

Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista.

La perspectiva del Tribunal Supremo

Jesús-María Silva Sánchez
Catedrático de Derecho Penal

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Premisas generales. 3. La responsabilidad por comisión activa y en comisión por omisión. 4. La articulación de la responsabilidad del anestesista con la de otros profesionales médico-sanitarios. 5. La responsabilidad del director del hospital. 6. Los problemas de la llamada "imprudencia profesional".

1. Introducción

En los últimos decenios ha tenido lugar, como es sabido: un significativo proceso de desarrollo cuantitativo y cualitativo en la actuación profesional del anestesista. En efecto, mientras que tiempo atrás los actos de anestesia eran realizados por estudiantes o enfermeros bajo la dependencia directa del médico-cirujano, o incluso por éste mismo, quien, en todo caso, asumía la responsabilidad que pudiera derivarse de cualquier incidente anestésico, en la actualidad las cosas han cambiado sustancialmente¹. En efecto, la Anestesiología y Reanimación se configura como:

“una especialidad médica que engloba un conjunto de conocimientos científicos y de técnicas propias, en virtud de las cuales está plenamente capacitada para que sean de su competencia varios quehaceres y cometidos, tales como emplear y aplicar métodos y técnicas necesarios para hacer el paciente insensible al dolor y para protegerlo frente a la agresión psíquica o somática, antes, durante y después de las intervenciones quirúrgicas, exploraciones diagnósticas, partos eutócicos y distócicos, evacuaciones y transportes y/o después de las situaciones arriba citadas; reanimar cualquier tipo de pacientes, médicos o quirúrgicos, a los que muy diversas clases de situaciones patológicas hayan conducido hasta una situación crítica, en las que sus funciones vitales se vean gravemente desequilibradas, iniciando y manteniendo la terapia intensiva adecuada hasta que se

¹ Cfr. GONZALEZ MORAN, I. Evolución de la responsabilidad civil del anestesista, LA LEY 1989-2, p. 1.179; JORGE BARREIRO, Agustín. La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Madrid 1990, p. 136; UHLENBRUCK, W. Die ärztliche Haftung für Narkoseschäden, en Neue Juristische Wochenschrift 1972, pp. 2201 y ss.

consideren superados dichos estados críticos comatosos, cardiorespiratorios, politraumatizados, shockados, intoxicados, etc)”².

En definitiva, los actos de anestesia se realizan hoy por médicos especialistas (los anestesistas) que colaboran en la actividad médico-quirúrgica en un plano de igualdad con el cirujano, participando en la toma de las decisiones más importantes desde su competencia específica. Las expresiones que ponen de relieve los términos actuales de la relación entre anestesista y médico-cirujano son las de trabajo en equipo con "división de trabajo horizontal"³, "responsabilidad autónoma"⁴ y "confianza"⁵. Ello significa, en primer lugar, que el anestesista es autónomo en el cum-

² Vid. La Guía de Formación de Médicos Especialistas, Ministerio de Sanidad 1979, cit. por Agustín JORGE BARREIRO, La imprudencia, p. 137 nota 144.

³ Sobre las ventajas e inconvenientes de la división del trabajo, JORGE BARREIRO, Agustín. La imprudencia, p. 116.

⁴ Convincentemente, frente a quienes sostienen una subordinación del anestesista respecto al cirujano JORGE BARREIRO, Agustín. La imprudencia, p. 140-141, subrayando la exigencia de una adecuada coordinación, y mostrando cómo la anestesia y su práctica pueden verse condicionadas por la naturaleza de la intervención quirúrgica, del mismo modo que, viceversa, a la luz de los datos de que se disponga sobre la anestesia, un determinado plan de operación puede parecer contraindicado, debiendo realizarse cambios. Sobre posibles dilemas al respecto. Ibidem. p. 145.

⁵ Cfr. en sentido similar JORGE BARREIRO, Agustín. La imprudencia, p. 137 y 138; UHLENBRUCK, W. en Neue Juristische Wochenschrift 1972, 2201-2202, 2202. De modo general sobre el trabajo en equipo y el principio de confianza, ROMEO CASABONA, C. El médico ante el Derecho, Madrid 1985, p. 75-76.

plimiento de las obligaciones que le competen antes, durante y después de la operación quirúrgica⁶, mientras que el cirujano es competente para la decisión sobre el sí, el cómo y el cuándo de la operación. Sus competencias no sólo no se interfieren, sino que quedan articuladas por la vigencia del aludido principio de confianza. Según éste⁷, cada especialista puede contar en principio con la colaboración correcta del colega de la otra especialidad; sólo excepcionalmente, esto es, cuando consta la comisión de una infracción del deber de cuidado por el otro o existen dudas sobre su cualificación o fiabilidad, surge un deber de cuidado (que algunos denominan secundario), cuyo incumplimiento puede conducir a imputar el resultado lesivo al cirujano, por ejemplo, que ha confiado, ya indebidamente, en una conducta diligente del anestesista. En lo que sigue, no se trata de examinar el problema de las responsabilidades penales del anestesista desde un plano teórico-abstracto, sino únicamente a partir de los pronunciamientos que cabe descubrir al respecto en la jurisprudencia reciente (en mayor o menor medida) de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, cuya doctrina pretendemos comentar. Al efecto, procede primero efectuar una relación de hechos de los casos contemplados⁸.

Caso 1.- El anestesista había practicado la anestesia con técnica de uso actual y no contraindicada. Sin embargo, a consecuencia de la excesiva difusión del agente anestésico, se produjo un paro respiratorio, seguido de un paro cardíaco que se prolongó durante quince minutos. El anestesista, entendiendo erróneamente que el enfermo se había recuperado del referido paro, y pese a darse signos o síntomas de lesión cerebral por presentar amnesia, indicó al cirujano que había de intervenir, que podía iniciar la operación quirúrgica. En

consecuencia, se llevó a efecto la operación quirúrgica con la extirpación de un cálculo en el uréter izquierdo. Trasladado después al servicio de urgencias de otro hospital, se le diagnosticó cuadro de coma cerebral con evidentes signos de descerebración, falleciendo en el referido centro días después a causa de tal descerebración⁹.

Caso 2.- En el transcurso de una operación de apendicectomía se produjo un fallo mecánico en las instalaciones para el suministro de oxígeno, que duró varios minutos y afectó a todos los quirófanos. La anestesista no prestó atención a los indicadores de los aparatos correspondientes, por lo que no comprobó de forma inmediata que el enfermo no recibía el suficiente suministro de oxígeno para sus necesidades vitales, lo que originó el que se produjese una parada cardíaca. Aunque inmediatamente se logró recuperar de dicho fallo cardíaco, no ocurrió lo mismo con el funcionamiento del cerebro, lo que motivó que el enfermo quedara sumido en un estado de vida puramente vegetativa, totalmente irreversible¹⁰.

Caso 3.- Tras la práctica de una intervención quirúrgica de histerectomía subtotal, el anestesista-reanimador ordenó que le fueran transfundidos a la paciente 300 cc. de sangre con el fin de elevar el tono vital y mejorar el estado post-operatorio. El grupo sanguíneo de la paciente había sido determinado por el analista como grupo A-factor Rh negativo, cuando se trataba realmente de grupo O-factor Rh negativo. Pero cuando el anestesista-reanimador ordenó la práctica de la transfusión no comprobó personalmente, ni a través de persona alguna, cuál era el verdadero grupo sanguíneo de la enferma, así como tampoco siguió observando a la paciente. Los primeros síntomas de incompatibilidad se manifestaron inmediatamente, con desatención y frío, produciéndose finalmente el fallecimiento¹¹.

Caso 4.- Una niña de ocho años de edad fue objeto de una intervención quirúrgica de osteosín-

⁶ Una clasificación de éstas en GONZALEZ MORAN, L. -LA LEY 1989-2, p. 1.181

⁷ De modo detallado sobre el mismo en el marco de la doctrina general de la imprudencia, CORCOY BIDASOLO, M. El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado. Barcelona 1989, pp. 327 y ss; en concreto para situaciones de división del trabajo, ROXIN, C. Strafrecht AT, I, München 1992, p. 685Rdn. 25.

⁸ Que no pretenden ser todos los de responsabilidad penal del anestesista de los últimos años, aunque sí quizá los más significativos.

⁹ STS de 26 de junio de 1980 (A. 2997), ponente *si* Latour Brotons.

¹⁰ STS de 11 de junio de 1882 (A. 3159), ponente Sr. Huerta y Alvarez de Lara

¹¹ STS de 19 de febrero de 1982 (A. 799), ponente Sr. Gómez de Liaño.

tesis del codo izquierdo, para la que resultó precisa la anestesia total. La anestesista permaneció en el quirófano y lugar destinado al efecto, realizando las comprobaciones a las que estaba obligada, sin detectar ninguna anomalía durante los treinta minutos que duró la operación. Una vez terminada ésta, cuando procedía a cambiar del proceso automático al manual en el suministro de oxígeno a la intervenida, y al retirar los paños anestésicos que la cubrían, vieron que presentaba palidez facial, cianosis labial y ungueal y fallo cardíaco. El paro cardíaco pudo conjurarse mediante reanimación, pero la paciente falleció a causa de edema cerebral por hipoxia prolongada. No se acredita si el fallo en el suministro de oxígeno fue debido en todo o en parte a una inadecuada posición del tubo de oxigenación, doblamiento o insuficiencia del mismo, cuándo y cómo se produjo ello, y si pudo ser previsto por la procesada¹².

Caso 5.- La intervención quirúrgica consistía en la extirpación de un quiste sinovial en la cara externa de la rodilla izquierda, para lo que era precisa la anestesia general. Se practicó, pues, la anestesia con respiración mecánica, pero sin conectarse el correspondiente monitor de control electrocardiográfico. Una vez iniciada la operación, se ausentó el anestesista para asistir a otra operación en una planta distinta del Hospital, con conocimiento y consentimiento tácito del cirujano. La asistencia simultánea de un solo anestesista a dos quirófanos era práctica habitual del Centro, tolerada por el director. Así las cosas, y como consecuencia de una falta de aireación, se produjo una hipoxia que no fue percibida por el cirujano. Cuando éste advirtió tardíamente el estado crítico del paciente avisó al anestesista, pero entonces fueron ya inútiles los esfuerzos de todos los presentes por reanimarlo, produciéndose el fallecimiento¹³.

Caso 6.- La anestesista procedió a realizar la inducción anestésica a la paciente ya consecuencia

de ello se presentó un repentino cuadro de hipotensión, intensas convulsiones y parada cardiorespiratoria, del que se consiguió sacarla, pero con lesiones graves a consecuencia de las cuales la víctima ha quedado psíquicamente incapacitada para regir su persona y bienes de forma irreversible. La sentencia de instancia constata la omisión de la realización de las previas y oportunas pruebas alérgicas, quedando abierta la cuestión de si el fármaco administrado fue o no el correcto¹⁴.

Caso 7.- Durante una intervención quirúrgica con anestesia general y sin monitorización del paciente, la anestesista abandonó el quirófano, con el conocimiento y consentimiento del cirujano jefe respecto a su ausencia. Producida una falta de oxigenación cerebral, el paciente entró en coma, situación en la que prosiguió durante dos años y cinco meses hasta su fallecimiento por atrofia cerebral¹⁵.

Caso 8.- Una vez concluido un acto quirúrgico, el médico anestesista procedió a administrar a la paciente fármacos para su reanimación, siendo trasladada a un distribuidor -Sala de Despertar existente junto a la puerta de quirófanos. Sin que hubiera recuperado la consciencia, el anestesista intervino en otra operación por el espacio de media hora, durante la que la paciente no estuvo vigilada ni controlada por él ni por otro facultativo. Al volver tras la segunda operación y comprobar que la enferma seguía en la misma situación, le administró una segunda tanda de fármacos para su reanimación. Al comprobarse una ligera caída de la comisura labial, consultó con el Jefe de servicio de Anestesia y, tras examinar de nuevo a la paciente, se llamó al Médico de guardia de la Unidad de Cuidados Intensivos, quien afirmó que se hallaba en estado de coma, disponiendo su traslado a la UCI, donde evolucionó lentamente hacia un estado de vida meramente vegetativa, presentando una encefalopatía difusa severa, producida por hipoxia de origen anestésico o post-anestésico. Se mantiene en estado neurológico de

¹² STS de 22 de abril de 1988 (A. 2847), ponente Sr. Vivas Marzal. Existe un comentario de esta sentencia por A. BARREDA GARCIA, Las posibles imprudencias de los anestesistas, en Cuadernos de política Criminal (36) 1988, pp. 769 y ss.

¹³ STS de 4 de septiembre de 1991 (A. 6021), ponente Sr. Martínez- Pereda Rodríguez.

¹⁴ STS de 18 de marzo de 1993 (A. 2420), ponente Sr. Cotta Márquez de Prado.

¹⁵ STS de 7 de julio de 1993 (A. 6057), ponente Sr. Moyna Ménguez.

desanimación sin recuperación de la consciencia, de carácter irreversible¹⁶.

La valoración que el Tribunal Supremo hace de los casos citados es singularmente homogénea. En seis de los ocho casos examinados la calificación es de imprudencia temeraria con resultado de muerte o lesiones (homicidio o lesiones por imprudencia temeraria, en una terminología más correcta). Tan sólo en los casos 2. y 4. se aprecia una mera imprudencia simple: se trata de los casos en que cabe constatar un defecto en cuanto a la observación de las constantes vitales de la paciente, pese a la presencia del anestesista en el área de quirófano.

Por lo demás, las apreciaciones del Tribunal Supremo no son siempre coincidentes con el fallo de la Audiencia Provincial que provocó la presentación del recurso de casación. Por poner dos ejemplos, en el caso I. la Audiencia había apreciado la existencia de una "culpa profesional", calificación que rechaza el TS; en el caso 8., por contra, la Audiencia había apreciado una mera imprudencia simple, calificación que, como se ha visto, tampoco asume el Tribunal Supremo, que califica el hecho de imprudencia temeraria. Un último rasgo característico es que el Tribunal Supremo desecha, para todos los casos en que ello se plantea en el recurso del fiscal o de la acusación particular -que son la práctica totalidad de los expuestos-, la calificación de "imprudencia profesional".

2. Premisas generales: las bases de la doctrina del TS en materia de imprudencia médica

No pretendemos entrar ahora en la doctrina general del Tribunal Supremo en materia de imprudencia¹⁷, ni tan siquiera abordar de modo global sus tesis en materia de responsabilidad médica

por imprudencia¹⁸. Se trata únicamente, de subrayar algunos de los rasgos esenciales de esta doctrina, por la posible repercusión que ésta puede tener a la hora de establecer la responsabilidad penal del anestesista.

Pues bien, uno de tales rasgos característicos es el que alude a la posibilidad más frecuente en este ámbito de situaciones de riesgo no controlable (por imprevisible) o, en todo caso, necesariamente asumible. Como señala la STS de 22 de abril de 1988 (F.J.4º), "toda intervención quirúrgica, especialmente si se efectúa bajo los efectos de anestesia general, implica graves riesgos que la Medicina y la Cirugía no han podido, pese a los innegables progresos científicos, desarraigar, dándose un porcentaje sensible de fallecimientos consecutivos a dichas intervenciones, sucedidos, en ocasiones, durante el curso de las mismas, obedeciendo a accidentes y complicaciones tales como hemorragias incoercibles, paros cardíacos, colapsos y otros, y, en otras, durante el tracto post-operatorio, como lo son la embolia postquirúrgica, la neumonía hospitalaria, la caída vertiginosa de la tensión arterial, las hemorragias u otros accidentes". Lo que el TS pretende indicar con tan prolija exposición es, en primer lugar, la especial peligrosidad de la actividad médico-quirúrgica (y todavía más si se realiza bajo anestesia general), con la consiguiente posibilidad de que el resultado lesivo producido no sea, pese a todo, imputable a imprudencia, por acaecer de modo imprevisible¹⁹. En términos prácticos, el aspecto más importante de lo anterior, que en Derecho penal resulta obvio, en virtud del principio de imputación subjetiva (o de dolo o culpa), es la exigencia de constatar con claridad una imprudencia para hacer responsable al sujeto: una imprudencia cuya presencia no se puede derivar de la mera constatación de la pro-

¹⁶ STS de 26 de abril de 1994 (A. 3357), ponente Sr. Granados Pérez.

¹⁷ Ni tampoco en las obras doctrinales sobre la materia. Al respecto, además del libro de CORCOY BIDASOLO, M., citado cfr. SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, J. L. Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal), Madrid 1991; asimismo, los diversos trabajos contenidos en el volumen "La imprudencia" de los Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ Madrid 1993.

¹⁸ Una excelente síntesis de los problemas del tipo culposo en relación con los supuestos de responsabilidad médica ofrecen SALA RECHE, E. / HERNANDEZ PLASENCIA, J. U. / ROMEO CASABONA, C. M. La responsabilidad profesional del médico en Derecho español, en Romeo Casabona (ed.), Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales, XXII Coloquio de Derecho Europeo, La Laguna 1993, pp. 99 y ss, 102 y ss. Cfr. además, JORGE BARREIRO, Agustín. La imprudencia, ~; ROMEO CASABONA, C. El médico y el Derecho penal. I. Barcelona 1981., passim.

¹⁹ Cfr. también la STS de 14 de febrero de 1991 (Re{J. LA LEY 11.553), ponente Sr. De Vega Ruiz.

ducción del resultado delictivo. Es lo que, en terminología civilista, se expresa señalando que la obligación del médico (y del anestesista en particular) es una obligación de medios y no de resultado²⁰.

Sobre cómo a veces en la práctica de los análisis jurídico-penales se tiende a derivar la imprudencia (fenómeno que debe constatarse ex ante) del mero hecho de la producción de un determinado resultado ex post (sobre todo si éste es muy grave) ha apuntado Kuhlen interesantes observaciones. En concreto, según señala este autor, algunos de los defectos prácticos derivados del hecho de que el juicio ex ante de infracción o no del deber de cuidado se realiza en realidad a posteriori (por el juez, mediante la denominada prognosis posterior-objetiva) son, en primer lugar, que el que enjuicia no se coloca en el lugar del agente; en segundo lugar, que se aumentan las exigencias de diligencia en el comportamiento, al conocerse ya, obviamente, las consecuencias del hecho; y, en fin, que en ocasiones se afirma la infracción o no del deber expresado en la norma, en función de la gravedad de las consecuencias resultantes²¹. En definitiva, que se tergiversa el sentido de la noción de infracción del deber de cuidado.

A la luz de éstas y otras consideraciones similares, llama poderosamente la atención un caso como el 4. En los Antecedentes de Hecho el Tribunal de Instancia había estimado que "no se ha probado si el fallo en el suministro de oxígeno fue debido en todo o en parte a una posición del tubo, cuándo y cómo se produjo ésta, si pudo ser previsto o no por la procesada y si fue la causa única". A partir de ello, sin embargo, la Sala Segunda del TS concluye que "la acusada permaneció durante todo el decurso de la intervención en el quirófano y en el lugar destinado al efecto, efectuando las comprobaciones precisas pero esta tarea no la realizó con todo detenimiento. de modo celoso y no ruti-

nario, extremando las precauciones, apurando todas las posibilidades y actuando, en todo momento, con exquisita prudencia, como lo demuestra ese paro cardíaco no detectado oportunamente y desde el comienzo de la aplicación de la anestesia y que sólo se manifestó al término de la operación y cuando fue despojada la paciente de los paños quirúrgicos que la cubrían. Indudablemente, la acusada no com12robó al menos con todo rigor las constantes vitales de la intervención. ni el estado del tubo de oxigenación cuyo doblamiento o insuficiencia 12udo haber verificado inmediatamente de haber obrado con mayores diligencia, previsión y cuidado".

Posiblemente, la propia sentencia del caso 4., en su Fundamento Jurídico 4º, dé algunas pautas sobre las premisas de la solución adoptada, al indicar que "...los facultativos deben extremar las cautelas y precauciones y emplear el instrumental de todas clases adecuado y que se halle en condiciones óptimas de funcionamiento, prelujiendo la intervención con los correspondientes análisis, radiografías y electrocardiogramas, tendentes a conocer el verdadero estado del paciente ya eliminar o, al menos, disminuir, las probabilidades de fracaso y de que se produzca un resultado letal".

Como puede advertirse, el tema de la definición del límite inferior de la imprudencia, esto es, del límite entre los riesgos relevantes e irrelevantes para el Derecho penal, es altamente complejo. Se trata de decidir en qué nivel de peligrosidad de la conducta puede empezar a hablarse, si es que el sujeto la percibe o la debía percibir, de una infracción del deber de cuidado. Para determinar dicho nivel de peligrosidad es obviamente necesario atender, en primer lugar, tanto a la probabilidad del daño cuanto a la magnitud de dicho daño. El producto de ambos factores nos dará un índice cuantitativo de peligrosidad de la conducta. Pero ello todavía no es indicativo de la infracción del cuidado. En efecto, a continuación se necesita una decisión valorativa, cultural, en virtud de la cual afirmamos que la relevancia penal de la conducta comienza con una peligrosidad X, esto es, que un sujeto comienza a comportarse descuidadamente cuando percibe o debía percibir una tal peligrosidad X. Es ésta una decisión de orden cultural-valorativo, que puede cambiar en función de variables espaciales y temporales. Sobre todo, por-

²⁰ Como señala GONZALEZ MORAN, L. LA LEY 1989-2, p. 1.184, al anestesista no puede reprochársele que el paciente haya sufrido una parada cardio-respiratoria, sino que no estuviera a su lado para ayudarlo en el trance.

²¹ KUHLEN, L.Zar Problematik der nachträglich ex ante-Beurteilung im Strafrecht und in derMoral, en Jung/ Müller-Dietz/ Neumann (Hrsg.), Recht und Moral, Baden.Baden 1991, p. 356,358, 360.

que tal juicio valorativo no (o, desde luego, no siempre) establece el punto cuantitativo de peligrosidad en el que puede comenzar la imprudencia de modo aislado de otras consideraciones, sino que ha de ponderar dicha peligrosidad de la conducta para bienes jurídicos con eventuales propiedades positivas para bienes jurídicos de esa misma conducta genérica²² (es la ponderación específica del riesgo permitido). A la existencia de estos supuestos de riesgo permitido alude la misma sentencia de 22 de abril de 1988, antes citada, cuando indica que es "asimismo notorio que en las operaciones efectuadas 'a vida o muerte', es decir, en aquéllas motivadas por dolencias agudas o por graves heridas y traumatismos, podrá ser disculpable no sólo la falta de éxito de una intervención que constituye remedio postrero y urgente, sino la no adopción de muchas de las cautelas que se toman en una operación que no urge". La referencia a la norma socio-cultural cuya infracción constituye un elemento esencial del concepto de imprudencia es, por lo demás, una constante de la doctrina del TS que con ello, a mi juicio, viene a poner de relieve la aludida relativización de la noción de infracción del deber de cuidado²³.

Si la fijación del límite mínimo de lo imprudente plantea obvios problemas por tratarse de una decisión no cuantitativa, sino claramente valorativa (por mucho que en la base se halle esa consideración cuantitativa), otro tanto sucede con la distinción entre las clases de imprudencia: la imprudencia temeraria (art. 565 CP) y la imprudencia simple (art. 586 bis, en lo que aquí interesa). La propia STS de 22 de abril de 1988 reconoce (FJ 5º) la dificultad de distinguir entre las diversas clases de imprudencia, "dado que los límites entre unas y otras son tenues y no acentuadamente acusados". Y, en efecto, nos encontramos aquí con la dificultad de construir criterios de distinción que sean algo más que meras fórmulas vacías de contenido significativo en orden a la resolución de casos concretos. Así, por ejemplo, cuando la STS de 26 de abril de 1994 fundamenta la apreciación de una imprudencia temeraria para el caso 8. en

que "ello supone la vulneración de las más elementales medidas de precaución y cuidado por parte de quien era responsable de controlar el siempre peligroso instante de la recuperación de los efectos de la anestesia", O cuando la doctrina, en general, define la imprudencia temeraria como inobservancia de las normas más elementales de precaución y cautela o como el no empleo del cuidado que un hombre mínimamente razonable habría empleado.

Todo ello, a pesar de que la distinción es esencial y tiene obvias repercusiones punitivas (nada menos que prisión menor, en principio, en el caso de la imprudencia temeraria ex art. 565 CP, frente a arresto menor y multa ex art. 586 bis, en el caso de la imprudencia simple). La jurisprudencia se limita aquí a establecer que para realizar el juicio valorativo relativo a la gravedad de la imprudencia debe adoptarse la perspectiva no sólo "de la mayor intensidad de la falta de atención o cuidado en la actividad, sino también de la mayor o menor representación del evento previsible y evitable y de la magnitud de la infracción del deber normativo exigido por el hecho de convivir en sociedad" (STS de 19 de febrero de 1982). Lo cierto es, por un lado, que en primer lugar debe tenerse en cuenta el aspecto objetivo-cuantitativo antes indicado. Así las cosas, debe indicarse que la temeridad aparece marcada por la "concreción de factores de riesgo especialmente intolerables (...) por la alta probabilidad de la producción del resultado de ahí derivada, y por la propia gravedad de los resultados posibles"²⁴.

En el plano subjetivo, y aunque la imprudencia temeraria pueda serlo tanto por culpa consciente como inconsciente, hay que tener en cuenta el mayor conocimiento del sujeto sobre el riesgo como factor a valorar²⁵. Pero, en todo caso, no puede eludirse la consideración valorativa sobre la utilidad social, por otros conceptos, de la conducta imprudente, así como, en general, la diversidad de baremos que en diversas sociedades -y aun en diversos sectores sociales se dan en cuanto a la

²² ROXIN;C..AT,I, p. 699 Rdn. 85 y 86.

²³ Cfr., por todas, la STS de 12 de noviembre de 1990 (Rep. LA LEY 11.368), ponente Sr. Soto Nieto.

²⁴ SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, J.L.- Teoría, p. 330-331

²⁵ SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, J.L.Ibidem. Adviértase que aquí se planea también el tema de la delimitación respecto al dolo eventual.

mayor o menor intolerabilidad de un determinado grado de riesgo²⁶. Lamentablemente, si dejamos casos extremos al margen, sigue reinando aquí una más que significativa inseguridad²⁷.

Un aspecto que merece alguna matización es el relativo al error en el diagnóstico, como integrante del tema más general del "error o fallo técnico". En efecto, en múltiples sentencias se puede leer que el error en el diagnóstico (error científico, diagnóstico equivocado) no puede conducir a responsabilidad²⁸. Ello, de ser así, resultaría extraordinariamente sorprendente, por cuanto la pronta y acertada obtención del diagnóstico constituye un factor esencial de una adecuada intervención médico-curativa. De ahí que enseguida se matice la anterior afirmación por dos vías. De una parte, excluyendo de esa impunidad los supuestos de extrema gravedad del error (por razones cuantitativas o cualitativas). Esto, sin embargo, es inaceptable. Si la idea de error en el diagnóstico (como la de fallo técnico) alude a un concepto científico y expresa un resultado, una situación de hecho, por muy grave que éste resultara no habría razones para modificar el juicio previamente emitido en cuanto a existencia de imprudencia o no en la conducta del autor. Así pues, la única interpretación razonable de la doctrina del TS en esta materia es la de que no puede ser hecho responsable el médico por un diagnóstico fallido, esto es, por un mero "resultado" de error, por muy grave que este resultado sea. Por contra, el análisis ha de centrarse en la conducta²⁹,

²⁶ Sobre la necesidad de aproximarse en términos valorativos a la noción de temeridad (*Leichtfertigkeit*), cfr. JAKOBS, G. Strafrecht AT, 2. ed., Berlin 1991, p. 326 Rdn. 24.

²⁷ Lo reconoce ROXIN, C.A T, I, p. 699 Rdn. 75 y ss

²⁸ Cfr. al respecto RUIZ V ADILLO, E. La responsabilidad de la Administración y de los profesionales sanitarios, en I Congreso Derecho y Salud, Madrid 1993, pp. 105 y ss., 126, 129.

²⁹ En el mismo sentido, ROMEO CASABONA. El médico, p. 13-74. Igualmente SOLA RECHE, EL HERNANDEZ PLASENCIA, J.U. / ROMEO CASABONA, C. M. La responsabilidad, p. 107: "...la falta técnica o error, que es un concepto científico, no entraña la culpa, que lo es jurídico; lo decisivo en Derecho no es tanto el error en sí como la causa de ese error. En resumen, la existencia de un fallo técnico no tiene otro valor que el de constituir un indicio (siempre que se acompañe de un resultado perjudicial para el paciente) que nos lleva a la comprobación subsiguiente de si se produjo la infracción del cuidado objetivamente debido". De hecho, esta misma idea se percibe en diversas sentencias, al matizar las afirmaciones relativas a dicho error. Así, por ejemplo, la STS de 8 de junio

que debe ser valorada para dilucidar si ha de conducir a responsabilidad o no, De conformidad con esta idea, el error en el diagnóstico, en sí mismo, puede ser punible si se trata de un error vencible, No en vano éste es el caso arquetípico de imprudencia, como con razón señala la sentencia del TS en el caso 1, al afirmar que "es evidente que siempre que hay culpa incide un error, sin que esto suponga, ni puede suponerlo, la afirmación contraria", Sentado lo anterior, cabe concluir que la vía correcta de matización de la doctrina del TS en materia de error en el diagnóstico es una segunda, que proporcionan otras sentencias del Alto Tribunal, y según la cual el error en el diagnóstico conduce a responsabilidad penal, "salvo que se trate de un error inexcusable", mientras que no conduce a la misma si se mantiene "dentro de lo tolerable", Ahora bien, sucede que tal declaración es superflua: el error excusable (invencible) nunca da lugar a responsabilidad, ni en el ámbito de la actividad médica, ni en ninguna otra; el error vencible (inexcusable), por contra, es la quintaesencia de la imprudencia y, por tanto, susceptible de generar responsabilidad, En definitiva, debe darse la razón a la doctrina que unánimemente acoge la posibilidad de hacer responsable al médico por errores (vencibles) en el diagnóstico³⁰, Cuestión distinta es que la actividad médica, por las especiales características de la misma: radical inseguridad, desconocimiento (todavía) de muchas de las leyes que rigen las funciones del cuerpo humano o de las variables que determinan que éstas operen de modo distinto en función del individuo, sea un campo especialmente abonado para errores invencibles (en el estado actual de los conocimientos). Pero ello no desvirtúa la declaración de principio antes efectuada.

de 1981 (A. 2625: "...lo que se incrimina y da origen a la responsabilidad criminal médica no son errores de diagnóstico ni aun falta de extraordinaria pericia en el desarrollo de actividades quirúrgicas, al no ser exigibles en éste ni en ningún aspecto de la vida social la infallibilidad, sino que la culpa estriba en un comportamiento inadecuado a determinadas exigencias y medios" (el resaltado es mío).

³⁰ CRAMER, en Shonke_/ Schroder, StGB Kommentar, 24. ed., München 1991, S 15Rdn. 219

3. La responsabilidad por comisión activa y en comisión por omisión

Bajo la común calificación jurisprudencial de supuestos de "imprudencia" no siempre queda claro qué casos son de comisión activa imprudente del delito correspondiente y cuáles son, en cambio, de comisión por omisión imprudente. La distinción, sin embargo, es trascendente pues entraña consecuencias dogmáticas de no poca importancia³¹. Si partimos de que el criterio básico de distinción entre ambas formas de realización típica es la causación o no (de forma objetiva y subjetivamente imputable) del resultado típico, podremos observar que el caso 1. responde al modelo de una comisión activa imprudente del anestesista³². No se da, en cambio, imprudencia del cirujano, quien, como veremos, en principio no tiene por qué dudar de la corrección de la indicación que le hace el anestesista (principio de confianza). Puede estimarse que se trata de un caso de homicidio imprudente en autoría mediata (del anestesista)³³ con un instrumento (el cirujano) que obra atípicamente (si es que esta figura se admite en los delitos imprudentes). El caso 2. es, en cambio, un supuesto de comisión por omisión imprudente. En efecto, el anestesista no causa activamente el resultado lesivo, sino que éste es producto de un fallo mecánico de las instalaciones de suministro de oxígeno. Así las cosas, es preciso realizar análisis adicionales para determinar si tal resultado típico le es imputable o no³⁴. Al respecto, no cabe duda de que la situación es idónea para una imputación a título de comisión por omisión: se ha producido claramente una asunción del ries-

go³⁵ a la que se añade aquí un actuar peligroso precedente que determina un dominio del riesgo por parte del anestesista idéntico, en el plano de las estructuras normativo-materiales, al que le habría proporcionado la creación activa de ese riesgo³⁶. En ese contexto, además, se ha omitido la acción indicada, esto es, no se han vigilado los indicadores de las constantes vitales, cuando existía la posibilidad de hacerlo. La cuestión es, entonces, si se puede imputar el resultado a la constatada omisión imprudente. Pues bien, dado que en la omisión (tampoco en la comisión por omisión) no puede hablarse de la existencia de causalidad en sentido estricto (físico-natural), se recurre aquí por la doctrina dominante a fórmulas propias, a las que algunos aluden con la denominación de "causalidad hipotética". Se trata de determinar si el sujeto, de haber realizado la acción que omitió (la acción indicada), habría podido evitar el resultado al menos con una probabilidad rayana en la seguridad³⁷. De no ser así, no cabría imputación del resultado³⁸. Desde esta base, la imputación en el supuesto 2. requeriría probar que se disponía en el centro médico de los medios para que, en el caso de que el anestesista hubiera advertido de modo inmediato el incidente, hubiera podido afrontar la hipoxia del paciente con perspectivas de éxito rayanas en la seguridad. De otro modo, no cabría imputar el resultado salvo que se acogiera la tesis de un sector doctrinal todavía minoritario, para el que bastaría con que la realización de la acción indicada hubiera supuesto, con seguridad, un incremento de las posibilidades de evitación del resultado (doctrina del incremento del riesgo).

³¹ Cfr. SILVA SANCHEZ, I. M.- El delito de omisión. Concepto y sistema: Barcelona 1986, pp. 163 y ss., 199 y ss.

³² Con los elementos de la causalidad, la creación activa de riesgo, la realización del riesgo en el resultado (imputación objetiva) y la autoría. No entraremos aquí en cuestiones de imputación objetiva, dado que, en general, los casos vistos no parecen plantear problemas de causalidad ni de realización del riesgo creado en el resultado lesivo.

³³ Correctamente, JORGE BARREIRO, Agustín.- La imprudencia, p. 145.

³⁴ Sobre los requisitos de tal imputación omisiva, cfr. SILVA SANCHEZ, J. M.- La responsabilidad penal del médico por omisión, LA LEY 1987-1, pp. 955 y ss.

³⁵ En efecto, tal asunción se explica por la delegación que la empresa sanitaria hace en el anestesista, asumida por éste en virtud de la relación contractual o funcional y el ejercicio efectivo de sus funciones: cfr. UHLENBRUCK, W.- Neue juristische wochenschrift. 1972, p. 2202. Ello determina que el anestesista se configure efectivamente a modo de barrera de contención de riesgos, lo que, caso de ser incumplido, fundamenta la equiparación de su hecho con una comisión activa del mismo delito.

³⁶ Es a esto a lo que la doctrina dominante, con un criterio más extensivo que el aquí propuesto, denomina "posición de garantía".

³⁷ Cfr. por todos MIR PUIG, S.- Derecho penal. Parte General. 3. ed., Barcelona 1990, pp. 345-347.

³⁸ Ni sanción penal, pues, como es sabido, los hechos imprudentes sólo se sancionan cuando les es imputable el resultado producido.

Como resulta patente, ello facilita sustancialmente la imputación en casos de esta factura.

Los casos 3. y 6. son claramente de comisión activa. La alusión en ambos a que el anestesista no comprobó los datos relativos al grupo sanguíneo de la paciente o no realizó las pruebas alérgicas, no debe conducir a error al respecto. Se trata, en realidad, de que ordenó la transfusión o bien practicó. la anestesia, sin adoptar las medidas precautorias establecidas, esto es, con infracción del cuidado debido: ello constituye una causación activa imprudente del resultado y no una mera omisión de su evitación. El caso 4., en cambio, es, a mi juicio, dudoso. Por un lado, puede haber habido una imprudencia activa en la instalación del tubo de oxigenación; por otro lado, una imprudencia omisiva durante la operación por una omisión de la requerida observación del paciente. En la eventual concurrencia de ambas, prevalecería, en virtud de un concurso de leyes, la comisión activa. Por cierto que, además, la imprudencia comisiva, de existir, podría haber sido sustancialmente más grave que la omisiva, en la que aparentemente se centró el TS para fundar su calificación de imprudencia simple.

Los casos 5., 7. y 8 .son supuestos de comisión por omisión caracterizados por la circunstancia de que el anestesista se ausenta de la sala de quirófano o de reanimación, dándose con posterioridad una tentativa, infructuosa, de cumplir con la acción indicada. Valen para ellos, pues, los elementos introducidos en el análisis del caso 2., con el matiz de la presencia aquí de situaciones de coautoría imprudente o, al menos, de autoría accesoria. Nuevamente se constata que el TS, como en él es usual en los casos de hechos imprudentes, rehuye dilucidar si éstos realizan el tipo en comisión activa o en comisión por omisión, eludiendo entrar en detalle en los elementos de la imputación a título de esta última. Así, se observa que en la resolución sobre el caso 7. se alude a la presencia de una relación causal y directa según leyes de experiencia entre el abandono del quirófano y la falta de oxigenación, lo que es manifiestamente incorrecto. Correcto es, en cambio, el planteamiento que se efectúa en la sentencia que resuelve el caso 8: en ella se fundamenta la imputación del resultado lesivo en que se han omitido elementales precauciones, añadiéndose: "... de haber adoptado

tan elementales y exigibles precauciones, como señala la sentencia de instancia, se hubieran evitado el fatal desenlace o se hubieran aminorado tan graves consecuencias". Obsérvese cómo el uso de la disyunción muestra aquí, en el fondo, una adhesión a las tesis minoritarias que fundan la imputación del resultado no en la probabilidad rayana en la seguridad de evitar dicho resultado lesivo con la realización de la acción indicada, sino en la de una disminución del riesgo o aumento de la probabilidad de salvaguarda del bien jurídico.

Por lo que hace al carácter imprudente de estas ausencias del quirófano, cabe adoptar una conclusión afirmativa, con mínimas dudas. En efecto, al examinar las situaciones de anestesia paralela, la Jurisprudencia y la doctrina alemana que las han examinado con más detalle del que es perceptible en nuestra doctrina vacilan entre el rechazo categórico con exigencia de una presencia permanente del anestesista en el quirófano³⁹ y la admisión de un relativo margen de maniobra. Según esto último, la anestesia paralela es lícita si el médico que supervisa varias anestесias puede intervenir en cualquier momento y proseguir con la que previamente confiara a personal no especializado; ello requeriría una posibilidad de vigilancia permanente en la que el especialista tuviera contacto visual o auditivo inmediato con el lugar en que se desarrolla⁴⁰. Sentado tal punto de partida, sólo podría sostenerse la impunidad de conductas como las de los casos que ahora nos ocupan desde la perspectiva de la doctrina del estado de necesidad o, al menos, de la inexigibilidad de conducta distinta, figura ésta cuyo papel en la dogmática jurídico-penal de la omisión es sustancial⁴¹. Sin embargo, a la vista de los datos de que se dispone, no parece que en ninguno de los supuestos pudiera prosperar tal línea argumentativa.

³⁹ Cfr. UHLENBRUCK, W.- Neue Juristische Wochen"chrift 1972, p. 2205. Por lo menos, se dice, el anestesista debe hallarse en condiciones de comprobar permanentemente la intervención, dado el carácter dinámico del proceso anestésico: así en la sentencia del BGH de 18 de marzo de 1974 -III ZR 48 173, publicada en Neue Juristische Wochenschrift 1974, pp. 1424 y ss.

⁴⁰ Cfr. LAUFS.- Arztrecht, 3ª. ed. München 1984, po 130 Rdn. 320.

⁴¹ Cfr. SILVA SANCHEZ, J.M.- El delito, pp. 299-309.

En casos de omisión como los comentados, la responsabilidad civil derivada de delito plantea problemas adicionales a los ya comunes en esta institución⁴². Por un lado, porque se ha llegado a discutir que los delitos de omisión puedan dar lugar a una responsabilidad civil. Así, la STS de 23 de mayo de 1987 (Rep. LA LEY 9239-R) muestra un punto de vista escéptico al señalar que "las infracciones de peligro, de omisión pura o de simple actividad, al igual que las formas de imperfecta ejecución, difícilmente soportan la conducta indemnizatoria, al menos en el supuesto del delito de omisión del deber de socorro cuando el sujeto activo no ha sido el propio creador de la situación de riesgo". Ciertamente, ya Rodríguez Mourullo puso de relieve que si la responsabilidad civil alcanza, además de a los daños materiales, a los morales, entonces no hay duda de que cabe imponerla (aunque ello tampoco sea necesario) tanto en la omisión del deber de socorro como en las formas de imperfecta realización⁴³. Con todo, lo que es sustancial hasta el punto de cerrar el debate es la afirmación de que, pese a las dudas que puedan darse en tomo a los delitos de omisión pura "no hay duda de que en los delitos de comisión por omisión el sujeto debe resarcir los resultados que no impidió debido a su conducta omisiva"⁴⁴. Así pues, y en definitiva, la omisión punible de un médico no dará lugar a una responsabilidad civil por el resultado material producido -sino sólo, a lo sumo, por los daños morales derivados de la situa-

⁴² En los que no entraremos. Cfr. al respecto ROMEO CASABONA, C.M.- El médico, pp. 95 y ss.; SOLA RECHE, E. / HERNANDEZ PLASENCIA, I. U. / ROMEO CASABONA, C.M.- La responsabilidad, pp. 112 y ss.

⁴³ Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, G.- La omisión de socorro en el Código penal Madrid 1966. pp. 323 y ss; también CÓRDOBA RODA, I. / RODRIGUEZ MOURULLO, G.; Comentarios al Código penal. I. Barcelona 1972. p. 957; ya así GÓMEZ ORBANEIA, E.- La acción civil de delito, en Revista de Derecho Privado n° 384, 1949. pp. 185 y ss. 198 y ss. Cfr. por lo demás RODRIGUEZ MOURULLO, G.- El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la ingerencia, Anuario de Derecho penal ~ Ciencias Penales 1973, pp. 500 y ss, 530-531. donde añade la consideración, más que dudosa. de que en el caso del (actual) art. 489 ter III. aunque el accidente haya sido producido fortuitamente. se imputarán los daños materiales derivados del mismo a la omisión.

⁴⁴ Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, O.- Anuario de Derecho Penal ~ Ciencias Penales 1973. p. 530; CÓRDOBA RODA, I./ RODRIGUEZ MOURULLO, O. Comentarios. I, p. 958.

ción de abandono⁴⁵ -cuando se trate de un delito de omisión pura. En cambio, y en virtud de la imputación -también general- del resultado lesivo producido, en los delitos de comisión por omisión (como los que aquí examinamos) podrá haber responsabilidad civil por los daños materiales surgidos, en términos equivalentes a los de la comisión activa⁴⁶. Como se observará, todo ello hace especialmente importante, por un motivo más, la distinción entre delitos de omisión pura y de comisión por omisión en el ámbito de la actuación médica⁴⁷. Por otra parte, y para concluir, conviene no ignorar que también en la responsabilidad civil derivada de un delito de comisión por omisión se suscitarán problemas en cuanto a la determinación de si el sujeto omitente habría podido evitar el resultado de haber realizado la acción indicada o no (esto es, en relación con la denominada "causalidad hipotética").

4.- La articulación de la responsabilidad del anestesista con la de otros profesionales médico-sanitarios.

a) La relación entre cirujano y anestesista es una relación caracterizada por la división horizontal del trabajo, con la correspondiente autonomía recíproca, la necesaria coordinación y la vigencia del principio de confianza⁴⁸. La noción de auto-

⁴⁵ Cfr. DÜTZ, W.- Zur privatrechtlichen Bedeutung unterlassener Hilfeleistung, Neue Juristische Wochenschrift 1970, pp. 1822 y ss; también la STS de 9 de mayo de 1983 (JC 676). Por otro lado, STS (1°) de 6 de julio de 1990, ponente Sr. Fernández-Cid de Temes (Rep. LA LEY 12.037), que señala la privación de asistencia médica a un paciente en situación grave, con la consiguiente imposibilidad de tratamiento, vulnera el deber fundamental de asistencia médica, "cuya conculcación produce, al menos, un daño moral a aquellos que se ven privados de tal derecho, Con la consiguiente obligación de repararlo por parte de quienes lo infringen, extremo perfectamente incardinado en el art. 1.902 CC".

⁴⁶ Cfr., entre otras, la STS de 8 de febrero de 1964 (JC 241). También. LARENZ, K. Lehrbuch des Schuldrechts, II, BT, II a ed., München 1977, pp. 524 y ss.; LAWSON, F.H.I MARKESINIS, B. S. Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and the Civil Law, I, Cambridge 1982, pp. 71 y ss, 95, 181.

⁴⁷ Cfr. sobre ello SILVA SANCHEZ, J.M. LA LEY 1987-1 pp. 955 y ss.

⁴⁸ Subraya la vigencia del principio de confianza como elemento de restricción de las exigencias del deber de cuidado en ámbitos de división funcional del trabajo como, por ejemplo, la relación entre cirujano y anestesista. CRAMER, Schronke I

nomía recíproca aparece con claridad en la STS de 7 de julio de 1993, cuando en ella se señala que "el anestesista asume, dentro del equipo médico de que forma parte, con plena autonomía y responsabilidad, todas las funciones que son de su competencia y atinentes a su especialidad (preparación, ejecución y vigilancia del procedimiento de narcosis y control de las constantes biológicas del intervenido)". Eso implica directamente que, al no existir una relación jerárquica entre ambos, no recae sobre el cirujano un deber de vigilancia de las actuaciones del anestesista sino que, por el contrario, y salvo dato expreso en contra, el cirujano puede contar con la corrección de las indicaciones que le hace el anestesista así como con el respeto al cuidado debido en las actuaciones de éste. Esta vigencia inicial del principio de confianza con la directa consecuencia de la no responsabilización del cirujano se muestra con claridad por el TS en el caso 1., en el que el cirujano no resultó condenado. Del mismo modo, su decaimiento -y la responsabilidad del cirujano- se advierten tan pronto como hay motivos para dudar de la corrección de la actuación del anestesista: así, en el caso 5. En la sentencia de 4 de septiembre de 1991, que resuelve el recurso de casación, planteado con ocasión de dicho caso, se empieza, en efecto, reconociendo que una operación quirúrgica "no está constituida por actividades inconexas de los sujetos que intervienen en ella, debiendo actuar todos ellos, anestesista, instrumentista y auxiliar, como los de este supuesto, cada uno en su cometido y para ayudar y facilitar la intervención que realiza el cirujano, pues ninguna de las demás actividades es autónoma en sí misma". Así las cosas, si al cirujano le consta la realización de una conducta defectuosa por parte del anestesista y prosigue la operación, sin hacer nada para evitarla, se le puede hacer responsable, lo que no supone que se le condene en virtud de una conducta ajena y no propia. Ciertamente, "no se trata de reprochar culpabilísticamente al recurrente por una conducta ajena (...) sino por una conducta propia, de carácter omisivo, que es determinante de la ejecución de un resultado típico del correspondiente delito" (FJ 3º). Como subraya la

propia sentencia "la conducta imprudente del recurrente comienza por no controlar la conexión del monitor al inicio de la operación y en su tolerancia o consentimiento a que el anestesista abandonase el quirófano" (FJ 3º) porque "aunque el cirujano tenga un cometido de actuación en su campo operativo y no vigile directamente las incidencias que refleje el monitor, debió ordenar su conexión, y si era el anestesista a quien tal cometido incumbía, no permitir que se ausentara del quirófano una vez iniciada la operación. La imprudencia no surge únicamente de la falta de vigilancia del aparato, que consta no se conectó, sino que teniendo el deber de ordenar y exigir que tal conexión se efectuara, lo que no comprobó, autoriza la salida del anestesista para atender otra intervención quirúrgica en distinta planta del hospital", Dado que la relación entre cirujano y anestesista es horizontal y no vertical, el cirujano no tiene que vigilar la práctica de la anestesia y reanimación, pero sí "que la anestesia se efectúe con el control y la vigilancia precisos"⁴⁹.

b) Como muestra la lectura del caso 3., el principio de confianza no rige en la relación del anestesista con el analista. No cabe, por tanto, eximir a aquél sobre la base de que pueda contar con que los datos que le suministra el analista son correctos salvo indicio en contrario. En efecto, en la sentencia se indica, como fundamento de la imprudencia punible del anestesista, que éste ordenó una transfusión sanguínea a la paciente para elevar su tono vital y mejorar el estado postoperatorio de la misma según el grupo que le indicó el analista y "sin comprobar por ningún

⁴⁹ En misma línea, la STS de 1º de octubre de 1979 (A. 3577), en la que se sienta la doctrina de que el cirujano no está exonerado del deber de vigilancia por la existencia de un anestesista pues éste "atendía simultáneamente a dos pacientes que estaban siendo operados en quirófanos distintos, aunque contiguos". En efecto, "aun 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..." (los resaltados son míos).

Schroder, StGBK, 24ª ed., S 15 Rdn. 151. Vid. también LAUFS, Arztrecht, 3ª ed., p. 128 Rdn. 314.

medio personalmente ni por persona alguna, el grupo sanguíneo que verdaderamente correspondía a la enferma", La razón de ello es la existencia de un deber específico del anestesista (y que prima por tanto sobre el principio genérico de confianza como regulador de las relaciones de división horizontal del trabajo) en relación con la preparación y control de la sangre para las posibles transfusiones necesarias en la intervención quirúrgica⁵⁰. Así, el anestesista ha de proceder personalmente a identificar el grupo sanguíneo del paciente comprobando que se corresponde con el de la sangre preparada para la eventual transfusión: a tal efecto se establece el principio de recomprobación de los grupos sanguíneos y de realización de la prueba cruzada⁵¹, cuya infracción es el fundamentode la sanción en el caso comentado⁵².

c) La Jurisprudencia ha caracterizado en algún caso el cumplimiento de los deberes de cuidado del anestesista como indelegables. Así, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 7 de julio de 1993, indica que "el cometido de la anestesia es de su exclusiva y personal incumbencia, indelegable en el personal auxiliar no médico". La doctrina, en cambio, y con razón, mantiene el principio opuesto. En concreto, señala el monografista Agustín Jorge Barreiro que:

"...el anestesista ha de considerarse el único responsable de los errores o fallos en que pueda incurrir en el marco de los cometidos que son de su exclusiva y personal incumbencia (como la elección del procedimiento anestésico, la dosificación de los medios anestésicos, la ejecución y el control de la narcosis) que no podrá delegar lícitamente en personal auxiliar no médico (enfermeras, ATS)", mientras que, por el contrario, "el anestesista sí puede delegar ciertas actividades

como poner inyecciones, dar la medicación oportuna al paciente con el fin de prepararle para la anestesia- en el personal auxiliar no médico, debiendo -en todo caso- adoptar las adecuadas medidas de prevención -como la de facilitar las indicaciones por escrito- para evitar los peligros típicos de fallos en la comunicación o en la coordinación"⁵³. En particular, admite la posibilidad de delegación del examen y control (antes de utilizarlos) de los aparatos que se encargan de mantener las constantes vitales del paciente al personal auxiliar cualificado y digno de confianza⁵⁴. A lo que se añade algo que resulta obvio: "la licitud de la delegación de funciones, por parte del anestesista, en personal auxiliar médico (ayudantes médicos), dependerá tanto de la cualificación y experiencia de éste como de las dificultades que puedan entrañar los cometidos delegados"⁵⁵. Comparto las declaraciones anteriores, En principio, no hay ninguna razón para excluir al anestesista del principio general de delegabilidad, propio de las situaciones de división vertical del trabajo, Ocurre, sin embargo, que la delegación exige que el delegado sea competente para recibir la delegación y que disponga de los medios, tanto intelectuales como materiales, para cumplirla. Corresponde, pues, al delegante la correcta selección e información (mediante una adecuada comunicación), así como otras funciones de dirección y vigilancia, quedando tan sólo exento de la adopción de cautelas concretas en relación con eventuales, y asimismo concretas, infracciones del deber de cuidado⁵⁶. Así las cosas, y ya centrándonos en alguno de los casos que ahora nos ocupan, se trata de determinar si es delegable en un auxiliar (enfermero, ATS) la vigilancia del paciente durante la intervención quirúrgica. En el supuesto del caso 7., en el que el anestesista recurrente

⁵⁰ JORGE BARREIRO, Agustín.- La imprudencia punible, p. 143.

⁵¹ JORGE BARREIRO, Agustín.- La imprudencia punible, *ibidem*.

⁵² Al igual que en la de 13 de octubre de 1981 (A. 3636), en la que se hace responsable de una transfusión de sangre incompatible aplicada a la paciente tanto a la matrona, que en la lectura de la ficha confundió un grupo sanguíneo con otro, como al anestesista-reanimador "que no comprobó personalmente el grupo sanguíneo que correspondía a la enferma".

⁵³ JORGE BARREIRO, Agustín.- La imprudencia punible, p. 146.

⁵⁴ JORGE BARREIRO, Agustín.- La imprudencia punible, p. 142.

⁵⁵ JORGE BARREIRO, Agustín.- La imprudencia punible, p. 147; LAUFS, ARZTRECHT, 3a ed., p. 131 Rdn. 320: "intervenciones y aplicaciones que presupongan una capacidad específicamente médica o de médico-especialista no pertenecen al ámbito del personal auxiliar".

⁵⁶ CRAMER, en Schönke / Schröder, StGBK, 24. ed., S 15 Rdn 152.

pretende escudarse en la presencia de una Ayudante Técnico Sanitario experta en anestesia. Pues bien, a mi juicio, la solución del Tribunal Supremo de rechazar el alegato en este caso es la correcta. Podría, en efecto, eventualmente, delegarse en una ATS la vigilancia por unos instantes de un paciente monitorizado, porque ello es algo que la persona delegada puede acometer con los conocimientos de su competencia⁵⁷. En cambio, es, en todo caso, más que dudoso que tenga competencia para percibir y diagnosticar, sin tal base de la monitorización, una eventual situación de hipoxia. El diagnóstico, según entiendo, es competencia del médico especialista, mientras que del personal auxiliar no cabe esperar más que un apoyo técnico.

5. La responsabilidad del director del hospital

Si, como sucede en estos casos, es un centro sanitario, público o privado, el que asume la atención del enfermo, el director del hospital es el representante de dicho centro sanitario. En esa medida, a él le compete el deber de cuidado originario en relación con los bienes jurídicos de los pacientes. De él es la competencia inicial al respecto, por asunción, ya él es a quien en primera instancia podrían imputársele responsabilidades en comisión por omisión⁵⁸: Ahora bien, la división vertical del trabajo determina que dicha competencia sea delegable y de hecho se delega en el personal sanitario que contrata con el hospital en los términos correspondientes o resulta adscrito funcionalmente al mismo. Este personal asume, en virtud de su relación con el hospital, la competencia -y con ella el deber y la responsabilidad- de la realización de actos concretos en relación con los pacientes, pudiendo surgir hechos delictivos -además de en comisión activa- en comisión por omisión. Sin embargo, como es sabido, el acto de delegación no implica una pérdida de todo deber

en el sujeto delegante en relación con la conducta de los sujetos delegados. Más bien sucede que la posición jurídica del delegante se transforma, quedando, pues, unas competencias residuales, cuyo incumplimiento da lugar a responsabilidad. Entre ellas, la selección, la formación e información, la dotación de medios económicos y materiales, la organización y coordinación, y, en fin, la supervisión y vigilancia (al nivel en que ésta es posible) de las conductas de los subordinados en los que se ha delegado⁵⁹. Este esquema, que ha sido más desarrollado para las estructuras jerárquicas propias de la empresa, es asimismo aplicable a la relación jerárquica que aquí cabe advertir.

Mientras el delegado no renuncie, el delegante retiene sólo aquellas funciones. Así, el director queda exento de responsabilidad penal por hechos imprudentes cometidos por el anestesista salvo que, a su vez, haya infringido imprudentemente alguno de los deberes residuales que todavía le competen. Tal infracción no se da en el caso 7., en el que el Tribunal Supremo declara que no cabe dirigir responsabilidad por los hechos contra la dirección médica del hospital "porque los niveles de cobertura y equipamiento en el aspecto de los medios técnicos era el adecuado, y en el aspecto de los medios personales, tratándose en el caso concreto de operaciones no urgentes y programadas con tiempo (estrobismo y fimosis), no se advierte una situación de urgencia que obligara a una intervención simultánea en las dos operaciones". En cambio, en el caso 5. consta que el Director del Hospital conocía la asistencia simultánea del anestesista en dos operaciones y en distintos quirófanos, "por ser tal actuación práctica habitual tolerada por el director". En este supuesto, por tanto, el Director incumple los deberes de cuidado, en particular de organización y coordinación de las diferentes actividades delegadas en los profesionales del centro sanitario, que constituyen deberes residuales derivados de la competencia primigenia de dicho sujeto delegante. Como señala la STS de 4 de septiembre de 1991 "la conducta del recurrente, Médico y director del Hospital que conocía y autorizaba la realización de simultáneas intervenciones de un único anestesista en diferentes

⁵⁷ Baste insistir al respecto en las consideraciones efectuadas más arriba sobre que el anestesista, aunque se sirva de personal auxiliar, debe vigilar permanentemente el acto anestésico e intervenir sin demora ante cualquier incidente; así, LAUFS, *Arztrecht*, 3a ed., p. 130 Rdn. 320.

⁵⁸ Más frecuentes que las responsabilidades por comisión activa, que obviamente, también pueden tener lugar aquí.

⁵⁹ Cfr. LAUFS, *Arztrecht*, 3ª ed., p. 128, Rdn 314

quirófanos, presenta virtualidad causal conjuntamente con la conducta de los otros encausados, con el resultado de fallecimiento del enfermo. Si no hubiere tolerado una peligrosa y gravemente negligente práctica, es evidente que el encargado de la anestesia, su control, vigilancia y efectos, hubiera detectado aquellos primeros síntomas de anormalidad, al permanecer junto al paciente, que percibidos tardíamente por el cirujano no permitió que pudiera evitarse el fatal desenlace que era perfectamente previsible. La existencia de culpa en el recurrente se desprende de la conducta exigible al mismo en su doble calidad 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". Así pues, cabe apreciar la concurrencia de ambas imprudencias: la del delegante, por no supervisar (en otros casos sería por no dotar económicamente, etc); y la del delegado, por omitir las conductas debidas (en otros casos sería por actuar en tales circunstancias)⁶⁰.

6. Los problemas de la llamada "imprudencia profesional"

Como es sabido, el párrafo II del art. 565 contiene la trascendente declaración de que "cuando se produjere muerte o lesiones con los resultados previstos en los artículos 418, 419 o 421, 2º, a consecuencia de impericia o de negligencia profesional, se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en este artículo. Dichas penas se podrán elevar en uno o dos grados, a

⁶⁰ Cfr. también la importante STS de 18 de noviembre de 1991 (A. 9448), ponente Sr. De Vega Ruiz. En el caso, como es sabido, la Jefa del Servicio de Hematología y Hemoterapia había solicitado al Director Médico que éste diera la orden de realizar las pruebas anti-Sida con determinados reactivos. Este, siendo competente en cuestiones de dirección, coordinación y evaluación, desoyó la petición, mientras que ella, sabedora de que no se realizaban tales pruebas, en lugar de negarse a practicar transfusiones o acudir a bancos de sangre de otros centros hospitalarios, siguió consintiendo en tales actividades. El TS imputó a la Jefa del Servicio de hematología -de modo discutible sólo una imprudencia simple, mientras que en el comportamiento del Director Médico se advirtió una imprudencia temeraria.

juicio del Tribunal, cuando el mal causado fuere de extrema gravedad". Se trata, obvio es decirlo, de la referencia legal que ha servido de punto de partida para la discusión en torno a la compleja cuestión de la "imprudencia profesional"⁶¹. Una modalidad de imprudencia, cuya apreciación -y esto no debe olvidarse en todo lo que sigue implica directamente el ingreso en prisión del condenado, que no podrá beneficiarse, ni aun siendo delincuente primario, de los beneficios de la condena condicional. Es más, de aplicarse el último inciso del párrafo supra reproducido, la pena puede llegar a ser extraordinariamente alta: a saber, la misma del homicidio doloso. De ahí que alguna sentencia del Tribunal Supremo (STS de 26 de junio de 1980, por ejemplo) llegue incluso a indicar expresamente que tal agravación ha de apreciarse con "ponderación y mesura", algo que, a mi entender, subyace en todos los pronunciamientos al respecto.

Una enumeración de los aspectos conflictivos en relación con el párrafo II del art. 565 nos mostraría los siguientes puntos: a) si la agravante es aplicable sólo a profesionales en el ejercicio de su profesión o también a terceros que realizan actos propios de la misma; b) si los términos "impericia" y "negligencia profesional" coinciden o designan situaciones distintas y, en todo caso, cuál es su contenido; c) si toda imprudencia del profesional en el ejercicio de su profesión es incluíble en la agravación o no; d) cuál es el fundamento de la agravación y si el mismo permite sostenerla; y e) cuál es el sentido y alcance de la superagravación del art. 552 II in fine. Aquí nos detendremos muy poco en las dos primeras, que, en realidad, cabe estimar de escasa trascendencia a los efectos que interesan en este comentario. Así, en relación a la primera cuestión, la doctrina y la jurisprudencia dominante exigen que el sujeto activo sea un profesional para apreciar la agravación⁶². Lo cierto

⁶¹ Cfr. sobre ella la completa exposición de JORGE BARREIRO, Agustín. La imprudencia profesional, en Cuadernos de Derecho Judicial, "La imprudencia", CGPJ Madrid 1993, pp. 222 y ss. También COBOS GOMEZ DE LINARES, M.A. El problema de las lagunas "conscientes" y la jurisprudencia "creativa" a través de un ejemplo: la distinción culpa profesional y culpa del profesional, Poder Judicial, la época, 18, 1990, pp. 113 y ss.

⁶² JORGE BARREIRO, Agustín. La imprudencia profesional, p. 228. 1881

es, sin embargo, que cabe perfectamente advertir una "impericia" en quien, sin ser profesional en sentido estricto, realiza una determinada conducta, sin los conocimientos o cautelas necesarios en el sector profesional al que aquélla pertenece⁶³. Si gramaticalmente ello es factible, y en la medida en que no haya razones teleológicas para no incluir en la agravación tales supuestos, parece que serían más los argumentos para sostener la interpretación amplia. Sin embargo esto último es lo que hay que decidir más adelante: cuál es el fundamento de la agravación y si éste permite extenderla a las impericias de sujetos no profesionales.

Otra cuestión es la relativa al debate sobre el sentido de los términos "impericia" y "negligencia profesional" y, ante todo, sobre su eventual coincidencia o divergencia⁶⁴. Para un sector doctrinal y jurisprudencial, son conceptos que coinciden⁶⁵. Para otro, en cambio, debe entenderse por impericia la falta de los conocimientos que se presuponen al miembro de determinada profesión, mientras que la negligencia profesional aludiría a una

defectuosa ejecución⁶⁶. En realidad, salvo que se entienda que la impericia alcanza también a no profesionales, el concepto de negligencia absorbería al de impericia, pues parece obvio que una negligencia profesional corra "prende tanto déficits en los conocimientos como en la ejecución. Por ello, puede pensarse que, en alguna medida, esta cuestión depende de la anterior. La impericia de un profesional es, pues, una modalidad evidente de negligencia profesional. Pero cabría, si se acepta una de las tesis expuestas más arriba, una impericia de no profesional. Y, por otro lado, una negligencia profesional no caracterizada por déficits de conocimientos, Todo ello nos conduce a los siguientes, y centrales, puntos temáticos: si se puede, y cómo, distinguir entre la imprudencia de un profesional y la "imprudencia profesional", y si es adecuado efectuar tal distinción. Como es sabido el Tribunal Supremo aplicó inicialmente la agravante de modo automático⁶⁷, pasando después a establecer la distinción que ahora nos ocupa. Taxativamente señala en esta línea la STS de 26 de abril de 1984: "la culpa de un profesional anestesista no entraña, por sí sola, la impericia o negligencia profesional que, como agravante específica, se recoge en el párrafo segundo del art. 565 del Código penal"⁶⁸. La "imprudencia profesional" es más grave -se dice que la imprudencia común del profesional. Las razones de tal mayor gravedad las expresa en los siguientes términos la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1988:

"... inobservancia de la lex artis y de las preocupaciones y cautelas más elementales, siendo totalmente imperdonable e indisciplinable que una persona que pertenece a la profesión o actividad

⁶³ MIR PUIG, S. Adiciones al Tratado de Jescheck, II, Barcelona 1981, p. 808; CERESO MIR, J. Curso de Derecho penal, I, 1, 3ª ed., Madrid 1985, p. 395; CORCOY BIDASOLO, M. El delito imprudente, p. 165, 166; BUSTOS RAMIREZ, J. Manual de Derecho penal, PG, 4ª ed. (a cargo de H. Hormazábal), Barcelona 1994, p. 363.

⁶⁴ Sobre el debate, JORGE BARREIRO, Agustín, La imprudencia, p. 108.

⁶⁵ Así RUIZ V ADILLO, E. La responsabilidad, p. 128. También, por ejemplo, la STS de 26 de junio de 1980, que apunta 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 talla incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión de que se trate, y esa impericia puede hallar su fundamento causal en la ignorancia o en la defectuosa ejecución del acto requerido por la lex artis, pudiendo así 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". Igualmente, la STS de 4 de septiembre de 1991 se refiere al desconocimiento de las "normas técnicas exigibles", identificando la culpa profesional con la "impericia o negligencia profesional, incompatibles con la profesión, practicándola con manifiesta peligrosidad, caracterizada por un plus de culpa sobre la temeraria". En fin, también la STS de 26 de abril de 1994 afirma que la culpa profesional "descansa en la impericia, que tanto puede encontrar su fundamento en la ignorancia, como en la ejecución defectuosa del acto requerido profesionalmente",

⁶⁶ Cfr., por ejemplo, SOLA RECHE, E./ HERNANDEZ PLASENCIA, J. U./ ROMEO CASABONA, C. M.- La responsabilidad, p. 111; JORGE BARREIRO, Agustín.- La imprudencia profesional, p. 255.

⁶⁷ Cfr. JORGE BARREIRO, Agustín.- La imprudencia profesional, p. 253.

⁶⁸ La STS de 24.11.1989 (A. 8720), ponente Sr. García Pérez, indica al respecto: "... el respeto al art. 9.3 de la Constitución Española exige evitar que se eleve a la categoría de ordinaria una agravación que legalmente aparece como excepcional. Así las cosas, si bien la imprudencia achacable al médico procesado se presenta cometida en el ejercicio de la Medicina, del relato de hechos no se desprende meridianamente que su culpa encierre, en el particular caso que nos ocupa, la negación de la profesionalidad, sino un extremado, pero común descuido (los resaltados son míos).

de que se trate ya la que se presumen especiales conocimientos y el dominio de la técnica propia de las mismas, proceda de un modo ignaro o inducto, mostrando ignorancia suma de las reglas fundamentales del ejercicio profesional o conduciéndose con singulares descuido, abandono o ligereza, impropios de las reglas deontológicas que rigen el ejercicio de su profesión, arte u oficio".

Con todo, a la vista de la aplicación de la agravante por los Tribunales en casos diversos, pueden extraerse, al menos tres

conclusiones. En primer lugar, que se hace sumamente difícil distinguir en todo caso las imprudencias profesibnales⁶⁹ de las imprudencias temerarias "no profesionales" (esto es, comunes⁷⁰) de los profesionales⁷¹. En segundo lugar, que resulta discutible desde perspectivas de justicia material el proceder a tal distinción⁷². En tercer lugar, que la jurisprudencia, en lógica derivación de lo primero, no parece aplicar coherentemente su propio criterio distintivo.

Ejemplos de ello serían el hecho de que en el caso 1. el TS rechace la calificación de imprudencia profesional efectuada por la Audiencia provincial: pues, en efecto, consta que la excesiva difusión del agente anestésico provocó un paro respiratorio y un paro cardíaco, pese a lo cual, el anestesista "entendiendo erróneamente que el enfermo se había recuperado del referido paro, y pese a presentar signos o síntomas de lesión cerebral por amnesia", indicó al cirujano que podía iniciar la operación quirúrgica" (en lo que parece un claro error vencible en el diagnóstico, fallo técnico inexcusable). O que el caso 7. rechace el recurso del Fiscal en el que se solicitaba la apreciación,

⁶⁹ Como sería, por ejemplo, esterilizar mal o no esterilizar un instrumento quirúrgico.

⁷⁰ No motivadas en desconocimiento de las reglas técnicas ni en descuidos en su aplicación.

Así, el recoger por escrito un tratamiento de modo erróneo.

⁷¹ De "impracticabilidad" habla COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A.- Poder Judicial 18, 1990, p. 125-127. Cfr. también JORGE BARREIRO, Alberto.- La imprudencia profesional, p. 254, 256; BUSTOS RAMIREZ, J.- Manual, 4. ed., p. 364.

⁷² JORGE BARREIRO, Agustín.- La imprudencia profesional p. 256.

asimismo, de la citada agravación, pese a sostenerse expresamente en el FJ 2º de la sentencia que con su conducta el anestesista revelaba "una patente falta a las normas de cuidado inherentes a su especialización que exigían un control y vigilancia, siempre efectiva, sobre la situación del operado y sus constantes biológicas". O, en fin, la no apreciación de la agravante en la STS de 18 de noviembre de 1991 (A. 9448), de las transfusiones de sangre contaminada del VIH⁷³.

La conclusión final sería que "no parece fácil ni conveniente diferenciar entre el acto estrictamente técnico y los de carácter común que coadyuvan a su ejecución"⁷⁴ y que, por tanto, la agravante carece de sentido⁷⁵. Con todo, un sector doctrinal intenta aportar algún dato que pudiera fundamentar la distinción. Así, se señala que, dado que el Estado exige habilitación a través del título correspondiente para realizar ciertas actividades, resulta "más grave la infracción de deberes de cuidado establecidos en normas técnicas o por carecer de la cualificación técnica que se les presume (acreditada por la titulación correspondiente)"⁷⁶. La idea, si la entiendo bien, es que los destinatarios de los servicios profesionales ponen una especial confianza en los conocimientos del profesional y en su adecuada puesta en práctica. Mientras tanto, respecto al resto de aspectos que inciden en el ejercicio de la profesión no habría por qué tener más confianza que la común y la infracción de deberes de cuidado en este ámbito mostraría una gravedad igualmente común. Por ejemplo, no cabría tener más confianza que la común en el hecho de que un facultativo no se dormiría o no se

⁷³ COROS GÓMEZ DE LINARES, M.A.- Poder Judicial 18, 1990, p. 115. Cfr. , además, JORGE BARREIRO, Agustín.- La imprudencia profesional, p. 257: En otros casos el TS parece aplicar la agravante a casos de imprudencias, en principio, comunes.

⁷⁴ JORGE BARREIRO, Agustín.- La imprudencia profesional, p. 257

⁷⁵ Críticos respecto a la misma también, CEREZO MIR, J. Curso, I, 1,3ª, p. 395; SOLA RECHE, E./ HERNANDEZ PLASENCIA, I. U. / ROMEO CASABONA, C. M.- La responsabilidad, p. III; BUSTOS RAMIREZ, J.- Manual, 4ª, p. 364

⁷⁶ Así, SOLA RECHE, E./ HERNANDEZ PLASENCIA, J.U / ROMEO CASABONA, C. M.- La responsabilidad, p. III. Al respecto COBOS GÓMEZ DE LINARES, Poder Judicial 18, 1990, p. 121, 127-128

retirará del lugar en que procede que esté. Pero existe fundamento para tener una confianza específica en que prescribirá correctamente las dosis de medicamentos, o en que examinará correctamente al paciente.

A mi juicio, es cierto que la asunción de un tratamiento p+or un profesional genera una confianza cualificada en terceras personas, de modo que, al producirse la consiguiente inhibición de éstas, se incrementa la situación de peligro para el bien jurídico. Se trata de una confianza cualificada porque su génesis se halla no sólo en la asunción por el profesional del cuidado del paciente -pues podría surgir la confianza también de la asunción por un sujeto no profesional- sino también en que quien ha asumido dicho cuidado goza de un monopolio, protegido por el Estado, para la realización de ciertos actos, en virtud de una presunción de conocimiento de determinadas materias y dominio de ciertas técnicas. La asunción por profesional determina la inhibición de terceros en general y de otros profesionales en particular. Todo ello puede abonar que el concepto de temeridad (concepto valorativo, según se vio) adquiera un ámbito mayor en la actividad profesional. Sin embargo resulta más que dudoso que, a partir de ahí, quepa distinguir -con la consiguiente emisión de juicios de diversa gravedad- entre infracción del cuidado en actos estrictamente técnicos y en actos coadyuvantes. a éstos. Sobre todo, porque parece difícil sostener que las normas profesionales de cuidado no hayan incorporado como propias las normas comunes de cuidado en la realización de tales actos coadyuvantes. Asumo, pues, en fin, la crítica de quienes estiman imposible una distinción clara entre imprudencias comunes del profesional en el ejercicio de su actividad e imprudencias profesionales stricto sensu. Sin embargo, añadido que en la asunción cualificada⁷⁷ propia del ejercicio de su actividad por un profesional -cuando, además, se trata de los más importantes bienes jurídicos se dan elementos que pueden abonar en mayor medida la apreciación de una imprudencia temeraria o, en todo caso, una agravación de la pena frente a otras imprudencias

⁷⁷ En mayor medida que en la asunción genérica de quien, sin ser profesional, inicia una determinada actividad profesional sin los conocimientos necesarios.

temerarias. Ello puede parecer un retorno a la vieja doctrina de la "imprudencia del profesional". Y, ciertamente, la misma no me parece rechazable por completo si se entiende que su fundamento no es el "ser profesional", sino la confianza cualificada de terceros (y la consiguiente confianza reforzada del profesional) en los casos en que el sujeto asume efectivamente el cuidado de una determinada actividad que afecta de modo sustancial a la vida y salud de las personas. En todo caso, la regulación legal no es, desde el punto de vista técnico, la adecuada.

Un último aspecto del art. 565, II es el relativo a la superagravación en casos en que el mal sea de "extrema gravedad"⁷⁸. A propósito de la misma, se ha afirmado que, dado que los males de partida ya son graves, habría que comprender aquí los casos de males plurales o catastróficos⁷⁹. En todo caso, se constata la enorme indeterminación de la fórmula, por lo que se propone su supresión⁸⁰. A mi juicio, la fórmula sólo es plenamente inteligible a partir de una concepción del art. 565 como expresión de un "crimen culpae" (un único delito de imprudencia, con uno o varios resultados, de muerte o lesiones, por ejemplo) y no como base de la configuración de varios "crimina culposa" (diversos delitos de homicidio imprudente, diversos delitos de lesiones imprudentes). En efecto, si se parte de lo primero, tiene cierto sentido que, en el caso de que una sola conducta imprudente produzca gran número de resultados lesivos de la vida o salud individuales, se prevea una agravación específica. Desde la perspectiva de los "crimina culposa", que es la unánimemente acogida por la doctrina, en cambio, habrían de regir en tal caso las reglas concursales generales. Es éste un tema en el que la doctrina tradicional parte de la solución del concurso ideal de delitos, si bien es creciente el punto de vista favorable al

⁷⁸ Crítico al respecto, BUSTOS RAMIREZ, J. Manual, 4., p. 364.

⁷⁹ ROMEO CASABONA, C. M. Los delitos culpables en la reforma penal, Anuario de Derecho penal y Ciencias penales 1990, pp. 443 y 88.,451.

⁸⁰ ROMEO CASABONA, C.M. - Ibidem.

concurso real⁸¹. Así las cosas, la expresión del art. 565 II in fine podría interpretarse como una regla especial (lex specialis) para los casos de varios homicidios o lesiones imprudentes cometidos por un solo acto profesional, que desplazaría a las reglas del art. 69 CP (o 71 CP, si el punto de vista acogido es el del concurso ideal).

⁸¹ Cfr. MIR PUIG, S.PG, 3., p. 730 nota 27, si bien sin pronunciarse sobre hechos imprudentes y no homogéneos, que creo que podrían ser sometidos al mismo criterio.