos y procedimientos psiquiátricos, toda vez que estos coinciden con el concepto que sobre *lex artis* se ofreció al inicio de este trabajo, entendida esta como la aplicación de las reglas técnico-médicas a casos similares; es decir, se trata de la actuación conforme al cuidado debido, utilizando las normas, reglas técnicas y protocolos propios de los procedimientos que se utilizan en la ciencia médica y, en este caso, en la actividad psiquiátrica. Sin embargo, también hay que aclarar que la infracción de la *lex artis* no supone inmediatamente una imprudencia médica, sino que sólo sirve de indicio para determinar una falta al deber objetivo de cuidado, pues las normas sobre *lex artis* deben complementarse –sobre todo en la actividad psiquiátrica– con las circunstancias específicas que rodean el caso y los rasgos particulares del trastorno mental que padece el paciente en particular.

XXV

El suicidio y el parasuicidio es uno de los riesgos que más predominan en los comportamientos de los pacientes con trastorno psiquiátrico; sin embargo, si un paciente bajo tratamiento se suicida o intenta hacerlo frustradamente, esa circunstancia no genera por sí sola consecuencia penal para el facultativo que lo atiende. La previsibilidad del comportamiento suicida se puede lograr a través de una valoración personal que el médico realice del paciente; si existe riesgo, el médico deberá comportarse adoptando las medidas de diligencia y cuidado que aplicaría un profesional diligente en su misma situación para evitar cualquier resultado lesivo. Existen situaciones en las que no se podrá responsabilizar por imprudencia al médico especialista, bien porque no

le fue posible prever que el trastorno psíquico que presentaba el paciente constituía un factor de riesgo suicida; o cuando, siendo previsto el riesgo del suicidio, el médico ha adoptado las medidas necesarias para evitar el peligro y sin embargo este se produce; o bien porque, aunque el facultativo no ha tomado las medidas de precaución necesarias, el suicidio era inevitable.

No siempre que exista un suicidio y una omisión respecto del tratamiento médico, se le puede atribuir responsabilidad penal al profesional por la muerte del paciente; siempre habrá que analizar las variables que pueda presentar cada caso en concreto y aplicar a los presupuestos teóricos generales de la omisión impropia, pues no basta que el médico haya asumido un compromiso de atención del paciente, ni que sea previsible el resultado, sino que también es necesario verificar que el comportamiento omisivo del facultativo creó o aumentó de manera determinante (en el plano socio-normativo) el peligro para el bien jurídico del sujeto suicida.

XXVI

En las fugas, la persona con trastorno mental puede llevar a cabo actuaciones que comprometen su integridad física, pudiendo generar autolesiones que van desde las lesiones personales hasta el suicidio.

En cualquier caso, cuando se produce la fuga de un paciente con trastorno mental de un centro hospitalario y como consecuencia de ello se producen lesiones para la vida o la salud del paciente, deben analizarse unos presupuestos para determinar la responsabilidad de las personas que tienen bajo custodia y vigilancia al paciente. Lo primero que hay que tener en cuenta es que la fuga por sí sola no supone ninguna responsabilidad penal pues no está tipificada como delito, sólo son eventualmente punibles los resultados lesivos que se puedan producir como consecuencias de la fuga, que pueden generar

responsabilidad penal por imprudencia si no se adoptaron las medidas del deber objetivo de cuidado. Si el cuidado del paciente corresponde a varias personas, habrá que acudir a los presupuestos establecidos en la división del trabajo en equipo; para poder atribuir la responsabilidad penal al médico o auxiliar, la fuga debe ser previsible y debe haber un descuido en la adopción de las medidas de seguridad del centro hospitalario para evitar la fuga del paciente; pero no solo la fuga debe ser previsible, sino también los peligros que puede conllevar la misma en un paciente en particular, comprobándose efectivamente que la falta de adopción de medidas de seguridad que provocan la fuga a su vez crean o aumentan de manera determinante (desde el plano socio-normativo) un peligro de lesión para el paciente.

XXIX

Las dificultades que presenta el diagnóstico en la actividad psiquiátrica hacen que, en caso de presentarse un error de diagnóstico, el tratamiento jurídico-penal que deba dársele a este sea el mismo que se le viene dando por la doctrina y la jurisprudencia al error diagnóstico en las demás especialidades clínicas, pues, aunque se reconozca que en materia psiquiátrica las imprecisiones diagnósticas pueden ser mayores, esto no es motivo suficiente para que se excluya de manera absoluta de responsabilidad al médico cuando incurra en esta clase de error, toda vez que el facultativo de todas maneras debe guardar siempre la diligencia debida, sin importar la especialidad que tenga; por lo tanto, cuando el error diagnóstico sea inexcusable y se compruebe que el médico contaba con herramientas que le permitían no errar, deberá responder penalmente por imprudencia, si se cumplen los demás presupuestos de la misma.

BIBLIOGRAFÍA

ABRALDES, Sandro: Principio de confianza: la discusión actual sobre su naturaleza jurídico-penal y sus posibles aplicaciones, en: ROMEO CASABONA, Carlos/ GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando (edits.), La adaptación del Derecho penal al **desarrollo social** y tecnológico, Granada, Comares, 2010, 245-296.

ÁLAMO, Cecilio/LÓPEZ-MUÑOZ, Francisco: La información farmacoterapéutica en el paciente psiquiátrico, en: AMARILLA, Manuel/ÁLAMO, Cecilio (edits.), El consentimiento en la **utilización de fármacos**, Madrid, Universidad de Alcalá, 2000, 47-68.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael: *Tentativa y formas de autoría: Sobre el comienzo de la realización típica*, Madrid, Edisofer, 2001.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes: *El consentimiento informado del paciente en el tratamiento médico. Bases jurídicas e implicaciones penales*, en: MENDOZA BUERGO, Blanca (ed.), Autonomía personal y **Decisiones médicas**, Madrid, Civitas, 2010, 97-141.

ALONSO ÁLVAREZ, Armando: *Valoración crítica de las actuales clasificaciones de los trastornos mentales*, en: Rev. Psicol.1 (2007), 1-8.

ALTISENT TROTA, R./MARTÍN ESPÍLDORA, M./SERRAT MORÉ, D.: *Ética y medicina de familia*, en: MARTÍN ZURRO/CANO PÉREZ (coords.), Atención Primaria. Conceptos, organización y **práctica clínica**, 3ª ed., Barcelona, Elsevier, 2010, 113-120.

ÁLVAREZ LEIVA, Carlos, **Logística** sanitaria en emergencias, Madrid, Arán, 2009.

ANTÓN ONECA, José: *Derecho penal. Parte General*, tomo I, 2ª ed. anotada y corregida por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, Madrid, Akal, 1986 (1ª. ed., Derecho Penal, tomo I: Parte General, 1949. El texto original se respeta en la 2ª ed.).

ARMAZA ARMAZA, Emilio: *Consideraciones generales en trono a la responsabilidad penal del médico*, en: ADROHER BIOSCA/DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (dirs.), **Avances** del Derecho ante los avances de la medicina, Navarra, Thomson Aranzadi, 2008, 275-282.

ARRILLAGA ARIZAGA, Maite/SARASQUETA EIZAGUIRRE, Cristina/RUÍZ FELIU, Miguel/ SÁNCHEZ ETXEBARRIA, A.: *Actitudes del personal sanitario de atención primaria hacia el enfermo mental, la psiquiatría y el equipo de salud mental*, en: APr. 9 (2004), 491-495.

ARTIGAS-PALLARÉS, Josep: *¿Sabemos que es un trastorno? Perspectivas del DSM 5*, en: Neurol. 52 (Sup. 1), 2001, 59-69.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: **Principios de Derecho penal. Parte General**, 5ª ed., Madrid, Akal, 1998.

BARCIA SALORIO, D. /ALCÁNTARA LAPAZ, A.: *Las ideas y conductas suicidas en urgencias* en: CARRASCO JIMÉNEZ María/DE PAZ CRUZ José, Tratado de **Emergencias médicas**, Madrid, Arán, 2000, 1729-1734.

BARTELS, Stephen/DRAKE, Robert: *Psiquiatría geriátrica basada en la evidencia: visión de conjunto*, en: Clín.Psiq. 4 (2005), 763-784.

BELTRÁN AGUIRRE, Juan: *Declaración de inconstitucionalidad de dos incisos del artículo 763.1 de la LEC sobre el internamiento forzoso de enfermos mentales. Propuestas para una nueva regulación*, en: RAD 2 (2011), 1-5.

BELLAK, Leopold/SMALL, Leonard: **Psicoterapia** breve y de emergencia, 2ª ed., trad. GÓNZALEZ DE LA GARZA, Mauricio, México, Pax, 1980.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio/CRUZ BLANCA, María: *La imprudencia punible en el ámbito de la actividad médico-quirúrgica*, en: MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (dir.), **Estudios Jurídicos** sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios Madrid, Dykinson, 2009, 155-199.

BENZO, Eduardo: *La **responsabilidad profesional** del médico*, Madrid, Escelicer, 1944.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ARROYO ZAPATERO, Luis/FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/GARCÍA RIVAS, Nicolás/SERRANO PIEDACASAS, José Ramón/TERRADILLOS BASOCO, Juan (y diversos colaboradores): *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Barcelona, Ediciones Experiencia, 2010.

BERISTAIN, Antonio: *Objetivización y **finalismo** en los accidentes de tráfico*, Madrid, Reus, 1966.

BERNARDI, Ricardo: *DSM-5, OPD-2 y PDM: Convergencias y divergencias entre los nuevos sistemas diagnósticos psiquiátricos y psicoanalíticos*, en: Rev. Psíqu. Ur. 2 (2010), 179-205.

BERROCAL LANZAROT, Ana: *El consentimiento informado como derecho de los pacientes en la nueva ley 41/2002, 14 de noviembre*, en: ABELLÁN SALORT, José (coord.), *La praxis del **consentimiento informado** en la relación sanitaria: Aspectos biojurídicos*, Madrid, Difusión jurídica y temas de actualidad, 2007, 39-137.

BLANCO CORDERO, Isidoro: **Límites a la participación delictiva.** *Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Granada, Comares, 2001.

- *Relevancia penal de la omisión de la información terapéutica en el marco del tratamiento del dolor*, en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), **Aspectos médicos** y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia, Madrid, Fundación Lily/Unión editorial, 2008, 33-57.

BOADA ROVIRA, Mercè/ROBLES BAYON, Alfredo: **Documento Sitges 2009.** *Capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia: reflexiones, derechos y propuestas de evaluación*, Barcelona, Glosa, 2009.

BORELL I CARRIÓ, F. /CATERINA BARGALLÓ, M.: *Trastornos de Salud de mental*, en: MARTÍN ZURRO/CANO PÉREZ (coords.), *Práctica clínica*, 3ª ed., 2010, 527-536.

BURGESS, Wes: *Manual del Trastorno bipolar*, Barcelona, Robinbook, 2007.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: **Culpa y finalidad** (*los delitos culposos y la teoría final de la acción*), Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1967.

- *Manual de Derecho penal. Parte General*, 4ª ed. aumentada, corregida y puesta al día por HORMZÁBAL MALARÉE, Hernán, Barcelona, PPU, 1994.
- *El Delito culposo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- *Autoría y participación: Otra visión*, en: LH-Gimbernat I, Madrid, Edisofer, 2008, 733-742.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: **Lecciones de Derecho penal**, Vol. II, Madrid, Trotta, 1999.

CABRERA FORNEIRO, José/FUERTE ROCAÑIN, José: **Psiquiatría y Derecho**. *Dos ciencias obligadas a entenderse. Manual de Psiquiatría Forense*, Madrid, Cauce, 1997.

CADAVID QUINTERO, Alfonso: *Introducción a la Teoría del delito*, Medellín, Biblioteca jurídica Dike, 1998.

- *La imprudencia profesional en el Código de 1995*, en: DÍAZ-SANTOS, María/SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia (coords.), **Nuevas Cuestiones Penales**, Madrid, Colex, 1998, 75-96.

CALDERÓN CEREZO, Ángel /CHOCLÁN MONTALVO, José: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Deusto, Barcelona, 2005.

CANCIO MELIÁ, Manuel/FERRANTE, Marcelo/SANCINETTI, Marcelo A.: **Teoría de la imputación objetiva**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

CARRASCO GÓMEZ, Juan: *Responsabilidad médica y Psiquiatría*, 2ª ed., Madrid, Colex, 1998.

- *Regulación legal de los internamientos psiquiátricos en España*, en: RDm 7-8 (2002-2003) 121-140.

CARRASCO GÓMEZ, Juan/MAZA MARTÍN, José: *Manual de Psiquiatría legal y forense*, 2ª ed., Madrid, La Ley, 2003.

CASAROTTI, Humberto: *Reflexiones sobre responsabilidad médica en psiquiatría*, en: Rev.Psíqu.Ur. 2 (2004), 181-193.

CASTELLANO ARROYO, María: *La deontología médica: teoría y práctica*, en: ROMEO CASABONA, Carlos (coord.), *Derecho biomédico y bioética*, Granada, Comares, 1998, 29-58.

CASTILLA GARCÍA, Aurelio/CASTILLA SAN JOSÉ, María, *El consentimiento informado en psicoterapia*, en: AEN 80 (2001) 23-36.

CASTILLO, María (dir.), *La Responsabilidad jurídico-sanitaria*, Madrid, La Ley, 2011, 183-242.

CEREZO MIR, José, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1982.

- *Curso de Derecho penal Español. Parte General*, tomo II, 6ª ed. (basada en el nuevo CP/1995), Madrid, Tecnos, 1998.
- *Derecho penal: Parte General. Lecciones 26-40*, 2ª ed., Madrid, Universidad Nacional de Educación a distancia, 2000.

CHINCHILLA MORENO, Alfonso: *Las Esquizofrenias. Sus hechos y valores clínicos terapéuticos*, Barcelona, Elsevier, 2007.

- *Conceptos y peculiaridades de las urgencias psiquiátricas*, en: CHINCHILLA MORENO, Alfonso (coord.), *Manual de urgencias psiquiátricas*, 2ª ed., Barcelona, Elsevier, 2010, 3-16.

CHOCLÁN MONTALVO, Antonio: *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, Bosch, 1998.

COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomas: *Derecho penal. Parte General*, 5 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

CONTARINI, Paula/ORTIZ FRÁGOLA, Enrique/FAHRER, Rodolfo, *Actualización en terapia electroconvulsiva*, en: ARCH. NEURO 2 (2005), 29-34.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, en: LH-Torío, Granada, Comares, 1999, 261-283.

- *El **Delito imprudente**: criterios de imputación del resultado*, 1ª ed., Barcelona, PPU, 1989; 2ª ed., Montevideo, BdeF, 2005.

CORDOBA RODA, Juan: *Configuración de la imprudencia en el **ámbito sanitario** en el nuevo Código penal*, en: Der. Sad. 2 (1996), 140-146.

CRUZ BLANCA, María: *La responsabilidad penal de los médicos en formación*, en: GALLARDO CASTILLO, María (dir.), **Responsabilidad jurídico-sanitaria**, Madrid, La Ley, 2011, 291-332.

CUELLO CALÓN, Eugenio: *Derecho Penal. **Parte General***, tomo I, volumen I, 18ª ed., revisado y puesto al día por César Camargo Hernández, Barcelona, Bosch, 1980.

CUERDA RIEZU, Antonio: *Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español*, en: LH-Roxin (1995), Barcelona, Bosch, 1995, 281-303.

DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín: *Manual **sobre responsabilidad sanitaria***, Navarra, Aranzadi, 2009.

DE LA FUENTE, René: *Anestesiólogos y responsabilidad legal*, en: RChA 2 (2000), 18-25.

DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel: **Estatuto ético-jurídico de la profesión médica**, tomo I, Madrid, Dykinson, 2005.

DE VICENTE REMESAL, Javier: *Criterios jurisprudenciales sobre la imprudencia profesional en el ámbito médico*, en: *Controversia* 1 (2000), 91-113.

- *La regulación de la imprudencia en el Código Penal*, en: XG 23, 13-30.

DE VICENTE REMESAL, Javier/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio: *El médico ante el Derecho penal*, en: LH-N. Barbero, 2007, 145-178.

DEL CASTILLO CODES, Enrique: *La responsabilidad penal derivada del trabajo médico en equipo*, en: GALLARDO CASTILLO, María (dir.), **Responsabilidad jurídico-sanitaria**, Madrid, La Ley, 2011, 245-288.

DEL ROSAL, Juan/ RAMOS RODRÍGUEZ, Luis: **Compendio de Derecho penal español. Parte General**, Madrid, Darro, 1974.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *La **autoría** en Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991 (Esta obra ha sido publicada bajo el mismo título en: Bogotá, Leyer, 2009 y Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2011 -2ª ed. aumentada con un nuevo prólogo del autor y un apéndice sobre regulación de la autoría y la participación en el Código Penal chileno-. Aquí se cita la edición de 1991).

- Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión ¿Un caso de dolo alternativo? (Comentario a la STS, Sala 2ª de 8 de octubre de 1991), en: PJ 24 (1991) 203-219.

- *Dominio funcional, determinación positiva y objetiva del hecho y coautoría*, en: LH-Roxin (1995), Barcelona, Bosch, 1995, 305-307.
- *"Coautoría" alternativa y "Coautoría" aditiva: ¿autoría o participación? Observaciones sobre el concepto de coautoría*, en: LH-Roxin (1997), Barcelona, Bosch, 1997, 295-330.
- *Autoría*, en: LUZÓN PENA, Diego Manuel (dir.), EPB, Granada, 2002, 139-153.
- *"La autoría en Derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano"*, en: DPCrim. 76 (2004), 33-78.
- *Autoría y participación*, en: REJ 10 (2008), 13-61.
- *Caso del vigilante-condutor*, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Pablo (coord.), **Casos** que hicieron doctrina en Derecho penal, Madrid, La Ley, 2011, 373-389.

DÍEZ FERNÁNDEZ, María: *Consentimiento informado en la práctica de salud mental*, en: Cuad.Psiq. Comunitaria 2 (2001), 94-99.

DÍEZ RIPOLLES, José Luis/ GRACIA MARTÍN, Luis: *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Valencia, Tirant lo blanch, 1993.

DÍEZ RIPOLLES, José/ GRACIA MARTÍN, Luis/ LAURENZO COPELLO, Patricia: **Comentarios** al Código penal. Parte especial, tomo I, Valencia, Tirant lo blanch, 1997.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Eva: *La imprudencia médica y la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión*, en: GALLARDO

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: *Derecho sanitario y **responsabilidad médica***, 2ª ed., Valladolid, Lex Nova, 2007.

DURÁN SECO, Isabel: *La **coautoría** en Derecho penal: Aspectos esenciales*, León, Universidad de León, 2003.

ENGISCH, Karl: *Introducción al **pensamiento jurídico***, trad. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, Madrid, Gudarrama, 1967.

ESBEC RODRÍGUEZ, Enrique/FERNÁNDEZ-SASTRÓN, Olga: *Una panorámica de los cambios efectuados en el DSM-IV. Revisión del texto (DSM-IV-TR)*, en: **Psicop.** 2 (2001), 103-112.

ESPINO GRANADO, Antonio: *La extensión de los cuidados de salud mental a la atención primaria de salud*, en: GARCÍA, José/ESPINO, Antonio/LARA, Ladislao (coords.), **Psiq.Esp.**, Madrid, Ediciones Díaz de Santos, 1998, 159-178.

ESPINO GRANADO, A./FRAILE FRAILE, J./MATEO MARTÍN, I./MORIÑIGO DOMINGUEZ, A.: *Atención primaria y salud mental*, en: Pap. Ps. 10-11 (1983).

FARALDO CABANA, Patricia: *La omisión del profesional sanitario: Los delitos de omisión del deber de socorro y denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios* en: BRANDARIZ GARCÍA, José/FARALDO CABANA, Patricia (coords.), *Responsabilidad penal del **Personal sanitario***, A Coruña, Netbiblo, 2002, 115-156.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: ***Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales***, Zaragoza, Edijus, 1999.

- *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: Fundamento y consecuencias dogmáticas*, en: DPCrim. extra 1 (2000), 93-138.
- **Resultado lesivo e imprudencia:** estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del "fin de protección de la norma de cuidado", Barcelona, José María Bosch, 2001.
- *Límites de la participación criminal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- *La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el derecho penal español*, en: EM-Valle Muñiz, Navarra, Aranzadi, 2001, 229-272.

FERNÁNDEZ HIERRO, José: *Sistema de responsabilidad médica*, Granada, Comares, 1997.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Anna/SÁNCHEZ CAICEDO, David/NAVARRO-RUBIO, M. Dolors/PINTO-MEZA, Alejandra/MORENO KÜTSNER, Berta: *Opiniones de médicos de atención primaria, psiquiatras y psicólogos acerca de las guías de práctica clínica para la depresión. Un estudio cualitativo exploratorio*, en: APr. 11 (2010), 1-8.

FERNÁNDEZ SANDONÍS, Jesús: *Hospitalización psiquiátrica: normas o guías de práctica adecuadas en urgencia y tentativa de suicidio*, en:

FIRST, Michael/FRANCES, Allen/PINCUS, Harold: *DSM-IV-TR. Guía de uso*. Barcelona, Masson, 2005.

FOUCAULT, Michel: **El poder psiquiátrico**, *Curso en el Collège de France (1973-1974)*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2007.

FRAGA MANDIÁN, Antonio/LAMAS MEILÁN, Manuel: **El consentimiento informado** (*El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgico*), Revista Xuridica Galega, 1990.

FRANCES, Allen/PINCUS, Harold/FIRST, Michael (y diversos colaboradores): *DSM IV. Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*. Director de la edición española LÓPEZ- IBOR ALIÑO, Juan, Barcelona, Masson, 1995.

FRANCO, Álvaro/MENDOZA, Natalia/MORA, Mireya: *Consentimiento informado en psicoterapia. Revisión desde la MBE*, en: REPSI 2 (2004) 182-192.

FUERTE ROCAÑÍN, José/ CABRERA FORNEIRO, José: **La salud mental en los Tribunales**, 2ª ed., Madrid, Arán, 2007.

GALÁN CORTÉS, Julio: *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Madrid, Colex, 1997.

GALÁN CORTÉS, Julio/HINOJAL FONSECA, Rafael: *Valoración jurídica de los protocolos médicos*, en: RGD 622-623 (1996), 8171-8182.

GALLEGO RIESTRA, Sergio: *Responsabilidad profesional y gestión de riesgos*, en: ANTEQUERA VINAGRE, José (ed.), **Derecho sanitario y sociedad**, Madrid, Díaz de Santos, 2006, 99-172.

GARCÍA ANDRADE, José: *Reflexiones sobre la responsabilidad médica*, Madrid, Edersa, 1998.

GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel/ MOLINOS COBO, Juan: **Manual** práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica, 2ª ed., Granada, Comares, 1997.

GARCÍA DEL BLANCO, María Victoria: *La **coautoría** en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo blanch, 2006.

GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás: *El consentimiento informado y la historia clínica, una dualidad jurídica de interés en psiquiatría*, en: MÉJICA, Juan (coord.), I Congreso de **Psiquiatría y Derecho**: Normativismo y realidad clínica en Psiquiatría, Oviedo, Sociedad Asturiana de Psiquiatría, 25 y 25 de mayo de 2000, 155-190.

- *Elementos de **Derecho sanitario** en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis: con índices normativos de legislación y jurisprudencia de interés para abogados, jueces y profesores de medicina legal*, Madrid, Edisofer, 2002.

GARCÍA RIVAS, Nicolás: *La imprudencia “profesional”: una especie a extinguir*, en: Der.Sad. 6 (1999) 79 a 95. También se encuentra este mismo texto en: LH-Torio, Granada, Comares, 1999, 369-385.

GARRET, Esmond: *Funciones del médico en la atención primaria*, en: Educ.Med.Salud. 3 (1981) 249-257.

GERVÁS CAMACHO, Juan/ ORTÚN RUBIO, Vicente: *Caracterización del trabajo asistencial del médico general/de familia*, en: APr. 8 (1995), 501-506.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: **Autor y cómplice** en Derecho penal, Madrid, Universidad de Madrid, 1966.

- **Introducción** a la Parte General del Derecho Penal Español, Madrid, Universidad Complutense, 1979.
- **Estudios de Derecho penal**, 1ª y 2ª ed., Madrid, Civitas, 1976 y 1981; 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1990.
- *Causalidad, omisión e imprudencia*, ADPCP, 1994, 5-60.

GINER JIMÉNEZ, Lucas/PÉREZ SOLÁ, Victor, *Factores de riesgo*, en: BOBES GARCÍA, Julio/GINER UBAGO, José/SAIZ RUÍZ, Jerónimo (edits.), **Suicidio y Psiquiatría**. Recomendaciones preventivas y del manejo del comportamiento suicida, Madrid, Triacastela, 2011, 59-81.

GOLDBERG, Bruce: *Atención primaria basada en la población*, en: TAYLOR, Robert (dir.), *Medicina de Familia. Principios y práctica*, 6ª ed., Barcelona, Elsevier, 2006, 44-52.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: *Teoría jurídica del delito: Derecho penal: Parte General*, Madrid, Civitas, 1984.

- **Estudios penales**, Madrid, Colex, 2001.

GÓMEZ GONZÁLEZ, Orlando: *Consideraciones sobre la coautoría y autoría mediata en los delitos de propia mano en el Código penal español*, en: LJ 1 (2005).

GÓMEZ JARA, Mariano: **Trastornos Psiquiátricos y Derecho**, Barcelona, Atelier, 2008.

GÓMEZ PAVÓN, Pilar: **Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil**, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 2004.

GÓMEZ RIVERO, María: *La **responsabilidad penal del médico***, Valencia, 2ª ed., Tirant lo Blanch, 2008.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Onésimo: *Enfermedad mental, estigma y legislación*, en: AEN 104 (2009), 471-478.

GÓNZALEZ CARRASCO, Ersilia: *Autonomía y tratamiento médico del menor*, en: MENDONZA BUERGO, Blanca (ed.), *Autonomía personal y **Decisiones médicas***, Madrid, Civitas, 2010, 179-206.

GRATASCÓS GÓMEZ, Nuria: *La imprudencia en el nuevo Código penal. Especial referencia de la imprudencia profesional y la inhabilitación especial para el ejercicio de una profesión, oficio o cargo*, en: Der.Sad. 1 (1997) 62-75.

GUISASOLA LERMA, Cristina: *La **imprudencia profesional***, Valencia, Tirant lo blanch, 2005.

HART, Herbert.: *El **concepto de Derecho***, trad. CARRIÓ, Genaro, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968.

HAVA GARCÍA, Esther: *La **imprudencia médica***, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

HERNÁNDEZ GIL, Ángel/HERNÁNDEZ MORENO, José: *Causas de reclamaciones judiciales por presunta responsabilidad por mala praxis médica* en: GALLARDO CASTILLO, María (dir.), *La Responsabilidad jurídico-sanitaria*, Madrid, La Ley, 2011, 357-436.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José: *La **autoría mediata** en Derecho penal*, Granada, Comares, 1996.

HOYER, Andreas: *¿Para qué necesitamos una coautoría imprudente?*, en: Rev. Pen. 28 (2011), 56-66.

HUERTA TOCILDO, Susana: *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, Ministerio de Justicia e interior, Centro de Publicaciones, 1987.

JAÉN VALLEJO, Manuel: **Comentario** a los artículos 12, 14 y 16 del Código Penal, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (coords.), *Código Penal Comentado*, Madrid, 1990.

JAKOBS, Günther: *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*, 2ª ed. (corregida), trad. de la 2ª ed. Alemana CUELLO CONTRERAS, Joaquín/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José, Madrid, Marcial Pons, 1997.

JARNE, Adolfo/REQUENA, Elena: *Sistemas de clasificación y diagnóstico en Psicopatología*, en: JARNE, Adolfo/TALARN, Antoni (comps.), *Manual de Psicopatología* clínica, Barcelona, Paidós, 2005, 75-111.

JESCHECK, Hans-Heinrich: **Tratado** de Derecho penal. Parte general, tomo I y II, trad. de la 3ª ed. alemana, por MIR PUIG, Santiago/ MUÑOZ CONDE, Francisco, Barcelona, Bosch, 1981. También se ha traducido la 4ª ed. alemana por MANZANARES SAMANIEGO, José Luis.

JESCHECK, Hans-Heinrich/ WEIGEND, Thomas: **Tratado** de Derecho penal. Parte general, 5ª ed. (renovada y ampliada), trad. OLMEDO CARDENETE, Miguel, Granada, Comares, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: **Tratado** de Derecho penal, tomo II, 2ª ed., Buenos Aires, Losada, 1963.

JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, Gloria: *Casos de responsabilidad profesional en psiquiatría. Demandas 1999-2006*, en: REPSI 2 (2007), 194-212.

JORGE BARREIRO, Agustín: *La imprudencia punible en la **actividad médico-quirúrgica***, Madrid, Tecnos, 1990.

- Nuevos aspectos de la imprudencia jurídico-penal en la actividad médica: la culpa en el equipo médico-quirúrgico en: MARTÍNEZ MARTÍN, Diego (coord.), *Responsabilidad del **personal sanitario*** (Actas del Seminario conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995.

JORGE BARREIRO, Alberto: *Jurisprudencia penal y lex artis medica*, en: MARTÍNEZ MARTÍN, Diego (coord.), *Responsabilidad del **personal sanitario*** (Actas del Seminario conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, 71-134.

JUANATEY DORADO, Carmen: ***Derecho**, suicidio y eutanasia*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1994.

KAUFMANN, Armin: ***Teoría de las normas: Fundamentos de la dogmática penal moderna*** (versión castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón), Buenos Aires, Depalma, 1977.

KORINFELD, Daniel: *Estigma y sufrimiento psíquico*, en: FRIGERIO, Graciela/DIKER, Gabriela (coords.), ***Infancias** y adolescencias. Teorías y experiencias en el borde. La educación discute la noción de destino*, México, Novedades educativas, 2003, 98-106.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: *Fundamento y límites del deber de garantía del empresario*, en: LH-Tiedemann, Madrid, BOE, 1995, 209-227.

LOMBANA VILLALBA, Jaime: *Derecho penal y **responsabilidad médica***, Medellín, Biblioteca jurídica Dike, 2007.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Autoría y participación*, Madrid, Akal, 1996.

- *Artículo 12. Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigaran cuando expresamente lo disponga la Ley*, en: **Comentarios al Código Penal I**, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, Madrid, Edersa, 1999, 535-568.
- *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Navarra, Aranzadi, 2010.

LÓPEZ BOLADO, Jorge: *Los médicos y el Código penal*, Buenos Aires, universidad de Buenos Aires, 1981.

LÓPEZ CASTROMÁN, J./BACA GARCÍA, E./BOTILLO MARTÍN, C./QUINTERO GUTIÉRREZ DEL ÁLAMO, J./NAVARRO JIMÉNEZ, R./NEGUERUELA LÓPEZ, M./PÉREZ RODRÍGUEZ M./BASURTE VILLAMOR, I./FERNÁNDEZ DEL MORAL, A./JIMÉNEZ ARRIERO, M./GONZÁLEZ DE RIVERA, J: *Errores de diagnóstico y estabilidad temporal en el trastorno bipolar*, en: *Actas Esp.Psiquiatr.* 36 (2008) 205-209.

LÓPEZ GARCÍA, María/HINOJAL FONSECA, Rafael/BOBES GARCÍA, Julio: *El suicidio: aspectos conceptuales, doctrinales, epidemiológicos y jurídicos*, en: *DPCrim.* 3 (1993), 309-411.

LÓPEZ PEREGRÍN, María: La **Complicidad** en el delito, Valencia, Tirant lo blanch, 1997.

LUZÓN DOMINGO, Manuel: *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal: con especial referencia a los delitos de imprudencia*, tomo II, Barcelona, Hispano-europea, 1960.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Comentario a la sentencia TS 24-4-1974 (Ingerencia, comisión por omisión y omisión de socorro)*, en: RDCirc. (1974), 269-273.

- *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1ª ed., Barcelona, Bosch, 1978 (existe una 2ª ed. actualizada y ampliada, Montevideo, BdF, 2002).
- *Comentario a la sentencia TS 3-3-1980 (omisión de socorro: distinción entre omisión propia e impropia)*, en: RDCirc. (1980), 386-388.
- *Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales*, en: RDCirc (1984), 275-282. Publicado también en: DPCirc., 2ª ed., Barcelona, PPU, 1990, pp. 81-103.
- *La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado*, en: ADP, 1989, 889-913. También publicado en: DPCirc., 2ª ed. Barcelona, PPU, 1990, pp. 105-133 y en *Estudios Penales*, Barcelona, PPU, 1991, 197-244.
- **Derecho Penal de la Circulación. Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo**, 2ª ed. Barcelona, PPU, 1990.

- **Estudios penales**, Barcelona, PPU, 1991.
- *Curso de Derecho penal. Parte General*, tomo I, Madrid, Universitas, 1996.

LUZÓN PEÑA, Diego/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría*, en: AFDUA III, 2000, 53-88.

- *Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría*, en: DPCO 2 (2003), 89-128.

MACIÁ GÓMEZ, Ramón, *Las posibles responsabilidades jurídicas derivadas del suicidio*, en: Act.Der.San. 151 (2008), 519-528.

MANU, Peter/SUÁREZ, Raymond/BARNETT, Bárbara: *Manual de medicina para psiquiatras*, en: MANU/SUÁREZ/BARNETT (coords.), Barcelona, Elsevier, 2007, Prefacio al, xxiii-xxv.

MANZANERA-ESCArtÍ, R./IBÁÑEZ-TARÍN, C./SCOUFALOS, S./ARBESÚ-PRIETO, J.: *Terapia cognitivo conductual y medicina de familia en el tratamiento integral de la depresión. Aproximación práctica*, en: SEGEN 8 (2007), 425-429.

MARAVER GÓMEZ, Mario: **El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva**, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009.

- *El principio de confianza en Derecho penal*, en: LH-Mir, Madrid, La Ley, 2010, 381-404.

MARTÍN ZURRO, Armando/CANO PÉREZ, Juan: **Atención Primaria**. *Conceptos, organización práctica clínica I*, 5ª ed., Madrid, Elsevier, 2003.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis: **Derecho médico**. *Derecho médico general y especial*, tomo I, Madrid, Tecnos, 1986.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, Edersa, 1992.

MARTÍNEZ GALLEGO, Eva: *Contenido y requisitos del consentimiento informado. Responsabilidades civiles por su incumplimiento*, en: SANZ MULAS, Nieves (coord.), *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: Responsabilidades civiles y penales*, Granada, Comares, 2012, 25-48.

MARTÍNEZ GLATTLI, Hernán: *Evaluación del riesgo de suicidio*, en: HC 1 (2010), 35-48.

MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, Ángel/MEDEIROS-FERREIRA, Leticia: *Anatomía de una confusión: error diagnóstico de patología paranoide en víctima de mobbing*, en: *Rev.Psiq.Clín.* 37 (2010), 180-186.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José: *La imprudencia punible en la profesión sanitaria según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, Colex, 1985.

- *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, 3ª ed. (adaptada al Código Penal de 1995), Madrid, Colex, 1997.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José/DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo: **Los médicos y el nuevo Código Penal**, Madrid, Editores médicos, 1997.

MAURACH, Reinhart: *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Trad. (con notas) de la 1ª ed. alemana de CÓRDOBA RODA, Juan, Barcelona, Ariel, 1962.

MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl-Heinz/ZIPF, Heinz: *Derecho penal. Parte General: formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, tomo II, trad. de la 7ª ed. alemana de BOFILL GENZSCH, Jorge, Buenos Aires, Astrea, 1995.

MAURICIO ESPÉCTOR, Eduardo: *El suicidio y la responsabilidad profesional. Algunas cuestiones a tener en cuenta*, en: SNPS 41 (2009), 21-29.

MEIRELLES GOMES, Julio/DE FREITAS DRUMOND, José/VELOSO DE FRANCA, Genival: **Error médico**, Montevideo, BdF, 2002.

MÉJICA, Juan, *Sobre la necesaria colaboración entre la Psiquiatría y el Derecho ante la patología mental. Una visión Jurídica*, en: MÉJICA, Juan (coord.), I Congreso de **Psiquiatría y Derecho**: Normativismo y realidad clínica en Psiquiatría, Oviedo, Fundación Méjica: Sociedad Asturiana de Psiquiatría, 25 y 25 de mayo de 2000, 2000, 381-386.

MENDES DE CARVALHO, Gisele: **Suicidio**, eutanasia y Derecho penal: estudio del art. 143 del Código Penal Español y propuesta de "Lege Ferenda", Granada, Comares, 2009.

MERINO GÓMEZ, Gustavo: *Autonomía de la voluntad e internamiento psiquiátrico: problemas legales y tratamiento jurisprudencial*, en: Der.Sad. 2 (2011) 165-169.

MERKEL, Adolf: *Derecho Penal. Parte General*, trad. de DORADO MONTERO, Pedro, Buenos Aires, BdeF, 2004.

MEZGER, Edmundo: *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, 3ª ed. adicionada y puesta al día, trad. de la 2ª ed. alemana de RODRÍGUEZ MUÑOZ, José, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1957.

MINGOTE ADÁN, José/DEL PINO CUADRADO, Pablo/GÁLVEZ HERRER, Macarena/GUTIÉRREZ GARCÍA, María/SÁNCHEZ ALAEJOS, Raquel: *Utilidad preventiva del constructo “trastorno mental grave” en el ámbito sociosanitario*, en: Med.Seg.Trab. 221 (2010), 306-322.

MIR PUIG, Santiago: *Límites del normativismo en Derecho Penal*, en: RECPC 07-18 (2005), 18:1-18:24.

- *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed. a cargo de GÓMEZ MARTÍN, Víctor, Barcelona, Reppertor, 2011.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo: *La culpa en la actividad médica: imputación objetiva y deber de cuidado*, en: RChD 14 (1987), 260-311.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Teoría general del delito*, 4ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho penal. Parte General*, 8ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

NAVIA ROQUE, Juan: *La gestión hospitalaria*, en: GAFO, Javier (ed.), *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1999, 41-52.

NUÑEZ BARBERO, Ruperto: *El delito culposo (su estructuración jurídica en la dogmática actual)*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1975.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/HUERTA TOCILDO, Susana: *Derecho Penal. Parte General: Teoría jurídica del delito*, tomo II, Madrid, Rafael Castellanos, 1986.

ORTIZ RUBIO, Julio: *Consentimiento informado en la especialidad de Psiquiatría*, en: BIOT. (2009) 18-21.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: *El Riesgo permitido en Derecho penal (régimen jurídico- penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: **El caso de la colza**: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Notas sobre la problemática jurídica de la eutanasia*, en: RDH 2 (1993-1994), 317-335.

PEDROSA-SÁNCHEZ, Manuel/GARCÍA DE SOLA, Rafael: *La moderna psicocirugía: un nuevo enfoque de la neurocirugía en la enfermedad psiquiátrica*, en: Neurol. 9 (2003), 887-897.

PELAYO GÓNZALEZ-TORRE, Ángel: *La intervención jurídica de la actividad médica: El consentimiento informado*, en: Cuad.Bart., N° 5 Madrid, Dykinson, 1997.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *La Participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, Tecnos, 1990.

PÉREZ ALONSO, Esteban: *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, Granada, Comares, 1998.

PERÉZ ALONSO, Esteban/ESPINOSA CEBALLOS, Elena/RAMOS TAPIA, María, *Fundamentos de Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., en: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.), MONTERO-TORRES HERRERA, María (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

PÉREZ MANZANO, Mercedes: ***Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995***, Madrid, Civitas, 1999.

PÉREZ SOLA, V. /FERRER I VINARDELL, M./MASOLIVER I MASOLIVER, E: *Agitación psicomotora. Ansiedad. Crisis de angustia*, en: LLORET, Josep/MUÑOZ, Josefina/ VICENÇ, Artigas/ALLANDE, Luis/VÁZQUEZ, Guillermo (coords.), **Protocolos terapéuticos** de urgencias, Barcelona, Masson, 2005, 657-666.

PORTERO LAZCANO, Guillermo: *Responsabilidad penal del médico: Fundamentos para el establecimiento de negligencia o impericia*, en: RDm 6 (2001) 89-96.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: ***Introducción al Derecho penal. Parte General***, Barcelona, Barcanova, 1981.

- ***Parte General del Derecho penal***, 4ª ed. con la colaboración de Fermín Morales Prats, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: ***Compendio de Derecho Penal I***, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958.

- *Derecho penal de la culpa*, Barcelona, Urgel, 1958.
- ***Curso de Derecho penal***, tomo I, Madrid, Editorial revista de Derecho privado, 1963.

RETOLAZA BALSATEGUI, Ander: *La psicopatología insustancial en la era del DSM- IV y la CIE-10*, en: AEN 82 (2002), 67-73.

- *La organización asistencial*, en: RETOLAZA BALSATEGUI, Ander (coord.), *Trastornos mentales comunes. Manual de Orientación*, Madrid, AEN, 2009, 61-96.

REY HUIDOBRO, Luis Fernando: *La imprudencia médica en el ámbito del Derecho Penal*, en: EH- Casas-Barquero, Córdoba, Universidad de Córdoba, 1996, 711-723.

RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La **responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario** al servicio de la administración pública*, Valencia, Editorial práctica de Derecho, 1997.

ROBLES PLANAS, Ricardo: *La **participación** en el delito: Fundamentos y límites*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2003.

RODRÍGUEZ ARTALEJO, Fernando/ORTÚN RUBIO, Vicente, *Los protocolos clínicos*, en: MedClín. 95 (1990) 309-316.

RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español. Parte General*. 10^a ed., Madrid, Dickinson, 1986.

RODRÍGUEZ DEVESA, José/SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho penal español. Parte General*, 18^a ed., Madrid, Dykinson, 1995.

RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa: *Imprudencia*, en: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (dir.), EPB, Granada, Comares, 2002.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *Comentario a los artículos 12 a 16*, en: CORDOBA RODA, Juan/RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo,

Comentarios al Código penal, Tomo I (artículos 1-22), Barcelona, Ariel, 1972, reimpresión 1976, pp. 150-190.

- *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas, 1978.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luís: *Compendio de Derecho penal, Parte General*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2010.

RODRÍGUEZ RAMOS, Prudencio/DÍAZ ATIENZA, Joaquín: *Aspectos médico-legales específicos del niño y del adolescente* en: SOUTULLO ESPERON, César/MARDOMINGO SANZ, María (coords), *Manual del Psiquiatría del niño* y del adolescente, Madrid, Editorial Médica Panamericana, 2010, 421-430.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio: *La responsabilidad penal médica por homicidio y lesiones imprudentes actualmente en España (artículos 142 y 152 código penal)*, en: LL 2006-27, 1651-1657.

- *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*, Vigo, tesis doctoral inédita, Universidad de Vigo (está en prensa la monografía que, con variaciones, se deriva de la tesis), 2008.
- *La responsabilidad penal en el equipo médico. División del trabajo sanitario y principio de confianza*, en: ADROHER BIOSCA/DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (dirs.), **Avances** del Derecho ante los avances de la medicina, Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2008, 307-323.
- *El valor jurídico de los protocolos sanitarios en la determinación de la responsabilidad penal del médico por lesiones o muertes imprudentes en el ejercicio profesional*, en: ADROHER BIOSCA/DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (dirs.), **Avances** del Derecho ante los

avances de la medicina, Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2008, 435-451.

ROMEO CASABONA, Carlos, *El médico y el Derecho penal I. **La actividad curativa** (Licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona, Bosch, 1981.

- **El médico ante el Derecho**, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1985.
- *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas*, en: LL 1993-4, 979-994.
- **Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo**, Granada, Comares, 2005.

ROSO CAÑADILLAS, Raquel: **Autoría y participación imprudente**, Granada, Comares, 2002.

ROXIN, Claus: **Problemas Básicos del Derecho penal**, trad. y notas de LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Madrid, Reus, 1976.

- *Derecho Penal. **Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito***, tomo I, trad. de la 2ª ed. alemana de LUZÓN PEÑA, Diego Manuel/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/DE VICENTE REMESAL, Javier, Madrid, Thomson, Civitas, 1997.
- *La evolución de la **política criminal**, el Derecho penal y el proceso penal*, trad. de GÓMEZ RIVERO, Carmen/GARCÍA CANTIZANO, María, Valencia, Tirant lo blanch, 2000.

- **Autoría y dominio del hecho** en *Derecho penal*, 2ª ed., trad. de la 7ª ed. alemana de CUELLO CONTRERAS, Joaquín/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, Madrid, Marcial Pons, 2000.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles: *La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa*, en: ID 4 (2009), 2-58.

RUIZ ANTÓN, Luis Felipe: *El agente provocador en el Derecho penal*, Madrid, Edersa, 1982.

SALVAT PUIG, Juan: *¿Cómo debe dar la información el sanitario?*, en: SANZ MULAS, Nieves (coord.), *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: Responsabilidades civiles y penales*, Granada, Comares, 2012, 11-23.

SÁNCHEZ-CARO, Jesús/SÁNCHEZ-CARO, Javier: *Síndrome neuroléptico maligno y consentimiento informado para el tratamiento con antipsicóticos*, en: **IV Congreso Nacional** de Derecho Sanitario, Madrid, Fundación Mapfre Medicina, 1998, 319-327.

- *El consentimiento informado en Psiquiatría*, Madrid, Díaz de Santos, 2003.

SÁNCHEZ JORDÁN, María: *Algunas cuestiones relativas al derecho de información y al deber de secreto profesional en un supuesto de responsabilidad médica*, en: Der.Sad. 2 (2002), 157-166.

SÁNCHEZ TEJERINA, Isaías: **Derecho penal** Español, tomo I, 5ª ed., Madrid, Reus, 1950.

SCHÜNEMANN, Bernd: *El sistema moderno del Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1991.

- **Temas actuales** y permanentes del Derecho penal después del Nuevo milenio, Madrid, Tecnos, 2002.

SHAFFER, David: *Conceptos de clasificación diagnóstica*, en: WIENER, Jerry/DULCAN, Mina (coords.), **Tratado** de la Psiquiatría de la infancia y la adolescencia, Barcelona, Elsevier, 2006, 77-86.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luís: **Teoría del delito imprudente**: (doctrina general y regulación legal), Madrid, Ministerio de Justicia, 1991.

SEVA DÍAZ, A. /GARCÍA CAMPALLO, J./ BORELL, F./ SEVA FERNÁNDEZ, A., *La Psiquiatría y Atención Primaria*, en: LÓPEZ-IBOR, Juan/ LEAL CERCOS, Carmen/ CARBONELL MASIÁ, Carlos (edits.), *Imág. Psiq.*, Barcelona, Glosa, 2004, 637-648.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: **El delito de omisión**. Concepto y sistema, Barcelona, Bosch, 1986.

- *Responsabilidad penal del médico por omisión*, en: MIR PUIG, Santiago (ed.), **Avances de la Medicina** y Derecho penal, Barcelona, PPU, 1988, 125-147.
- *Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo*, en: *Der.Sad.* 2 (1994) 41-58.
- *La Comisión por omisión*, en: ASÚA BATARRITA, Adela (ed.), **Jornadas** sobre el nuevo Código Penal de 1995. Celebradas del 19

al 21 de noviembre de 1996, San Sebastián, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 1998, 37-42.

- ***Medicinas alternativas e imprudencia médica***, Barcelona, Bosch, 1999.
- *La responsabilidad penal por contagio hospitalario*, en: Der.Sad. 1 (2000), 47-57.
- *Estudios sobre los delitos de omisión*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2004.

SIMÓN LORDA, Pablo: *La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente*, en: AEN 102 (2008), 325-348.

SIMON Robert/SHUMAN Daniel: *La Psiquiatría y la Ley*, en: HALES, Robert/YUDOFKY, Stuart/GABBARD, Glen (dirs.), *Tratado de Psiquiatría Clínica*, 5ª ed., Barcelona, Elsevier, 2009, 1451-1492.

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE PSIQUIATRÍA: *Consenso Español sobre la Terapia Electroconvulsiva (TEC)*, 1999 (Consulta en línea: <http://www.sepsiq.org/file/Consenso%20TEC.pdf> 17-08-2011).

SOLER INSA, Pere/GASCÓN BARRACHINA, Josep: ***Recomendaciones terapéuticas en los trastornos mentales***, 3ª ed., Barcelona, ARS Médica, 2005.

SOTO NIETO, Francisco: *Responsabilidad penal derivada de la actividad médica*, en: MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis/LORENZO Y MONTERO, Ricardo (dirs.), *Tratado de Derecho médico*, Madrid, Colex, 2001.

STRATENWERTH, Günter: *Derecho penal. Parte General I*, 4ª ed., trad. de la 4ª ed. alemana de CANCIO MELIÁ, Manuel/SANCINETTI, Marcelo, Madrid, Thomson-civitas, Cizur (Navarra), 2005.

STUART, Gail/LARAIA, Michele: *Enfermería psiquiátrica. Principios y práctica*, 8ª ed., Madrid, Elsevier, 2006.

TÉLLEZ LAPEIRA, Juan/BUITRAGO RAMÍREZ, Francisco/PASCUAL PASCUAL, Pablo: *La salud mental en el umbral del siglo XXI. Protagonismo de la atención primaria. ¿Un reto a nuestro alcance?* en: APr. 35 (2005), 61-63.

TENA ARAGÓN, María Félix: *La imprudencia profesional y la imprudencia del profesional*, en: CDJ 2005-XVI, 87-96.

TORIO LÓPEZ, Ángel: *El deber de cuidado en los delitos culposos*, en: ADPCP (1974), 25-59.

TRILLO NAVARRO, Jesús: *Imprudencia en la cirugía estética: coautoría y continuidad*, en: LLP 47 (2007), 18-51.

URRUELA MORA, Asier/ROMEO MALANDA, Sergio: *Tendencias actuales de la jurisprudencia española en materia de responsabilidad penal médica*, en: Rev.DP. 34 (2011), 35-73.

VALENCIA PINZÓN, Giovanni: *La lex artis*, en: RCPS 3 (2001), 21-25.

VALLEJO JIMÉNEZ, Geovana Andrea: *Aproximación al concepto de imprudencia*, en: ND 6 (2010), 29-37.

VALLEJO RUILOBA, Julio: *Introducción a la Psicopatología y la Psiquiatría*, 6ª ed., Barcelona, Masson, 2006.

VAN WEEZEL, Alex, *Coautoría en delitos de organización*, en: LH-Jakobs II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, 279-323.

VÁZQUEZ DE LA TORRE, Paloma, *Nosografía psiquiátrica en el manicomio nacional de Santa Isabel (1931-1952)*, en: Fr. III (2008), 69-96.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: **Responsabilidad penal del personal sanitario**. *Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*, Pamplona, Aranzadi, 2003.

VIVES ANTÓN, Tomás (coord.): **Comentarios al Código penal de 1995**, tomo I (artículos 1 a 233), Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

VON LISZT, Franz: **Tratado de Derecho Penal**, tomo II, 4ª ed., trad. de la 20ª. ed. alemana de JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, y adiciones de SALDAÑA, Quintiliano, Madrid, Reus, 1999, 430.

WELZEL, Hans: *Derecho Penal: Parte General*, trad. del alemán de FONTÁN BALESTRA, Carlos con la colaboración de Sr. FRIKER, Eduardo, Buenos Aires, Roque Depalma, 1956.

- *Derecho penal alemán: Parte General*, 4ª ed., trad. BUSTOS RAMÍREZ, Juan/YÁNEZ PÉREZ, Juan, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- *El nuevo sistema del Derecho penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista* (reimpresión de la 1ª ed. en Castellano, Barcelona, Ariel, 1964), trad. CEREZO MIR, José, Buenos Aires, BdeF, 2002.

YEPES RESTREPO, Sergio: *Código de ética médica y ley de seguridad social*, en: RML 2 (1996), 64-66.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: *La infracción individual del deber de cuidado en el sistema del delito culposo*, en: ADPCP (1986), 321-332.

Documentos oficiales de interés

JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN: **Guía de seguridad** en atención a las personas con trastornos mentales, León, Consejería de Sanidad. Gerencia regional de salud, 2009.

MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD: **Estrategia en Salud Mental**. Sistema Nacional de Salud, Madrid, Centro de publicaciones, 2007[http://www.msc.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/excelencia/salud_mental/ESTRATEGIA_SALUD_MENTAL_SNS_PAG_WEB.pdf consultado 20-07-2011]

- *Elaboración de guías de práctica clínica en el Sistema Nacional de Salud. Manual Metodológico*, Madrid, Centro de publicaciones, 2007.
- **Actualización de Guías de Práctica Clínica en el Sistema Nacional de Salud. Manual Metodológico**, Madrid, Ministerio de Ciencia e innovación, 2009. [http://portal.guiasalud.es/emanuales/actualizacion/documentos/manual_actualizacion.pdf consultado 17-10-2011].
- **Evaluación en la Estrategia en Salud Mental del Sistema Nacional de Salud**, Madrid, Centro de publicaciones, 2010.

[http://www.msc.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/excelencia/Resumen_Evaluacion.pdf consultado 20-07-2011].

- ***Estrategia en Salud Mental.*** *Sistema Nacional de Salud*, 2009-2013, Madrid, Centro de publicaciones, 2011. [<http://www.msps.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/docs/saludmental/SaludMental2009-2013.pdf> consultado 20-07-2011].