

FACULTAD  
DE CIENCIAS  
JURÍDICAS



ZIENTZIA  
JURIDIKOEN  
FAKULTATEA

**TRABAJO FIN DE ESTUDIOS / IKASGAIEN AMIERAKO LANA**

**LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO SANITARIO**  
**Patricia Solabre Recalde**

**DIRECTORA / ZUZENDARIA**  
**Inés Olaizola Nogales**

**Pamplona / Iruñea**  
**19 de enero de 2016**



## **RESUMEN**

Es notable desde hace unos años que el interés de los ciudadanos por lo relacionado con la exigencia de responsabilidades al médico por su actuación negligente, se ha intensificado notablemente. Esta sensibilización social ha ido acompañada de un notable aumento de las denuncias contra los profesionales sanitarios.

Guiado por este momento social, el legislador de 1995 mantuvo la penalización de la imprudencia profesional, pese a las críticas que recibió desde su inclusión en el CP 1944, aunque con importantes modificaciones como la sustitución del sistema *numerus apertus* por el *numerus clausus*, y la naturaleza de la sanción a imponer, que pasa a ser una inhabilitación profesional.

Sin embargo, la imprudencia profesional, y dentro de ésta, la imprudencia médica, presenta grandes complejidades respecto a la determinación de la norma de cuidado, así como la concreción del deber de cuidado de cada uno de los intervinientes en una actividad desarrollada en equipo.

## **PALABRAS CLAVE**

Imprudencia, Imprudencia profesional, *Lex artis*, División del trabajo y Principio de confianza.

## **SUMMARY**

In the last few years, citizens have significantly increased their interest on the liability claims to negligent physicians. This social sensitivity has been accompanied by a remarkable growth in complaints against healthcare professionals.

Guided by this social moment, in 1995 the legislator maintained the penalties on professional negligence, in spite of the critics received since its inclusion in the 1944 CP. He made however, important changes, such as substituting the *numerus apertus* by the *numerus clausus*, and modifying the nature of the penalty which became a professional disqualification.

Nevertheless, professional negligence, and within this, medical negligence, presents great complexity regarding the determination of the standard of care, as well as the specification of the duty of care of each of the participants in a team activity.

### **KEYWORDS**

Imprudence, Professional negligence, *Lex artis*, Division of work and Principle of trust.

# LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO SANITARIO

RELACIÓN DE ABREVIATURAS.....	11
I. INTRODUCCIÓN.....	13
II. CONCEPTO DE IMPRUDENCIA.....	14
III. ESTRUCTURA DEL DELITO IMPRUDENTE.....	17
1. Parte subjetiva o elemento psicológico.....	18
2. Parte objetiva o elemento normativo.....	18
2.1 <i>La infracción de la norma de cuidado</i> .....	18
2.1.1. Deber de cuidado interno y externo.....	19
2.2. <i>Previsibilidad objetiva</i> .....	19
2.3. <i>Auténtica realización de la conducta típica: autoría</i> .....	21
2.4. <i>Realización completa del tipo objetivo: consumación</i> .....	22
2.5. <i>Sistema de numerus clausus o de numerus apertus. Crimina culposa o crimen culpae</i> .....	23
2.5.1. <i>Numerus apertus y numerus clausus</i> .....	23
2.5.2. <i>Crimina culposa o crimina culpae</i> .....	23
IV. CLASES DE IMPRUDENCIA.....	24
1. <b>Imprudencia consciente o inconsciente</b> .....	24
2. <b>Imprudencia grave o menos grave</b> .....	24
2.1 <i>Criterios delimitadores</i> .....	24
2.2 <i>Imprudencia grave</i> .....	26
2.2.1 <i>Delitos sancionables por imprudencia grave</i> .....	27

2.3. <i>Imprudencia menos grave</i> .....	28
2.3.1. Delitos sancionables por imprudencia menos grave.....	31
<b>V. IMPRUDENCIA MÉDICA.....</b>	<b>32</b>
<b>1. Concepto y contenido del deber de cuidado.....</b>	<b>33</b>
<b>2. Las fuentes del deber de cuidado.....</b>	<b>34</b>
2.1. <i>Valor jurídico-penal de las reglas de cuidado</i> .....	34
2.1.1. Razones materiales.....	35
2.1.2. Razones formales.....	36
<b>3. La determinación del deber de cuidado en el ámbito médico-sanitario; la <i>lex artis</i>.....</b>	<b>37</b>
3.1. <i>Concepto de <i>lex artis</i></i> .....	37
3.2. <i>Contenido de la <i>lex artis</i></i> .....	39
3.3. <i>Naturaleza de las reglas incluidas en la <i>lex artis</i></i> .....	40
3.3.1. Reglas técnicas y deontológicas.....	40
3.3.2. Deber de información y consentimiento informado.....	41
3.3.2.1. Información clínica o terapéutica.....	42
3.3.2.2. Consentimiento informado.....	44
3.4. <i>Valor de la <i>lex artis</i> en la determinación del deber de cuidado en la actividad médica</i> .....	46
<b>4. Cláusula de imprudencia profesional.....</b>	<b>51</b>
4.1. <i>La imprudencia profesional: antecedentes legislativos, naturaleza y justificación de la inhabilitación profesional</i> .....	51
4.1.1. Conclusión.....	58

4.2. Anexo jurisprudencial.....	59
4.2.1. Sentencias del Tribunal Supremo en las que no se aprecia imprudencia profesional.....	59
4.2.2. Sentencias del Tribunal Supremo en las que sí se aprecia imprudencia profesional.....	68
4.2.3. Sentencias de Audiencias Provinciales en las que no se aprecia imprudencia profesional.....	76
4.2.4. Sentencia de Audiencia Provincial en la que sí se aprecia imprudencia profesional.....	80
4.2.5. Valoración.....	81
<b>VI. TRABAJO EN EQUIPO.....</b>	<b>83</b>
<b>1. El principio de división del trabajo en la actividad médico sanitaria.....</b>	<b>83</b>
1.1. Origen y naturaleza del principio de división del trabajo.....	83
1.2. Formas de división del trabajo: horizontal y vertical.....	85
1.2.1. División horizontal.....	86
1.2.2. División vertical.....	88
1.3. Conclusión.....	91
<b>2. El principio de confianza.....</b>	<b>92</b>
2.1. Enunciado general. Origen y evolución.....	92
2.2. Función y ubicación sistemática del principio de confianza en el delito imprudente.....	94
2.3. Naturaleza y fundamento del principio de confianza.....	95
2.3.1. El principio de confianza entendido como expresión del riesgo permitido.....	96

2.3.2. El principio de autorresponsabilidad como fundamento del principio de confianza.....	96
2.4. <i>Eficacia del principio de confianza</i> .....	97
2.5. <i>Operatividad del principio de confianza en la actividad médico-sanitaria</i> .....	99
2.6. <i>Contenido y alcance del principio de confianza en la actividad médico-sanitaria</i> .....	100
2.6.1. Alcance del principio de confianza en la división de trabajo horizontal.....	100
2.6.2. Alcance del principio de confianza en la división de trabajo vertical.....	105
2.6.2.1. Alcance del principio de confianza en relación con la conducta del superior jerárquico.....	106
2.6.2.2. Alcance del principio de confianza en relación con la conducta del inferior jerárquico.....	112
<b>VII. CONCLUSIONES</b> .....	<b>113</b>
<b>VIII. BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>117</b>
<b>IX. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CONSULTADA</b> .....	<b>119</b>





## ABREVIATURAS

AC	Aranzadi Civil.
ARP	Aranzadi Penal.
Art./arts.	Artículo/artículos.
Cit.	Citado.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
C.P.	Código Penal.
CuadDJ	Cuadernos de Derecho Jurídico.
Dir.	Directores.
FGE	Fiscal General del Estado.
JUR	Resoluciones no publicadas en los productos CD/DVD de Aranzadi.
LBAP	Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
MIR	Médico Interno Residente.
Núm.	Número.
Pág./págs.	Página/páginas.
Parr.	Párrafo.
P. ej.	Por ejemplo.
PG	Parte General
RJ	Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi.
SAP	Sentencia Audiencia Provincial.
STS/SSTS	Sentencias/sentencias del Tribunal Supremo.
TAC	Tomografía Axial Computarizada.
TS	Tribunal Supremo.
UCI	Unidad de Cuidados Intensivos.
V.	Véase.



## I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad del personal sanitario que vamos a analizar es la que se deriva de un comportamiento imprudente. Esta responsabilidad tiene dos vertientes, una en un ámbito estrictamente civil, y otra en un ámbito penal. La primera vertiente se desenvuelve exclusivamente en la esfera de la jurisdicción civil, y la segunda vertiente, se desenvuelve en el ámbito de la jurisdicción penal, que implica la imposición de una pena, más la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios causados; siendo esta última vertiente la analizada en este trabajo. Como ya se ha señalado, todo lo que se explica a continuación viene referido a un comportamiento imprudente, no doloso, excluyendo, por tanto, las conductas que causen un grave daño a la salud, o impliquen la pérdida de la vida de una persona, aunque sea en el ámbito del ejercicio de la profesión del sanitario, cuando se causen a sabiendas y con plena conciencia de ello.

Sentado lo anterior, hemos de empezar por estudiar el concepto de imprudencia, estructura y categorías del delito imprudente; posteriormente, se procederá a aplicar el concepto general de imprudencia a la práctica médica, con el estudio y análisis de la cláusula de imprudencia profesional, y, finalmente, la complejidad técnica que conlleva la individualización de la responsabilidad penal por los resultados lesivos producidos en el contexto de la medicina actual, cuya característica esencial es la intervención de una pluralidad de profesionales que interactúan sucesiva o simultáneamente en relación con un mismo paciente o un mismo acto médico.

De este modo, en la primera parte se procede a un estudio histórico del concepto de imprudencia, con un análisis de las concepciones de imprudencia. En este mismo apartado se expone cual es la estructura del delito imprudente y las características del mismo; para, por último, explicar las clases de imprudencia.

En la segunda parte se aborda uno de los puntos centrales del trabajo, dedicando un estudio al deber de cuidado, como elemento principal del delito imprudente. Inicialmente se realiza una exposición detallada de las reglas de cuidado en general para, a continuación, concretar en aquellas que operan en la actividad médico-sanitaria, conocidas como *lex artis*.

En la tercera, y última, parte se lleva a cabo un análisis de la práctica de la medicina en la actualidad, que se desarrolla en grupo o equipo, con la intervención de

una pluralidad de personas. Para lo cual habrá que estudiar, también, el principio de división del trabajo y el principio de confianza. Tratándose, en primer lugar, el principio de división con la distinción entre división del trabajo horizontal y vertical; y en segundo lugar, el principio de confianza.

## II. CONCEPTO DE IMPRUDENCIA.

Centrándonos en la doctrina penal moderna, se han distinguido básicamente dos concepciones de imprudencia distintas, por un lado, la concepción psicológica de la imprudencia y por otro lado, la concepción normativa<sup>1</sup>.

Hasta el primer tercio del siglo XX la imprudencia era considerada junto con el dolo una forma de culpabilidad, entendiendo la imprudencia como un nexo psíquico entre el sujeto y el hecho, pero de menor intensidad que en el caso del dolo<sup>2</sup>. Esta ubicación sistemática en sede de culpabilidad, implicaba un concepto de delito en que el tipo del injusto se concebía como mera causación de un resultado, sin tener en cuenta el desvalor de la acción. La constatación de la tipicidad y de la antijuricidad se limitaba a una comprobación, desde un punto de vista científico-natural, de una unión material entre la acción de una persona y un concreto resultado. Además, el concepto de imprudencia dependía directamente del concepto de culpabilidad imperante en esa época, el ya mencionado concepto psicológico de culpabilidad.

Este nexo psicológico fue concebido de distintas maneras. Así, se explicó la imprudencia como voluntad de realizar la acción típica pero no el resultado o como voluntad de peligro pero no de lesión.

Sin embargo, este concepto psicológico de la imprudencia cambió a un concepto normativo en los años 1920-1930<sup>3</sup>, como consecuencia de la insuficiencia del concepto psicológico para definir, por ejemplo, la imprudencia inconsciente<sup>4</sup>, siendo esta la razón más notoria que produjo la crisis de esta teoría. Y es que la imprudencia inconsciente no

---

<sup>1</sup> LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, págs. 492 y ss.

<sup>2</sup> LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, págs. 492 y ss. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. “Artículo 12”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) *Comentarios al CP*. 1999, págs. 542 y ss. ROXIN, C. *DP PG I*. 2003 págs. 997-998. RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*. 2012, págs. 76 y ss. MIR PUIG. *PG*. 2015, págs. 297-298.

<sup>3</sup> LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, págs. 492 y ss.

<sup>4</sup> MIR PUIG. *PG*. 2015, pág. 297.

podía ser abarcada por esta teoría de la culpabilidad, ya que en ella falta, precisamente, el nexo psicológico entre el autor y el hecho, ya que lo que caracteriza a esta forma de conducta es que el sujeto que lleva a cabo la acción típica desconoce la peligrosidad de la misma e ignora, por tanto, la posibilidad de que se produzca un resultado lesivo para un bien jurídico<sup>5</sup>.

De este modo se dio lugar a la sustitución de la teoría psicológica por la normativa de la culpabilidad, que considera ésta no como un nexo psicológico entre autor y hecho, sino como un juicio de reproche por la infracción de una norma de cuidado.

La profundización en esta manera de entender la culpabilidad y, por ende, la imprudencia, va a dar lugar a una modificación casi definitiva de su ubicación sistemática, ya que de ser considerada como forma de culpabilidad acabará por integrarse en el tipo. El punto de inflexión que determina el adelantamiento en la ubicación sistemática de la imprudencia se encuentra en ENGISCH y en concreto en su obra *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*<sup>6</sup> publicada en 1930. Esta nueva ubicación supone que será necesario comprobar, más allá de la mera relación causal, que la conducta, tal y como ha sido realizada, ha quebrantado la norma previamente establecida. Es decir, junto al desvalor del resultado se habrá de constatar un desvalor de la acción, que en el caso de la imprudencia estará integrada por la infracción de un deber de cuidado.

La culpabilidad, por su parte, se concibe como una categoría diferenciada del tipo en la que se tendrán en cuenta las características específicas del autor del hecho para completar así el juicio de reproche, que se realizará únicamente una vez que se haya constatado la tipicidad de la conducta<sup>7</sup>.

La principal consecuencia que se puede extraer de esta evolución dogmática es que el epicentro del delito imprudente se va a situar definitivamente en el deber de

---

<sup>5</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 76 y ss.

<sup>6</sup> Cit. por RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, pág. 77.

<sup>7</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, pág. 78.

cuidado, de tal manera que toda explicación de la imprudencia ha de pasar necesariamente por aquél. Así pues, no existe imprudencia si no se ha dado una infracción del deber de cuidado, concepto que se explicará detenidamente más adelante. Exigiéndose, además, la previsibilidad del hecho, puesto que si un hecho o un resultado es imprevisible no existe ni puede existir un deber de cuidado para intentar evitarlo. De ello se deriva la concepción de la previsibilidad objetiva como el presupuesto de la infracción del deber de cuidado, formando ambos elementos un binomio inseparable cuya suma desemboca en el concepto de imprudencia<sup>8</sup>.

Esta posición se va extendiendo y actualmente es la dominante<sup>9</sup>, no obstante sigue habiendo posiciones que defienden la ubicación tradicional de la imprudencia en sede de culpabilidad; así como un sector doctrinal que considera que en la imprudencia el elemento normativo, o sea, la infracción del deber objetivo de cuidado pertenece al tipo del injusto, pero, la previsibilidad, el elemento psicológico, forma parte de la culpabilidad.

Concepciones a mi parecer erróneas ya que la previsibilidad como hemos mencionado anteriormente es un presupuesto de la posterior infracción objetiva del deber de cuidado; de lo cual se deriva que el desvalor de la acción junto con el desvalor del resultado dan lugar a la antijuricidad de la conducta del autor, con independencia de sus condiciones subjetivas o individuales, que serán tenidas en cuenta en sede de culpabilidad.

Para nuestro Tribunal Supremo, en SSTs 12/11/1990, (RJ 1990\8880); 3/10/1997 núm. 1188/1997 (RJ 1997\7169); 6/3/2001 núm. 2201/2001 (RJ 2002/4332), entre otras, las infracciones imprudentes se caracterizan por la concurrencia de los siguientes requisitos:

1) una acción u omisión voluntaria no intencional o maliciosa, o sea, que se halla ausente en ella todo dolo directo o eventual;

2) actuación negligente o reprochable por falta de previsión más o menos relevante, factor psicológico o subjetivo;

---

<sup>8</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 79-80.

<sup>9</sup> LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, pág. 495.

3) factor normativo o externo, representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, traducido en normas de convivencia o de experiencia en sociedad, o en normas específicas reguladoras y de buen gobierno de determinadas actividades;

4) la causación de un daño, y

5) la relación causal entre el proceder descuidado o de inobservancia del cuidado debido y el mal causado.

Según la jurisprudencia del TS la imprudencia se caracteriza por un doble elemento:

-Psicológico; afecta al poder y facultad humana de previsión, suponiendo esto la posibilidad de conocer y evitar el evento dañoso.

- Normativo; representado por la infracción de la norma de cuidado.

Por tanto, el TS ha optado por un concepto de imprudencia compuesto no sólo por la parte objetiva de la infracción de la norma de cuidado, sino también por una parte subjetiva.

### **III. ESTRUCTURA DEL DELITO IMPRUDENTE.**

Los delitos imprudentes están constituidos por la parte objetiva del tipo así como por la parte subjetiva, como el resto de los delitos, pero con las peculiaridades que se van a examinar.

Se debe hacer mención, antes de entrar a analizar la parte subjetiva y objetiva del tipo, a una serie de peculiaridades del delito imprudente. Así en este trabajo se defenderá la no punición de la participación imprudente; también cabe destacar que en los delitos imprudentes no se admite la ejecución imperfecta, sino que se exige la consumación del delito<sup>10</sup>; y finalmente, y en relación a los grados de imprudencia, con base en la modificación operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, podemos hablar de imprudencia grave, menos grave y levísima, esta última se ve excluida del ámbito penal, ya que para que la actuación imprudente constituya un ilícito penal no basta con que se

---

<sup>10</sup> LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, pág. 496 y ss.

trate de una mínima imprudencia, sino que es necesario un mínimo de gravedad en la infracción del deber de cuidado, ello en aplicación de los principios de *ultima ratio* e intervención mínima del Derecho penal.

### **1. Parte subjetiva o elemento psicológico.**

En los delitos imprudentes cabe destacar en primer lugar, la exigencia de un requisito negativo, que es la ausencia de dolo respecto del hecho típico.

Y, en segundo lugar, se requiere que el agente haya actuado voluntariamente en contra de la norma de cuidado, bien conociendo el peligro que dicha actuación conllevaba, lo que se denomina imprudencia consciente; o bien sin ese conocimiento, refiriéndonos entonces a la imprudencia inconsciente.

### **2. Parte objetiva o elemento normativo.**

#### *2.1 La infracción de la norma de cuidado.*

El núcleo esencial de la parte objetiva del delito imprudente es la infracción de la norma de cuidado, lo que constituye el desvalor de acción. Este desvalor de la acción, que se puede predicar con carácter general de toda conducta infractora del deber de cuidado, hace referencia a la falta de cuidado para evitar el daño o puesta en peligro de bienes jurídicos, así como, a la inobservancia de las normas de cuidado<sup>11</sup>.

La doctrina moderna entiende que este deber de cuidado que se infringe en los delitos imprudentes tiene un carácter objetivo, concibiendo la imprudencia como el desvalor de la acción, perteneciente, por tanto, al injusto típico.

Esta concepción objetiva del deber de cuidado, supone tener como marco de referencia la diligencia que se impondría a todos los ciudadanos en ese tipo de actuación. Y en caso de tratarse de una actuación profesional, como la que se analiza en este trabajo, esta diligencia supone el cuidado que debe y puede cumplir el buen profesional.

---

<sup>11</sup> LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, pág. 498 y ss.

### 2.1.1. Deber de cuidado interno y externo.

Dentro del deber de cuidado, algunos autores, como MIR PUIG o JORGE BARREIRO, distinguen entre el “deber de cuidado interno y externo”<sup>12</sup>; el deber de cuidado interno consiste en el deber de advertir o prever la peligrosidad de la conducta y valorarlo correctamente; y el deber de cuidado externo supone actuar tomando precauciones ante el riesgo previamente advertido o incluso evitar realizar la actuación peligrosa<sup>13</sup>.

En el deber de cuidado interno y respecto a la determinación del grado de atención requerido por el sujeto, este dependerá, por un lado, de la proximidad del peligro y, por otro lado, del valor del bien jurídico protegido y afectado. El marco de referencia para la determinación del baremo de atención para advertir el peligro corresponderá con el modelo del “hombre cuidadoso al que pertenece el agente, en la particular situación en la que éste se encuentre”<sup>14</sup>.

Con independencia de esta terminología, sí es cierto que para poder actuar ante situaciones peligrosas el sujeto, en primer lugar, debe tener conciencia del peligro lo cual supone un cierto deber de atención, y, en segundo lugar, una vez es consciente de dicha peligrosidad, el deber de cuidado consiste en la adopción de medidas precautorias o en abstenerse de realizar la actuación peligrosa.

### 2.2. Previsibilidad objetiva.

La previsibilidad objetiva es el primero de los presupuestos para entender que existe una infracción del deber objetivo de cuidado, y concurrir así una conducta imprudente que sea punible. Esta previsibilidad objetiva existirá cuando resulte previsible para cualquier ciudadano o profesional cuidadoso, que con esa actuación se

---

<sup>12</sup> MIR PUIG. *PG*. 2015, págs. 299-300.

<sup>13</sup> JORGE BARREIRO. “Omisión e imprudencia”, en: *CuadDJ. CGPJ*. XXIII, 1994, págs. 221-250.

<sup>14</sup> STS 13/11/1992, núm. 2452/1992 (RJ 1992\9651).

puede derivar la realización de un hecho típico, razón por la cual se podrá apreciar una mínima posibilidad de peligro y existirá, entonces, el deber de evitarlo o controlarlo<sup>15</sup>.

Sin embargo, a la hora de valorar si existe o no imprudencia se debe atender a lo que se conoce como el “riesgo permitido”; y es que en las sociedades modernas han ido aumentando progresivamente las actividades que implican cierto peligro para bienes jurídicos protegidos, pero, que por ciertos intereses, ya sean económicos, científicos, etc. ni la sociedad ni el Derecho han querido prohibir, siempre que dicho peligro se mantenga dentro de lo que se denomina el “riesgo permitido”<sup>16</sup>. Por tanto, no toda conducta peligrosa es ilícita, sino únicamente lo será aquella que excede de un determinado riesgo razonable (el riesgo permitido) y necesario para la funcionalidad de los bienes jurídicos<sup>17</sup>.

Respecto a los límites de este riesgo permitido, van variando de unas actividades a otras, en función de una ponderación de intereses entre el peligro que supone para los bienes jurídicos y los beneficios o el interés social de esa actividad.

Una consecuencia de este riesgo permitido es el principio de confianza, aplicado inicialmente el ámbito de la circulación; y que, implica, que todo conductor que actúe con la debida diligencia puede confiar, en principio, en que los demás participantes en el tráfico se comportarán a su vez con el cuidado debido, a no ser que en virtud de circunstancias del caso concreto deba tener motivos para pensar lo contrario; o porque ya se vea que otra persona comienza a actuar imprudentemente, o porque en virtud de lo que el Tribunal Supremo<sup>18</sup> llama “principio de defensa” los otros participantes en el tráfico sean personas de las que por experiencia cabe esperar reacciones descuidadas, como puede ser el caso, de niños, ancianos o incapacitados.<sup>19</sup>

Asimismo, este principio de confianza es aplicable, también, al caso que nos ocupa en este trabajo, aplicación que se expondrá más adelante en relación con el trabajo en equipo dentro del ámbito sanitario con funciones coordinadas y jerarquizadas, aplicándose en su mayor extensión en el caso de la división horizontal del trabajo en equipo.

---

<sup>15</sup> LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, págs. 502-503.

<sup>16</sup> LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, págs. 503-504.

<sup>17</sup> GIL GIL. *El delito imprudente*. 2007, pág. 224.

<sup>18</sup> SSTS 8/6/1985 (RJ 1985\2976) y 27/12/1986 (RJ 1986\7997).

<sup>19</sup> LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, págs. 504-505.

### 2.3. Auténtica realización de la conducta típica: autoría.

Si bien es cierto que conceptualmente cabe distinguir en los delitos imprudentes entre autoría y participación, como ya se ha mencionado anteriormente considero tal y como señalan JORGE BARREIRO, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y LUZÓN PEÑA que la participación imprudente no se castiga<sup>20</sup>.

Hay varias razones que avalan esta afirmación:

- En primer lugar, no es punible la participación imprudente porque la interpretación de los preceptos reguladores de la participación, arts. 28 y 29 CP (antiguos artículos 14 y 16 del CP 1973) se refieren a la participación dolosa. Tales supuestos suponen causas de ampliación de la punibilidad, al igual que en el caso de los actos ejecutivos y actos preparatorios.
- En segundo lugar, esto se confirma con base en el art. 12 del CP, según el cual las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley.

Por tanto, si en la Parte especial sólo se castiga la realización del tipo imprudente, la autoría, y en la Parte general no se castiga la participación imprudente, es evidente que hay que llegar a la solución de la no punibilidad.

Esta interpretación, además, del apoyo legal en los preceptos del CP antes mencionados, tiene una base político-criminal, fundada en el principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del Derecho penal, y es que la menor gravedad y desvalor de los hechos imprudentes, y el papel de las formas de participación como figuras marginales o subordinadas en el hecho ilícito, y siendo causas de ampliación de la tipicidad, hace aconsejable una interpretación restrictiva de las mismas<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, págs. 123-124. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría*. 1991, pág. 283. LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, págs. 507 y ss.

<sup>21</sup> LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, págs. 507 y ss.

Esto significa que tales conductas imprudentes de mera participación no son lo suficientemente graves para constituir hechos típicamente penales y antijurídicos<sup>22</sup>, pero que sí que constituyen hechos antijurídicos extrapenales, es decir, ilícitos administrativos, civiles o laborales con la consiguiente responsabilidad en sus respectivos campos<sup>23</sup>.

Tal y como defienden LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>24</sup> 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, sólo e inmediatamente, a través de otro al que utiliza como instrumento o mediante actuación conjunta con otros, domina el hecho determinando objetiva y positivamente el curso del suceso, es decir, decide sobre el sí y el cómo del acontecimiento.

#### *2.4. Realización completa del tipo objetivo: consumación.*

En el caso de los delitos imprudentes es preciso que se lleve a cabo la consumación para producirse todos los elementos del tipo objetivo, incluyendo la realización del resultado típico, si se trata de un delito de resultado.

En este tipo de delitos no se han tipificado las formas de ejecución imperfecta o parcial, lo cual supone que la tentativa en los delitos cometidos por imprudencia no es punible. Y es que para el injusto penal imprudente no basta con el desvalor de la acción (infracción de la norma de cuidado), sino que es preciso también el desvalor del resultado (realización de la parte objetiva del hecho previsto en el delito doloso)<sup>25</sup>.

En los tipos imprudentes de resultado la consumación requiere la doble relación de causalidad y de imputación objetiva entre la acción y el resultado. En primer lugar, la causalidad entre la actividad y el resultado; y además, el resultado ha de ser objetivamente imputable a la conducta imprudente. Esto supone la adecuación de la concreta forma de producción del resultado, y que el concreto resultado producido

---

<sup>22</sup> LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, pág. 508.

<sup>23</sup> ROSO CAÑADILLAS. *Autoría y participación imprudente*. 2002, pág. 415.

<sup>24</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría*. 1991, pág. 691. LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, pág. 509.

<sup>25</sup> LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, pág. 512. MIR PUIG. *PG*. 2015, pág. 298.

suponga la realización de alguno de los riesgos inherentes, precisamente a esa conducta imprudente, encajando con el fin de protección de la norma infringida<sup>26</sup>.

## 2.5 Sistema de *numerus clausus* o de *numerus apertus*. *Crimina culposa* o *crimen culpae*.

### 2.5.1. Numerus apertus y numerus clausus.

Los CP españoles hasta el CP 1944/1973 optaron por un sistema de *numerus apertus* consistente en la existencia de cláusulas generales incriminadoras de la imprudencia, en principio, en cualquier delito. La regla general en este sistema de número abierto ha sido que cualquier delito admite la comisión imprudente, con la excepción de la existencia de determinados delitos que por las exigencias del tipo, no admiten la comisión imprudente<sup>27</sup>.

Frente a este sistema se considera preferible el sistema de *numerus clausus* de delitos o faltas imprudentes, por el cual ha optado el sistema penal español a partir del CP de 1995. En este sistema sólo se castiga la comisión imprudente en aquellos tipos que así lo dispongan expresamente; tal y como queda reflejado en el art. 12 CP 1995 al disponer “las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”.

### 2.5.2. *Crimina culposa* o *crimina culpae*.

Pese al sistema de *numerus apertus* vigente en el sistema penal español hasta el CP de 1995 no existe un delito de imprudencia o *crimen culpae*, sino que lo que existen son delitos imprudentes concretos, *crimina culposa* (es decir, homicidio imprudente, lesiones imprudentes, etc.)<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, pág. 513. MIR PUIG. *PG*. 2015, págs. 304 y ss.

<sup>27</sup> LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, págs. 522 y ss. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. “Artículo 12”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) *Comentarios al CP*. 1999, pág. 538. MIR PUIG. *PG*. 2015, págs. 293-294.

<sup>28</sup> LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, págs. 524-525. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. “Artículo 12”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) *Comentarios al CP*. 1999, págs. 535 y ss. MIR PUIG. *PG*. 2015, págs. 293-294.

## **IV. CLASES DE IMPRUDENCIA**

### **1. La imprudencia consciente e inconsciente.**

La diferencia entre estos tipos de imprudencia se establece atendiendo al elemento cognoscitivo de la actuación por parte del sujeto activo<sup>29</sup>.

En la imprudencia consciente el sujeto tiene conciencia de la posibilidad de producción de la parte objetiva del tipo, pero, a diferencia, del dolo eventual, no acepta su eventual producción por confiar con un mínimo de fundamento en que se puede evitar. Es decir, este tipo de imprudencia se da cuándo se advierte la posibilidad de causar una lesión, aunque no se quiere, pero, sin embargo, se actúa, porque aún advirtiendo el peligro de la situación se confía en que no dará lugar al resultado lesivo<sup>30</sup>.

Por imprudencia inconsciente se entiende cuando el sujeto ni siquiera tiene conciencia de la posibilidad de producción de la parte objetiva del hecho típico, bien porque no se da cuenta de la peligrosidad o porque aún siendo consciente del peligro, por un error vencible de tipo desconoce la presencia o posible concurrencia de algún elemento típico<sup>31</sup>. Es decir, en este caso, no sólo no se quiere el resultado, sino que ni siquiera se prevé la posibilidad del mismo (STS 15/3/2002, núm.466/2002, RJ 2002\3923).

Esta distinción teórica no tiene mayor aplicación práctica, puesto que la infracción puede cometerse con independencia de que la imprudencia sea consciente o inconsciente. Ya que para la determinación de la gravedad de la imprudencia no se tienen en cuenta estos parámetros sino la gravedad de la infracción de la norma de cuidado, como se explica con más detenimiento en el siguiente epígrafe.

### **2. La imprudencia grave o menos grave.**

#### *2.1. Criterios delimitadores.*

---

<sup>29</sup> LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, págs. 514-515. MIR PUIG. *PG*. 2015, pág. 294.

<sup>30</sup> LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, págs. 514-515. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. “Artículo 12”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) *Comentarios al CP*. 1999, pág. 558. MIR PUIG. *PG*. 2015, pág. 294.

<sup>31</sup> LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, págs. 514-515. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. “Artículo 12”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) *Comentarios al CP*. 1999, págs. 558-559. MIR PUIG. *PG*. 2015, pág. 294.

Los criterios utilizados por la doctrina y la jurisprudencia para distinguir la imprudencia grave de la leve, y que pueden ser aplicados igualmente para diferir entre las categorías de imprudencia grave y menos grave, son los siguientes:

Para delimitar estos dos tipos de imprudencia se alude, en primer lugar, al grado de peligro en relación a la clase del bien jurídico y al grado de control o descontrol. LUZÓN PEÑA<sup>32</sup>, afirma que habrá una infracción total o al menos grave de normas básicas o elementales de cuidado, cuando la conducta cree u opere ante un elevado peligro, bien incontrolable o controlable pero sin emplear ninguna o con muy escasas e insuficientes medidas de control.

Por otra parte, LUZÓN PEÑA<sup>33</sup>, entiende que el hecho de que la imprudencia sea consciente o inconsciente es irrelevante a estos efectos, ya que en la imprudencia consciente podrá darse ciertamente la misma gravedad de la infracción del deber de cuidado que en una imprudencia inconsciente. Entendiendo, como ya se ha explicado en el epígrafe anterior, que la imprudencia consciente es aquella en la que si bien no se quiere causar el resultado se advierte su posibilidad, confiando en que la actuación no dará lugar al mismo; y que la imprudencia inconsciente es aquella en la que ni siquiera se prevé su posibilidad, es decir, no se advierte el peligro.

Una postura parecida mantiene MIR PUIG<sup>34</sup> quien afirma que la imprudencia grave se caracteriza por la infracción de la atención o del cuidado que puede exigirse al menos cuidadoso, atento o diligente; supone la ausencia u omisión de las más elementales medidas de cuidado o atención.

Otro de los criterios a tener en cuenta para la delimitación del tipo de imprudencia es la mayor o menor peligrosidad de la conducta, lo cual implica que la probabilidad de lesión de un bien jurídico y la lesión es más o menos probable dependiendo del ámbito de actividad donde se desarrolle la conducta. Esta peligrosidad debe analizarse desde un punto de vista cuantitativo, a partir del estudio de si la probabilidad de lesión es alta, media o baja; y también, desde un punto de vista cualitativo, ya que dependiendo de cuál sea el bien jurídico puesto en peligro, la conducta puede valorarse como más o menos peligrosa. Y es que cuando el bien

---

<sup>32</sup> LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, págs. 515 y ss.

<sup>33</sup> LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, págs. 514 y ss.

<sup>34</sup> MIR PUIG. *PG*. 2015, págs. 294 y ss.

jurídico que está en peligro es un bien fundamental (como la vida, la salud o la integridad física) el nivel de cuidado exigido es mayor y como consecuencia también son mayores las medidas de control exigidas al sujeto en su actuación, y por ello, la superación del riesgo permitido en estos casos es menos aceptable<sup>35</sup>.

Igualmente, habrá que atender al tipo de norma infringida, ya que no todas las normas tienen la misma importancia respecto a evitar la lesión del bien jurídico, así como la intensidad de la infracción de la norma de cuidado<sup>36</sup>. Refiriéndose dicha intensidad a que las normas de cuidado infringidas sean elementales o no, como para entender que las respetaría el menos diligente de los ciudadanos o un ciudadano cuidadoso.

Y, finalmente, deberá tenerse en cuenta también el grado de previsibilidad del evento que sea el resultado. Es decir, si al hombre medio ideal, en la situación del autor y con los conocimientos de éste, le es exigible prever la peligrosidad de la conducta<sup>37</sup>.

## 2.2. *Imprudencia grave.*

Los códigos penales españoles tradicionalmente hasta el de 1944/1973 venían utilizando el término de imprudencia temeraria definido en STS 22/4/1988 (RJ 1988/2847), como: “la omisión de las precauciones más elementales o rudimentarias, cuando no de todas las propias del caso, infringiéndose, de modo total, el deber objetivo de cuidado y omitiéndose, totalmente, la debida diligencia, evidenciando el infractor ilícita infraestimación del bien jurídico violado y flagrante antisocialidad, no previendo lo que era fácilmente previsible, prevenible y evitable.”

Sin embargo, el CP de 1995 deja de hacer referencia al término de temeridad para hablar de imprudencia grave. En nuestra jurisprudencia este concepto gira en torno a la gravedad de la infracción del deber de cuidado, definiéndose en SSTS de 8/5/2001, núm. 791/2001 (RJ 2001\7044) y de 25/4/2005, núm. 537/2005 (RJ 2005\6547) como:

---

<sup>35</sup> OLAIZOLA NOGALES. “Delitos contra los derechos de los trabajadores” en: *InDret*. 2010, págs. 5-10.

<sup>36</sup> OLAIZOLA NOGALES. “Delitos contra los derechos de los trabajadores” en: *InDret*. 2010, págs. 5-10.

<sup>37</sup> MIR PUIG. *PG*. 2015, pág. 295.

“la ausencia u omisión de las más elementales medidas de cuidado”. Asimismo SILVELA<sup>38</sup> la definió como “aquel cuidado y diligencia, aquella atención que puede exigirse al menos cuidado, atento o diligente”. Por tanto, puede decirse de forma sintética que la imprudencia grave es el olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado.

A estos efectos deben tenerse en cuenta tanto la peligrosidad de la conducta como la valoración social del riesgo<sup>39</sup>. Para determinar la peligrosidad de la conducta deben combinarse dos variables fundamentales: el grado mayor o menor de previsibilidad de la lesión y la mayor o menor importancia del bien jurídico afectado. La valoración social del riesgo depende de si se produce en ámbitos en que se admiten determinados grados de riesgo permitido: un grado de peligrosidad que podría ser grave fuera de uno de estos ámbitos puede ser leve dentro de ellos.

#### 2.2.1. Delitos sancionables por imprudencia grave.

El CP recoge los siguientes tipos imprudentes: homicidio (art. 142), aborto (art. 146), lesiones (art. 152), lesiones al feto (art. 158), alteración del genotipo (art. 159), sustitución de niño en el hospital (art. 220), daños (art. 267), receptación (art. 301), infracción de normas de seguridad e higiene en el trabajo (art. 317), delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 331), delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos (art. 334), estragos (art. 347), incendio (art. 358), delitos contra la salud pública que no sea tráfico de drogas (art. 367), falsedad por autoridad o funcionario público (art. 391), prevaricación judicial (art. 447), deslealtad profesional de abogados y procuradores (art. 467), delitos cometidos por funcionario público contra la libertad individual (art. 532) y revelación de secretos relevantes para la defensa nacional (art. 601).

El profesional sanitario, sujeto que nos interesa en este trabajo, podrá incurrir concretamente y en el ámbito de su profesión, en los delitos de homicidio, lesiones, aborto y lesiones al feto.

---

<sup>38</sup> Cit. por. MIR PUIG. *PG*. 2015, pág. 295.

<sup>39</sup> STS 22/12/2001, núm. 2445/2001, (RJ 2001\4433).

En caso de considerarse que se ha cometido el tipo delictivo por imprudencia profesional, se aplicará junto con la pena principal del tipo y las accesorias correspondientes previstas en el art. 56 del CP, la pena accesoria de inhabilitación especial para profesión u oficio, pero ello lo profundizaremos en el trabajo más adelante.

### 2.3. *Imprudencia menos grave.*

Hasta el código penal de 1944/1973 en los códigos penales tradicionales se utilizaba el término de imprudencia simple definido en STS 22/4/1988 (RJ 1988\2847), como “vulneración de preceptos de índole y rango reglamentarios, establecidos por la Autoridad para regular el ejercicio de determinadas actividades y encaminados a evitar riesgos y peligros para el entorno social y para los demás implicados en el evento de que se trate, procediendo el infractor además de un modo en el que no hubiera incidido el hombre medianamente diligente, cauto y previsor.”

Sin embargo, el CP de 1995 deja de hacer referencia al término de simple para cambiar la terminología y calificarla como imprudencia leve. Así la imprudencia leve supone la infracción de normas de cuidado no tan elementales como las vulneradas en el caso de la imprudencia grave<sup>40</sup>. Se trata de normas que respetaría no el ciudadano menos diligente, o en el ámbito sanitario, el médico menos diligente, como ocurre en el caso de la imprudencia grave, sino un ciudadano cuidadoso. Sería aquella imprudencia en la que podría incurrir cualquier persona medianamente prudente.

Actualmente, con base en la reforma legislativa operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, en la que se han introducido modificaciones importantes en relación a la regulación de la imprudencia punible, la imprudencia leve pasa a denominarse imprudencia menos grave<sup>41</sup>, con las consecuencias que a continuación se van a exponer, poniendo de manifiesto desde este momento que no se trata de un mero cambio terminológico.

---

<sup>40</sup> LUZÓN PEÑA, *PG I*, 1996, págs. 520 y ss. MIR PUIG. *PG*. 2015, pág. 295.

<sup>41</sup> MIR PUIG. *PG*. 2015, pág. 296.

El legislador en esta reforma ha introducido un concepto impreciso de imprudencia cuyo contenido no ha sido concretado por el mismo, pudiendo haberlo hecho estableciendo en la PG del Código criterios para la diferenciación entre la imprudencia grave y la menos grave.

Por tanto, para ayudar a delimitar este nuevo concepto habrá que atender a las finalidades del legislador puestas de manifiesto en la Exposición de motivos de la LO 1/2015, así como en la justificación a la enmiendas que se hicieron sobre el Proyecto tanto por el Grupo Parlamentario Socialista<sup>42</sup>, como por los Grupos Parlamentarios La Izquierda Plural y Unión, Progreso y Democracia<sup>43</sup>, además, habrá que tener en cuenta, las más de mil enmiendas que recibió dicho Proyecto en el Senado<sup>44</sup>. En la justificación a estas enmiendas se dice textualmente “La solución al problema puede encontrarse combinando los siguientes elementos: sustituyendo la anterior dicotomía imprudencia grave/leve por la imprudencia grave/menos grave. De este modo el lenguaje - especialmente en contraste con la regulación vigente- evidencia que existe un espacio de conductas leves (los meros despistes) que, si bien son responsabilidad de un conductor, no deben permitir calificar al responsable del hecho como un “delincuente”. Estos supuestos de imprudencia “menos grave” que se limitarían a los casos de causación de lesiones de cierta gravedad, serían en todo caso constitutivos de un delito (y no de una falta)... De este modo, se garantiza que son sancionados penalmente todas (pero sólo) las conductas que superan una mínima gravedad.”

A este respecto cabe destacar la SAP de Córdoba de 21/6/2002, núm.73/2002 (RJ 2002\212552) que bajo la vigencia del CP de 1995 distinguía entre imprudencia grave, menos grave y leve, diciendo: “en efecto, sin perjuicio de la libertad del recurrente para establecer las gradaciones culpabilísticas que tenga por conveniente, lo cierto es que la imprudencia leve exigida por el citado tipo penal es normalmente entendida como equivalente al simple descuido, y ello, por contraposición a la imprudencia grave que sería la omisión de las precauciones más elementales, y negligencia o imprudencia menos grave que se define como la omisión de la diligencia media acostumbrada en una esfera de la actividad humana”.

---

<sup>42</sup> Enmienda núm. 776, BOCG, Serie, Núm. 66-2. 10 de diciembre de 2014, p. 505.

<sup>43</sup> Respectivamente, enmiendas núm.144 y 544-547, BOCG, Serie A, Núm. 66-2, 10 de diciembre de 2014, pp. 107 y 351-352, 356.

<sup>44</sup> Enmienda del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (núm. 298). Enmienda del Grupo Mixto (núm. 31) Enmienda del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (núm. 363 y 364).

Por todo ello, cabe calificar la imprudencia menos grave como una imprudencia de grado medio, que permitiría abarcar tanto supuestos antes considerados de imprudencia grave como otros de imprudencia leve. Por tanto, su contenido podría fijarse atendiendo a la relevancia del deber de cuidado infringido, definiéndose por exclusión, es decir, todas las conductas que no puedan calificarse como graves o como leves, podrán incorporándose dentro del concepto de la imprudencia menos grave.

Todo ello, sin perder de vista los criterios básicos delimitadores de los tipos de imprudencia recogidos en la Instrucción 3/2006 y que se recuerdan en la Circular 10/2011 de la FGE, como son la intensidad de la falta de diligencia del autor atendidas las circunstancias concurrentes, la mayor o menor previsibilidad del resultado y el mayor o menor grado de infracción del deber de cuidado, según las normas socio-culturales vigentes.

Desde luego, parece claro, que la imprudencia menos grave es cuantitativamente más que la leve, y que no se trata simplemente de un cambio terminológico, ya que ello se pone de manifiesto en las consecuencias penológicas, puesto que las penas con las que se castigaban las faltas se han visto incrementadas, y son más graves en los nuevos delitos causados por imprudencia menos grave.

Así, de forma sintetizada puede decirse que la reforma efectuada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, respecto a las imprudencias punibles tiene las siguientes consecuencias<sup>45</sup>:

- En primer lugar, la degradación de algunos comportamientos imprudentes antes graves a la categoría de menos graves;
- En segundo lugar, el abandono de la protección penal de la salud, ante, por un lado, resultados lesivos atenuados producidos por imprudencia grave, y, por otro lado, frente a resultados lesivos de entidad básica o atenuada ocasionados por imprudencia menos grave; y,
- En tercer y último lugar, la despenalización de las faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve. Destacando como consecuencia más

---

<sup>45</sup> DOVAL PAÍS. “El nuevo régimen penal de las imprudencias menos graves y leves” en: QUINTERO OLIVARES. *Comentario a la reforma penal de 2015*. 2015, pág. 338.

inmediata la menor protección penal de la vida y de la salud frente a comportamientos imprudentes.

Asimismo, se prevén diversas consecuencias en el ámbito penológico, entre las que destacan: en materia de reincidencia, no se computan los antecedentes por esta clase de delitos ( art. 22.8ª CP); determinación de la pena al prudente arbitrio del juzgador (art. 66.2ª CP); no provocan la revocación de la suspensión de la ejecución, ni pueden ser tenidos en cuenta para su denegación (art. 80 CP); plazo de prescripción (art. 131 CP); plazo de cancelación de antecedentes delictivos (art. 136 CP); procedimiento para el enjuiciamiento con posibilidad de archivo por razones tasados de oportunidad (Título VI LECrim)<sup>46</sup>.

### 2.3.1. Delitos sancionables por imprudencia menos grave.

Con anterioridad a la reforma del CP por la LO 1/2015, eran constitutivos de delito el homicidio (art. 142 CP), lesiones graves cometidos por imprudencia grave (art. 152 CP); y como falta el homicidio y las lesiones constitutivas de delito que eran causadas por imprudencia leve, así como excepcionalmente también eran calificada como falta las lesiones atenuadas del art. 147.2 CP cometidas por imprudencia grave.

Y es que, con base en el CP de 1995, la imprudencia leve suponía una falta de las recogidas en un artículo único, el art. 621 CP 1995 dentro del libro III “faltas y sus penas” título primero “faltas contra las personas”<sup>47</sup>. Este artículo castigaba por imprudencia leve dos únicos supuestos, el de homicidio y el de lesiones, exigiéndose un requisito para su perseguibilidad, y es que se requiere la denuncia del agraviado o de su representante legal.

Las penas previstas para estas faltas eran:

- En el caso de homicidio por imprudencia leve se preveía una pena de multa de uno a dos meses.

---

<sup>46</sup> LANZAROTE MARTÍNEZ. “El nuevo delito de imprudencia menos grave” en: *Diario LA LEY*. 2015, pág. 15.

<sup>47</sup> Derogado por la Disposición Derogatoria Única de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo.

- En el caso de que por imprudencia leve se causasen lesiones constitutivas de delito, se establecía la pena de multa de 10 a 30 días.

Con posterioridad a dicha reforma, se mantienen el homicidio y las lesiones causadas por imprudencia grave, y se introduce una nueva categoría, la imprudencia menos grave, para los resultados de muerte y de lesiones de los arts. 142.2 y 152.2 CP; quedando despenalizadas las faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve, así como, las lesiones atenuadas causadas por imprudencia grave tipificadas en el art. 621 que son suprimidas al verse derogado el Libro III del CP por la Disposición Derogatoria Única, párrafo 1º de la LO 1/2015, relegando estas faltas a la esfera civil, tal y como se ha manifestado anteriormente.

Así, el artículo 142 CP en su nueva redacción recoge el supuesto de homicidio por imprudencia grave y el causado por imprudencia menos grave, especificando en ambos casos los supuestos de haber causado la muerte de otro utilizando vehículo a motor o ciclomotor o habiendo utilizado arma de fuego, y previéndose, únicamente en el caso de la imprudencia grave, el homicidio por imprudencia profesional, la cual según la doctrina jurisprudencial<sup>48</sup>, y como profundizaré más adelante, supone un plus de antijuricidad consecutivo de la infracción de la *lex artis* y de las precauciones y cautelas más imperdonables e indiscutibles a personas que perteneciendo a una actividad profesional deben tener unos conocimientos propios de esa actividad. La comisión de delitos por imprudencia profesional llevará aparejada, además, de la pena de prisión de uno a cuatro años, la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de tres a seis años.

La misma estructura en la redacción contiene el art. 152 CP respecto a las lesiones causadas por imprudencia grave y menos grave.

En el caso de los delitos cometidos por imprudencia menos grave se exige siempre la denuncia de la persona agraviada o su representante legal.

## **V. IMPRUDENCIA MÉDICA.**

---

<sup>48</sup> STS de 27/2/2009, núm. 173/2009 (RJ2009\3240) y STS 17/10/2013, núm. 1922/2013 (RJ 2013\7111).

## 1. Concepto y contenido del deber de cuidado.

El concepto de deber de cuidado está directamente relacionado con el concepto de imprudencia, siendo éste un punto de referencia esencial para determinar si la conducta es o no imprudente. El deber de cuidado constituye un baremo o modelo penalmente relevante con el que comparar la conducta realizada por el sujeto, de manera que, si de tal comparación resulta que esa conducta no se ajusta a un nivel previamente establecido, se concluye que el sujeto no ha actuado cuidadosamente, por lo cual su conducta ha sido imprudente, y se valora como típica o atípica<sup>49</sup>. Así, LUZÓN PEÑA<sup>50</sup> afirma que la infracción de una norma de cuidado y del deber de cuidado que la misma impone, es el núcleo esencial de la conducta imprudente y lo que constituye el desvalor de la acción.

Una vez definido el deber de cuidado el siguiente paso es determinar cuál es su contenido. Para la concreción del contenido del deber de cuidado es necesario llevar a cabo un proceso de integración de dos ámbitos referidos al sujeto que realiza la acción. Por un lado, el ámbito exógeno, en el que se incluyen elementos externos al sujeto, como elementos normativos y elementos fácticos. Los elementos normativos se identifican con lo que se denomina reglas de cuidado, que se pueden definir como aquellas reglas o normas extrapenales, escritas o no, que ordenan una determinada actividad eliminando o reduciendo lo máximo posible los riesgos para la vida o la integridad física de las personas que concurren generalmente en su ejercicio, con la finalidad de incrementar la seguridad en su realización. Los elementos fácticos están constituidos por los factores que rodean la situación en la que el sujeto lleva a cabo la conducta. Refiriéndonos generalmente a dos parámetros, que son el lugar y el tiempo, que configuran el contexto de la concreta conducta. Por otro lado, en el ámbito endógeno, nos encontramos con las características propias del sujeto que realiza la acción, características intrínsecas que se concretan en sus conocimientos y capacidades<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, pág. 80.

<sup>50</sup> LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, págs. 498-499.

<sup>51</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 80 y ss.

La suma de todos estos elementos mencionados configuran la base del deber de cuidado, aquel que el sujeto debe atender para no incurrir en un actuación imprudente.

## **2. Las fuentes del deber de cuidado.**

En todos aquellos sectores profesionales en los que la acción humana entraña un peligro para la vida o la integridad física de las personas, existen reglas de cuidado que, con mayor o menor precisión, los regulan. El objetivo de estas reglas es permitir el normal desarrollo de dichas actividades, minimizando los riesgos que le son inherentes y, definiendo lo que en el ejercicio de las mismas está permitido o es preceptivo hacer, y aquello que no es aconsejable o está prohibido.

La concreción de las reglas de cuidado que rigen con carácter general en el ejercicio de una actividad profesional es el resultado de una ponderación de intereses. Por un lado, el valor de los bienes jurídicos amenazados, el grado de peligro que corren y las posibilidades de control y, por otro lado, la importancia, utilidad, necesidad o interés social y beneficios de la actividad peligrosa desarrollada<sup>52</sup>.

Estas reglas, denominadas reglas de cuidado, son normas abstractas de naturaleza extrapenal que nacen con la finalidad de ordenar, con carácter general, una determinada actividad, y que habrá que identificar para cada situación concreta objeto de enjuiciamiento<sup>53</sup>.

### *2.1. Valor jurídico-penal de las reglas de cuidado.*

La doctrina mayoritaria otorga a estas reglas de cuidado un valor limitado. De este valor limitado se deriva que la infracción de las reglas de cuidado pueda ser entendida como indicio de una falta de cuidado jurídico-penalmente relevante, pero estas reglas por sí solas no completan el concepto de norma de cuidado, que debe determinarse atendiendo a las circunstancias que rodean el ejercicio de la acción concreta y sumando, también, ciertas características del sujeto. De esta manera, la

---

<sup>52</sup> LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, pág. 504.

<sup>53</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, pág. 84.

infracción de estas reglas de cuidado constituye un indicio cualificado de una falta de cuidado, pero esto no basta para calificar la conducta como imprudente.

La defensa de este valor relativo o indiciario de las reglas de cuidado se basa en el propio fundamento y razón de ser de las mismas, consideradas éstas como una pre-valoración de lo que se considera permitido o no permitido por no superar el riesgo o, en su caso, superarlo. En palabras de LUZÓN PEÑA<sup>54</sup> los límites del riesgo permitido varían de unas actividades a otras en función de una ponderación de intereses, la claridad de dichos límites depende de que estén fijados expresamente en una regulación legal o reglamentaria o no.

En definitiva, estas reglas de cuidado sirven de orientación al juez a la hora de valorar una conducta, pero su papel es limitado y constituye, como mucho, un indicio de lo adecuado o no a la norma penal, a lo requerido por el tipo. Para afirmar el valor indiciario de estas reglas hay una serie de razones, agrupables en razones materiales y formales<sup>55</sup>.

#### 2.1.1. Razones materiales<sup>56</sup>.

Estas reglas de cuidado tienen, habitualmente, un carácter abstracto, formulándose con base en previsiones de carácter general frente a los peligros típicos y habituales que se generan en el ejercicio de esas actividades. Aunque también hay ámbitos de riesgo que están minuciosamente regulados, como el tráfico a través del reglamento de circulación, en el que están previstas multitud de situaciones, o como el caso de la actividad médica regulada por la *lex artis*, cada vez más protocolizada. Sin embargo, es cierto que difícilmente se pueden abarcar todas y cada una de las posibles situaciones peligrosas que en una determinada actividad se pueden dar<sup>57</sup>.

Asimismo, habrá que tener en cuenta que las reglas pueden haber quedado obsoletas, lo cual ocurre con relativa frecuencia en aquellos sectores de actividad que

---

<sup>54</sup> LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, pág. 504.

<sup>55</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, pág. 89.

<sup>56</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 89 y ss.

<sup>57</sup> GIL GIL. *El delito imprudente*. 2007, pág. 227.

dependen en gran medida de la ciencia, como sucede en el caso de la medicina que se trata en este trabajo. Esto, se debe a que los avances científicos que se van produciendo se aplican rápidamente al desarrollo de la actividad, lo cual hace que las reglas vigentes en un momento, posteriormente, y con cierta celeridad, ya no lo sean<sup>58</sup>. Esto pone de relieve la dificultad que entraña trasladar la valoración jurídico-penal de una conducta a las reglas de cuidado vigentes en un sector doctrinal.

Por último, dentro de las razones materiales, es necesario atender a la finalidad de las reglas de cuidado. Muchas de estas reglas están orientadas a asegurar el buen funcionamiento de la actividad, agilizar la toma de decisiones de los sujetos intervinientes, lograr una mayor eficacia y eficiencia en la producción, etc. Finalidades que pueden tener interés económico-empresarial, pero no desde el punto de vista penal, ya que su finalidad no es la protección de la vida o la integridad física de las personas.

#### 2.1.2. Razones formales<sup>59</sup>.

Las reglas de cuidado no poseen una naturaleza penal, por mucho que sean objeto de formalización en leyes o reglamentos, y esto, debe de tenerse en cuenta en la valoración de las mismas.

Dependiendo de si las reglas son jurídicas o extrajurídicas tendrán mayor o menor valor indiciario. Así, la mayor parte de la doctrina penal considera que las reglas de cuidado dictadas por el poder legislativo poseen un mayor grado indiciario acerca de la infracción o cumplimiento del deber de cuidado que, aquellas reglas dictadas por poderes privados, que resultan de un proceso de autorregulación llevado a cabo por los agentes que intervienen en el propio sector de actividad. Por tanto, la vinculación del juez a estas reglas jurídicas o no jurídicas debe ser distinta, aunque ambas carezcan de carácter penal.

---

<sup>58</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 45. HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, pág. 56.

<sup>59</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 91 y ss.

### 3. La determinación del deber de cuidado en el ámbito médico-sanitario; la *lex artis*.

Para determinar el deber de cuidado jurídico-penalmente relevante en la actividad sanitaria, es necesario acudir a las reglas de cuidado que rigen en este sector. En el ámbito de la medicina estas reglas de cuidado se conocen como *lex artis*.

#### 3.1 Concepto de *lex artis*.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el concepto de *lex artis* es muy discutido por los diferentes autores, ya que éste a veces se utiliza para referirse a reglas escritas, otros lo utilizan para referirse a las reglas no escritas fruto de la común experiencia<sup>60</sup>, en otras ocasiones se emplean para referirse a las elaboradas por los propios intervinientes en el sector, y unos incluyen únicamente normas técnicas y otros autores entienden que incluye, también, normas deontológicas. Se suele ligar a ámbitos científicos, entendiendo que constituye una síntesis de las máximas científicas vigentes en aquéllos<sup>61</sup>.

Tradicionalmente, la doctrina ha utilizado la expresión *lex artis* para identificar las reglas de actuación que indican si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta<sup>62</sup>. Sin embargo, también se han introducido otros términos para designar el concepto contenido en la *lex artis*, así VILLACAMPA ESTIARTE habla de estándar médico como “ideal de comportamiento prudente y cauteloso de un miembro del concreto ámbito del tráfico jurídico, esto es, en referencia a la actividad médica, el estándar de un especialista médico experimentado”<sup>63</sup>.

La jurisprudencia en sentencias como SSTS 16/4/2007, núm. 415/2007 (RJ 2007\3552) y STS 18/12/2006, núm. 1342/2006 (RJ 2006\9172) se refiere a la *lex artis* como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por

---

<sup>60</sup> LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, pág. 499.

<sup>61</sup> HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, pág. 54.

<sup>62</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 44. HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, pág. 57. GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, pág. 337. RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, pág. 99.

<sup>63</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, págs. 96 y ss.

el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos, estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria, para calificar dicho acto conforme a la técnica normal requerida.

De forma paralela, hemos de destacar que la *lex artis* es un concepto eminentemente dinámico, es decir, que está sometido a un constante proceso de evolución y cambio. Esto hace que la medicina este continuamente definiendo lo que es científicamente correcto. Por ello, la *lex artis* no debe ser interpretada de forma restrictiva, calificando como indebidas aquellas actuaciones médicas que supongan una variación de lo prefijado por las reglas generales de la experiencia médica, ya que ello supondría paralizar el avance científico<sup>64</sup>.

A modo de conclusión, la *lex artis* médica se puede definir como el conjunto de reglas técnicas de cuidado de carácter general aprobadas por la comunidad científica y aplicables a la actividad médico-sanitaria<sup>65</sup>. Esto no significa que únicamente se le dé cabida al método curativo utilizado por la escuela médica dominante, sino que, también, será *lex artis* un método minoritario, siempre que sea reconocido como válido por la comunidad científica, o al menos no sea rechazado por ésta<sup>66</sup>. Además, el ejercicio y desarrollo de la profesión del médico depende de la vigencia y reconocimiento del principio de libertad de terapia o de tratamiento. En este sentido, si bien el médico está obligado, en un principio, a aplicar la terapia o el tratamiento reconocidos mayoritariamente como los más adecuados, ello no obsta para reconocer al médico la libertad de método, pero con límites<sup>67</sup>; y así lo establece el art. 13 del Código Deontológico español, elaborado y aprobado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España el 23 de abril de 1979.

---

<sup>64</sup> HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, págs. 57 y ss.

<sup>65</sup> HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, pág. 57. RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, pág. 104.

<sup>66</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 129 y ss.

<sup>67</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, págs. 45 y ss. VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 107.

### 3.2. Contenido de la *lex artis*.

Tal y como se ha expuesto anteriormente, la doctrina y la jurisprudencia en SSTS 16/4/2007, núm. 415/2007 (RJ 2007\3552) y STS 18/12/2006, núm. 1342/2006 (RJ 2006\9172), definen la *lex artis* como el conjunto de reglas técnicas de cuidado, de carácter general, aprobadas por la comunidad científica y aplicables a la actividad médico-sanitaria.

En este sentido, e intentando concretar el contenido de la *lex artis* ésta no sólo estaría integrada por ese conjunto de reglas técnicas de cuidado, sino también, por la obligación del profesional sanitario de suministrar al paciente la información necesaria para recabar su consentimiento válido para la realización de una intervención quirúrgica<sup>68</sup>.

Las concretas reglas que componen la *lex artis* se determinarán atendiendo a la fase de la intervención sanitaria en la que nos encontremos, ya que en cada una de ellas se exigen unas pautas de actuación en el médico. Toda intervención sanitaria se divide en cuatro fases, que son: anamnesis, diagnóstico, pronosis y tratamiento<sup>69</sup>.

La anamnesis es una fase de atención al paciente que tiene como finalidad recopilar datos relativos a la condición física y psíquica del mismo, y así, contar con los elementos necesarios que permitan una correcta valoración del cuadro clínico que aquel padece en un determinado momento<sup>70</sup>, en esta fase la historia clínica del paciente adquiere una especial importancia.

La segunda fase es el diagnóstico o diagnosis. Esta fase supone la recogida de datos sobre la salud del paciente, lo que en muchos casos exige realizar pruebas clínicas de diversa índole<sup>71</sup>. Tras dichas pruebas el médico hace una valoración de los datos obtenidos y, procede a la descripción del cuadro clínico del paciente. Finalmente, se

---

<sup>68</sup> SSTS 29/5/2003, núm. 511/2003 (RJ 2003\3916); 21/12/2005, núm. 1002/2005 (RJ 2005\10149) y 5/11/2006, núm. 1132/2006 (RJ 2006\8059).

<sup>69</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 131 y ss.

<sup>70</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 52.

<sup>71</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 132 y ss.

proponen uno o varios tratamientos frente a la enfermedad o lesión que sufra el paciente<sup>72</sup>.

La tercera fase es denominada *prognosis*<sup>73</sup>. Esta fase consiste en que a partir del cuadro clínico del paciente, y una vez se ha emitido el diagnóstico, se avanza en el posible desarrollo de la enfermedad, en el caso de que esta no sea tratada adecuadamente, así como proponer las distintas vías de tratamiento y los resultados que las mismas pueden tener en relación con la curación o mejoría del enfermo<sup>74</sup>. Se trata de una fase que no constituye un momento autónomo de la actividad médica, estando muy vinculada a la averiguación diagnóstica.

La última fase es el tratamiento o la ejecución<sup>75</sup>. Dentro del tratamiento se incluyen los actos que tiene como finalidad la curación del enfermo, así como, aquellos que lo que buscan es mejorar la situación del enfermo. Esta fase es en la que el profesional médico está más expuesto a incurrir en errores o fallos.

JORGE BARREIRO<sup>76</sup> habla de una fase más, la fase postoperatoria, en la que el cirujano debe cumplir con su cometido de control y vigilancia del enfermo, prestándole personalmente los cuidados necesarios sin confiarlos a terceras personas.

### 3.3. Naturaleza de las reglas incluidas en la *lex artis*.

El carácter que deben tener las reglas de cuidado que integran la *lex artis* no es una cuestión pacífica. Por un lado, se discute si deben ser únicamente reglas técnicas, o también, reglas deontológicas. Por otro lado, tampoco existe unanimidad respecto a lo que tiene que ver con la información del paciente y si la obtención del consentimiento de éste forma parte o no de la *lex artis*.

#### 3.3.1. Reglas técnicas y deontológicas.

---

<sup>72</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, págs. 54 y ss.

<sup>73</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, pág. 133.

<sup>74</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 59.

<sup>75</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, págs. 59 y ss.

<sup>76</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 62-63.

Respecto a esta problemática, la mayoría de la doctrina incluye únicamente las reglas técnicas, excluyendo las reglas deontológicas, así lo afirman autores como HAVA GARCÍA, VILLACAMPA ESTIARTE y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ entendiendo que la *lex artis* se encuentra configurada por normas que ordenan el ejercicio de la profesión desde un punto de vista técnico, mientras que las reglas deontológicas poseen una naturaleza ética<sup>77</sup>. Así, por ejemplo una regla ética para un médico es que no puede usar a su paciente para realizar un experimento; sin embargo, una regla técnica será la que establezca que metodología debe ser la usada en una determinada operación.

A este respecto, entiendo que las reglas éticas, referidas únicamente a la moral, no pueden servir como punto de referencia para determinar las normas de cuidado vigentes en la medicina en un momento determinado, debiendo utilizarse para ello las reglas de carácter técnico. Aunque esto no implica que al infringir una norma de cuidado técnica también se pueda vulnerar una regla deontológica, es decir, con base en el ejemplo antes expuesto, si un médico utiliza a un paciente para hacer un experimento y le produce unas lesiones, además de infringir la *lex artis* por utilizar métodos no aprobados por la comunidad científica, infringirá también una norma deontológica, que prohíbe la utilización de seres humanos en la experimentación. Sin embargo, el delito imprudente, se cometerá por la infracción de la norma técnica, no de la norma deontológica, siempre que concurra una infracción del deber de cuidado y un resultado típico que objetivamente que imputable a dicha infracción.

### 3.3.2. Deber de información y consentimiento informado.

La integración o no en la *lex artis* de las reglas relativas al deber de informar al paciente, así como las de obtención del consentimiento informado, es una de las cuestiones doctrinales más controvertidas. Tradicionalmente, el deber de informar al paciente ha venido ligado a la necesidad de obtención del consentimiento informado, como si este primero estuviese encaminado a la obtención del consentimiento válido

---

<sup>77</sup> HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, págs. 54y ss. VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, págs. 97 y ss. RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, pág. 119.

respecto de una determinada intervención médica o terapéutica<sup>78</sup>. Vinculación que, además, ha sido favorecida por la legislación referente al tema, la LBAP<sup>79</sup>. En este sentido GÓMEZ RIVERO afirma que al hablar del deber de informar se hace referencia a la comunicación de los datos que pueden afectar al éxito de la terapia<sup>80</sup>.

La información suministrada a los pacientes puede ser clasificada, según su contenido, como información relativa a la salud del paciente o a los servicios sanitarios; atendiendo a los destinatarios, información individual o colectiva; según su función o finalidad, información clínica o terapéutica<sup>81</sup>, interesándonos esta última distinción.

### 3.3.2.1. Información clínica o terapéutica.

La información clínica es base para el consentimiento informado, y se define como cualquier dato que permita adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla. El paciente es a quien corresponde, en exclusiva, decidir sobre cualquier intervención en su salud, pronunciándose a favor o en contra de la misma, eligiendo entre las opciones que se le planteen, o incluso pudiendo negarse a la intervención, de este modo se reconoce en la SAP Murcia 4/5/2012, núm. 300/2012 (AC 2012\995). Esta posibilidad de decisión tiene su fundamento en el derecho de autodeterminación recogido en el art. 8 de la LBAP, y en el art. 3.2 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea. Pero para ejercer este derecho a decidir el paciente debe conocer la información clínica, lo cual supone el deber del médico de informarle.

La información terapéutica contiene preceptos explicativos tendentes a orientar al enfermo para una mayor eficacia del tratamiento que se está aplicando<sup>82</sup>. Con ella se trata de proporcionar al enfermo todos los datos necesarios para mejorar su estado de salud, como los hábitos de vida que debe de seguir, conveniencia o no de la práctica de

---

<sup>78</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 105 y ss.

<sup>79</sup> Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

<sup>80</sup> GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, pág. 347.

<sup>81</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 107 y ss.

<sup>82</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 63.

deporte, dieta recomendada, o bien, en relación ya con el tratamiento, la dosis de medicamento, sus interacciones, etc<sup>83</sup>.

Por todo ello, la información terapéutica, que está constituida por reglas de carácter técnico que integran el tratamiento sanitario, forma parte de la *lex artis*<sup>84</sup>; sin embargo, la ubicación de la información clínica es más discutida, aunque, hay que tener en cuenta que en la práctica, no siempre es fácil distinguir entre una y otra.

Un sector doctrinal considera que el deber de información clínica y el consentimiento que de él se deriva son *lex artis*. Esta postura implica que la infracción de este deber de información y la falta de un consentimiento válido, por parte del paciente para llevar a cabo una determinada actuación médica, conlleva, una trasgresión de la *lex artis*. Entre los autores que defienden esta postura está VILLACAMPA ESTIARTE<sup>85</sup> aunque con alguna matización, ya que según esta autora la infracción de este deber no determina la imprudencia respecto de los delitos de homicidio y lesiones. La misma postura sostiene JORGE BARREIRO<sup>86</sup>, quien afirma que el consentimiento del paciente es un presupuesto y elemento integrante de la *lex artis*, pero considera que el consentimiento del paciente, en relación con el delito de lesiones, tiene un alcance limitado. A este respecto, este autor, establece que cuando el cirujano realiza una actividad médico-curativa sin respetar o sin tener en cuenta el consentimiento del paciente, puede suponer un ataque contra la libertad del paciente, situándonos en un supuesto de tratamiento médico arbitrario, reconduciéndose en nuestro Derecho penal hacia un delito de coacciones, o incluso, de detenciones ilegales. El consentimiento del paciente tiene relevancia jurídica en este ámbito de los delitos contra la libertad, ya que convierte en atípica la eventual conducta del cirujano contra la libertad personal de aquél.

Frente a esta posición, hay otros autores que consideran que la información suministrada para la obtención del consentimiento informado no forma parte de la *lex artis*, ya que la información clínica contiene datos descriptivos que se le suministran al paciente para que emita o no su consentimiento en relación con una intervención

---

<sup>83</sup> GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, pág. 347.

<sup>84</sup> GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, pág. 347.

<sup>85</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, págs. 63 y ss.

<sup>86</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, págs. 80 y ss.

médica<sup>87</sup>, entre estos autores destacan GÓMEZ RIVERO<sup>88</sup> y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ<sup>89</sup>. Este último afirma que la información clínica, como ya hemos hecho mención, incluye datos descriptivos en relación al diagnóstico, pronóstico y tratamientos, previos a la ejecución de una intervención sanitaria y que tienen como finalidad permitir al paciente que conozca su presente estado de salud y el posible desarrollo futuro, para, a partir de ahí, tomar una decisión. Desde este punto de vista la información clínica no incide en la práctica médica.

A este respecto, y con base en la jurisprudencia del TS, entiendo, bajo mi punto de vista, que la *lex artis* no sólo estaría integrada por el empleo de los medios necesarios dentro de la actividad médica, sino también por la obligación de suministrar al paciente la información precisa para recabar el consentimiento necesario para la realización de la correspondiente intervención quirúrgica, es decir, la información clínica, asimismo opino que se considere o no la información clínica como parte de la *lex artis*, la infracción del deber de suministrar esta información no nos lleva al delito imprudente de lesiones u homicidio, sino que supondrá un ataque contra la libertad del paciente. En este sentido el TS, en SSTS 5/11/2006, núm. 1132/2006 (RJ 2006\8059); 29/5/2003, núm. 511/2003 (RJ 2003\3916) y 21/12/2005, núm. 1002/2005 (RJ 2005\10149) concibe el consentimiento informado como presupuesto y elemento esencial de la *lex artis*, así como la información suministrada para la concesión del mismo; constituyendo una exigencia legalmente exigible a los profesionales médico-sanitarios, con base en la LBAP, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad. Matizando, que la falta de información así como de consentimiento supondrá una infracción de la *lex artis*, implicando un ataque contra la libertad del paciente, pero no un delito de lesiones, salvo que se hubiese producido un resultado típico.

### 3.3.2.2. Consentimiento informado.

---

<sup>87</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 115 y ss.

<sup>88</sup> GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, pág. 344.

<sup>89</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 119 y ss.

Hasta aquí he expuesto la discusión doctrinal acerca de si el deber de informar, como presupuesto del consentimiento informado, y la obtención de éste forman parte de la *lex artis*, sin embargo, no he ahondado en el consentimiento informado como tal, ya que, entiendo que tratar el tema del consentimiento informado desborda el marco de este trabajo. Pese a ello, sí que voy a poner de manifiesto muy brevemente las principales posturas doctrinales<sup>90</sup>.

Por un lado, un sector doctrinal entiende que todo tratamiento médico realiza el tipo de lesiones, con independencia de que se cumpla con el deber de cuidado requerido o no. Con base en este punto de vista, toda intervención u operación médica realizada sobre el paciente constituye una lesión corporal, y esta se considera típica<sup>91</sup>. Sin embargo, esta actuación típica puede quedar justificada cuando concurra el consentimiento válido del paciente, y entonces no será antijurídica, convirtiéndose el consentimiento informado en una causa de justificación.

Otro sector doctrinal, entiende que la intervención médico-sanitaria, en principio, no realiza el tipo de lesiones, ya que no daña ni el cuerpo ni la salud del paciente<sup>92</sup>. Así, esta postura doctrinal concluye que la actividad médico-quirúrgica curativa con resultado positivo, es decir, con éxito, no cumple con el tipo objetivo del delito de lesiones, el médico en tal caso no lesiona, sino que cura<sup>93</sup>, y por ello, el consentimiento del paciente resulta intrascendente en relación con el delito de lesiones. Esto no significa que el actuar médico en contra de la voluntad del paciente o en ausencia de su consentimiento, no suponga un ataque a la libertad del mismo, lo que dará lugar a que sea objeto de reproche penal a través de la aplicación del tipo de coacciones o del de detenciones ilegales<sup>94</sup>. Así, lo entiende por ejemplo RODRÍGUEZ VÁZQUEZ<sup>95</sup> al considerar que la falta de consentimiento del paciente no debe reconducirse a un delito de lesiones. Asimismo, hay autores como VILLACAMPA ESTIARTE, JORGE BARREIRO y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ que proponen la

---

<sup>90</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 120 y ss.

<sup>91</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. *PE*. 1986-1987, págs. 163 y ss.

<sup>92</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, págs. 80 y ss.

<sup>93</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 39.

<sup>94</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, págs. 81 y ss. VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, págs. 70 y ss.

<sup>95</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, pág. 126.

inclusión de un delito de tratamiento médico arbitrario en el CP español, entre los delitos contra la libertad<sup>96</sup>.

#### 3.4. Valor de la *lex artis* en la determinación del deber de cuidado en la actividad médica.

Como ya he explicado al hablar de las reglas de cuidado, la doctrina mayoritaria entiende que estas tienen un valor indiciario. De modo que, ni su cumplimiento supone automáticamente actuar conforme al deber de cuidado, ni su incumplimiento implica una infracción de éste deber, razonamiento que es igualmente aplicable a la *lex artis*.

La *lex artis* tiene un valor jurídico-penal limitado<sup>97</sup>. Ello se debe a que estas reglas son de carácter abstracto diseñadas a partir de supuestos tipo, y es, precisamente, este carácter universal lo que restringe su valor a efectos de la determinación del deber de cuidado, que tendrá que atender a las circunstancias concretas del caso. La *lex artis* puede verse derogada en la situación concreta cuando, a pesar del riesgo incrementado, la actuación resulte necesaria.

Hay que advertir que la *lex artis* permite identificar el fallo técnico, desde un punto de vista estrictamente médico, por lo que su determinación corresponde a los expertos en esa materia, concretamente a los médicos forenses o peritos médicos adscritos a los distintos órganos jurisdiccionales, ello a salvo de la solicitud de prueba pericial suplementaria por alguna de las partes<sup>98</sup>. Sin embargo, la valoración jurídica del acto médico, es decir, la apreciación de si esa conducta que hemos determinado que es incorrecta, con base en la pericial, supone o no una conducta imprudente penalmente relevante, corresponde única y exclusivamente al juez<sup>99</sup>. Así, el órgano judicial tendrá que valorar, además del cumplimiento de la *lex artis*, las circunstancias concretas del caso, y es que, es necesario tener en cuenta factores como la urgencia de la intervención, el grado de complejidad, factores de tiempo y lugar, condiciones sociales, económicas,

---

<sup>96</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, págs. 82 y ss. VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 70. RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, pág. 126.

<sup>97</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 135 y ss.

<sup>98</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 104.

<sup>99</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, págs. 44 y ss.

culturales, etc<sup>100</sup>. Ya que, por ejemplo, no es lo mismo atender a un paciente en un hospital terciario que en un centro de atención primaria, ni puede actuarse igual en un hospital de campaña, que en otro universitario. Por ello, las condiciones concretas del medio son importantes a la hora de definir qué debe entenderse por conducta prudente, y por tanto, por conducta correcta<sup>101</sup>.

Con base en lo hasta ahora expuesto en este apartado, hay que hacer mención a la expresión *lex artis ad hoc*. Inicialmente fue aplicada en el ámbito civil, aunque actualmente se observa su progresiva incorporación en el ámbito penal. Esta expresión hace referencia a la *lex artis* que incorpora las circunstancias concretas en las que se lleva a cabo la acción del profesional sanitario, y pasa a convertirse en un criterio valorativo indiferenciado respecto al deber de cuidado<sup>102</sup>. Se acostumbra a defender que la infracción de la *lex artis* no coincide con la infracción del cuidado objetivo, porque hay que atender a las circunstancias concretas del caso. Sin embargo, no puede decirse lo mismo cuando ya la propia regla se ve modificada en cada situación<sup>103</sup>. Para RODRÍGUEZ VÁZQUEZ<sup>104</sup>, el uso de esta expresión en el ámbito penal genera confusión entre *lex artis*, como regla de cuidado con vocación de generalidad en un determinado sector de actividad, y deber de cuidado, como resultado de la integración de la propia *lex artis* junto con otros elementos contextuales. Y es que *lex artis* y deber de cuidado son conceptos autónomos que no deben de confundirse. Asimismo, señala este autor, que en el ámbito penal no hace falta hacer referencia a la expresión *lex artis ad hoc* porque la ciencia penal ya cuenta con una expresión histórica, el deber de cuidado.

Otra de las razones por las que la *lex artis* tiene un valor limitado en el ámbito jurídico-penal es su carácter temporal. Como ya se ha hecho mención en otro apartado de este trabajo la medicina es una ciencia en constante evolución y cambio<sup>105</sup>, de forma

---

<sup>100</sup> GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, pág. 340.

<sup>101</sup> HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, pág. 61.

<sup>102</sup> HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, pág. 62. VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, págs. 97 y ss.

<sup>103</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 99.

<sup>104</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 139-140.

<sup>105</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 45.

que, las reglas vigentes en un momento pueden quedar obsoletas con cierta facilidad<sup>106</sup>. Lo cual la hace quizá inhábil para que el sistema de positivización se instrumente a través de normas jurídicas con rango formal de ley, o incluso, de reglamento<sup>107</sup>. Esta circunstancia limita la seguridad jurídica y la certeza que estas reglas de cuidado pudiesen proporcionar. Un intento para otorgar mayor valor a estas reglas de cuidado, es el proceso de protocolización, que trata de concretar por escrito las reglas de la técnica vigentes según el estado de la ciencia médica<sup>108</sup>. Con el proceso de protocolización se trata de plasmar en documentos las directrices o recomendaciones que un grupo de expertos establecen con el objeto de mejorar la calidad y eficacia de la *praxis* médica<sup>109</sup>.

La evolución, tan rápida, que sufre la medicina obliga a redefinir, constantemente, los parámetros de actuación de las diferentes especialidades médicas y, al mismo tiempo, exige poner a disposición de los profesionales, de la forma más clara y rápida posible, los modelos de intervención actualizados. Con esta vocación surgen las guías clínicas o protocolos médicos<sup>110</sup>, que plasman por escrito las reglas técnicas que se consideran más adecuadas en un determinado momento histórico. Estos protocolos son elaborados generalmente por los propios profesionales sanitarios, a través de sociedades científicas, de ámbito estatal o internacional. Así entendido, el protocolo es considerado como un instrumento de gran utilidad en el quehacer del profesional sanitario, teniendo como principal ventaja el ofrecer al médico una mayor seguridad a la hora de aplicar el procedimiento diagnóstico y terapéutico más correcto a su paciente. Sin embargo, la utilidad del protocolo no se limita al ámbito estrictamente sanitario, ya que puede tener, también, repercusiones en materia económica, al usarse el protocolo como herramienta de gestión sanitaria, y también es utilizado el protocolo como instrumento para la mejora de las relaciones entre el médico y el paciente. Por último, el protocolo ha adquirido un mayor protagonismo en el plano jurídico, hasta el

---

<sup>106</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 45. HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, pág. 57. GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, pág. 334. RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, pág. 140.

<sup>107</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 107.

<sup>108</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, pág. 141.

<sup>109</sup> HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, págs. 58 y ss.

<sup>110</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, págs. 108 y ss. RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 141 y ss.

punto de que se ha llegado a considerar que el profesional sanitario quedará exento de responsabilidad si su actuación aparece respaldada por aquél.

Desde un punto de vista jurídico, los protocolos poseen un valor que se debe tener en cuenta, sin perjuicio del complemento sobre la base de la pericial médica<sup>111</sup>. Por ello, parece aconsejable que el juez instructor que lleve a cabo la investigación una a la causa, si los hay, los protocolos actualizados relativos a la cuestión pericial médica que se discute, así lo defienden autores como GÓMEZ RIVERO o HAVA GARCÍA<sup>112</sup>. Sin embargo, VILLACAMPA ESTIARTE<sup>113</sup> otorga un plus indiciario a la *lex artis* que se encuentra codificada en protocolos, considerando que la actuación del médico ajustada a las reglas contenidas en un protocolo se presume, salvo prueba en contrario, como una actuación correcta, ajustada al deber de cuidado jurídico-penalmente relevante.

Pese a todo ello, el número de sentencias en las que se hace una remisión a protocolos es escaso. Esto se debe a que los protocolos no son más que reglas de actuación elaboradas o dictadas desde el propio sector que se pretende regular; constituyen, por tanto, recomendaciones o consejos dirigidos a los profesionales, pero que no vinculan al juez<sup>114</sup>. Respecto a esta escasa aplicación de los protocolos destacan dos sentencias, SAP Salamanca 23/2/2001, núm.31/2001 (JUR 2001\138410) y SAP Toledo 25/5/2000 núm. 25/2000 (ARP 2000\1080) en las que se dice, y cito textualmente: “En los últimos años asistimos a un aumento creciente de la actividad de protocolización de numerosos actos médicos. Se trata con ello de plasmar en documentos las directrices o recomendaciones actualizadas que un grupo de expertos cualificados establecen para orientar la labor diaria de los profesionales, con el fin de mejorar la calidad y la eficacia de la actuación sanitaria. No cabe duda que la aportación al proceso de estos protocolos actualizados constituye una enorme ayuda para el Juzgador en su tarea de individualización de la *lex artis ad hoc* aplicable al supuesto concreto, introduciendo, de otra parte, elementos de certeza, seguridad y confianza entre

---

<sup>111</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 109.

<sup>112</sup> HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, pág. 58. GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, pág. 336.

<sup>113</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, págs. 108 y ss.

<sup>114</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 149 y ss.

la propia clase médica. No obstante lo anterior son muy raros los procedimientos judiciales en los que se aportan protocolos para contribuir a fijar la *lex artis*".

Sin embargo, también existen sentencias que han recurrido a los protocolos para la determinación del deber de cuidado, como las que a continuación se exponen:

- SAP Tarragona 17/5/2004, núm. 215/2004 (JUR 2004\199309): respecto a una grave afectación renal de una paciente que acabó falleciendo días después, se quiere determinar si en el momento en el que acaecieron los hechos existía un protocolo u opinión científica general de tratamiento de cólicos nefríticos recidivantes y, en su caso, si se prevenía una indicación protocolaria de ingreso y práctica de pruebas diagnósticas mediante exploración radiológica o ecográfica.

-SAP Asturias 9/11/2001, núm. 139/2001 (JUR 2002\53218): en un supuesto de una úlcera duodenal con hemorragia digestiva que provocó la muerte del paciente, se acudió a los protocolos para contrastar la actuación realizada por el profesional sanitario con la descrita en los mismos.

-SAP Zaragoza 16/7/1998 (ARP 1998\2948): en un caso de implantación de una prótesis mamaria, clandestina y no homologada en España, produciendo una reacción alérgica en la paciente causando una infección que dio lugar a la retirada de la misma. Se acude al protocolo para ver cuáles son las actuaciones en esta materia.

-SAP Soria 1/7/2004, núm. 173/2004 (JUR 2004\244217): ante un accidente de circulación el conductor accidentado fallece en el traslado al hospital como consecuencia de la imposibilidad material de aplicar medidas terapéuticas adecuadas a la hemorragia que sufría el accidentado. En este caso se utiliza el protocolo para determinar si los responsables directos de los servicios de emergencia actuaron con sujeción a lo establecido en el mismo.

-SAP Sevilla 26/2/2004, núm. 80/2004 (JUR 2004\106028): se acude al protocolo en este caso para determinar si la cesárea era necesariamente una técnica más rápida y segura que el parto vaginal instrumentado. Estableciendo que la opción por una u otra solución dependía de que estuvieran cumplidas las condiciones del comienzo de la fase expulsiva del parto, tal como se recogen, precisamente, en el protocolo.

En conclusión, puede decirse que los protocolos facilitan la labor del juzgador en el momento de identificar el estándar médico admitido en determinadas situaciones, y deberán ser tenidos en cuenta como fuente de información sobre la *lex artis* médica<sup>115</sup>. Pero sin olvidar que no dejan de ser recomendaciones orientativas para los profesionales sanitarios, y que en muchas ocasiones, su elaboración responde a intereses de índole distinta del de la mejoría de la salud del enfermo<sup>116</sup>.

#### **4. Cláusula de imprudencia profesional.**

*4.1. La imprudencia profesional: antecedentes legislativos, naturaleza y justificación de la inhabilitación profesional.*

La imprudencia profesional fue introducida por primera vez en la legislación española a través del Decreto de 23 de diciembre de 1944 por el que se aprueba y promulga el Texto Refundido de CP 1944<sup>117</sup>. Los elementos característicos de la imprudencia profesional, contemplada en el párrafo 5º del art. 565 CP 1944, son dos. Por un lado, se trata de una agravación de la pena básica, aplicable únicamente a los profesionales de la conducción, pues se impone cuando las lesiones o la muerte se ocasionen con un vehículo a motor. Y, por otro lado, la agravación consiste en una cualificación de la pena privativa de libertad prevista para el delito común<sup>118</sup>.

Este art. 565 hacía referencia a dos conceptos legales separados, impericia y negligencia profesional. Se entendía la impericia como la falta de capacidad para realizar una actividad profesional y especializada, que requiriera una especial aptitud, y la negligencia como la ejecución de las actividades de la esfera profesional de manera desatenta o descuidada<sup>119</sup>.

La reforma operada por el Decreto 691/1963, de 28 de marzo, extendió el ámbito de aplicación de la imprudencia profesional, teniendo, a partir de ahora, una aplicación de carácter general y no únicamente circunscrita al ámbito automovilístico.

---

<sup>115</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 113.

<sup>116</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 154-155.

<sup>117</sup> LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, pág. 519.

<sup>118</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 62 y ss.

<sup>119</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, págs. 107 y ss.

Con el CP de 1995, se establece un sistema de sanción de la imprudencia por *numerus clausus* mediante el art. 12 CP, y con base en este sistema, la imprudencia profesional únicamente se contempla en determinados supuestos. Así, destacan los artículos, 142.3 relativo al homicidio (“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 periodo de tres a seis años”); 146, párrafo 2º respecto al aborto (“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 período de uno a tres años”); 152.3 que regula las lesiones (“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 periodo de uno a cuatro años”) y, 158 párrafo 2º que regula las lesiones al feto (“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 periodo de seis meses a dos años”).

A partir del CP de 1995 se producen unos cambios importantes en relación con la imprudencia profesional. El primero de ellos, es, como ya hemos mencionado, que se pasa de un sistema de *numerus apertus* a un sistema de *numerus clausus* con base en el art. 12 del CP. Así, la imprudencia profesional únicamente podrá ser apreciada en aquellos supuestos en los que expresamente se contemple en algún artículo del CP. El segundo de estos cambios viene determinado por una modificación de la consecuencia penal que se prevé para la imprudencia profesional. Hasta ese momento, la imprudencia profesional suponía la agravación de la pena privativa de libertad prevista para la imprudencia temeraria, conforme al CP 1944/1973. A partir del CP 1995 la imprudencia profesional da lugar a una pena de inhabilitación profesional que se añade a la pena privativa de libertad que corresponde a la imprudencia grave<sup>120</sup>. En este sentido, el art. 142.3 prevé la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o cargo por un periodo de tres a seis años; el art. 146.2 prevé la misma pena respecto al aborto por un periodo de uno a tres años; el art. 152.3, respecto de las lesiones, establece

---

<sup>120</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 113-114. GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, págs. 447 y ss. RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 62 y ss.

la misma pena por un tiempo de uno a cuatro años; y, finalmente, el art. 158.2 fija su marco en un periodo de seis meses a dos años cuando se trata de lesiones al feto.

La imprudencia profesional es criticada desde su inclusión en el CP, por entender que atribuye una mayor pena a un sujeto por una cualidad personal y no por un mayor desvalor de la acción. La condición de profesional del autor parecía ser, inicialmente, la única razón que fundamentaba una mayor pena a un sujeto que realizaba un hecho idéntico al de otro que no ostentaba tal condición, lo que suponía una aplicación automática de una agravación<sup>121</sup>.

Ante esta situación se han buscado diferentes vías para explicar y tratar de justificar la imprudencia profesional y sus consecuencias penales. En primer lugar, fue el TS quien a través de la distinción entre culpa profesional y culpa del profesional, trató de establecer criterios materiales con los que superar el carácter objetivo de la agravación. Según esta teoría, la culpa del profesional designa la imprudencia cometida por una persona en el ejercicio de su profesión, pero por infracción de normas de cuidado comunes, esto es, que no son propias del ejercicio profesional, esto supone que la norma de cuidado infringida no pertenecería a la *lex artis* que rige ese ámbito profesional<sup>122</sup>. Es decir, se trata de una imprudencia común, que podía haber sido cometida por cualquiera. Por su parte, la culpa profesional tendría lugar cuando el profesional infringe normas técnicas, propias de su ámbito, que él tenía el deber de conocer y aplicar, pero que para el lego en la materia resultarían de imposible cumplimiento. Esto es precisamente la infracción de las normas propias de la profesión médica, generalmente encuadradas en la denominada *lex artis*, cuyo conocimiento y dominio se supone en quien pertenece a la profesión o actividad, lo que fundamenta un plus de antijuricidad, justificando, por tanto, un mayor reproche penal<sup>123</sup>. A partir de esta distinción, por ejemplo la STS 8/6/1994, núm. 1193/1994 (RJ 1994\9347) afirma que “la profesión en sí misma no constituye en materia de imprudencia un elemento agravatorio ni cualificativo, pero sí puede influir, y de hecho influye, para determinar no pocas veces la culpa o para graduar su intensidad. La primera modalidad surge cuando se produjere la muerte o lesiones a consecuencia de impericia o negligencia profesional,

---

<sup>121</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 117.

<sup>122</sup> HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, pág. 25.

<sup>123</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, pág. 65.

equivalente al desconocimiento inadmisibles de aquello que profesionalmente ha de saberse; esta imprudencia profesional, caracterizada por la transgresión de deberes de la técnica médica, por evidente inepticia, constituye un subtipo agravado caracterizado por un plus de culpa y no una cualificación por la condición profesional del sujeto, de suerte que a su lado conviven las modalidades comunes de imprudencia, la culpa del profesional sin impericia en las categorías de temeraria y simple, por el orden de su respectiva gravedad”.

Esta teoría desarrollada por el TS, sin embargo, es rechazada por la doctrina científica<sup>124</sup>, por varias razones:

En primer lugar, por la dificultad que supone distinguir entre normas de cuidado comunes y normas de cuidado propias de la profesión, especialmente en sectores como el médico-sanitario en el que la frontera entre ambas es difusa<sup>125</sup>. Dificultad que ha sido reconocida por el TS en STS 8/5/1997 núm. 640/1997 (RJ 1997\4038) que establece: “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”. Dicha dificultad ha dado lugar a sentencias del TS contradictorias generando una gran inseguridad jurídica<sup>126</sup>. Un ejemplo de confusión a la hora de calificar como imprudencia profesional o imprudencia del profesional, se pone de manifiesto en las SSTS 26/4/1994, núm. 886/1994 (RJ 1994\3357) y 18/11/1998 núm. 828/1998 (RJ 1998\8632). En la primera de ellas el anestesta se ausenta de la Sala de Despertar a pesar de que no se ha producido la reanimación del paciente. Se califica como imprudencia grave pero no profesional por entender que el suministro de fármacos había sido el correcto. Así esta sentencia argumenta: “Esta Sala viene distinguiendo (...) la ‘culpa del profesional’ que no es más que la imprudencia común cometida por el profesional y la ‘culpa profesional’ que descansa en la impericia, que tanto puede encontrar su fundamento en la ignorancia, como en la ejecución defectuosa del acto requerido profesionalmente. Ha habido grave negligencia, no consta, sin embargo, que

---

<sup>124</sup> HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, pág. 30. VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, págs. 120 y ss.

<sup>125</sup> HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, pág. 25. VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, págs. 120 y ss. GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, págs. 450 y ss.

<sup>126</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 121.

los agentes anestésicos suministrados, ni los fármacos de reanimación utilizados no fuesen los adecuados. La culpa de un profesional anestesista no entraña, por sí sola, la impericia o negligencia profesional que como agravante específica se recoge en el artículo 565 del Código Penal”. Sin embargo, en la segunda, la STS 18/11/1998, núm. 828/1998 (RJ 1998\8632), se considera que incurre en imprudencia profesional el médico de prisiones que ante una sobredosis de opiáceos e intoxicación por otros fármacos en enfermo politoxicómano lo remite a su celda sin control, posteriormente, no realiza el seguimiento de la evolución del paciente, y el preso es hallado muerto en su camastro, al día siguiente. Entendiendo el Tribunal que en este caso se produce una grave vulneración de la *lex artis*.

Bajo mi punto de vista estas sentencias son contradictorias, ya que en ambos casos se produce una despreocupación por parte del profesional sanitario, anestesista o médico, respecto del paciente, remitiéndolos uno de ellos a la Sala de Despertar y el otro a su celda correspondiente, sin ver en ninguno de los casos la evolución del paciente. Independientemente de que en el primero de los casos el suministro de los fármacos hubiese sido el adecuado, ya que en la fase en la que se encontraban en ese momento ambos profesionales era la de supervisar la evolución de los pacientes, tanto respecto a la reanimación del paciente tras la anestesia, como la evolución tras la intoxicación, despreocupándose en ambos casos. Sin embargo, en el primero de los casos se entiende que no existe vulneración de la *lex artis* y en el segundo sí, de ahí la contradicción en supuestos sustancialmente semejantes.

En segundo lugar, el plus de antijuricidad al que alude el TS no encuentra un fundamento válido en el carácter especial de las normas infringidas. Para afirmar que un sujeto ha actuado imprudentemente ha de haber infringido el deber objetivo de cuidado, cuyo contenido se determinará atendiendo al hombre medio ideal situado en la posición del concreto sujeto que realice la acción. Es decir, las normas técnicas que el profesional sanitario debe observar, así como los conocimientos y destrezas que se le suponen para realizar una concreta actuación sobre el paciente, ya son tenidos en cuenta para valorar

jurídico-penalmente su acción, para determinar si su conducta ha infringido o no el deber de cuidado<sup>127</sup>.

En tercer y último lugar, porque pretender la distinción entre imprudencia e impericia no constituye más que una reminiscencia del pasado cuando desde el CP de 1995, ya no se distingue entre ambos conceptos<sup>128</sup>.

En el intento de justificación de la imprudencia profesional una vez descartada la teoría desarrollada por el TS, algunos autores, como HAVA GARCÍA<sup>129</sup>, han optado por buscar su fundamentación en criterios preventivos-especiales. En este sentido, la imprudencia profesional no se basa en un mayor desvalor de acción, en un plus de antijuricidad, o en un mayor contenido de injusto; sino en el hecho de que la persona que en el ejercicio de su profesión comete una imprudencia grave está poniendo de manifiesto su incapacidad para controlar el foco de peligro o de riesgo que a diario tiene en sus manos, lo cual implica ser un peligro para la vida o salud de las personas en su actividad cotidiana. Dicha peligrosidad debe ser neutralizada, y esto es lo que persigue la inhabilitación profesional, apartando a esa persona de la fuente del peligro<sup>130</sup>.

Sin embargo, VILLACAMPA ESTIARTE<sup>131</sup> rechaza esta postura, proponiendo como opción la limitación de las concretas profesiones a las que la norma afecta, sin discriminar, en el ejercicio de las mismas, si el deber de cuidado concretamente inobservado coincide con el que afecta a cualquier ciudadano o, únicamente, al profesional. Es decir, esta autora entiende que la razón de ser de tal agravación estriba en el tipo de profesión desarrollada. Así, en el seno de tipos protectores de la vida y la salud de las personas, quizá el mayor merecimiento de pena se explica, sobre todo, cuando el incremento consiste justamente en la inhabilitación profesional, únicamente en relación con aquellas profesiones que tienen por cometido principal la protección de dichos bienes jurídicos.

---

<sup>127</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 66 y ss.

<sup>128</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 124.

<sup>129</sup> HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, págs. 36 y ss.

<sup>130</sup> HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, pág. 39.

<sup>131</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, págs. 122 y ss.

Respecto a la responsabilidad penal en el ámbito sanitario, la doctrina jurisprudencial en sentencias como la STS 18/11/1991 (RJ 1991\9448) establece una serie de puntos a tener en cuenta en el terreno de la actividad sanitaria:

- En primer lugar hay que tener en cuenta que las actuaciones de los profesionales sanitarios entraña un gran riesgo, al incidir directamente sobre la vida y la salud de las personas.
- En segundo lugar, cabe destacar que se trata de una ciencia inexacta, en la que la atención, la pericia y la reflexión han de prodigarse en dosis mayores que en otras dedicaciones.
- En tercer lugar, hace referencia a que en la práctica de actuaciones sanitarias se requiere una cuidadosa atención a la *lex artis*, en la que, sin embargo, no se pueden sentar reglas preventivas absolutas, debido al constante avance de la ciencia.
- Y, por último lugar, se señala que procederá la responsabilidad médica o de los técnicos sanitarios cuando en el tratamiento efectuado al paciente se realicen en conductas descuidadas de las que resulte un proceder irreflexivo, o la falta de adopción de cautelas de generalizado uso o la ausencia de pruebas de investigación o verificaciones precisas como imprescindibles para seguir el curso en el estado del paciente.

Asimismo, respecto a la imprudencia médica, la doctrina jurisprudencial en sentencias como STS 1/12/1989 (RJ 1990\791) y STS 4/9/1991 (RJ 1991\6021), entre otras, dispone:

1. ° No se incrimina el error científico, los errores de diagnóstico no son tipificables como infracción penal, salvo que por su categoría o entidad cualitativa o cuantitativa resulten de extrema gravedad.

2.° Por la misma razón queda también fuera del ámbito penal la falta de extraordinaria pericia o cualificada especialización, pero sí debe sancionarse la equivocación inexcusable o la negligencia extraordinaria o excepcional.

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

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

5. ° La determinación de dicha responsabilidad ha de efectuarse teniendo en cuenta las situaciones concretas sometidas al enjuiciamiento, evitando las generalizaciones aplicables a todos los supuestos.

6. ° Si las deficiencias del instrumental médico no son imputables o no consta que lo fueran a los facultativos no puede apreciarse una conducta imprudente.

#### 4.1.1. Conclusión.

A modo de cierre de este apartado me gustaría poner de manifiesto cual es mi opinión respecto a la justificación de la imprudencia profesional y su consecuencia, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, centrándome en el supuesto de la profesión médica que es la que en este trabajo se trata.

En primer lugar, entiendo que en la práctica médica y, por ejemplo, en el desarrollo de una intervención quirúrgica, dilucidar entre normas de cuidado comunes y normas de cuidado técnicas, la denominada *lex artis*, para determinar así si se trata de un caso de imprudencia del profesional o imprudencia profesional, respectivamente, es muy complicado. Así se pone de manifiesto en las sentencias anteriormente citadas, ya que en uno de los casos se entiende que se trata de una infracción de normas comunes y como consecuencia no se entiende que exista imprudencia profesional, y en otro supuesto similar se concibe como una infracción de la *lex artis*, concurriendo, por tanto, imprudencia profesional.

Asimismo, opino que la imprudencia profesional no supone un mayor desvalor de la acción por haber infringido normas técnicas de la profesión, ya que estas han sido tenidas en cuenta para determinar y concretar el deber de cuidado que el profesional debe observar, valorando jurídico-penalmente su conducta y concluyendo con base en

ello si ha infringido el deber de cuidado o no. Por ello concibo que la imprudencia profesional tiene su fundamentación en que el profesional sanitario que en el ejercicio de su oficio comete una imprudencia grave está poniendo de manifiesto su incapacidad para gestionar el riesgo que conlleva su actuación, incidiendo en este caso en la salud y la vida de las personas. Igual que puede ocurrir en el resto de profesionales respecto de la gestión de los focos de peligros que sus profesiones conlleven. Como consecuencia entiendo que la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, que conlleva la apreciación de la imprudencia profesional en los casos de imprudencia grave, supone una manera de prevenir más daños respecto de una persona que en el ejercicio de su profesión no observa el deber de cuidado exigido.

#### 4.2. Anexo jurisprudencial.

En este epígrafe se van a exponer diferentes sentencias respecto a la imprudencia profesional. Como a continuación se va a explicar hay supuestos en los que el Tribunal aprecia la existencia de imprudencia profesional en el actuar del personal médico-sanitario y otros casos en los que no. En primer lugar se van a estudiar las sentencias del Tribunal Supremo en las que no se condena por imprudencia profesional, para, posteriormente, analizar aquellas en las que sí existe una vulneración de la *lex artis*. Finalmente, se tratarán sentencias de diferentes Audiencias Provinciales, siguiendo el mismo esquema, en primer lugar las sentencias en las que no existe imprudencia profesional y para acabar aquellas en que sí.

4.2.1. Sentencias del Tribunal Supremo en las que no se aprecia imprudencia profesional.

- STS 26/6/1980 (RJ 1980\2997): en la que se condena a un anestesista como autor de un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte. La imprudencia del anestesista radica en llevar a cabo una excesiva difusión de agente anestésico, lo que provoca un paro respiratorio, seguido de un paro cardiaco que se prolongo durante quince minutos. Pese a ello y entendiendo el médico anestesista erróneamente que el paciente se había recuperado del referido paro, y a pesar de presentar síntomas de lesión

cerebral por amnesia indicó al cirujano que tenía que intervenir que podía iniciar la operación. Falleciendo el enfermo días después a causa de la descerebración sufrida.

En este supuesto de hecho el Tribunal explica que la responsabilidad médica ha de ser proclamada cuando en el tratamiento médico, terapéutico o quirúrgico se incida en conductas descuidadas, que olvidando la *lex artis*, provoquen resultados lesivos. Así establece: “que el otorgamiento de un título profesional, de acuerdo con la normativa docente y académica, crea indudablemente, una presunción de competencia que encuentra su fase negativa en la impericia, entendiendo por tal, la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión de que se trate, y esa impericia tanto puede encontrar su fundamento causal en la ignorancia o en la defectuosa ejecución del acto requerido por la *lex artis*, pudiendo distinguirse entre la culpa del profesional, que al fin y al cabo no es más que la imprudencia o negligencia comunes cometida por el profesional en el ejercicio de su arte u oficio y la culpa propiamente profesional, que descansa en la impericia”. En este caso el Tribunal entiende que aplicando esta doctrina a los autos, no puede reprocharse al anestesista ese plus en su actuar que genera culpa profesional.

- STS 14/9/1990 (RJ 1990\7320): del relato de los hechos de la sentencia se extrae que el procesado, tras un estudio ultrasonográfico, diagnosticó que la paciente padecía un aumento de resistencia en hemisferio cerebral izquierdo, por posible arteriosclerosis ateromatosa o estenosante en carótida interna izquierda; manifestando luego, en consulta posterior, y conociendo que la paciente era diabética, la necesidad de practicarle una arteriografía, con el fin de precisar la anomalía cardio-vascular. La intervención se llevó a cabo sin practicar previamente las pruebas analíticas precedentes, dadas las enfermedades que padecía la enferma y la circunstancia de que la misma iba a ser sometida a anestesia general. La paciente entró por su pie en la clínica y, al finalizar la intervención, sin recuperar la consciencia, y pese a la oposición de su familia, el procesado ordenó que se la llevaran a su domicilio, tras afirmar que la paciente iría despertando por el camino, con cuyo objeto se le aplicó una inyección de Nalosone. Sin embargo, el procesado erró en su apreciación sobre la causa de la inconsciencia de la paciente, porque en realidad la misma había entrado en estado de coma, a consecuencia de la completa obstrucción de la arteria cerebral interna izquierda, desencadenada por la arteriografía practicada. Tras enviarla a su domicilio, el procesado se desentendió de la enferma, pese haber comprobado aquella misma noche una

importante estenosis de la carótida interna y que podía tratarse de una trombosis aguda. Ante la gravedad de la paciente, la misma hubo de ser trasladada a otro hospital, para ser atendida por un neurólogo; permaneciendo allí dos o tres días en la Unidad de Cuidados Intensivos. Y, tras experimentar una ligera mejoría, pero sin salir del estado de coma, la enferma falleció días después.

En esta sentencia se hace mención a la distinción entre culpa profesional (que descansa en la impericia) y culpa del profesional (cometida por el profesional en el ejercicio de su arte y oficio). En este sentido dispone 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 muy confusos, y la aplicación del párrafo 5.º muy discutible y dudosa”; concluyendo que: “la culpa profesional es una imprudencia calificada por el incumplimiento de aquellos deberes que, en relación con la pericia y la diligencia, son exigibles exclusivamente en relación con las circunstancias especiales del hecho, incumplimiento que se traduce en una mayor reprochabilidad personal y por ende en una responsabilidad más grave”. En el caso que esta sentencia trata, existió un alto grado de previsibilidad y un correlativo grado de deber evitar, elementos ambos que configuran también la imprudencia temeraria. Por ello el Tribunal considera que el procesado no actuó con la diligencia que le era exigible para haber evitado el riesgo, ciertamente previsible para un profesional medio de la medicina, que suponía la práctica de una arteriografía a una persona con las enfermedades que padecía la paciente (diabetes y arteriosclerosis), dada la forma en que llevó a efecto dicha prueba. Existe, por tanto, una conducta imprudente, un resultado dañoso (la muerte de una persona), y un nexo causal entre ambos, y como consecuencia se condena al procesado por un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte. Sin embargo, el Tribunal entiende que, en último término, la muerte de la paciente fue el desenlace final del estado de coma sufrido por la misma a consecuencia de la arteriografía que le fue practicada, en cuya realización no se puede apreciar ese plus de ignorancia, inhabilidad o extrema inhibición de que habla la jurisprudencia, y por tanto, en este caso no entiende que exista imprudencia profesional.

- STS 5/11/1990 (RJ 1990\8667): se trata de un supuesto de hecho que ocurre en una prisión en la que los médicos del centro penitenciario en una primera visita al

recluso apaleado, observan los abundantes hematomas que presenta y se preocupan especialmente por una herida que el mismo acusa en la cabeza. A la tarde en una segunda visita, el recluso se queja de insensibilidad en las extremidades inferiores, por ello, los médicos entienden que no puede estar en la celda y conscientes de que debe ser trasladado al Hospital penitenciario, confiando en la fortaleza del recluso, y aún sospechando que pueda estar en los inicios de un shock traumático de graves consecuencias, optan porque el traslado sea a la enfermería, conscientes también de que en esta dependencia la única actuación médica que puede efectuarse es la observación. Efectuada la visita, ponen en conocimiento del jefe de servicios el traslado a enfermería y dictan el parte de lesiones para su entrega al mismo. Tal parte de lesiones es genérico, sin contener especiales indicaciones, salvo el traslado a enfermería, ocultando la gravedad del recluso. Tras esto, se ausentan de la prisión sin preocuparse más del asunto, hasta el día siguiente en que ocurrió el fallecimiento del interno de madrugada, y que son convocados junto con los funcionarios intervinientes por el Director de la prisión.

En este supuesto se vuelve a poner de manifiesto la diferencia entre la culpa del profesional que es la imprudencia o negligencia común cometida por el agente en el ejercicio de su arte u oficio y la culpa profesional que descansa en la impericia, incurriendo en una notoria vulneración de la *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. Aplicada esta doctrina al caso concreto hemos de ver si concurre ese plus de culpa sobre la temeraria para apreciar la agravación de imprudencia profesional. De la actuación de los médicos de prisiones, expuesta anteriormente, se deriva que hay una conducta imprudente, ya que en vez de remitir al enfermo al Hospital penitenciario, optan porque el traslado sea a la enfermería, conscientes de que en esta dependencia la única actuación médica que puede efectuarse es la observación. Sin embargo, el Tribunal considera que esta infracción del deber de cuidado por grave que sea, no acarrea por sí sola la estimación de la agravante específica de negligencia profesional, en cuanto no aparece la infracción de especiales deberes técnicos integrantes de la llamada *lex artis*.

- STS 4/9/1991 (RJ 1991\6021): confirma la condena como autores de un delito de homicidio por imprudencia del cirujano que lleva a cabo la operación, del anestesista y del director del centro hospitalario. Se trata de una operación quirúrgica consistente en la extirpación de un quiste sinovial en la cara externa de la rodilla izquierda a un paciente al que el anestesista había suministrado anestesia total con intubación orotraqueal y respiración asistida. El anestesista no conecta el aparato monitor de control electrocardiográfico al comienzo de la operación y se ausenta del quirófano para atender otra operación realizada en una planta diferente del mismo centro hospitalario. Ambas circunstancias, es decir, la desconexión del monitor y el abandono del quirófano por parte del anestesista, son conocidas y consentidas por el cirujano, según consta en los hechos probados. El enfermo sufre una falta de oxigenación, provocándole una hipoxia, que es advertida por el cirujano por el oscurecimiento de la sangre que fluía de la herida quirúrgica. Ante esta situación, el cirujano ordena que se llame al anestesista. Cuando el anestesista llega a quirófano se encuentra con el paciente en un estado crítico, con parada cardiaca, de la cual no logra salir pese a los esfuerzos por reanimarle.

Haciendo referencia en el contenido de esta a otras sentencias, como la STS 1/12/1989 (RJ 1990\791), la Sala expone la doctrina jurisprudencial respecto a la imprudencia médica, la cual ya ha sido explicada anteriormente<sup>132</sup>. Asimismo se hace referencia también a la imprudencia profesional, cuya aplicación pretendían los recurrentes por entender que la conducta del anestesista no implicaba una imprudencia común, sino una omisión plenamente intencional y consciente de sus más elementales e inexcusables obligaciones. A este respecto se establecen los requisitos para la aplicación de la imprudencia profesional: “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, 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. 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

---

<sup>132</sup> V. pág. 57.

tales factores ha de realizarse con criterio de relatividad, ponderando en toda caso circunstancias, personas, actividad profesional desarrollada”.

Finalmente, el Tribunal entiende que en este caso la conducta del anestesista, calificada de temeraria, no merece la agravación de imprudencia profesional, fundamentando esta decisión en que la salida del quirófano del anestesista lo fue para acudir a otro dentro del mismo hospital, estando siempre localizable y que se ausentó del mismo cuando el paciente se encontraba en buen estado tras la anestesia y quedando en las manos del cirujano y su equipo; regresando al mismo cuando se le llamo e intentó por todos los medios a su alcance reanimar al paciente sin conseguirlo.

- STS 28/9/1992, núm. 1965/1992 (RJ 1992\7472): el paciente fue ingresado diagnosticándosele una posible hepatitis, a partir de la sintomatología clínica que presentaba. Días después ante un agravamiento de su estado, hallándose el paciente inconsciente y con un cuadro de gran agitación o excitación, se solicitó por los familiares la presencia del médico de guardia, el cual reconoció al enfermo entendiendo que presentaba un síndrome de abstinencia por lo cual se le puso el tratamiento correspondiente. Posteriormente, se le aprecia coma hepático, dado que el estudio de coagulación de la sangre descubre una actividad de protombina muy bajo, por lo que se le traslada a la U.C.I. y se instaura un tratamiento para la insuficiencia hepática fulminante, falleciendo a las pocas horas.

En esta sentencia se comienza, al igual que en el resto de sentencias, señalando la distinción entre culpa del profesional y culpa profesional, entendiendo que la primera de ellas no es más que la imprudencia común cometida por el profesional, y la segunda, es la que descansa en la impericia, que tanto pueden encontrar su fundamento en la ignorancia, como en la ejecución defectuosa del acto requerido profesionalmente. Llevando a cabo un análisis de los hechos se entiende que no existe ignorancia atribuible a los citados facultativos, ni tampoco ejecución imperfecta de la terapia indicada, puesto que la aplicación de los fármacos se debía a la existencia admitida de una crisis de abstinencia en el enfermo, producto de su adicción a la heroína, que se superponía a la crisis hepática enmascarándola. Pero una vez que fue conocida ésta, al llegar al hospital la analítica practicada, sus efectos fueron tan fulminantes que ya no

dio tiempo a ulterior tratamiento. Por ello no puede entenderse que este caso exista imprudencia profesional.

- STS 26/4/1994, núm. 886/1994 (RJ 1994\3357): este es un supuesto en el que el médico anestesista suministró a la paciente los agentes anestésicos necesarios para realizar la intervención, y concluido el acto quirúrgico procedió a administrarle fármacos para su recuperación, siendo trasladada a la Sala de Despertar. Sin que la paciente se hubiera recuperado de la anestesia, intervino el anestesista en otra operación y una vez practicada ésta, como la paciente seguía en la misma situación, le administró una segunda tanda de fármacos para su reanimación. Al ver que no lo conseguía y apreciar una leve caída de la comisura labial, consultó con el Jefe del Servicio de Anestesista y tras examinar a la paciente, se llamó al Médico de Guardia de la UCI quien afirmó que se encontraba en estado de coma, disponiendo su inmediato traslado a la UCI, donde evolucionó hacia un estado de vida vegetativo.

En esta sentencia se argumenta: “Esta Sala viene distinguiendo (...) la `culpa del profesional´ que no es más que la imprudencia común cometida por el profesional y la `culpa profesional´ que descansa en la impericia, que tanto puede encontrar su fundamento en la ignorancia, como en la ejecución defectuosa del acto requerido profesionalmente”. En este caso el Tribunal entiende que si que ha habido una grave negligencia, pero, sin embargo, no consta que los agentes anestésicos suministrados, ni los fármacos de reanimación utilizados no fuesen los adecuados, por ello condena al anestesista por un delito de lesiones por imprudencia grave pero no profesional, ya que considera que la culpa de un profesional anestesista no entraña, por sí sola, la impericia o negligencia profesional que como agravante específica se recoge en el artículo 565 del CP.

-STS 8/6/1994, núm. 1193/1994 (RJ 1994\9347): el TS calificó de imprudencia grave la actuación del médico que otorgó el alta hospitalaria a un paciente, que pasando tan sólo cuatro horas de permanencia en el hospital, para su seguimiento, sin hacer constar por escrito que el traslado al domicilio se hacía en observación y, que a las primeras señales de anormalidad se le hospitalizaría de modo inmediato. Por tanto, el médico se desprendió de sus responsabilidades sin un diagnóstico definitivo no adoptando seguimiento previsor y cuidados de la evolución del cuadro clínico.

En relación a la responsabilidad de este médico, la sentencia establece que la exigencia de responsabilidad a los profesionales sanitarios presenta siempre graves dificultades porque la ciencia que profesan los médicos es inexacta por definición, confluyendo en ella factores imprevisibles. Se refiere al error de diagnóstico que incidió directa y eficientemente en el fatal desenlace, porque conociendo la existencia de un traumatismo craneoencefálico que podía revestir gravedad por el persistente estado de semiinconciencia del sujeto no completó los datos elementales e indispensables para el diagnóstico, máxime cuando la embriaguez podría enmascarar el cuadro, decidiendo calificar de leve el traumatismo y disponer el alta hospitalaria sin practicar otras pruebas especialmente la tomografía axial computerizada (TAC) que hubieran denunciado oportunamente la presencia del edema y hemorragia cerebral que llevó a un resultado irreparable.

En este caso, atendiendo a todos los factores, las circunstancias y actividades profesionales desarrolladas por el médico acusado, el Tribunal entiende que no concurre imprudencia profesional en la actuación del mismo puesto que: “a) el acusado utilizó en la exploración del sujeto los medios ordinarios según detalla el historial clínico; b) la radiografía, después confirmada por el scanner, demostraba la inexistencia de fractura ósea craneal; c) las pruebas susodichas y, en particular, su nivel de conciencia, movimientos y constantes vitales, excluían, en tiempo presente, el edema y derrame cerebral, siendo denominador común en todos los dictámenes periciales la afirmación de que esta grave incidencia pudo presentarse de súbito y con posterioridad a la contusión cerebral, de ahí que la tomografía axial no pareciera entonces necesariamente indicada; d) la embriaguez del lesionado contribuyó a enmascarar el alcance y trascendencia del traumatismo; e) el Protocolo de atención a enfermos traumatizados del Hospital contemplaba una serie de aspectos sobre la valoración de la situación clínica del paciente incluyendo la exploración clínica general y la valoración de las constantes vitales y nivel de conciencia, y como pruebas complementarias las radiografías en traumatismo craneoencefálico, condicionando las tomografías a los signos y síntomas del enfermo”.

De lo expuesto se desprende que existió culpa o descuidada atención cuando, tras cuatro horas de permanencia vigilada en el hospital y sin modificación del estado general del mismo, acordó el alta hospitalaria. Quedando descartada la imprudencia

profesional, por lo ya expuesto, el Tribunal concluye que sí debe apreciarse culpa del médico acusado que no adoptó un seguimiento previsor y cuidadoso de la evolución del cuadro clínico, procediendo a dar un alta incondicionada que dejaba al lesionado fuera de observación médica.

- STS 3/10/1997, núm. 1188/1997 (RJ 1997\7169): después de una primera visita del paciente de 79 años de edad al urólogo en su consulta particular, en la que se le diagnosticó una hipertrofia de próstata con irregularidad del margen derecho; realizada una nueva visita a dicho doctor, se acordó intervenir a éste. Terminada la intervención se mantiene al paciente en la sala de reanimación, sobre una hora, y confirmada la estabilidad de sus constantes pasó a planta. Una vez en la habitación, por el personal de enfermería, se le toma la tensión arterial, siendo la misma de 70/40, por lo que se le administra un expansor de plasma; posteriormente la tensión arterial baja, se avisa al anestesista, quien sube a planta y pauta 2cc de Efedrina y 200 cc de Hemo C., advirtiendo al personal de enfermería que si la tensión bajaba otra vez, se pusiesen otros 2cc de Efedrina. Más tarde los doctores reconocen al enfermo en la habitación, el cual continuaba hipotenso, ante ello, manifestaron a los hijos del enfermo que el mismo se encontraba bien, y que la hipotensión era debida a la anestesia. Se aviso en un primer lugar al médico, que acudió y vio que todo parecía correcto, posteriormente, se volvió a avisar al médico de guardia, y pensando que dicha hipotensión fuese debida a otra causa distinta a la de la anestesia, como podía ser una hemorragia interna, prescribió se realizara al enfermo una prueba de hematocrito, cuyos resultados descartaron dicha hemorragia. Sobre las 2 horas, el doctor es avisado, nuevamente por la enfermera, poniendo en su conocimiento que el enfermo había tenido náuseas, horas después, el médico de guardia es nuevamente avisado de que el enfermo se quejaba de dolor en la zona quirúrgica. Finalmente, se avisa, nuevamente al citado doctor, que el enfermo se encontraba disneico y taquicárdico, por lo que ordenó se sentara al mismo en la cama y se le pusiese oxígeno mientras subía a la habitación, efectuado ello, la enfermera salió de la habitación, con objeto de atender a un enfermo de otra y a continuación también salió, el hijo del paciente para buscar al médico, quedando en aquella el enfermo y su hija. En dicho momento, el paciente hizo intento de vomitar, y no pudiendo hacerlo y tragándose lo que tenía en la boca, dando la sensación de que no podía respirar, desencajándosele la cara y expirando con un ronquido. Inmediatamente se persona el

médico en la habitación, habiendo transcurrido unos minutos desde que fue avisado, encontrándose ya ante una situación irreversible que, pese a realizarse las correspondientes maniobras de resucitación, no pudo ser superada, certificándose el fallecimiento del paciente.

En esta sentencia se trata, al igual que en las demás, la imprudencia profesional, respecto a la cual establece que: “esta se caracteriza por la inobservancia de las reglas de actuación que vienen marcadas por lo que en términos jurídicos se conoce como *lex artis*, lo que conlleva un plus de antijuricidad que explica la elevación penológica. El profesional que se aparta de estas normas específicas que le obligan a un especial cuidado, merece un mayor reproche en forma de sanción punitiva. Al profesional se le debe exigir un plus de atención y cuidado en la observancia de las reglas de su arte que no es exigible al que no es profesional. La imprudencia profesional aparece claramente definida en aquellos casos en que se han omitido los conocimientos específicos que solo tiene el sujeto por su especial formación, de tal manera que, como ya se ha dicho, los particulares no tienen este deber especial porque carecen de los debidos conocimientos para actuar en el ámbito de los profesionales”. Asimismo en relación a la imprudencia médica declara que la exigencia de esta responsabilidad a los médicos comporta graves dificultades por la medicina no es una ciencia exacta, y en ella confluyen diversos factores totalmente imprevisibles. En este sentido se pone de manifiesto que la profesión en sí misma no constituye en materia de imprudencia un elemento agravatorio ni cualitativo.

Respecto a los dos acusados, cirujano y anestesista, el Tribunal concluye que su actuación no supone imprudencia profesional por no existir ni impericia ni negligencia, atendiendo a las pruebas periciales practicadas en juicio, de las que se deriva que, la hipotensión y la frialdad en el paciente sometido a la operación de autos, es algo normal. Por ello la Sala condena por imprudencia temeraria con resultado de muerte, pero sin apreciar la cualificación de imprudencia profesional.

4.2.2. Sentencias del Tribunal Supremo en las que sí se aprecia imprudencia profesional.

- STS 1/12/1989 (RJ 1990\791): se condena al anestesista como autor de un delito de homicidio por imprudencia temeraria, concurriendo negligencia profesional. El procesado, jefe de la sección de anestesia de un centro hospitalario intervino en su calidad de médico anestesista en una operación. En el ejercicio de sus funciones intubó al paciente por conducto nasotraqueal, debidamente monitorizado, con dos aparatos, uno de anestesia, que proporcionaría el oxígeno necesario, y otro monitor para el seguimiento de sus constantes vitales, reflejado en una pantalla con alarma sonora que indicaría las anomalías. El acusado conocía que el aparato de anestesia carecía de alarma y que el monitor o tenía desconectada su señal acústica, o se puso tan baja de volumen que no era audible. Ha de resaltarse que por el tipo de operación, los paños que cubrían el campo operatorio impedían la visión del tubo anestésico-respiratorio, conectado con el enfermo a través de su nariz y tráquea. Pese a ello, aquél abandonó el quirófano sin dar cuenta a nadie durante diez minutos, por lo que tuvo que ser avisado por la ATS para que volviese a su puesto por haberse movido el enfermo para normalizar la situación. No obstante, volvió a ausentarse del quirófano de nuevo y hubo de ser buscado por la enfermera y tras una tercera ausencia de más de diez minutos, cuando volvió de nuevo a su puesto en la operación, en los momentos finales de la misma, al mirar la pantalla del monitor vio que la señal electrocardiográfica daba plana, y cuando levantó los paños del campo operatorio, descubrió que el tubo naseotraqueal que suministraba oxígeno al paciente estaba desconectado, lo que provocó que la víctima quedara descerebrada y en estado crónico vegetativo, hasta su posterior fallecimiento.

En este supuesto el Tribunal alega que la culpa debe recibir este calificativo de profesional, cuando el resultado se produzca a consecuencia de un acto profesional que sea en sí mismo imperito o negligente, con grave vulneración de las reglas de la *lex artis*. En este caso el hecho de no preocuparse en examinar con la debida atención el monitor y comprobar lo que en su pantalla se reflejaba, representa una imprudencia temeraria profesional, porque es precisamente la *lex artis* la que se eludió totalmente, teniendo en cuenta que un profesional medio hubiera podido y debido captar en virtud de sus conocimientos la realidad del peligro, acrecentándose aún más, por las ausencias reiteradas, conociendo, además, la carencia de alarmas en uno de los aparatos, y la no percepción del tubo naseotraqueal, por los paños que lo cubrían.

- STS 18/11/1991 (RJ 1991\9448): se trata de un supuesto de transfusiones de sangre contaminada, que por no adoptar determinadas medidas de cuidado, acaban produciendo la contracción de una grave enfermedad o la muerte del paciente, concretamente, se trasmite el virus del VIH.

En esta sentencia en relación a la distinción entre culpa del profesional y culpa profesional se establece que con esta última lo que se trata de gravar es la ineptitud o ignorancia de las reglas de la profesión, bien porque estos conocimientos no se posean o porque poseyéndolos no se apliquen. Poniendo de manifiesto que esta distinción suele ser difícil, indecisa y confusa. Asimismo se hace mención a una serie de puntos a tener en cuenta en el terreno de la actividad sanitaria: 1.º hay que tener en cuenta que las actuaciones de los profesionales sanitarios entraña un gran riesgo, al incidir directamente sobre la vida y la salud de las personas. 2.º cabe destacar que se trata de una ciencia inexacta, en la que la atención, la pericia y la reflexión han de prodigarse en dosis mayores que en otras dedicaciones. 3.º hace referencia a que en la práctica de actuaciones sanitarias se requiere una cuidadosa atención a la *lex artis*, en la que, sin embargo, no se pueden sentar reglas preventivas absolutas, debido al constante avance de la ciencia. 4.º se señala que la responsabilidad médica o de los técnicos sanitarios procederá cuando en el tratamiento efectuado al paciente se incida en conductas descuidadas de las que resulte un proceder irreflexivo, o la falta de adopción de cautelas de generalizado uso o la ausencia de pruebas de investigación o verificaciones precisas como imprescindibles para seguir el curso en el estado del paciente.

Con base en lo expuesto el Tribunal entiende que únicamente será exigible la responsabilidad médica, por tratamientos terapéuticos o quirúrgicos, cuando la impericia antes apuntada fuera importante, cuando en el obrar se falte a elementales normas de conocimiento como infracción al deber de saber. Aplicando esta doctrina al caso se entiende que el médico quebrantó la precaución más elemental, pues sabía y conocía, por su reconocida competencia profesional, la necesidad de adoptar medidas precautorias, omitiéndose las más elementales normas de precaución y cautela, vulnerando así la *lex artis*, que como norma de comportamiento profesional, señala los límites y ámbito de la obligación médica.

- STS 18/11/1998, núm. 828/1998 (RJ 1998\8632): se condena como autor de un delito de homicidio con imprudencia profesional a un funcionario del cuerpo médico de prisiones, quien a pesar de diagnosticar correctamente a la víctima un cuadro de intoxicación por opiáceos y benzodiacepinas y de que ésta requiriera por esa causa asistencia facultativa urgente al menos en tres ocasiones, no procedió al ingreso del paciente ni en un hospital ni en la enfermería de la prisión, sino que lo remitió a su celda, sin observación de ningún tipo, y no le visitó a lo largo de toda la noche, siendo hallado muerto, en su camastro, a la mañana siguiente. El TS reprocha al médico la omisión de las medidas de precaución más esenciales. Ya que, frente a la alternativa de trasladar al paciente a un hospital, se optó por remitirle a su celda y controlarlo allí, aunque, ni siquiera se cumplió el mínimo control acordado. Falleciendo el enfermo sin que se hubiese efectuado observación alguna, pudiéndose haberse evitado si se hubiese optado por el ingreso del paciente en un centro hospitalario o cumpliendo el control pautado por el propio médico.

Se considera que este médico de prisiones incurre en imprudencia profesional, produciéndose en este caso una grave vulneración de la *lex artis*, tal y como expone el Tribunal.

- STS 22/1/1998, núm. 726/1998 (RJ 1999\275): sentencia en la que se condena a un ginecólogo como autor de un delito de lesiones cometido por imprudencia profesional. Tal y como se expone en los antecedentes de hecho, la embarazada ingresa en la clínica ante los fuertes dolores que estaba padeciendo por indicación del ginecólogo. Éste, ante el estado de la paciente, cuyo embarazo no alcanzaba las treinta y ocho semanas de gestación, sin estar exento de ciertas complicaciones, diagnosticó un cólico nefrítico, sin consultar a ningún urólogo u otro especialista con conocimientos más cercanos a la presunta patología. La paciente queda ingresada por prescripción del ginecólogo, en la citada clínica y sometida al tratamiento correspondiente al cólico nefrítico diagnosticado. Se le practican análisis de orina y de sangre, así como una ecografía obstétrica, que indicaban una marcada disminución del líquido amniótico y obra abdominal y de gestación, lo que revelaba trabajo de parto. No obstante, el ginecólogo insiste en su inicial diagnóstico y no le practica reconocimiento ginecológico alguno. Ante esta situación, con varios días en la clínica, la embarazada solicita a una matrona de la clínica dicho reconocimiento, que ésta accede a realizar y

que pone de manifiesto que la mujer se encontraba ya en una avanzada dilatación, por lo que la envió enseguida a la sala de partos, donde, con la asistencia del ginecólogo, se produce el parto en apenas media hora. El niño que dio a luz precisó de inmediata asistencia sanitaria para su reanimación, realizando el médico anestesista una intubación, siendo trasladado en ambulancia a la sección de neonatología del hospital más próximo, pese a lo cual, y ante la hipoxia cerebral sufrida, el niño padece una encefalopatía crónica, con retraso en los patrones de maduración psicomotriz.

En este caso se condena por imprudencia profesional al ginecólogo por las lesiones sufridas por el recién nacido, estableciendo lo siguiente: “ el recurrente no solo ha omitido los deberes más elementales que le eran exigibles para evitar el resultado producido, sino que además entraña una mayor reprochabilidad al actuar con máxima desatención y olvido de los deberes técnicos, *lex artis*, que como profesional de la medicina le cometían, siendo especialmente reseñable que hubiese prescindido del reconocimiento ginecológico que resultaba inexcusable. Incurre, sin duda, en la agravación específica de haber cometido las lesiones por imprudencia profesional”.

- STS 23/10/2001, núm. 1904/2001 (RJ 2001\9074): se condena al ginecólogo y al anestesista como autores de un delito de homicidio por imprudencia profesional. Los dos sujetos atendían conjuntamente una cesárea. Ya en el momento final de la operación, la paciente sufre una pérdida importante de caudal sanguíneo, de la cual ninguno de los dos se percató, y que conlleva el fallecimiento de la paciente. En la sentencia se acredita una conducta imprudente de cada uno de los facultativos, que en la fase final no prestaron la debida atención a la pérdida de sangre de la paciente. Por una parte, el ginecólogo, obligado a controlar esta incidencia mediante la cuantificación de la sangre aspirada mecánicamente y de la empapada en las compresas; por otra parte, el anestesista obligado a vigilar las constantes vitales de la paciente a través de los aparatos de monitorización.

El Tribunal entiende que por su desatención, no cumplieron con el deber de advertir que se estaba produciendo una pérdida excesiva de caudal sanguíneo. Asimismo distingue entre la culpa profesional y del profesional, estableciendo que no siempre es fácil esta distinción, la cual, además, ha perdido su apoyo legal al sustituirse la redacción del art. 565 CP 1973. Así respecto a la imprudencia profesional manifiesta: “que esta supone un plus de antijuricidad consecutivo a la infracción de la *lex artis* y de

las precauciones más elementales, imperdonables e indisculpables a personas que, perteneciendo a una actividad profesional, deben tener unos conocimientos propios de una actividad profesional”.

En este supuesto se entiende que los facultativos no cumplieron una elemental norma de cuidado a observar en una operación de cesárea, como es la de vigilar un efecto previsible de la misma, la pérdida de sangre de la paciente, con objeto de atajarlo y remediarlo antes de que rebasase los límites de la normalidad. El incumplimiento del mencionado deber de cuidado, por parte de ambos facultativos, determinó que la situación llegara a ser irreversible cuando la alarma del monitor los sacó de su inadvertencia e intentaron, ya sin éxito, la reanimación de la paciente. En este sentido la Sala dispone que: “la gravedad de la imprudencia en que incurrieron los recurrentes es indudable porque para los dos era fácilmente previsible el riesgo, para los dos tenía una gran importancia la norma de cuidado que respectivamente les incumbía y por los dos debió ser ponderado el inestimable valor del bien jurídico que dependía de su actuación.” Por ello, condena por imprudencia profesional a ambos profesionales.

- STS 27/3/2002, núm. 547/2002 (RJ 2002\5663): condena al ginecólogo y a la comadrona como autores de un delito de lesiones graves por imprudencia profesional. El seguimiento del embarazo lo hace un mismo ginecólogo, recibiendo las visitas periódicas de la mujer en la consulta. La última visita se produce en la cuadragésima segunda semana de gestación, lo que exigía una revisión profunda. Sin embargo, el ginecólogo simplemente realiza un tacto vaginal, derivando a la mujer a su domicilio, sin fijar fecha de nueva visita y emplazándola a que esperase hasta que se produjesen los primeros síntomas del inicio del parto. En esta última visita, los progenitores solicitan al médico que la asistencia al parto sea realizada por una comadrona que conocen personalmente y que había acompañado a la embarazada a las clases de preparación, lo cual acepta el ginecólogo. Es esta comadrona la que ante el nerviosismo de la embarazada por lo prolongado del embarazo, accede a realizarle una revisión. En dicha revisión la monitoriza y entendiendo que “el útero todavía estaba verde”, le comunica a la pareja que vuelvan a su domicilio y que le avisen cuando note los primeros indicios del parto. Al día siguiente la mujer interpreta unos dolores en la zona abdominal como los primeros indicios de parto, comunicándose inmediatamente con la

comadrona, citándose en la clínica en la que estaba previsto el desarrollo del parto. Ya allí, la comadrona recibe a la embarazada, realiza la primera llamada al domicilio del ginecólogo para que se persone en la clínica y practica una monitorización sin registro. El ginecólogo no acude a la clínica, por lo que la comadrona procede a indicar la aplicación de analgesia epidural sobre la paciente, que fue aplicada por el anestesista que colaboraba en la clínica, rompiéndose así artificialmente las aguas que presentaban una apariencia verdosa, indicadora de la presencia de meconio fetal. Ante esta alarmante situación la comadrona llama otra vez por teléfono al ginecólogo, siendo atendida por su mujer, solicitando la presencia con urgencia del médico en la clínica. A partir de este instante no se realizan nuevos controles y tampoco se avisa a otros ginecólogos que estaban en la clínica en ese momento. Finalmente, llega el ginecólogo y se procede a la extracción del feto que en el proceso de expulsión presenta una vuelta de cordón umbilical en el cuello. Por falta de oxigenación el bebé sufrió una parálisis cerebral irreversible que desembocó en una severa deficiencia psíquica y física.

Esta sentencia en relación con la imprudencia profesional e imprudencia del profesional, pone de manifiesto la problemática en la aplicación del subtipo agravado de imprudencia profesional, en relación a si ha de ser aplicado a cualquier persona que realice actos específicos de una determinada profesión o si, mas bien, es preciso e imprescindible que el sujeto del hecho imprudente sea un profesional de la actividad, que desarrollaba en el momento de incurrir en la infracción punible. Así remitiéndose a la STS 3/10/1997, núm. 1188/1997 (RJ 1997\7169) establece que “la imprudencia profesional se caracteriza por la inobservancia de las reglas de actuación, que vienen marcadas por lo que se conoce, en términos jurídicos, como *lex artis*, lo que conlleva un plus de antijuricidad que explica la elevación penológica. El profesional que se aparte de estas normas específicas, que le obligan a un especial cuidado, merece un mayor reproche en forma de sanción punitiva. (...) La imprudencia profesional aparece claramente definida, en aquellos casos en que, se han omitido los conocimientos específicos que sólo tiene el sujeto por su especial formación, de tal manera que los particulares no tienen ese deber especial, porque carecen de los debidos conocimientos para actuar en el campo de los profesionales”. Aplicando la doctrina expuesta al caso concreto el Tribunal entiende que tanto el ginecólogo como la comadrona deben ser

condenados como autores de un delito de lesiones por imprudencia profesional, por existir en su actuación una grave vulneración de la *lex artis*.

- STS 19/7/2002, núm. 1351/2002 (RJ 2002\7676): condena al médico que interviene como anestesista en una operación quirúrgica como autora de un delito de homicidio por imprudencia profesional. El resumen de los hechos es el que se expone a continuación: una mujer se somete a una intervención quirúrgica consistente en una liposucción de flancos y lipectomía abdominal. En dicha intervención participan un médico especialista en cirugía estética, un médico ayudante de éste y un médico general, que sin la especialidad, actúa como anestesista, y personal de enfermería. La operación transcurre sin complicaciones, hasta que finalizada la misma, sin la presencia ya en la sala del cirujano, comprobando la anestesista que la paciente comenzaba a despertarse y estando todavía entubada, procedió a cerrar el suministro de oxígeno y de protóxido de oxígeno, hasta el momento suministrados en mezcla al 50 por 100, abriendo a continuación el grifo correspondiente a éste último gas y dejando cerrado el correspondiente al suministro de oxígeno, cuando lo correcto hubiera sido hacer exactamente lo contrario, es decir, suministrar exclusivamente oxígeno a la paciente. Como consecuencia de la falta de oxígeno la paciente sufre una braquicardia, ante lo cual la acusada reclama la presencia de otros médicos. A esta llamada acude un médico anestesista que, mirando el monitor, inmediatamente se percata de la causa de la falta de oxígeno, cerrando el grifo de protóxido y abriendo el del oxígeno. La paciente entró en un estado de coma, muriendo a los pocos días.

En este supuesto la Sala entiende que el médico que actuó como anestesista, actividad propia de una determinada especialidad de la profesión médica, sin estar capacitado para ello, incurrió en impericia. Asimismo en su actuación se pone manifiesto la falta de la debida atención, que tal y como dispone el Tribunal: “unida a la producción de un resultado letal vinculado a aquella actividad por una indudable relación de causalidad, nos colocan ante la indiscutible realización del tipo objetivo de homicidio por imprudencia grave profesional”.

- STS 27/2/2009, núm. 173/2009 (RJ 2009\3290): se trata de un caso de contagio múltiple de hepatitis por un anestesista, siendo calificada su conducta como de imprudencia profesional, por entender que existe en la actuación del anestesista una grave vulneración de la *lex artis*. Este anestesista, portador del virus de la hepatitis C,

había participado en diversas intervenciones quirúrgicas, contagiando con dicho virus a las personas que en la sentencia se citan. Se considera probado que éste llevaba un largo periodo de tiempo, administrándose fármacos empleados en las anestесias y sedaciones quirúrgicas y hospitalarias, ya que hay elementos que acreditan que éste hacía un uso irregular, para sí, de los opiáceos utilizados en las intervenciones quirúrgicas y en los servicios de cuidados intensivos. De lo cual se deriva que el procesado usaba previamente para sí el material que luego utilizaba para anestесiar, sedar o tratar a los pacientes, con rotura de la integridad de la piel, y parte de los fármacos destinados a éstos, de tal manera que restos hemáticos suyos contaminados con el VHC se transmitieron al caudal sanguíneo de los pacientes.

4.2.3. Sentencias de Audiencias Provinciales en las que no se aprecia imprudencia profesional.

- SAP Alicante 29/1/1998, núm. 24/1998 (ARP 1998\428): estima el recurso presentado por el paciente contra la sentencia de instancia que absolvió al cirujano jefe de un delito imprudente con resultado de lesiones, causadas por el abandono de una compresa quirúrgica en el cuerpo del operado. Le condena al entender que no prestó la más mínima atención antes de proceder a la sutura de la cavidad abierta, a la presencia en el cuerpo del paciente de un cuerpo extraño y de carácter metálico, descuidando de forma elemental los deberes de inspección y control de su equipo personal auxiliar.

En esta sentencia se hace mención a que en el ejercicio de la medicina moderna se requiere la intervención de varios especialistas y auxiliares sanitarios, convirtiéndose en una actividad a desarrollar en grupo o en equipo. En este sentido establece: “este nuevo fenómeno 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 ciertos criterios que permiten tal separación de responsabilidades de los intervinientes en una actividad como es la cirugía, que se desarrolla en régimen de equipo, tales principios o criterios son: el principio de confianza y el principio de división del trabajo”. El principio de confianza, supone que

el cirujano puede, en principio, confiar en que sus colaboradores 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. A su vez, el principio de división del trabajo en equipo se ha impuesto como consecuencia del propio progreso científico y de la necesaria especialización. A los efectos de determinar las responsabilidades del equipo médico atendiendo al criterio de división del trabajo, el Tribunal expone que en supuestos como la falta de cualificación del personal sanitario, fallos de comunicación o de coordinación del equipo médico-quirúrgico, el cirujano, en su condición de jefe del equipo puede ser 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.

Por lo que a este caso se refiere la Sala entiende que el cirujano no prestó la más mínima atención antes de proceder a la sutura de la cavidad abierta, a la presencia en el cuerpo del paciente, de un cuerpo extraño y de carácter metálico descuidando de forma elemental los deberes de inspección y control de su equipo de personal auxiliar. Sin embargo, entiende que esta falta de atención no supone una vulneración de la *lex artis*, sino un descuido común, por lo que no aprecia en este caso imprudencia profesional.

- SAP Ourense 7/10/1998, núm. 132/1998 (ARP 1998\3821): los hechos son los que se exponen a continuación; el paciente, un varón de sesenta y cuatro años de edad, alérgico al “metamizol” y a las composiciones de “pirazolona”, ingresa en un centro hospitalario a través del servicio de urgencias con dolor en la región subhepática derecha. Se deriva a planta, en donde es atendido por un médico especialista a quien asiste un ATS. Junto al paciente se remite un informe clínico en el que se hace constar la alergia a las citadas sustancias. Además, la hija del enfermo entrega al ATS otra hoja donde también figura el cuadro alérgico. Este ATS, después de tomar nota en la hoja de observación de enfermería, se la entrega al médico especialista. El médico especialista, sin prestar atención a los referidos informes, prescribe que se le inyecte “nolotil”, específico de “metamizol magnésico” diluido en suero fisiológico. El ATS, siguiendo las instrucciones del médico, inyecta el fármaco al paciente. Trascorridos entre uno y dos minutos, el paciente comienza a sufrir síntomas propios de un cuadro alérgico y

termina falleciendo a los pocos días. La Sala condena al médico especialista como autor de un delito de homicidio, por imprudencia grave y absuelve, al ATS, quien por su condición no tenía obligación de conocer los componentes de los fármacos.

Esta sentencia hace mención a la ya conocida distinción jurisprudencial entre culpa profesional, referida a la impericia o negligencia cometida por un profesional en el específico ejercicio de su arte, ciencia u oficio, y la culpa del profesional que descansa en el descuido objetivo común. En este caso se entiende que el médico incurrió en un descuido común aunque grave y extremado, pero no en una impericia médica, al no revisar la hoja de ingreso por urgencias del enfermo, el cuadro de alergias que le entrego la ATS e, incluso, por no recapacitar sobre la específica patología del sujeto pasivo, al que no hacía mucho que había atendido y había informado de su condición de alérgico a los principios activos que integraba la inyección de “nolotil” diluido en suero fisiológico que le prescribió.

- SAP León 9/1/2002, núm. 6/2002 (JUR 2002\95604): en ella se dirime la responsabilidad del cirujano jefe y de las enfermeras circulantes e instrumentista por el olvido de una gasa en el cuerpo del paciente.

Respecto a la imprudencia profesional en esta sentencia se establece: " debe ser objeto de distinción lo que se venía señalando como culpa profesional (en la que la impericia encuentra su fundamento causal en la ignorancia o defectuosa ejecución del acto requerido profesionalmente) y la culpa del profesional (que no es más que la imprudencia común cometida por el profesional en el ejercicio de su arte, profesión u oficio)".

En el presente caso, no se entiende que haya una transgresión de los deberes de la técnica quirúrgica, “sino un auténtico descuido que a cualquiera puede ocurrir aunque, eso sí, situado en el campo de la actividad médica no puede ser valorado más que como imprudencia sin que la cualificación profesional afecte a tal valoración”.

- SAP La Rioja 20/2/2004, núm. 61/2004 (JUR 2004\83390): resuelve los recursos planteados por dos cirujanos, uno especialista y otro MIR y por la ATS instrumentista, contra la sentencia de instancia que les condena como autores de un delito de lesiones por imprudencia grave, por haber dejado olvidadas en el cuerpo del paciente unas “pinzas de Kocher”, que obligaron a una nueva intervención quirúrgica

para su extracción, con el correspondiente tiempo de convalecencia. La AP estima parcialmente los recursos planteados por cada uno de los acusados; en el caso del MIR lo absuelve, advirtiéndole que aunque tiene su propio ámbito de competencia y, por tanto, en determinadas ocasiones se le puede exigir una responsabilidad penal derivada del incumplimiento de los deberes de cuidado que le corresponde observar, en este caso, su función es supervisada por el médico especialista, en definitiva, totalmente dependiente de éste. Condena al cirujano especialista como autor de una falta de lesiones por imprudencia leve, y condena a la ATS instrumentista también como autora de una falta de lesiones por imprudencia leve.

Esta sentencia hace mención a la doctrina jurisprudencial en relación a las imprudencias médicas que ya se ha expuesto anteriormente, y al supuesto agravado que es la imprudencia profesional, caracterizada por la inobservancia de las reglas de actuación que vienen marcadas por lo que se conoce en términos jurídicos como *lex artis*. Con respecto al tratamiento de la negligencia penal en el ámbito de las profesiones sanitarias, expone las consideraciones a tener en cuenta: “1ª. El simple error de diagnóstico o en la terapia no constituye delito, salvo que por su entidad o categoría cualitativa o cuantitativa resulten de extrema gravedad. 2ª. El estudio, a efectos penales, del profesional ha de hacerse caso por caso, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes y evitando generalizaciones. 3ª. El análisis casuístico debe efectuarse valorando la conducta exigible al facultativo medio normal (sin perjuicio de la especial preparación que caracteriza a los especialistas) en función de la situación del paciente y el resultado mortal o lesivo, dentro de la correspondiente relación de causalidad, apreciando en su conjunto la intervención del profesional en el diagnóstico, en la terapia y en sus reacciones durante el curso de la enfermedad”. Dentro de este tipo de imprudencia se encuadra también, como un supuesto agravado la imprudencia profesional, caracterizada por la inobservancia de las reglas de actuación que vienen marcadas por lo que se conoce en términos jurídicos como *lex artis*, lo que conlleva un plus de antijuridicidad que explica la elevación penológica. Asimismo recuerda la doctrina jurisprudencial respecto a la imprudencia médica: “a) Que el error en el diagnóstico o en el tratamiento, por regla general, no es tipificable como infracción penal, salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable; b) Que queda también fuera del ámbito penal, por la misma razón la falta de pericia

cuando esta sea de naturaleza extraordinaria o excepcional; y c) Que la determinación de la responsabilidad médica ha de hacerse en contemplación de las situaciones concretas y específicas sometidas a enjuiciamiento penal, huyendo de todo tipo de generalizaciones”.

De la aplicación de la doctrina expuesta al caso se concluye que sí que hubo en el cirujano y en la ATS una falta de atención en la inspección del campo operatorio, considerándose que no medió la diligencia exigible en la intervención, pero sin apreciar en este caso una vulneración de la *lex artis*.

4.2.4. Sentencia de Audiencia Provincial en la que sí se aprecia imprudencia profesional.

- SAP Sevilla 17/5/2004, núm. 196/2004 (JUR 2004\199296): conoce del recurso de apelación interpuesto por una enfermera instrumentista. La paciente ingresa en el centro hospitalario para ser sometida a una operación quirúrgica con la finalidad de tratar una eventración abdominal por un equipo quirúrgico formado por un cirujano jefe, una ayudante y una enfermera instrumentista. La intervención se desarrolla con normalidad. A la hora de cerrar y después de observar que en el campo de la operación no quedaba ningún instrumento, gasa o material quirúrgico, se procedió por los cirujanos a coser sin que por parte de la enfermera instrumentista se advirtiera a éstos que no tenía en su poder la totalidad de las pinzas que había entregado durante la operación, al creer que había recogido todas. Ni el cirujano jefe ni la ayudante hicieron personalmente el recuento de las pinzas, ni se encargaron de exigir de la instrumentista el mismo, dándose por hecho que la enfermera tenía en sus manos todo el instrumental empleado en la operación, ya que ésta no manifestó nada en contrario. Tras la operación, la paciente sufrió durante varios días punzadas en la zona del abdomen que terminaron con un dolor agudo, lo que motivó su ingreso nuevamente en un centro hospitalario donde, tras una exploración médica, se advierte la presencia de un cuerpo extraño y se procede a una intervención quirúrgica de urgencia. Se le extrae una “pinza de Kocher” de trece centímetros, que había provocado la estrangulación del intestino

delgado, además de colectomía, y alteración de tránsito intestinal, adherencia y heridas peritoneales. Lesiones de las que tardó en curar casi un año.

En esta sentencia se expone que la imprudencia profesional puede ser apreciada cuando se produce la inobservancia de la *lex artis*, es decir, la inaplicación de los conocimientos y técnicas que sean absolutamente exigibles al sujeto activo en virtud de su status como profesional al que cabe exigir un plus de pericia y celo en virtud precisamente de esas técnicas y conocimientos. En este sentido establece que: “el concepto de imprudencia profesional, diferenciado durante tiempo por la doctrina y jurisprudencia de la mera culpa o imprudencia del profesional, viene estrechamente ligado al de impericia inexplicable y fuera de lo corriente o plus de antijuridicidad consecutivo a la infracción de la *lex artis* y de las precauciones y cautelas más elementales, indisciplinables a personas que, perteneciendo a una actividad profesional, deben tener unos conocimientos propios de una actividad profesional”.

Dentro de la distribución de funciones asignadas a los distintos miembros del equipo, la responsabilidad del control del instrumental quirúrgico utilizado en la intervención la tiene la enfermera instrumentista, siendo determinante su actuación en la causación del resultado lesivo al no observar las precauciones y cautelas más elementales en el desempeño de una de sus funciones más importantes, el control del instrumental quirúrgico, tal como resulta de la propia definición de su puesto de trabajo, instrumentista, que implica también una manifiesta infracción de la *lex artis*.

Para concluir el Tribunal dispone que: “debe tenerse en cuenta que de haberse observado las precauciones y cautelas propios de su actividad profesional se hubieran podido adoptar, antes de procederse a suturar la herida quirúrgica o en un momento inmediatamente posterior, las medidas necesarias para detectar tan anómala circunstancia”. Por todo lo expuesto entiende que en este caso sí debe ser condenada la enfermera instrumentista por un delito de lesiones por imprudencia profesional.

#### 4.2.5. Valoración.

De todas las sentencias expuestas, tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales, voy a poner de manifiesto una serie de ideas que bajo mi punto de vista cabe destacar.

En primer lugar, voy a exponer la contradicción que entiendo que existe entre la STS 1/12/1989 (RJ 1990\791) y la STS 4/9/1991 (RJ 1991\6021). En ambas se trata un supuesto de hecho de abandono del quirófano por parte del anestesista. En la primera de ellas el anestesista se ausentó del quirófano aún a sabiendas de que el aparato de anestesia carecía de alarma y que el monitor tenía desconectada la señal acústica. Y en el segundo supuesto se ausenta del quirófano sin haber conectado el aparato monitor de control electrocardiográfico, abandonando dicho quirófano para asistir a otra operación. Pues bien, en el primero de los casos se condena por imprudencia profesional, por entender que el hecho de no preocuparse en examinar con la debida atención el monitor y ausentarse del quirófano supone una grave vulneración de la *lex artis*. Sin embargo, en la segunda sentencia, se entiende que la conducta del anestesista no merece la calificación de imprudencia profesional porque salió del quirófano para acudir a otro. Bajo mi punto de vista la situación en la que queda el paciente que está siendo intervenido es la misma en ambos supuestos, ya que el anestesista se ausenta del quirófano en ambos casos, y además, en ninguno de ellos los aparatos de control de las constantes vitales del paciente estaban funcionando correctamente, bien sea por no tener la alarma conectada, o por ni siquiera estar conectado el monitor. Por ello, y con independencia de la finalidad por la que el anestesista abandone el quirófano, entiendo que es una imprudencia profesional, por vulnerar la *lex artis*, dejar a un paciente en una operación sin control por parte del anestesista, existiendo bajo mi punto de vista una contradicción entre ambas sentencias.

En segundo lugar, otra contradicción observada se produce entre las sentencias de las distintas Audiencias Provinciales, en la mayoría de ellas se tratan supuestos de hecho relativos al abandono de material quirúrgico en el cuerpo del paciente, sin embargo, excepto en la SAP Sevilla 17/5/2004, núm. 196/2004 (JUR 2004\199296) en la que sí se condena por imprudencia profesional, en ninguna de ellas se entiende que la conducta del profesional sanitario pueda ser calificada de imprudencia profesional.

La argumentación para no calificar esta conducta de imprudencia profesional es que esta falta de atención en la inspección del campo operatorio, se considera un descuido común, es decir, se entiende que no concurre la diligencia exigible en la intervención, pero no puede apreciarse vulneración de la *lex artis*. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Sevilla en la sentencia ya citada, considera que dentro de la distribución de funciones asignada a los distintos miembros del equipo, la enfermera instrumentista es la que se encarga del control del instrumental quirúrgico utilizado en la intervención, por tanto, cuando un material utilizado en la operación se olvida dentro del cuerpo del paciente es su responsabilidad (así como en algunos casos, también, del cirujano jefe) entendiéndose, entonces, que se ha vulnerado la *lex artis*, al no observar las precauciones y cautelas más elementales en el desempeño de una de sus funciones más importantes, el control del instrumental quirúrgico, tal como resulta de la propia definición de su puesto de trabajo, instrumentista.

Del análisis de estas sentencias y las contradicciones entre ellas existentes la conclusión final que me sugieren es que no hay unos criterios claros para delimitar el concepto de imprudencia profesional y de ahí que en algunos casos se condene por imprudencia profesional y en otros no, aunque estemos tratando supuestos semejantes.

## **VI. TRABAJO EN EQUIPO.**

### **1. El principio de división del trabajo en la actividad médico-sanitaria.**

#### *1.1. Origen y naturaleza del principio de división del trabajo.*

En la actualidad la actividad médico-sanitaria se desarrolla en un modelo organizativo presidido por el principio de división del trabajo, lo cual supone la participación conjunta de varias personas con un reparto de funciones, de manera que cada uno de los intervinientes tiene encomendada una tarea o un campo de actuación. Entre los factores que han llevado a la implantación de este modelo organizativo, destacan dos. Por un lado, el desarrollo de una medicina social, vinculada al auge del Estado social y democrático de Derecho, ha conducido a un incremento del número de

personas que tienen la posibilidad de acceder a la atención sanitaria. Y, por otro lado, la evolución científica y tecnológica que ha experimentado la medicina en los últimos tiempos, obliga a la intervención, sucesiva o simultánea, de especialistas de diferentes ramas en la realización de un mismo acto médico, haciendo posible, a su vez, la dedicación de cada uno a sus cometidos específicos, con la exclusividad y concentración necesarias<sup>133</sup>.

Así, la división del trabajo en el ámbito sanitario es hoy una realidad, y constituye el resultado lógico de un proceso de especialización y subespecialización de las profesiones sanitarias, con sus indudables ventajas. Pero al mismo tiempo plantea una serie de dificultades que, en el ámbito propio de la imprudencia, se manifiestan sobre todo a la hora de determinar, en su caso, las responsabilidades en que incurren los diferentes miembros del equipo médico cuando de su comportamiento se deriva un resultado típico<sup>134</sup>.

Para analizar cómo afecta esta realidad a la estructura del delito imprudente y a su principal elemento, el deber de cuidado, es necesario profundizar en el estudio de este modelo organizativo<sup>135</sup>. En primer lugar, cabe destacar el principio de responsabilidad propia e individual que rige en Derecho penal<sup>136</sup>; pero éste no puede ser ajeno a esta forma de organizar y ejecutar el trabajo cuando trata de individualizar la responsabilidad penal por resultados lesivos. En este sentido, se entiende que se debe partir de la propia división del trabajo para delimitar responsabilidades penales en la profesión médica, ya que según la forma que adopte la organización laboral de los profesionales, la operatividad del principio de confianza y la concreción del deber de cuidado que afecta a cada uno de los intervinientes, serán diferentes<sup>137</sup>.

---

<sup>133</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 113-114. HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, pág. 75. GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, pág. 399. RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 183 y ss.

<sup>134</sup> HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, pág. 76.

<sup>135</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 113. HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, pág. 73. VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 149. GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, págs. 398 y ss.

<sup>136</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 114.

<sup>137</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 137-138.

## 1.2. Formas de división del trabajo: horizontal y vertical.

Según el tipo de relación que guardan entre sí los intervinientes del equipo, la doctrina penal ha distinguido, tradicionalmente, dos formas de división del trabajo: horizontal y vertical<sup>138</sup>. La división horizontal supone la interactuación de los partícipes en una relación de igualdad, mientras que en la división vertical impera un principio de jerarquía, existe, por tanto, una relación de supra-subordinación. Entre las previsiones legislativas, la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, se refiere a esta distinta estructuración de tareas, cuando dispone en el apartado tercero de su art. 9 que: “Cuando una actuación sanitaria se realice por un equipo de profesionales, se articulará de forma jerarquizada o colegiada, en su caso, atendiendo a los criterios de conocimientos y competencia, y en su caso, al de titulación, de los profesionales que integran el equipo, en función de la actividad concreta a desarrollar, de la confianza y conocimiento recíproco de las capacidades de sus miembros, y de los principios de accesibilidad y continuidad asistencial de las personas atendidas”.

Es discutida la cuestión sobre el criterio que se debe tener en cuenta para distinguir entre división horizontal y vertical. Por un lado, se encuentran autores que consideran que el criterio de clasificación debe asentarse, exclusivamente, en la formación de los profesionales, y por otro lado, aquellos otros que consideran que se debe atender a criterios como el de la competencia funcional o reparto de competencias, que generalmente estaría en función de la titulación o formación académica de los profesionales, u otro criterio, como el de la posición en el organigrama. La mayoría de la doctrina se inclina por el primero, utilizando la formación académica de los partícipes en el equipo médico, como referencia para calificar la organización del trabajo como horizontal o vertical<sup>139</sup>. A este respecto cabe preguntarse si el sector doctrinal que toma como criterio clasificador la formación del personal sanitario, entiende ésta en un

---

<sup>138</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, págs. 116-117. HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, págs. 76 y ss. VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, págs. 149 y ss. GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, pág. 400. RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*. 2012, págs. 188 y ss.

<sup>139</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, págs. 136 y ss. HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, págs. 76 y ss. GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, págs. 400; 414 y ss.

sentido formal, referida sólo al título académico, o la entiende en un sentido material, comprendiendo en ella además del título académico, los conocimientos adquiridos a lo largo de su carrera profesional. Para VILLACAMPA ESTIARTE la clasificación de las relaciones entre los profesionales de la sanidad se establece a partir de una combinación de dos criterios. Por un lado, atendiendo a la competencia funcional de cada uno de los intervinientes en el tratamiento, y por otro lado, atendiendo a la relación jerárquica. En virtud del primero de los criterios, la competencia funcional, esta autora entiende que la relación entre facultativos de distintas especialidades se enmarcará siempre en un modelo de división horizontal del trabajo, con independencia de que las funciones de cada uno sean interdependientes o autónomas<sup>140</sup>, salvo que atendiendo al segundo de los criterios, la estructura jerárquica, uno de ellos esté por encima del otro. Este razonamiento lo hace extensivo también a la relación facultativo-no facultativo, entendiendo que los sanitarios de grado medio han ido adquiriendo cada vez un mayor campo de autonomía<sup>141</sup>.

#### 1.2.1. División horizontal.

La mayoría de la doctrina define la división horizontal de funciones como aquella forma de organización del trabajo caracterizada por una relación de igualdad entre los diferentes intervinientes<sup>142</sup>.

Sin embargo, nos encontramos que partiendo de esta afirmación, hay posiciones doctrinales distintas a la hora de establecer cuál es el criterio que permite calificar una relación de trabajo como horizontal. Estas distintas posiciones, tal y como he expuesto en el epígrafe anterior a modo de introducción, se pueden agrupar en dos. Por un lado, aquellos autores que utilizan exclusivamente el elemento de la formación y, por otro lado, aquellos autores que emplean el reparto competencial de funciones entre los intervinientes.

Para quienes utilizan el criterio de la formación, lo único relevante que se puede constatar es la relación de igualdad entre dos o más profesionales de la sanidad, es que

---

<sup>140</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, págs. 182 y ss.

<sup>141</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, págs. 184 y ss.

<sup>142</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, págs. 136 y ss. HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, pág. 76. GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, pág. 414.

éstos posean un mismo nivel formativo. Dentro de esta postura, algunos autores hacen una interpretación restrictiva del término formación, mientras que otros emplean una interpretación extensiva del mismo término. La mayoría de la doctrina, como hemos mencionado anteriormente, acude al criterio de la formación y emplea como ejemplo paradigmático de la división horizontal la relación entre cirujano y anestesista<sup>143</sup>, que con sus conocimientos especiales, cometidos específicos e independencia, se complementan y dividen el trabajo en la intervención quirúrgica.

Sin embargo, esta posición doctrinal ha sido criticada por otros autores, como por ejemplo VILLACAMPA ESTIARTE<sup>144</sup>, que considera insatisfactorio el criterio de la formación académica de los profesionales de la sanidad como único medio para valorar la división del trabajo. Esta autora entiende que se pueden dar relaciones interdependientes en un plano de igualdad entre profesionales de distinta cualificación, al desempeñar cada uno de ellos competencias autónomas. Así, indica que los titulados universitarios como los diplomados en enfermería, ATS y fisioterapeutas, además de ejercer funciones auxiliares del médico, como la ejecución de actividades terapéuticas prescritas por éste, tienen individualmente asignadas competencias de carácter directamente asistencial, que pueden considerarse independientes de cualquier prescripción facultativa; como practicar curas a los operados, prestar servicios de asistencia inmediata en casos de urgencia hasta la llegada del médico, vigilar la distribución de los regímenes alimenticios, aplicar cuidados posoperatorios, o realizar sondajes<sup>145</sup>. Desde este punto de vista los criterios a tener en cuenta para establecer una diferenciación entre división vertical y horizontal son la posición dentro del organigrama del centro sanitario y la concreta función desempeñada en el equipo médico. Según esta opinión, en más de una ocasión se verá cómo entre médicos y enfermeras no existe, dentro del organigrama de la institución sanitaria, una relación de supra-subordinación que pueda fundamentar el derecho de uno de ellos a dar órdenes y la obligación del otro de acatarlas y cumplirlas. Se dirá que se encuentran en un mismo plano estructural.

---

<sup>143</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 136. HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, págs. 76-77. GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, pág. 414.

<sup>144</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, págs. 184 y ss.

<sup>145</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 188.

Con independencia del criterio utilizado para clasificar una relación laboral como horizontal, desde un punto de vista material esta forma de trabajo supone que cada uno de los integrantes del equipo médico posee un plano competencial autónomo e independiente respecto al de los demás. Cada sujeto decide por sí mismo su propia acción, sin tener en cuenta, en principio, conductas de terceros y, menos aún, órdenes de cualquier otro interviniente. La doctrina resalta la autonomía funcional como elemento diferenciador de la división horizontal de trabajo, caracterizada por una relación de igualdad de los intervinientes, los cuales desarrollan sus funciones en un ámbito de libertad, en el sentido de que no están sometidos a las órdenes de nadie. Se entiende que los profesionales que interactúan en este régimen poseen ámbitos de actuación delimitados, de tal forma que entre ellos no se produzca solapamiento ni interferencia alguna, aunque con algunos matices. Y es que la independencia absoluta en una actividad desarrollada en equipo no existe; ya que la intervención en equipo supone ya, en sí misma, la dependencia de unos profesionales respecto a otros<sup>146</sup>. Hay actos médicos que requieren de otros para su realización, que guardan una relación de dependencia respecto a otros, sin embargo, los ámbitos de intervención de una y otra especialidad están delimitados, acotados previamente, de forma que no se permite la injerencia de un especialista en la labor de otro y viceversa. En este sentido, hablamos de una relación de interdependencia, que no de jerarquía, que se da entre especialidades terapéuticas y diagnósticas, que son instrumentales entre ellas. Esta relación de interdependencia se pone de manifiesto cuando un médico para decidir sobre el tratamiento del paciente, tiene que esperar a los resultados de las pruebas que han sido realizadas por otros especialistas, como pueden ser, análisis de sangre, radiografías, ecografías, etc. Pero ello, no significa que una especialidad sea superior jerárquicamente respecto a otra, ya que las funciones entre una y otra están claramente delimitadas, y permanecen como ámbitos exclusivos de intervención para sus respectivos actores.

### 1.2.2. División vertical.

Existe consenso doctrinal sobre el contenido de la división vertical del trabajo. La mayoría de los autores entiende que en esta forma de organizar el trabajo médico-

---

<sup>146</sup> GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, págs. 414 y ss.

sanitario media una relación de jerarquía entre los sujetos intervinientes. El modelo paradigmático de la división de trabajo vertical es, el que se da en las relaciones entre cirujanos y personal de enfermería<sup>147</sup>. Bajo esta estructura unos intervinientes están obligados a acatar las órdenes de sus superiores, y otros son los que emiten esas órdenes y tienen, a su vez, la obligación de cumplir con los deberes complementarios aparejados a su cargo<sup>148</sup>. Ha de cumplir con los deberes de diligencia secundarios, referidos a la instrucción, selección, vigilancia y supervisión del nivel de cualificación de los colaboradores<sup>149</sup>.

Los elementos que caracterizan esta modalidad vertical de división del trabajo, son los siguientes: 1) el orden jerárquico de distribución de deberes como los de instrucción, control y vigilancia del superior, y la obligación de los subordinados de cumplir con las órdenes de sus superiores jerárquicos; 2) la relación de dependencia de los subordinados en el contexto de supra-subordinación; y 3) la delegación que afecta no solo a la actividad del colaborador subordinado sino también a lo que puede suponer de desplazamiento de competencias y responsabilidad como propias de funciones ajenas<sup>150</sup>.

De nuevo la discusión radica en el criterio utilizado para decidir que un sujeto es superior a otro dentro del equipo médico. Como ya he expuesto anteriormente, la mayoría de la doctrina aboga por la utilización del criterio de la formación de los intervinientes, así los niveles de subordinación se derivarán del mayor o menor grado de formación de los intervinientes<sup>151</sup>. Sin embargo, VILLACAMPA ESTIARTE<sup>152</sup>, para calificar la relación jerárquica incorpora el criterio de la posición en el organigrama, no siempre dependiente del título académico o del nivel de formación adquirido. Otros autores, como GÓMEZ RIVERO, también entienden que división vertical del trabajo y delegación son sinónimos y pueden ser utilizados indistintamente<sup>153</sup>. Para otros, sin

---

<sup>147</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 147.

<sup>148</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 147. HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, págs. 81 y ss. GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, págs. 402 y ss.; 435 y ss.

<sup>149</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 147. HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, págs. 81 y ss.

<sup>150</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 147.

<sup>151</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 117. HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, pág. 81.

<sup>152</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, págs. 156 y ss.

<sup>153</sup> GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, págs. 437-438.

embargo, la delegación es una modalidad de la división vertical del trabajo, pero esta última no implica necesariamente la primera, es decir, no siempre que se hable de división de funciones se podrá identificar con casos de delegación<sup>154</sup>. Finalmente otros autores<sup>155</sup>, consideran que la división vertical y la delegación son aspectos diferentes de la organización, que no se deben de confundir. A este respecto RODRÍGUEZ VÁZQUEZ<sup>156</sup> entiende que si bien es cierto que la delegación no implica formalmente que exista una relación jerárquica entre ambos sujetos, materialmente va a suponer que un sujeto se vea obligado a ejercer algún tipo de vigilancia o control sobre otro, es decir, de hecho se produce una relación vertical.

De este modo, respecto a la delegación surgen dos cuestiones: en primer lugar, si la delegación supone siempre que exista una división vertical del trabajo y, en segundo lugar, si puede existir esta relación vertical sin haber delegación de funciones. Respecto a la primera de las cuestiones, nos encontramos con dos posiciones contrarias y una intermedia. Por un lado, JORGE BARREIRO que concibe que siempre que haya delegación existirá una división vertical del trabajo, por concebir la primera como una modalidad de ésta última. Y, por otro lado, VILLACAMPA ESTIARTE que entiende que la delegación no supone la existencia de una relación vertical o jerárquica. En este sentido, esta autora<sup>157</sup>, explica que cuando un profesional facultativo delega en otro una actividad, surgen unos deberes de control por parte del delegante, pero esto no supone que uno sea jerárquicamente superior al otro, poniendo de ejemplo el caso de un anestesista que delega en un diplomado en enfermería la supervisión de un paciente que se encuentra en la sala de despertar, sí entre ellos no existía previamente una relación vertical de trabajo, esta delegación no va a implicar que esta surja. La posición intermedia es defendida por RODRÍGUEZ VÁZQUEZ<sup>158</sup>, quien defiende que no se puede identificar división vertical con delegación, pero explica que aunque la delegación no implique formalmente una relación vertical de trabajo, ésta sí que supone el surgimiento de unos deberes de control y vigilancia por parte de quien delega, por lo que materialmente sí que existe una relación jerárquica entre ambos profesionales, ya

---

<sup>154</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, págs. 147 y ss.

<sup>155</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, págs. 156 y ss.

<sup>156</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 197 y ss.

<sup>157</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, págs. 155-156.

<sup>158</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, pág. 214.

que el delegante debe estar atento a la conducta global del delegado sin poder desentenderse de ella. Respecto a la segunda de las cuestiones, si puede existir relación vertical sin delegación, JORGE BARREIRO afirma que sí ya que este concibe la delegación como una modalidad de división vertical, pero sin que esta última implique necesariamente la primera, es decir, no siempre que se hable de una división vertical de funciones estamos hablando de delegación de funciones, ya que los diplomados en enfermería o ATS tienen competencias que desarrollan en un régimen de jerarquía pero sin que hayan sido delegadas por los facultativos, como por ejemplo, mantenimiento, limpieza y desinfección del material o la propia asistencia al enfermo. Para VILLACAMPA ESTIARTE y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, puede existir la división vertical del trabajo sin delegación de funciones, puesto que conciben la delegación como un acto independiente de la relación existente entre delegante y delegado, que se puede dar en el seno de una relación jerárquica o fuera de ella.

Un supuesto especial en esta forma de organización vertical, es la relación entre el Médico Interno Residente (MIR) y su tutor. Hay autores<sup>159</sup> que defienden que es un claro ejemplo de división vertical de trabajo; y otros que excluyen dicha relación del ámbito propio de la división vertical de trabajo<sup>160</sup>. En estos supuestos destaca el deber del médico tutor de programar y controlar las labores que realice el médico residente a su cargo, lo que, expulsa su estructura de la problemática de la responsabilidad por trabajo en equipo<sup>161</sup>.

### *1.3. Conclusión.*

Bajo mi punto de vista, entiendo que tenemos que partir de la idea de que entre profesionales con la misma formación existe una relación horizontal de trabajo, es decir, el personal médico entre ellos, el personal de enfermería entre ellos, también, etc. Sin embargo, este criterio tendrá que ser completado con otros dos criterios, que son el funcional y el relativo a la posición en el organigrama.

---

<sup>159</sup> HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, pág. 84.

<sup>160</sup> GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, págs. 409-410.

<sup>161</sup> GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, pág. 410.

Con base en el criterio funcional, entiendo que existirá una relación horizontal entre facultativos de distintas especialidades o competencias cuando estas se desarrollen de forma autónoma, sin embargo, en aquellos casos en los que el personal de enfermería requiere para el desarrollo de sus competencias la aprobación y supervisión del médico, se considerará que existe una relación jerárquica entre médicos y personal de enfermería.

Por último, entiendo que también habrá que tener en cuenta la posición de cada uno de los intervinientes en el organigrama del centro hospitalario en el que presten sus servicios. Ya que debido a la estructura piramidal que rige en los centros hospitalarios en la cumbre de la pirámide puede haber profesionales con la misma formación que los que están en una posición intermedia, así por ejemplo los jefes de sección serán jerárquicamente superiores que los integrantes de la sección aunque tengan la misma formación.

## **2. El principio de confianza.**

### *2.1. Enunciado general. Origen y evolución.*

Como criterio complementario a la hora de determinar el deber de cuidado exigible, la doctrina penal enuncia el principio de confianza. De acuerdo con dicho principio cada partícipe en una actividad puede y tiene que confiar en que la actuación del resto de los intervinientes será correcta; y sólo cuando existan motivos fundados para desconfiar de la actuación de los terceros, deberá dejar de invocarse dicha presunción por el resto de los intervinientes<sup>162</sup>.

El principio de confianza nace en el ámbito del Derecho penal automovilístico<sup>163</sup>. Inicialmente, se partía de la idea de que cada uno de los partícipes en el tráfico rodado debía estar atento en todo momento a las conductas de los demás,

---

<sup>162</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 118. LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, págs. 504 y ss. HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, pág. 78. VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 147.

<sup>163</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 117. VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 139. GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, pág. 416. MARAVER GOMEZ. *El principio de confianza en Derecho penal*. 2009, págs. 36 y ss. RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, pág. 216.

considerando la actuación imprudente del resto como algo normal<sup>164</sup>. Pero el desarrollo y la generalización del uso de vehículos de motor, hicieron necesario modificar este planteamiento, así se paso a concebir el principio de confianza de la siguiente forma: quien conduce de forma adecuada a Derecho puede confiar en que los otros participantes se comportarán también correctamente, salvo que las circunstancias del caso hagan pensar lo contrario<sup>165</sup>.

Pero la aplicación del principio de confianza no ha quedado acotada al ámbito del tráfico viario, sino que ha ido evolucionando hasta ser utilizado en otros sectores de actividad, empezando a emplearse, posteriormente, por la doctrina penal y la jurisprudencia para delimitar el deber de cuidado en ámbitos de actividad con intervención de varios sujetos, entre los que existe relación y conocimiento previos<sup>166</sup>. En este proceso evolutivo, este principio se llega a aplicar a la actividad médico-sanitaria, en un momento en el que la medicina empieza a practicarse en equipo<sup>167</sup>. Sin embargo, la aplicación de este principio a la actividad médico-sanitaria no ha sido pacífica, por las diferencias existentes entre la actividad automovilística y la médico-sanitaria. Algunos autores han entendido que es necesario adaptar el principio de confianza a los supuestos de división de trabajo<sup>168</sup>. En este sentido VILLACAMPA ESTIARTE<sup>169</sup> enuncia las principales diferencias entre el tráfico viario y la actividad sanitaria:

1. En el tráfico rodado existen normas que rigen la actividad, lo que supone dotar al principio de confianza de una base normativa, que en el ámbito médico no existe<sup>170</sup>.

---

<sup>164</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 139. RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, pág. 216.

<sup>165</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 118. LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, págs. 504 y ss. VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 139. GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, págs. 416-417.

<sup>166</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 141.

<sup>167</sup> MARAVER GOMEZ. *El principio de confianza en Derecho penal*. 2009, págs. 101 y ss.

<sup>168</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 142. MARAVER GOMEZ. *El principio de confianza en Derecho penal*. 2009, págs. 104-105.

<sup>169</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 142.

<sup>170</sup> MARAVER GOMEZ. *El principio de confianza en Derecho penal*. 2009, pág. 104.

2. En el tráfico rodado los actuantes no tienen una finalidad común, mientras que, en el ámbito médico sus funciones se encaminan al tratamiento y curación del paciente<sup>171</sup>.
3. Las relaciones en el tráfico rodado se dan entre iguales, lo cual no ocurre siempre en el ámbito médico.
4. El factor tiempo juega papeles distintos en una y otra actividad, ya que en el tráfico rodado hay que tomar decisiones inmediatas y repentinas, y esto no sucede siempre así en el ámbito médico.
5. Pero, la principal diferencia es que en el tráfico rodado la interacción se produce entre extraños, mientras que, en el ámbito médico-sanitario se produce una relación profesional entre personas conocidas<sup>172</sup>.

En tales diferencias, la autora, fundamenta la necesidad de restringir en mayor medida la operatividad del principio de confianza en supuestos de división del trabajo, como la actividad médico sanitaria, en contraposición con su ámbito de validez en el tráfico rodado.

## *2.2. Función y ubicación sistemática del principio de confianza en el delito imprudente.*

El principio de confianza aparece como una propuesta de solución ante los problemas que la estructura tradicional de la imprudencia plantea en casos de actividades con varios intervinientes. En ocasiones, del ejercicio de estas actividades se derivan resultados lesivos para bienes jurídicos fundamentales, en este contexto, el principio de confianza es introducido por los tribunales y la doctrina para tratar de resolver el problema de atribución de responsabilidades penales por los resultados lesivos causados.

En este sentido, la mayoría de la doctrina<sup>173</sup> considera que el principio de confianza sirve para delimitar el deber de cuidado que le corresponde observar a cada

---

<sup>171</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 120. MARAVER GOMEZ. *El principio de confianza en Derecho penal*. 2009, pág. 104.

<sup>172</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 120.

uno de los intervinientes en una actividad realizada en grupo o en equipo. De esta forma el principio de confianza fija un límite, y establece hasta dónde tiene que llegar la atención y el cuidado de cada uno de los sujetos y, por tanto, establece el ámbito de responsabilidad de cada uno de ellos.

### 2.3. Naturaleza y fundamento del principio de confianza.

Respecto a la naturaleza y fundamento de este principio no hay unanimidad, pudiéndose distinguir dos posiciones doctrinales mayoritarias. Por un lado, la postura mayoritaria<sup>174</sup>, que identifica el fundamento del principio de confianza con la institución del riesgo permitido. En este sentido, se considera que las acciones de aquellos con quienes se interactúa son riesgos o peligro que pueden ser asumidos por la conducta del principal. Sólo si las conductas de los terceros superan determinados límites, convirtiendo el riesgo principal en un peligro especialmente grave, la conducta del principal no se podrá amparar en el principio de confianza para excluir su obligación de dirigirse a observar y contener aquellos riesgos. Por otro lado, una segunda línea doctrinal, minoritaria<sup>175</sup>, sostiene que el fundamento del principio de confianza se encuentra en el principio de autorresponsabilidad. Desde esta posición se considera que las conductas o acciones de terceras personas no pueden ser concebidas, por el ordenamiento jurídico, como un riesgo más a tener en cuenta por quienes con ellos interactúan. Para este sector, la confianza en el otro está permitida no porque su comportamiento sea un riesgo asumido por el ordenamiento jurídico o por la sociedad a la hora de llevar a cabo una conducta junto a él, sino porque se considera que aquél es responsable de su actuación, se presume que va actuar correctamente y, por tanto, al menos, inicialmente, no se puede hablar de un riesgo o un peligro de la misma forma que en el marco del riesgo permitido. Además de estas dos posturas, existen otros

---

<sup>173</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 117. HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, págs. 77 y ss. VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 149.

<sup>174</sup> LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, págs. 504-505. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. “Artículo 12”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) *Comentarios al CP*. 1999, págs. 552-553. ROXIN, C. *DP PG I*. 2003 págs. 1004 y ss.

<sup>175</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 119. HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, págs. 78 y ss.

postulados doctrinales minoritarios<sup>176</sup>, pero que no van a ser tratados en este trabajo, al entender que en su caso, este se extendería en exceso.

### 2.3.1. El principio de confianza entendido como expresión del riesgo permitido.

El riesgo permitido se puede definir como aquella institución jurídico-penal que abarca el espectro de conducta humanas que, a pesar de generar un peligro para bienes jurídicos valiosos son autorizadas por resultar socialmente beneficiosas<sup>177</sup>. Esto significa que, aún siendo estos bienes jurídicos objeto de protección, se permite ejercer esas acciones peligrosas adoptando las medidas de control y seguridad necesarias para reducir los riesgos al máximo posible y evitar en todo caso la lesión.

La mayoría de la doctrina fundamenta el principio de confianza en el riesgo permitido, entendiendo que este principio marca la frontera entre el riesgo permitido y el prohibido<sup>178</sup>. Desde esta perspectiva el principio de confianza es un criterio de delimitación de la responsabilidad penal que resulta, al igual que el riesgo permitido, de una previa comparación entre los riesgos para un bien jurídico inherentes a la acción ejercida por un sujeto y los beneficios resultantes de dicha acción. De este modo, lo que caracteriza al principio de confianza es el hecho de que se consideran como riesgos o elementos peligrosos de la acción, las actuaciones de terceros con los que se interactúa.

### 2.3.2. El principio de autorresponsabilidad como fundamento del principio de confianza.

Este sector doctrinal<sup>179</sup> afirma que el fundamento del principio de confianza se encuentra en el principio de autorresponsabilidad, según el cual cada sujeto es responsable de los resultados derivados de su acción. La base de esta idea está en la

---

<sup>176</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, págs. 145 y ss. GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, pág. 406. MARAVER GOMEZ. *El principio de confianza en Derecho penal*. 2009, págs. 170 y ss.; 183 y ss. RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 236-237.

<sup>177</sup> LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, pág. 643.

<sup>178</sup> LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, págs. 505-506.

<sup>179</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 119. HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, pág. 78.

diferenciación del objeto al que se dirige cada uno de estos institutos, ya que mientras que el riesgo permitido se refiere tradicionalmente a un peligro que proviene de un suceso natural que entra en conflicto con la acción de un sujeto, el principio de autorresponsabilidad se refiere al peligro que proviene de un tercero, es decir, de una persona cuyo comportamiento se supone libre y responsable.

Un elemento que parece apoyar esta diferenciación es el requisito exigido para considerar que se ha infringido uno u otro. Mientras que para el riesgo permitido se habla de previsibilidad, en el caso del principio de confianza con fundamento en el principio de autorresponsabilidad, para negar la validez del principio de confianza no basta la mera previsibilidad del peligro creado por un tercero, sino que la doctrina habla de que el comportamiento descuidado de terceros sea reconocible<sup>180</sup>. En este sentido, si el riesgo, y el resultado en el que éste se puede concretar, provienen del comportamiento de otra persona, tendrán que ser asumidos por el sujeto que directamente los ha creado, y no por un sujeto distinto. Así, se conecta el principio de confianza con el principio de responsabilidad personal, que rige en el Derecho penal, y, según el cual sólo se puede hacer responsable a un sujeto por los hechos propios, y en ningún caso, por los hechos ajenos sino ha intervenido en ellos de ninguna forma.

Partiendo de esta diferenciación entre el riesgo permitido y el principio de autorresponsabilidad como formas de justificar el principio de confianza, se llega a diferenciar, también, que mientras que en el caso del riesgo permitido la atipicidad de la conducta es el resultado de una ponderación jurídico-social entre beneficios y perjuicios de una determinada acción, el principio de autorresponsabilidad supone excluir la tipicidad de la conducta porque no se puede hacer responsable a alguien de los comportamientos de terceras personas.

#### *2.4. Eficacia del principio de confianza.*

El principio de confianza no puede ser entendido de manera absoluta, es decir, no puede ser aplicado en cualquier situación, sino que su aplicación presenta una serie de excepciones y límites. Así, la doctrina penal ha admitido de manera unánime la

---

<sup>180</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 119.

necesidad de imponer una serie de restricciones a este principio. Las limitaciones admitidas por la mayoría de la doctrina<sup>181</sup> son las que se exponen a continuación.

En primer lugar, el principio de confianza sólo se aplicará a aquél que haya obrado cuidadosamente en su propio ámbito de actuación. Esto significa que el sujeto que infringe su deber de cuidado más inmediato no puede, amparándose en el principio de confianza, esperar que los otros realicen con corrección la concreta función que les corresponde, y además, subsanen el peligro que deriva de aquel comportamiento erróneo<sup>182</sup>.

El segundo límite al principio de confianza establece que no se puede confiar en el comportamiento de un tercero cuando existan motivos para sospechar que la persona en la que, inicialmente se confía, va actuar imprudentemente. Este límite está relacionado con el concepto de previsibilidad, que constituye el presupuesto del deber de cuidado. En relación con el principio de confianza, la previsibilidad de la incorrección de la conducta de terceros por parte de quien con ellos se interactúa, se ha ido configurando como un presupuesto de aquel principio, de tal manera que, si es previsible para quien interactúa en la realización de una actividad la infracción del deber de cuidado de aquéllos con quienes participa, no podrá confiar en la corrección de la conducta de los terceros, y por tanto, tendrá, en principio, que modificar su conducta para tratar de corregir la actuación de los otros y, en todo caso, intentar evitar el resultado lesivo que de tales infracciones se pueda derivar. Y a la inversa, siendo imprevisible para un sujeto la actuación imprudente de las personas que con él trabajan, se entenderá que el sujeto que, inicialmente confía en los otros, podrá seguir amparado por el principio de confianza, podrá dejar que su acción sea dirigida por la idea de que los otros actuarán conforme a Derecho y, que por tanto, no tendrá que ampliar el cuidado hasta el punto de abarcar la conducta de los demás.

---

<sup>181</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, págs. 118 y ss. LUZÓN PEÑA. *PG I*. 1996, pág. 504. HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, págs. 78 y ss. VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, págs. 147 y ss. GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, pág. 395.

<sup>182</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 238 y ss.

De lo expuesto, se deduce que el objeto de la previsibilidad, en estos casos, es la conducta de los demás partícipes, es decir, la posibilidad de infracción del deber de cuidado de esa conducta<sup>183</sup>.

El tercer límite, es la invalidez del principio de confianza respecto de terceros incapaces o inimputables. Se vuelve a hacer referencia en este límite a la previsibilidad, señalando que ante sujetos que tienen dificultades para poder entender o cumplir la norma de cuidado, la posibilidad de que cometan infracciones es elevada, y por tanto, no puede operar el principio de confianza. De este modo, este límite al principio de confianza se configura realmente como una excepción al mismo<sup>184</sup>. En este sentido, el TS declara que el principio de confianza cede ante el principio de defensa<sup>185</sup>.

El cuarto límite viene establecido por la existencia de especiales deberes de vigilancia o control. Así, puede ocurrir en determinados supuestos que alguno de los intervinientes tenga atribuida normativamente la vigilancia de otro u otros en el desarrollo de la actividad conjunta. En estos casos, la persona a la que se le encomienda el control de otro no podrá invocar la confianza en su conducta, porque desde la norma que regula esa actividad lo que se le dice que haga es que vigile, es decir, que parta, en principio, de la desconfianza. Sin embargo, la doctrina ha matizado esta limitación, señalando que la existencia de estos deberes no supone una anulación del principio de confianza, sino una graduación en su aplicación<sup>186</sup>.

### *2.5. Operatividad del principio de confianza en la actividad médico-sanitaria.*

La finalidad en este epígrafe es establecer los criterios generales que sirvan de base para determinar el alcance del principio de confianza en la delimitación del deber de cuidado de los intervinientes en una actividad médica realizada conjuntamente;

---

<sup>183</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 242 y ss.

<sup>184</sup> HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, pág. 78. VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 147. RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 247 y ss.

<sup>185</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 118.

<sup>186</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, pág. 249.

teniendo en cuenta que el alcance de este principio es diferente en la división horizontal y en la vertical<sup>187</sup>.

Partiendo de la base de que lo que caracteriza a la división de trabajo es que el desarrollo de la actividad responde a un plan común<sup>188</sup>. En este sentido, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ<sup>189</sup> entiende que todas las tareas médicas y sanitarias, en general, entran en conexión a través del paciente, y éste es el punto neurálgico para decir que se integran en forma de división del trabajo. De este modo cada profesional sanitario ejercerá su función en alguna de las fases de atención al paciente.

Al hablar de equipo médico nos estamos refiriendo a un conjunto de profesionales que atienden a un mismo paciente en distintas fases del tratamiento o en un mismo acto médico, pudiendo tratarse de intervenciones simultáneas o de actuación sucesivas.

Sin embargo, hay supuestos en los que es difícil delimitar si se trata de un trabajo en equipo o estamos ante una división de trabajo sin más. Para ello, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ<sup>190</sup> señala cuales son los elementos que caracterizan el trabajo en equipo:

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. Esta característica se puede dar, tanto en las intervenciones sucesivas, como en las simultáneas.

## 2.6. Contenido y alcance del principio de confianza en la actividad médico-sanitaria.

### 2.6.1. Alcance del principio de confianza en la división de trabajo horizontal.

---

<sup>187</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 151.

<sup>188</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 115.

<sup>189</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, pág. 253.

<sup>190</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, pág. 258.

En este caso de división de trabajo horizontal, que se caracteriza por una relación de igualdad, el proceso de delimitación de los deberes de cuidado de cada uno de los intervinientes en el tratamiento del paciente viene marcado por el principio de confianza, que despliega toda su eficacia en sede de división horizontal<sup>191</sup>.

Sin embargo, pese a que la mayoría de la doctrina considera que en la división del trabajo horizontal la regla debe ser la vigencia y eficacia del principio de confianza, no todos los autores mantienen la misma posición sobre la amplitud de este principio. Así, por un lado, tenemos los autores que consideran que en este tipo de división del trabajo en el ámbito médico, el principio de confianza conservará su vigencia bajo cualquier circunstancia, sin que se puedan trazar límites a su eficacia. De esto se deriva que ninguno de los intervinientes tendrá que abarcar con su conducta las actuaciones de los demás, su deber de cuidado se restringe a su ámbito de actuación propio<sup>192</sup>. Por otro lado, está la mayoría de la doctrina<sup>193</sup> que, en oposición a la primera posición doctrinal expuesta, entienden que es necesario fijar unos límites a la eficacia del principio de confianza.

Según la mayoría de la doctrina, el límite se encuentra en el paso de una situación de normalidad, en la que se mantiene la vigencia del principio de confianza, a aquella otra en la que debido a determinadas circunstancias ya no se permite confiar en otros intervinientes<sup>194</sup>. Se establece de esta forma un binomio inseparable, normalidad-confianza, de modo que, en cuanto falle el primero de los elementos, el binomio se rompe y decae la confianza. El problema está en determinar a partir de qué momento decae la situación de normalidad y quién tiene el deber de reconocer esta situación y qué persona va a ver ampliado el espectro de su ámbito de deber de cuidado, hasta tener que valorar y controlar la conducta de otro.

Respecto a estos dos interrogantes, se puede observar una vertiente jurisprudencial mayoritaria que considera que la confianza ha de decaer, o al menos ser

---

<sup>191</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 138. HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, págs. 77 y ss. VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 151. GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, págs. 418 y ss.

<sup>192</sup> WILHEM. *Verantwortung und Vertauen*. 1984, págs. 92 y ss. Cit. por RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, pág. 261.

<sup>193</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 140. HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, págs. 78-79. VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, págs. 147 y ss.; y 216. GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, pág. 411.

<sup>194</sup> GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, pág. 411.

puesta en entredicho, cuando sobre la base de determinados indicios existen dudas acerca de la corrección de la actuación de otro médico en relación con la atención de un mismo paciente. De este modo, los tribunales no estiman aplicable el principio de confianza cuando existen motivos para sospechar que el comportamiento de otra persona es antijurídico, se detecta en el individuo una incapacidad para prestar la debida diligencia, o bien existen dudas acerca de su cualificación o fiabilidad<sup>195</sup>. Así por ejemplo, el cirujano no puede alegar en su descargo el principio de confianza cuando el anestesista se ausenta del quirófano, si no hay razón suficiente que justifique su salida. Criterios jurisprudenciales que también han sido admitidos por la doctrina penal<sup>196</sup>. En este sentido destacan sentencias como la STS 11/10/1979 (RJ 1979\3577) y la STS 4/9/1991(RJ 1991\6021). En la primera de las sentencias se condena al cirujano, en un supuesto de abandono del quirófano por parte del anestesista. Durante la intervención la paciente sufre un paro cardiaco entrando en un estado cianótico, que no es advertido por el cirujano, teniendo que ser avisado de ello por la comadrona. El anestesista estaba interviniendo simultáneamente en dos quirófanos, sin embargo, en la sentencia no se hace referencia a su conducta. Respecto al principio de confianza la sentencia expone: “aún reconociendo, que la previsibilidad del evento o riesgo es de tal magnitud en el campo de la cirugía que hace disminuir su operatividad en la determinación de la imprudencia y que el principio de confianza, basado en el normal comportamiento de las demás personas que intervienen en la misma actividad, igualmente disminuye la intensidad de la diligencia que se ha de tener en actos extraños al específico que cada interviniente tiene que realizar, igualmente hay que reconocer que esta magnitud de la previsibilidad exige y requiere una mayor diligencia de la conducta, ampliada también a la de terceras personas, cuando éstas no cumplen por abandono o deficiente prestación de la actividad, como ocurre en el presente caso, al prestar el anestesista sus funciones a dos pacientes de forma simultánea”.

La segunda de las sentencias trata un supuesto de una operación quirúrgica consistente en la extirpación de un quiste sinovial en la cara externa de la rodilla izquierda a un paciente al que el anestesista había suministrado anestesia total con intubación olotraqueal y respiración asistida. El anestesista no conecta el aparato

---

<sup>195</sup> HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, pág. 79.

<sup>196</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, págs. 138 y ss. HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, pág. 79. GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, págs. 405; 411.

monitor de control electrocardiográfico al comienzo de la operación y se ausenta del quirófano para atender otra operación realizada en una planta diferente del mismo centro hospitalario. Ambas circunstancias son conocidas y consentidas por el cirujano. El enfermo sufre una falta de oxigenación, provocándole una hipoxia, que es advertida por el cirujano por el oscurecimiento de la sangre que fluía de la herida quirúrgica. Ante esta situación, el cirujano ordena que se llame al anestesista. Cuando el anestesista llega a quirófano se encuentra con el paciente en un estado crítico, con parada cardiaca, de la cual no logra salir pese a los esfuerzos por reanimarle. El Tribunal motivó la condena al cirujano entendiéndolo que aunque éste tenga su cometido en el campo operatorio y no vigile directamente las incidencias que refleje el monitor, debió ordenar su conexión, y si le incumbía al anestesista este cometido, no permitir, en tal caso, que este se ausentara del quirófano, una vez iniciada la operación. Asimismo se condena al Director del Hospital porque queda acreditado que conocía la asistencia simultánea del anestesista en dos operaciones y en distintos quirófanos, siendo esto una práctica habitual. La existencia de culpa de éste se desprende de la conducta exigible al mismo en su doble condición de médico y director, que no debió permitir esa peligrosa y habitual práctica de abandono y ausencia del debido control y vigilancia en los facultativos de la anestesia, conociendo y debiendo conocer los peligros que ésta origina, especialmente cuando es general y que se desencadenan tanto durante la intervención como en el postoperatorio.

De lo expuesto se puede deducir, que la normalidad decae ante la concurrencia de circunstancias excepcionales, siempre y cuando éstas sean reconocibles.

Por tanto, es la quiebra de la situación de normalidad la que va a dar lugar a que el ámbito de actuación de alguno de los sujetos, hasta ese momento desarrollado de forma indiferente a la actuación del otro, se extienda a la intervención de otro sujeto, debiendo abarcar con su conducta, la conducta del otro. La normalidad se supone mientras que no se dé una infracción del deber de cuidado de un tercero, reconocible por aquel que con él interactúa<sup>197</sup>.

---

<sup>197</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, pág. 271.

Para determinar a quién le corresponde reconocer esta situación, es clave delimitar los deberes o competencias de actuación de cada uno de los intervinientes<sup>198</sup>. Según, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ<sup>199</sup>, en casos de división horizontal del trabajo, a cualquiera de los intervinientes que interactúa en plano de igualdad, se le puede exigir que reconozca las infracciones de cuidado de tercero, y que suponen la ineficacia del principio de confianza, lo que conlleva la obligación de adecuar la propia conducta a la situación de riesgo originada por aquél. Con la advertencia de que, de no hacerlo, también a él se le podrá exigir responsabilidad penal a título de imprudencia por la propia actuación.

Como ya se ha mencionado anteriormente, en la división de trabajo horizontal los médicos participantes actúan en sus respectivos ámbitos de competencia de manera separada, sin interferencias del otro, como si se tratase de compartimentos estanco. Pero esto no quiere decir que no deba de haber una comunicación y una puesta en común de los quehaceres propios, es decir, en determinados casos, existe un deber de coordinación, a cuyo cumplimiento se supedita la eficacia del principio de confianza. En este sentido, se entiende que el principio de confianza sólo despliega su validez en aquellos supuestos de trabajo en equipo en relación con peligros o riesgos que se restrinjan a ámbitos competenciales propios de cada uno de los médicos intervinientes, pero no cuando el daño de paciente pueda surgir del hecho de la combinación de las medidas aplicadas por médicos partícipes, a pesar de ser individualmente correctas<sup>200</sup>. En estos casos, la aplicación del principio de confianza está supeditada, en primer lugar, como ya hemos mencionado anteriormente, a una actuación normal de los intervinientes, y en segundo lugar, al cumplimiento previo de un deber de coordinación que corresponde por igual a ambos médicos, por ejemplo en el caso más común en el que se puede plantear esta necesidad como supuestos de operaciones quirúrgicas, a anestesiista y cirujano, sin ningún tipo de distinción. Destacando que este deber de coordinación no supone en ningún caso un deber de vigilancia o control de uno de los partícipes sobre otro u otros<sup>201</sup>.

---

<sup>198</sup> GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, págs. 418 y ss.

<sup>199</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, pág. 274.

<sup>200</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 145.

<sup>201</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 145. RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, págs. 276 y ss.

## 2.6.2. Alcance del principio de confianza en la división de trabajo vertical.

Como hemos expuesto en otros epígrafes anteriores, la división vertical es aquella forma de organizar el trabajo, en este caso médico-sanitario, en la que media una relación de jerarquía o de supra-subordinación entre los intervinientes<sup>202</sup>. Destacando como ejemplo paradigmático la relación entre médico y personal de enfermería, personal facultativo y no facultativo.

En este contexto hay que analizar, por un lado, cómo afecta el principio de confianza a la conducta del superior jerárquico respecto del inferior, y por otro lado, es necesario determinar cómo opera el principio de confianza sobre el deber de cuidado del inferior respecto de los errores del superior jerárquico. Con base en éste principio, se entiende que quien ocupa la posición jerárquica superior, en principio, puede confiar en que sus órdenes serán seguidas, y el subordinado en que las instrucciones recibidas son correctas<sup>203</sup>.

Tal es el caso de los MIR, que prestan sus servicios bajo la dependencia del responsable de la unidad a la que se encuentran adscritos por un período de cinco o seis años, hasta que obtienen la especialidad. La actividad de los médicos residentes está sometida en nuestro país a un sistema de asistencia tutelada, en cuya virtud es controlada y supervisada por el médico especialista. No obstante, la observancia por parte del superior jerárquico de los deberes secundarios de diligencia con respecto al MIR no puede extenderse *ad infinitum*, exigiéndole controlar y supervisar absolutamente todas las actuaciones del médico residente.

La mayoría de la doctrina<sup>204</sup> considera que en sede de división vertical del trabajo, el principio de confianza también tiene su aplicación, aunque de forma distinta que en el ámbito de la división horizontal del trabajo.

---

<sup>202</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 154.

<sup>203</sup> HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, pág. 80.

<sup>204</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, págs. 154 y ss. HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, pág. 80. VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 154. GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, págs. 432 y ss.

2.6.2.1. Alcance del principio de confianza en relación con la conducta del superior jerárquico.

La mayoría de la doctrina ha identificado en el seno de la división vertical del trabajo, una serie de obligaciones, que corresponde observar al superior jerárquico respecto a su o sus inferiores. Se trata de unos deberes especiales que tienen por objeto controlar las características y la conducta del profesional inferior. Estos deberes se denominan deberes secundarios de cuidado<sup>205</sup>, incluyendo bajo esta expresión un catálogo de deberes entre los que destacan: el deber de selección, elección o nombramiento, de organización, de instrucción, de comunicación, de vigilancia o de control. En concreto, y hasta donde sea posible, el superior jerárquico debe seleccionar correctamente al inferior al que encomienda una tarea y debe informarle e instruirle adecuadamente<sup>206</sup>. De manera que el médico jefe debe evitar, conforme a ellos, los peligros surgidos del trabajo conjunto de varias personas, cuales son los defectos de comunicación, cualificación y coordinación<sup>207</sup>. Teniendo en cuenta que el cumplimiento de este deber de selección o elección del subordinado sólo puede ser exigido a aquel que tenga capacidad para ello, capacidad que será diferente en función de si estamos en un centro público o privado.

En cualquier caso el problema no radica tanto en fundamentar la existencia de estos deberes secundarios como en determinar los límites. Pues, si los superiores jerárquicos tuvieran que ocupar todo su tiempo en la vigilancia constante de la actuación de sus subordinados, probablemente se producirían menos negligencias, pero porque se realizarían muchas menos tareas<sup>208</sup>. En este sentido, se puede descartar la exigencia, respecto al médico jefe de equipo, de un deber de vigilancia permanente del personal sanitario auxiliar, lo cual llevaría a crear una insostenible atmósfera de

---

<sup>205</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 147. HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, págs. 81 y ss. VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 154. GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, pág. 435. MARAVER GOMEZ. *El principio de confianza en Derecho penal*. 2009, pág. 101.

<sup>206</sup> RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, pág. 299.

<sup>207</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 154.

<sup>208</sup> HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, pág. 83.

nerviosismo y de desconfianza, e iría en contra de la lógica del principio de división de trabajo<sup>209</sup>.

La exigencia de estos deberes secundarios de cuidado se pone de manifiesto en la SAP Alicante 29/1/1998, núm. 24/1998 (ARP 1998\428) y la SAP León 9/1/2002, núm. 6/2002 (JUR 2002\95604) en las que se condena al cirujano por no atender a estos deberes de vigilancia y control del personal jerárquicamente inferior. En la primera de ellas se estima el recurso presentado por el paciente contra la sentencia de instancia que absolvió al cirujano jefe de un delito imprudente con resultado de lesiones causadas por el abandono de una compresa quirúrgica en el cuerpo del operado. En esta sentencia la Audiencia explica el significado y valor del principio de confianza relacionándolo con el de división del trabajo, concretando las competencias que le corresponden a cada uno de los intervinientes en la operación quirúrgica. Así, condena al cirujano por no haber prestado la más mínima atención antes de proceder a la sutura de la cavidad abierta, a la presencia en el cuerpo del paciente de un cuerpo extraño y de carácter metálico, descuidando de forma elemental los deberes de inspección y control de su equipo personal auxiliar.

En esta sentencia se pone de relieve que la medicina moderna se ha convertido en una actividad a desarrollar en equipo, es decir, se requiere la intervención de varios especialistas y auxiliares sanitarios. En este sentido establece: “este nuevo fenómeno 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 ciertos criterios que permiten tal separación de responsabilidades de los intervinientes en una actividad como es la cirugía, que se desarrolla en régimen de equipo, tales principios o criterios son: el principio de confianza y el principio de división del trabajo”. El principio de confianza, supone que el cirujano puede, en principio, confiar en que sus colaboradores 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. A su vez, el principio de

---

<sup>209</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, pág. 155. VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, pág. 150. MARAVER GOMEZ. *El principio de confianza en Derecho penal*. 2009, págs. 101-102.

división del trabajo en equipo se ha impuesto como consecuencia del propio progreso científico y de la necesaria especialización. A los efectos de determinar las responsabilidades del equipo médico atendiendo al criterio de división del trabajo, el Tribunal expone que en supuestos como la falta de cualificación del personal sanitario, fallos de comunicación o de coordinación del equipo médico-quirúrgico, el cirujano, en su condición de jefe del equipo puede ser 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. Por lo que a este caso se refiere la Sala entiende que el cirujano no prestó la más mínima atención antes de proceder a la sutura de la cavidad abierta, a la presencia de un cuerpo extraño y de carácter metálico en el cuerpo del paciente descuidando de forma elemental los deberes de inspección y control de su equipo de personal auxiliar.

En la segunda de las sentencias de la Audiencia Provincial de León, se dirime la responsabilidad del cirujano jefe y de las enfermeras circulante e instrumentista por el olvido de una gasa en el cuerpo del paciente. En este caso la Audiencia entiende que el cirujano jefe vulnera un deber de cuidado propio por haber dejado la gasa en el interior del cuerpo del paciente, ya que es el encargado directo y máximo de la operación quirúrgica. Pero también considera que infringe los deberes secundarios de vigilancia y control del personal sanitario auxiliar integrado en el equipo quirúrgico, ya que en los hechos se afirma que el cirujano no se percató del notorio defecto de coordinación y comunicación que existía entre las enfermeras. Y es que durante la operación participaron tres enfermeras diferentes, por lo que, en definitiva, el cirujano no podía confiar en lo que las enfermeras le comunicaron. Respecto a las enfermeras la AP las absuelve por falta de prueba, ya que no se sabe cuál de todas fue la que se equivocó en el recuento.

Sin embargo, la eficacia del principio de confianza es discutida por la doctrina, ya que, unos<sup>210</sup> consideran que este principio tiene una eficacia prácticamente nula en la división vertical del trabajo, de manera que el superior jerárquico no podrá ampararse en

---

<sup>210</sup> VILLACAMPA ESTIARTE. *Responsabilidad penal del personal sanitario*. 2003, págs. 212 y ss.

este principio para eximir su responsabilidad. Y otros<sup>211</sup>, en cambio, entienden el papel del principio de confianza en la división vertical de trabajo de forma similar a como se hace en la división horizontal, de forma que, también aquí, sirve para delimitar el deber de cuidado del superior respecto a la conducta del inferior y excluir, en determinadas ocasiones, la responsabilidad penal de aquél por conductas que han sido directamente realizadas por el sujeto inferior jerárquicamente.

A este respecto cabe poner como ejemplo la STS 28/12/1990 (RJ 1990\10102) en la que se condena a un MIR adscrito al servicio de anestesiología y reanimación de un centro hospitalario que practica el proceso de narcosis en una intervención sin avisar al Jefe del Servicio que se hallaba de guardia localizable, sin que dicha intervención fuera urgente, y sin estar autorizado para ello por su superior. Durante la operación se presentó un espasmo de glotis con grave insuficiencia respiratoria al que el procesado no supo hacer frente. En este supuesto el MIR decide individualmente asumir la posición de anestesista, sin seguir, por tanto, las instrucciones del tutor y sin ser ésta actuación supervisada por el mismo, ya que ni conocía la acción realizada por el médico residente. En esta sentencia la Sala manifiesta que la extralimitación del inculpado (MIR) en el desempeño del servicio es evidente, puesto se realiza de forma autónoma y aislada, sin la asistencia y dirección de su tutor.

En sentido contrario hay sentencias en las que únicamente se condena al cirujano, superior jerárquico respecto de las enfermeras, por entender que este no puede ampararse en el principio de confianza para eximir su responsabilidad, ya que él es el encargado directo de la operación. A este respecto cabe traer a colación dos sentencias, la SAP Murcia 29/12/1998, núm. 201/1998 (ARP 1998\5188) y la SAP Toledo 26/4/2004, núm. 27/2004 (ARP 2004\408).

En la primera de ellas se condena al cirujano por el olvido de una compresa quirúrgica en el interior del cuerpo del paciente. En esta operación, que se entendía que era de alto riesgo, participaban un cirujano jefe, dos médicos ayudantes, un anestesista y las enfermeras circulante e instrumentista. En la intervención el cirujano jefe sitúa una

---

<sup>211</sup> JORGE BARREIRO. *La imprudencia punible*. 1990, págs. 154 y ss. HAVA GARCÍA. *La imprudencia médica*. 2001, págs. 80 y ss. RODRIGUEZ VAZQUEZ. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico- sanitarias*. 2012, pág. 300.

compresa en la parte de corazón del enfermo, sin embargo, cuando se procede al cierre de la cavidad, esta compresa no es retirada, y origina una infección que determina el empeoramiento repentino del enfermo. Tras realizarle una ecografía y un TAC, se observa la presencia de un cuerpo extraño, lo que obliga a una segunda intervención de urgencia para retirar la compresa y tratar de detener la infección. Pese a ello, el paciente fallece días después.

La Audiencia condena al cirujano jefe por entender que este es el encargado directo de la operación de cirugía, así como el que debía retirar cualquier cuerpo extraño, y nada se dice respecto de los demás médicos que intervenían en la operación así como de las enfermeras que asistían al cirujano jefe.

En la segunda de las sentencias, SAP Toledo 26/4/2004, núm. 27/2004 (ARP 2004\408), se trata un supuesto de una operación de histerectomía. En el curso de la operación el cirujano perfora accidentalmente la vejiga del paciente, procediendo a taponar la herida con una gasa que al final de la operación no es extraída. Como consecuencia de ello, la paciente sufre una infección, lo que exige un tratamiento de antibióticos hasta que se descubre a través de una ecografía la presencia de un cuerpo extraño. Esto obliga a una segunda operación para su extracción, lo que conlleva molestias físicas, psicológicas, incremento del periodo de convalecencia y una cicatriz de quince centímetros. En la operación en la que se olvida la gasa, interviene el cirujano y una enfermera instrumentista, que entregaba las gasas al médico y que al final de la operación procedió al recuento de gasas no utilizadas, y un enfermero circulante, que efectúa el recuento de las gasas utilizadas, sin embargo, únicamente se condena al cirujano.

En este caso la Sala expone al igual que en la SAP Alicante 29/1/1998, núm. 24/1998 (ARP 1998\428) antes expuesta, como en la medicina moderna y, en especial en la cirugía, se requiere la intervención de varios especialistas y auxiliares sanitarios, convirtiéndose así en una actividad a desarrollar en grupo o en equipo; exigiéndose en la realización de una intervención quirúrgica la participación de médicos especialistas, como el cirujano, el anestesista o el cardiólogo, y de auxiliares sanitarios como ayudantes, enfermeras o ATS. Asimismo pone de manifiesto la importancia del

principio de confianza y del principio de división del trabajo para delimitar responsabilidades entre los intervinientes en una actividad desarrollada en equipo, como la cirugía. A este respecto explica que el principio de confianza, supone que el cirujano puede, en principio, confiar en que 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. En este sentido declara el Tribunal que: “cuando no se apreció en el transcurso de una intervención quirúrgica incidencia importante, 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”.

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 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; 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 en este caso no quedando demostrado quien fue la persona que erró al contar las gasas, el descuido en el recuento le es imputable al cirujano.

2.6.2.2. Alcance del principio de confianza en relación con la conducta del inferior jerárquico.

Desde la doctrina se han trazado límites, también, a la aplicación del principio de confianza respecto a la conducta del inferior por actuaciones del superior, de manera que en ocasiones, excepcionales, el inferior jerárquico no podrá ampararse en la confianza en las órdenes recibidas para eximirse de responsabilidad por conductas llevadas a cabo por él mismo siguiendo órdenes del superior o por conductas realizadas por el superior jerárquico con el que actuaba conjuntamente<sup>212</sup>.

Se entiende que la persona sujeta a las órdenes no puede confiar ciegamente en la corrección de las mismas. De este modo, si la deficiencia en la orden resulta evidente, será co-responsable de los daños que a partir de aquella se hayan ocasionado<sup>213</sup>.

A modo de ejemplo se pueden citar dos sentencias en las que se utiliza el principio de confianza para exculpar al inferior jerárquico ante una infracción del deber de cuidado de su superior jerárquico que en estos casos no era evidente, la STS 15/1/1986 (RJ 1986\138) y la SAP Ourense 7/10/1998, núm. 132/1998 (ARP 1998\3821). La primera de ellas se trata de un supuesto en el que el médico conocía con antelación al paciente y que este era alérgico al grupo de oligosacáridos y al pasar consulta con el médico interno residente, lo que hacían por primera vez en equipo, aquél advirtió que era alérgico a la estreptomina, por lo que el médico que recibió tan ambiguas y escuetas instrucciones, sin cuidarse a su vez de pedir la necesaria aclaración, prescribió que se le inyectase Farmapén. Dicha orden se trasladó por escrito al libro de enfermeras, una de las cuales, inyectó Farmapén al paciente, provocando, casi inmediatamente, la presentación de una brusca reacción alérgica que, pese a todas las atenciones, provocó su fallecimiento. Respecto a la relación entre el médico adjunto y el MIR, lo lógico es que el MIR, salvo que existan circunstancias que le hagan dudar acerca de las instrucciones de su tutor, actúe amparado por el principio de confianza, como ocurre en este caso. Respecto a la enfermera, ésta sigue las órdenes de un superior jerárquico, un médico, que establece el fármaco concreto que hay que inyectar al paciente, de este modo la enfermera actúa amparada por el principio de confianza, ya

---

<sup>212</sup> GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, págs. 432 y ss.

<sup>213</sup> GOMEZ RIVERO. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, págs. 443 y ss.

que no existía ninguna circunstancia que hiciera sospechar sobre la incorrección de la orden, por lo que la enfermera se limita a cumplirla.

Respecto a la segunda de las sentencias, se trata también de un supuesto de reacción alérgica. En este caso es un paciente alérgico al “metamizol” y a las composiciones de “pirazolona”. Éste ingresa en un centro hospitalario a través del servicio de urgencias con dolor en la región subhepática derecha. Se le deriva a planta, en donde es atendido por un médico especialista a quien asiste un ATS. Junto al paciente se remite un informe clínico en el que se hace constar la alergia a las citadas sustancias. Además, la hija del enfermo entrega al ATS otra hoja donde también figura el cuadro alérgico. Este ATS, después de tomar nota en la hoja de observación de enfermería, se la entrega al médico especialista. El médico especialista, sin prestar atención a los referidos informes, prescribe que se le inyecte “nolotil”, específico de “metamizol magnésico” diluido en suero fisiológico. El ATS, siguiendo las instrucciones del médico, inyecta el fármaco al paciente. Trascurridos entre uno y dos minutos, el paciente comienza a sufrir síntomas propios de un cuadro alérgico y termina falleciendo a los pocos días. La Sala condena al médico especialista como autor de un delito de homicidio, por imprudencia grave y absuelve, al ATS, por entender que este último actúa amparado por el principio de confianza, y su conducta viene determinada por la del médico especialista.

## **VII. CONCLUSIONES.**

En este trabajo se ha intentado poner de manifiesto la problemática respecto a la exigencia de responsabilidad a los profesionales sanitarios por resultados lesivos ocasionados al paciente en el ejercicio de su profesión de forma imprudente, estudiando y exponiendo las diferentes posturas doctrinales y la doctrina jurisprudencial al respecto.

Por ello he empezado estudiando la imprudencia con carácter general para posteriormente hablar de la imprudencia médica, poniendo de manifiesto la necesidad de que exista una infracción del deber de cuidado más la previsibilidad de poder ocurrir el resultado lesivo para poder hablar de delito imprudente, tratando la estructura del delito imprudente con las peculiaridades que le diferencian de un delito doloso.

Asimismo se han expuesto los tipos de imprudencia, haciendo especial hincapié en la imprudencia menos grave, por ser ésta una nueva categoría introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y respecto a la cual no hay aún jurisprudencia para poder concretar cuál es el contenido concreto de la misma.

En el proceso de concretar el deber de cuidado infringido por un profesional médico-sanitario, hemos de tener en cuenta que en el ámbito médico sanitario estas reglas de cuidado son denominadas *lex artis*, entendiéndose por ello, aquellas reglas de cuidado de carácter general aprobadas por la comunidad científica y aplicables a la actividad médico-sanitaria, excluyendo de su contenido tal y como se ha manifestado en el epígrafe correspondiente las reglas deontológicas. Dentro de la *lex artis* se encuentra el deber del médico de informar a su paciente, distinguiendo entre información clínica o terapéutica. Bajo mi punto de vista ambas integran el contenido de la *lex artis* y su vulneración no supondrá un delito de lesiones, pero sí un ataque contra la libertad del paciente, considerando necesario la inclusión de un tipo penal que regule el tratamiento médico arbitrario entre los delitos contra la libertad. Respecto al valor de la *lex artis* he entendido que éste es limitado, puesto que la infracción de la *lex artis* por sí misma implica una infracción del deber de cuidado debiendo atender al contexto y a las circunstancias concretas del caso. Otra de las razones por las que la *lex artis* tiene un valor limitado es por su carácter temporal, ya que pueden quedar obsoletas con gran facilidad, debido al constante cambio y evolución en el ámbito médico, aunque actualmente se está intentando otorgar mayor seguridad jurídica a través del proceso de protocolización, estos protocolos facilitan la labor del juzgador en el caso concreto en el momento de identificar el deber de cuidado en el ámbito médico-sanitario.

En relación con la imprudencia médica se trata la imprudencia profesional introducida en el art.565 del CP 1944, exponiendo las críticas que la inclusión de esta cláusula ha recibido y los problemas para justificar la misma exponiendo tanto la posición de diferentes autores como la doctrina jurisprudencial a través de un anexo jurisprudencial, en el que se pone de manifiesto la contradicción y confusión que existe a la hora de aplicar esta cláusula de imprudencia profesional que lleva aparejada la pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo.

Igualmente he querido tratar en este trabajo una característica actual de la medicina moderna y es que esta como consecuencia de los procesos de especialización

y de desarrollo científico se realiza en grupo o en equipo, lo cual supone que sobre un mismo paciente pueden intervenir diferentes profesionales médico-sanitarios. Esto implica que es necesario adaptar el tipo imprudente tradicional pensado para conductas individuales a supuestos en los que intervienen una pluralidad de personas, y para ello se ha desarrollado por la doctrina penal y jurisprudencial el principio de confianza, que se aplica a la actividad médico sanitaria sobre la base del principio de división del trabajo. Como ya he expuesto las modalidades de división del trabajo son la división horizontal y la vertical, caracterizándose la primera de ellas por una relación de igualdad entre los intervinientes, y la vertical por una relación de supra-subordinación. Sin embargo, no existe unanimidad respecto al criterio a utilizar para distinguir entre una y otra. En mi opinión, tal y como ya he expuesto, el criterio del que parto es la relación horizontal entre los profesionales con la misma formación, relación que se matiza con otros dos criterios, el criterio funcional y el de la posición en el organigrama. De ello se deriva que habrá supuestos en los que exista una relación jerárquica derivada de la necesidad de supervisión y control por parte del personal médico de unas funciones desempeñadas por el personal de enfermería, o también puede existir esta relación jerárquica atendiendo a la posición que cada uno de los intervinientes ocupe en el organigrama

El principio de confianza, aplicado originariamente en el Derecho automovilístico, sirve en el ámbito médico-sanitario como criterio delimitador de responsabilidades, es decir, sirve para delimitar el deber de cuidado de cada intervinientes en la actividad y así apreciar quien es el que ha infringido el deber de cuidado. Este principio tiene una aplicación distinta en función de si estamos en una división horizontal de trabajo, donde despliega toda su eficacia y cuya aplicación está vinculada a una situación de normalidad, ya que si esta situación de normalidad quiebra la aplicación del principio de confianza decae, y el sujeto que inicialmente estaba amparado por el principio de confianza debe de ampliar su deber de cuidado hasta abarcar el del otro sujeto que ha actuado imprudentemente. Sin embargo, en la división vertical de trabajo este principio se aplica pero con algunos límites, ya que en este caso respecto al superior jerárquico existen unos deberes secundarios de cuidado que tiene que observar respecto a la conducta del inferior jerárquicamente, pudiendo verse su

conducta abarcado o no por el principio de confianza dependiendo de los supuestos de hecho, tal y como se ha expuesto con las sentencias explicadas en este epígrafe.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Ceura, Madrid, 1986-1987.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *La nueva regulación de las faltas como delitos leves, infracciones administrativas o lícitos civiles tras la reforma penal de 2015*. Bosch, Barcelona, 2015.
- DÍAZ DELGADO, Antonio. “Tutela punitiva de la salud: la responsabilidad penal en el ámbito sanitario.”, en TOMILLO URBINA, Jorge. y CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín. (Dir.), *La protección jurídica del paciente como consumidor*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho penal*. PPU, Barcelona, 1991.
- DOVAL PAÍS, Antonio. “El nuevo régimen penal de las imprudencias menos graves y leves”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) *Comentario a la reforma penal de 2015*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- GIL GIL, Alicia. *El delito imprudente: fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*. Atelier, Barcelona, 2007.
- GOMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> del Carmen. *La responsabilidad penal del médico*. 2.<sup>a</sup> edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- HAVA GARCÍA, Esther. *La imprudencia médica*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- JORGE BARREIRO, Agustín. *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*. Tecnos, Madrid, 1995.
- “Omisión e imprudencia. Comisión por omisión en la imprudencia: en la construcción y en la medicina en equipo” en: *Cuadernos de Derecho Judicial*. XXIII, 1994.
- LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo. “El nuevo delito de imprudencia menos grave en la reforma del Código Penal de 2015”, en *diario LA LEY* núm. 5166/2015. 2015.

- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “Artículo 12. Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley” en: COBO DEL ROSAL, Manuel. (Dir.) *Comentarios al Código Penal*. Edersa, Alcobendas (Madrid), 1999.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal, Parte General I*. Universitas, Madrid, 1996.
- MARAVÉR GÓMEZ, Mario. *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación el principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 10<sup>a</sup> edición. Reppertor, Barcelona, 2015.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés. “Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 316 y 317) y su relación con los resultados lesivos” en: *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, nº2/2010. Barcelona, 2010.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio. *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Autoría y participación imprudente*. Comares, Granada, 2002.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Derecho*. Thomson Civitas, Madrid, 2003.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

## **IX. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CONSULTADA.**

STS 11/10/1979 (RJ 1979\3577)

STS 26/6/1980 (RJ 1980\2997)

STS 8/6/1985 (RJ 1985\2976)

STS 15/1/1986 (RJ 1986\138)

STS 27/12/1986 (RJ 1986\7997)

STS 22/4/1988 (RJ 1988\2847)

STS 1/12/1989 (RJ 1990\791)

STS 14/9/1990 (RJ 1990\7320)

STS 5/11/1990 (RJ 1990\8667)

STS 12/11/1990 (RJ 1990\8880)

STS 28/12/1990 (RJ 1990\10102)

STS 4/9/1991 (RJ 1991\6021)

STS 18/11/1991 (RJ 1991\9448)

STS 28/9/1992, núm. 1965/1992 (RJ 1992\7472)

STS 13/11/1992, núm. 2452/1992 (RJ 1992\9651)

STS 26/4/1994, núm. 886/1994 (RJ 1994\3357)

STS 8/6/1994, núm. 1193/1994 (RJ 1994\9347)

STS 8/5/1997, núm. 640/1997 (RJ 1997\4038)

STS 3/10/1997, núm. 1188/1997 (RJ 1997\7169)

STS 22/1/1998, núm. 726/1998 (RJ 1999\275)

STS 18/11/1998, núm. 828/1998 (RJ 1998\8632)

STS 6/3/2001, núm. 2201/2001 (RJ 2002\4332)

STS 8/5/2001, núm. 791/2001 (RJ 2001\7044)

STS 23/10/2001, núm. 1904/2001 (RJ 2001\9074)

STS 15/3/2002, núm. 466/2002 (RJ 2002\3923)

STS 27/3/2002, núm. 547/2002 (RJ 2002\5663)

STS 19/7/2002, núm. 1351/2002 (RJ 2002\7676)

STS 29/5/2003, núm. 511/2003 (RJ 2003\3916)

STS 25/4/2005, núm. 537/2005 (RJ 2005\6547)

STS 21/12/2005, núm. 1002/2005 (RJ 2005\10149)

STS 5/11/2006, núm. 1132/2006 (RJ 2006\8059)

STS 18/12/2006, núm. 1342/2006 (RJ 2006\9172)

STS 16/4/2007, núm. 415/2007 (RJ 2007\3552)

STS 27/2/2009, núm. 173/2009 (RJ 2009\3290)

---

SAP Alicante 29/1/1998, núm. 24/1998 (ARP 1998 \428)

SAP Zaragoza 16/7/1998 (ARP 1998\2948)

SAP Ourense 7/10/1998, núm. 132/1998 (ARP 1998\3821)

SAP Murcia 29/12/1998, núm. 201/1998 (ARP 1998\5188)

SAP Toledo 25/5/2000, núm. 25/2000 (ARP 2000\1080)

SAP Salamanca 23/2/2001, núm. 31/2001 (JUR 2001\138410)

SAP Asturias 9/11/2001, núm. 139/2001 (JUR 2001\53218)

SAP León 9/1/2002, núm. 6/2002 (JUR 2002\95604)

SAP Córdoba 21/6/2002, núm. 73/2002 (RJ 2002\212552)

SAP La Rioja 20/2/2004, núm. 61/2004 (JUR 2004\ 83390)

SAP Sevilla 26/2/2004, núm. 80/2004 (JUR 2004\106028)

SAP Toledo 26/4/2004, núm. 27/2004 (ARP 2004\408)

SAP Tarragona 17/5/2004, núm. 215/2004 (JUR 2004\199309)

SAP Sevilla 17/5/2004, núm. 196/2004 (JUR 2004\199296)

SAP Soria 1/7/2004, núm. 173/2004 (JUR 2004\244217)

SAP Murcia 4/5/2012, núm. 300/2012 (AC 2012\995)