

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por

SANTIAGO MIR PUIG

INTERRUPCIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA POR INTERVENCIÓN POSTERIOR DE TERCEROS

(A propósito de la STS de 19 de mayo de 1994.

P. García Ancos)

CAROLINA BOLEA BARDON

Prof. Titular Interina E. U. de Derecho penal
Universidad de Barcelona

I

1. Los **hechos probados** a que se refiere la STS de 19 de mayo de 1994 son los siguientes: En el transcurso de una discusión entre el procesado Joaquín y su hermano Antonio, motivada por una papelina de heroína, tomó el primero una navaja de unos 15 milímetros de anchura, *con la que el procesado asestó a su hermano Antonio con intención de causarle la muerte, una puñalada en el abdomen que perforó dos asas intestinales, por un lado el colon trasverso, el mesocolon y zona retroperitoneal, y por otro también el yeyuno con comunicación de la luz intestinal con la cavidad peritoneal por rotura de las tres capas del tubo intestinal.* Mientras Joaquín se daba a la fuga, Dolores (hermana de Joaquín y de Antonio) y los agentes de la Autoridad trasladaron a Antonio al hospital M. L., donde *le fue suturada la perforación del colon trasverso y del mesocolon,*

pero no así la del yeyuno, al no haber sido observada por el cirujano. A la mañana siguiente, Antonio solicitó voluntariamente el alta hospitalaria, que le fue concedida, y se marchó del hospital, pese a existir una herida quirúrgica de veinte centímetros de longitud consecuencia de la operación, suturada con agrafes metálicos y con puntos amplios de seda. Pero ese mismo día volvió a ingresar en el mismo Hospital en un estado de shock con sangrado por el drenaje y la herida, por lo que de nuevo fue intervenido quirúrgicamente de urgencias. Durante esta segunda operación se produjo una parada cardíaca intropoperatoria, de la que se recuperó, pero tampoco en esta operación se suturó ni taponó la perforación del yeyuno al no ser observada por este segundo equipo médico la cual había desencadenado una peritonitis y la diseminación general de gérmenes que provocó un shock séptico, a consecuencia del cual, unido a un shock hipovolémico, falleció Antonio ese mismo día. Las heridas producidas por el apuñalamiento, a pesar de no estar dirigidas a órganos vitales, le hubieran ocasionado igualmente la muerte de haberse omitido un tratamiento médico o una intervención quirúrgica.

2. La Audiencia condenó al procesado por un delito de homicidio doloso a la pena de quince años de reclusión menor, a la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y a indemnizar a las perjudicadas, con una suma de cinco millones de pesetas a la esposa de Antonio, y con dos millones de pesetas, a cada una de sus tres hijas. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por el acusado, en el que se alegaba la indebida aplicación del artículo 407 CP, que tipifica el delito de homicidio, «porque la muerte no se produjo o tuvo causa directa en la actividad del encausado, sino en una serie de imprudencias médicas», y la consiguiente «falta de aplicación del artículo 421.1.º CP relativo al delito de lesiones».

II

El presente caso nos sitúa frente a la problemática que supone la **intervención posterior de terceras personas** en el curso causal iniciado por otra. Para afrontar el tema vamos a centrarnos en dos cuestiones principales, planteadas por la Sala sólo indirectamente: en primer lugar, determinar si la intervención posterior de terceros (de los médicos en nuestro caso) y de la propia víctima, puede llegar a excluir la responsabilidad del primer agente por el resultado, concretamente, cuándo podemos hablar de interrupción de la imputación objetiva; y, en segundo lugar, analizar la propia conducta de los médicos en orden a establecer su responsabilidad.

1. El principal problema que se nos plantea es ver si puede ser **imputado jurídicamente** a Joaquín el resultado de muerte de

Antonio. Para ello, deberemos, en primer lugar, poder afirmar que existe relación de causalidad entre la conducta del procesado y la muerte de Antonio. El TS estima la concurrencia de la misma, negando la interrupción del nexo causal: «el nexo causal entre la acción y el resultado no puede quebrar por la actuación más o menos negligente de terceras personas» (1). La doctrina de la interrupción del nexo causal ha sido acogida por el TS durante muchos años (2). Según la misma, la ruptura del nexo causal se producía por interferencia de algún «accidente extraño», generalmente por la actuación posterior de otra persona, bien de la víctima, o bien de un tercero (3). La doctrina dominante, que ha acogido la teoría de la equivalencia de las condiciones, rechaza, con buen criterio, la doctrina de la interrupción del nexo causal (4). Pues tal como se repite a menudo, la relación de causalidad existe o no existe, pero no se interrumpe (5). Pero todo ello no impide examinar, como haremos más adelante, si determinadas interferencias o accidentes posteriores deben excluir la imputación objetiva.

El Tribunal Supremo insiste recientemente, aunque no hallemos referencia expresa en la sentencia objeto de este comentario, en la «necesidad de separar en distintos planos la relación de causalidad y la imputación objetiva, acudiendo a la teoría de la equivalencia de

(1) El TS rechaza así la tesis esencial del recurrente, que alegaba que la muerte no se produjo como consecuencia directa de la actividad del procesado, sino por una serie de imprudencias médicas.

(2) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, pp. 91-95, critica la teoría de la interrupción del nexo causal, tanto desde el punto de vista terminológico, como a la hora de determinar los criterios que fundamentan la ruptura de dicho nexo causal. Tras el análisis de la jurisprudencia del TS que acoge la teoría de la interrupción de la relación de causalidad, concluye diciendo que en realidad el juez en el caso concreto llega a una «decisión puramente intuitiva», pasando, posteriormente, a fundamentar su sentencia con la teoría de la ruptura causal que «por carecer de contornos precisos, puede servir para justificarlo todo»; en el mismo sentido, más recientemente, SILVA SÁNCHEZ, «Preterintencionalidad y otras cuestiones», en: Varios autores, *Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 1992, pp. 62 y 63; en distinta línea, COBO/VIVES, *Derecho penal, Parte General*, 3.ª ed., 1991, pp. 346 y 347, mantienen que «la conducta dolosa de un tercero que se sobrepone al hacer del autor y produce el resultado, interrumpe el nexo causal», porque dicha conducta dolosa al proceder «de una voluntad *plenamente libre* rompe todo posible enlace *normológico* (conforme a leyes necesarias) entre el actuar precedente y el resultado».

(3) Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, 3.ª ed., 1990, pp. 242, 243; el mismo, en *Adiciones al Tratado de Derecho penal*, Jescheck, 1981, tomo I, p. 393.

(4) Cfr., por todos, JESCHECK, *Tratado de Derecho penal* (trad. MIR PUIG y MUÑOZ CONDE), 1981, tomo I, p. 382.

(5) Así, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht-Studienbuch*, 1982, pp. 94, 95, señala que la causalidad se da o no se da, pero no puede ser ni interrumpida ni adelantada. En el mismo sentido, GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, pp. 94.

las condiciones o de la causalidad natural para determinar la primera, y haciendo de la imputación objetiva del resultado una categoría independiente, de carácter normativo e inscrita en el ámbito de la tipicidad que selecciona como criterio orientador el de la relevancia jurídico penal y toma en consideración el riesgo incrementado o creado y el fin de protección de la norma» (6). Parece que el TS distingue, en el mismo sentido que la doctrina mayoritaria, entre un nivel ontológico, naturalístico, representado por la causalidad, y otro normativo, determinado por la relación de riesgo o imputación objetiva en sentido estricto. Sin embargo, esta separación no es a menudo tan clara, pues se siguen mezclando cuestiones de causalidad (empíricas) con consideraciones de tipo normativo, que afectan a la imputación objetiva. Concretamente, en la sentencia que estamos comentando se niega la ruptura del nexo causal en función de criterios normativos, puesto que en la misma se afirma que «el nexo causal entre la acción y el resultado no puede quebrar por la actuación más o menos negligente de terceras personas, pues de haberse comportado éstas debidamente y con ello haber salvado la vida del paciente, esa circunstancia no podría haber cambiado la calificación jurídica de homicidio, a simples lesiones, sino únicamente haber evitado la consumación del delito, transformando únicamente su grado comisivo» (7). Entendemos que las cuestiones que plantea la actuación posterior de terceras personas en el proceso causal iniciado por otra, no deben ser analizadas en el terreno de la causalidad, sino que se examinarán, como veremos más adelante, en el ámbito de la imputación objetiva.

(6) Cfr., entre otras, las sentencias del TS de 12 junio de 1989; 6 de febrero de 1990; 27 de marzo de 1990 (distinguiendo entre concepto de causa lógico-científico y concepto jurídico-penal); 12 de junio de 1990; 25 de enero de 1991; 6 de marzo de 1991; 1 de julio de 1991; 28 de febrero de 1992; 8 de abril de 1992; 4 de noviembre de 1992; 21 de diciembre de 1993; 18 de julio de 1994.

(7) Cfr., también, las sentencias del TS de 21 de diciembre de 1989; 8 de mayo de 1989; 5 de noviembre de 1990, y de 13 de noviembre de 1991. La STS de 13 octubre de 1993, después de afirmar que la causalidad «no es más que un presupuesto, a partir del cual hay que precisar si esa causación del resultado es objetivamente imputable...», establece, *todavía en la línea de la doctrina de la interrupción del nexo causal*, que «sólo estas últimas (las causas sobrevenidas) excluyen la causalidad si se originan por un *accidente extraño*, que no tiene relación con el hecho cometido por el agente. Esto suele acontecer cuando a la causa inicial se le añade una acción u omisión ilícita, ya sea dolosa o imprudente de otra persona o de la propia víctima». También, en la STS de 21 diciembre 1993, se señala que «las dos incisiones producidas por el procesado con instrumento punzante,..., fueron de una violencia tal que penetraron profundamente en dicha zona corporal,..., lo que determinó una prognosis de carácter gravísimo, a lo que hay que añadir la duplicación del golpe y el medio empleado para deducir que estamos ante un caso claro de *lethalis vulneris*, a la que no afecta como *accidente extraño* la infección sufrida por tales lesiones,...» (la cursiva es mía).

2. El tema de la causalidad no plantea problemas en el caso que estamos analizando, pues efectivamente parece que podemos afirmar la existencia de una **relación de causalidad** entre la conducta del procesado y la muerte de la víctima. Aplicando la *teoría de la equivalencia de las condiciones* y apoyándonos en la fórmula de la *condicio sine qua non* parece evidente que la conducta de Joaquín de asestar una puñalada a su hermano en el abdomen, es condición del resultado; en efecto, aplicando la fórmula de la *condicio sine qua non*, nos encontramos con que, si eliminamos mentalmente el acto de Joaquín, consistente en apuñalar a su hermano, la víctima no habría sufrido heridas, no habría tenido que ingresar en el hospital para someterse a tratamiento quirúrgico, y finalmente, tampoco se habría desencadenado una peritonitis que provocó un shock séptico, determinando así, junto a un shock hipovolémico, el fallecimiento de Antonio.

3. Cuestión aparte será ahora determinar si ese resultado de muerte puede **imputarse objetivamente** a Joaquín. En los delitos de acción, la existencia de relación de causalidad no es suficiente, como sabemos, para la imputación jurídico-penal del resultado, ésta requiere además una determinada «relación de riesgo» (8). Esta relación de riesgo que se exige entre conducta y resultado consta necesariamente de dos elementos. En primer lugar, la creación de un riesgo típicamente relevante a determinar desde una perspectiva *ex ante*, es decir, que se trate de riesgo suficientemente peligroso *ex ante* para producir el resultado y que no sea socialmente adecuado, ni insignificante. En segundo lugar, la realización del riesgo efectivamente creado en el resultado desde una perspectiva *ex post*. Así, para que el resultado causado sea objetivamente imputable a un sujeto, deberá constituir la realización del riesgo típicamente relevante creado por él, y tratarse, además, de un resultado de los que el tipo concreto tenía por finalidad impedir (9).

(8) Cfr., por ejemplo, GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, pp. 101 y ss., el mismo «¿Qué es la imputación objetiva», en: *Estudios Penales y Criminológicos*, X, 1987, pp. 184 s.; MIR PUIG, P. G., pp. 229 y ss.; ROXIN, «Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal», en *Problemas básicos del Derecho penal* (traducción de LUZÓN PEÑA), 1976, pp. 128 y ss.; el mismo, *StrR, AT, § 11, n. 39*, p. 231; JESCHECK, *Tratado I*, p. 378; TORIO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la imputación objetiva», *ADPCP*, 1986-1, pp. 33, 34 y 35; LUZÓN PEÑA, «Comentario a la STS 20 mayo 1981», en: *Actualidad Jurídica*, 1981 (VII), p. 82: «Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente», *RDCir*, 1984, p. 277; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Delitos contra las personas*, 1986, pp. 13 y ss.

(9) Cfr., por todos, JESCHECK, *Tratado I*, pp. 389 y 390, ROXIN, *StrR AT, § 11, n. 40*, p. 231, excluye la imputación cuando el resultado cae fuera del ámbito de protección de la norma. En España, cfr., GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, p. 147, donde afirma que «si el resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que se querían evitar con el establecimiento del deber, el autor estará exento de responsabilidad», aplicando un tratamiento análogo en caso de comporta-

Es precisamente en la constatación de la imputación objetiva donde nos vamos a encontrar con mayores problemas porque la doctrina se muestra dividida. El supuesto en el que la víctima, lesionada por un primer sujeto, muere por razón de un comportamiento defectuoso del médico, es uno de los más discutidos por la dogmática.

A) En la ciencia jurídico-penal alemana, un sector de la doctrina considera que hay que imputar la muerte de la víctima al primer agente en caso de errores médicos leves o de gravedad media, y no, en caso de errores graves, con independencia de que dicho error se deba a una conducta activa o a una omisión (10). Esta tesis se basa en que uno debe contar con una imprudencia médica de gravedad leve o media, pues es previsible y entra dentro del curso normal de los acontecimientos (11). Otro sector, entiende que cuando sea aplicable el principio de confianza, el primer agente no deberá responder por la conducta defectuosa del médico, si ésta constituye un hacer activo; mientras que si se trata de una omisión, el resultado final se imputará a ambos. La razón de este distinto tratamiento se basa en que en este segundo supuesto, el médico se limita a no evitar la

miento doloso: «En los delitos dolosos el procedimiento es análogo: si el resultado producido es uno de los que la norma quería evitar, el autor responderá por delito consumado»; en la misma línea, CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general I*, 4.ª ed., 1994, pp. 345, 346, 347 y 348, establece que «el resultado ha de aparecer como realización de la conducta prohibida por la norma» y, también, que ha ser uno «de aquellos cuya producción trate de evitar la norma», sin embargo no considera necesario que fuera objetivamente previsible por estimar que ello produciría una restricción excesiva del ámbito del tipo; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 1993, pp. 215 y 216; BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal, Parte Especial, Delitos patrimoniales y económicos*, pp. 271 y 272.

(10) En este sentido, BURGSTALLER, «Erfolgszurechnung bei nachträglichen Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst», *Jescheck-FS*, 1985, pp. 364 y 365; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalem Straftatsystem*, 1981, p. 347; OTTO, *Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht*, JuS 1974, p. 702.

(11) En la sentencia dictada por el OLG Celle NJW 1958, 271, se juzga el supuesto en el que A choca con su coche, por descuido, contra un árbol y su acompañante se fractura el muslo izquierdo. En el hospital, muere a consecuencia de una sepsis (intoxicación de la sangre), la cual se debe a un descuido médico. El Tribunal condena al conductor del automóvil por homicidio imprudente, y argumenta diciendo que «sólo un fallo médico grave haría decaer la responsabilidad penal porque dicha clase de errores, dado el estado actual de formación de los médicos y en circunstancias normales, no caen dentro del marco de la experiencia normal conocida por el autor, sino fuera de lo que cabe esperar como curso acostumbrado de los acontecimientos. Por el contrario, debe contarse con una imprudencia médica leve o de gravedad media, dada la imperfección de la capacidad humana para conocer y actuar; las consecuencias que estos últimos fallos conllevan pertenecen al curso normal de los acontecimientos».

posterior realización del riesgo creado antijurídicamente por el primer autor, siendo este riesgo el que se realiza finalmente en el resultado (12). Una tercera dirección doctrinal, sin embargo, hará depender la atribución del resultado al primer agente en función de que se realice en el mismo el modelo de peligro (*Modellgefahr*) vinculado al riesgo típico, independientemente de la gravedad de la imprudencia médica; excluyéndose la imputación cuando el comportamiento defectuoso del médico, por ejemplo, un fallo de anestesia, quede fuera del riesgo típico de lesión. El *Modellgefahr* viene constituido por el conjunto de condiciones que, según la experiencia, conducen o pueden conducir a la lesión, desde un punto de vista *ex ante*. Para la imputación objetiva del resultado bastará con que éste constituya la realización del *Modellgefahr*, desde una perspectiva *ex post* (13). Finalmente, hay quien considera que el criterio más adecuado en estos casos consiste en determinar si el comportamiento médico desplaza el peligro creado por el primer agente o, si simplemente, no evita su realización. Y, en este sentido, si la víctima no muere por la lesión primera, sino porque el médico con su conducta imprudente (grave o leve) ha sustituido o desplazado el riesgo original por otro, que permanece en su ámbito de responsabilidad, no se podrá imputar el resultado de muerte al que actuó en primer lugar (14).

En relación a la tesis que pretende excluir la imputación al primer agente en caso de grave imprudencia médica, considero oportuno destacar que la gravedad de la imprudencia sirve para determinar el grado de injusto que realiza la conducta del médico, pero no parece correcto como criterio para imputar el resultado al que actuó primero, porque estaríamos haciendo depender la responsabilidad del primero de la gravedad del injusto del médico (15). Por otra parte, que la imprudencia del que interviene con posterioridad sea o no grave no es suficiente para excluir o afirmar la imputación del resultado, pues siempre habrá que comprobar si el riesgo creado con la conducta

(12) RUDOLPHI, en: «Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber», *Systematischer Kommentar*, Preámbulo § 1, núm. 73 y 74; pp. 39 y 40.

(13) En este sentido, JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 92 y 96.

(14) Así, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 442; también ROXIN, *StrR, AT*, § 11, núm. 109 y 110, p. 258, aunque aproximándose a la concepción que pretende excluir la imputación del primer agente en caso de grave imprudencia médica.

(15) En el mismo sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 330, insistiendo además en la necesidad de constatar el efecto real que ambas conductas han ejercido sobre el resultado final; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 1989, pp. 536 y 543, establece que «la cualidad de la conducta de víctima o de terceros no tiene ninguna relevancia respecto de la conducta del autor. Respecto a ésta sólo podrán incidir aquellos aspectos objetivos que afecten al riesgo por éste creado,...»; cfr. también MAIWALD, *Zurechnungsprobleme im Rahmen der erfolgsqualifizierter Delikte*, JuS 1984, Heft 6, pp. 444 y 445.

inicial es el que efectivamente se ha realizado en el resultado o no, y ello, con independencia de lo grave que resulte la conducta del que interviene con posterioridad.

Tampoco la aplicación en este ámbito del principio de confianza se ve exenta de críticas. En este sentido, como ha puesto de manifiesto *Puppe* (16), el principio de confianza sirve sólo para delimitar el ámbito del deber de cuidado que a cada uno le concierne; no exigiéndose a una persona controlar las posibles infracciones de dicho deber que realicen otras, aunque no puedan descartarse. Siendo éste el ámbito en el que opera, no puede extenderse a las consecuencias de una conducta antijurídica. En efecto, el que dolosamente pone en marcha un proceso causal que lleva a un resultado lesivo, no puede confiar en que terceras personas intervendrán *correctamente* en el proceso, excluyendo la imputación en el caso contrario (intervención imprudente); como tampoco confiar en la actuación contraria a deber de terceros fundamentará la imputación objetiva, por ejemplo, la simple esperanza de que si no muere instantáneamente de la puñalada, lo hará en accidente que pueda sufrir la ambulancia que lo traslada al hospital.

Algunas consideraciones merece también la postura de *Rudolphi* que partiendo del principio de confianza, siempre que en el caso concreto no concurren indicios que hagan contar con comportamientos antijurídicos de la víctima o de terceros, distingue, acto seguido, si la intervención posterior consiste en una acción u omisión, para excluir la imputación en el primer caso, y no así en el segundo. No queda muy claro por qué si efectivamente cabe esperar que el médico actúe correctamente, se imputa al primer agente el resultado cuando el médico, contrariamente a su deber, decide no atender a la víctima, y se niega cuando, también de forma incorrecta, interviene activamente (17). Veremos, sin embargo, más adelante que prescindiendo del principio de confianza, el distinto tratamiento que propone *Rudolphi* en caso de acción y de omisión puede ser utilizado en estos casos para decidir sobre la imputación del resultado. Precisamente esta línea siguen los autores que, pese a partir de distintos criterios, en caso de ausencia de tratamiento médico o insuficiencia del mismo, terminan por imputar el resultado de muerte al primer agente (18).

(16) PUPPE, *Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, ZStW 99, 1987, Heft 4, pp. 611 y 612. Críticamente también, SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA 1975, p. 719; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 544.

(17) En el mismo sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, p. 334, señala que el principio de confianza sólo nos dice que un sujeto puede confiar en que los demás se comporten conforme a derecho, y tan contrario a la norma puede ser un actuar indebido como una omisión de la conducta debida.

(18) Así, RUDOLPHI, *SK, preámbulo § 1, núm. 74*, p. 40; FRISCH, *Verhalten*, p. 442; en España, SILVA SÁNCHEZ, «Preterintencionalidad y otras cuestiones», en

B) En la dogmática española, *Martínez Escamilla*, intenta, prescindiendo ya del principio de confianza y de la gravedad de la imprudencia, encontrar en la imprevisibilidad de la conducta del tercero un criterio válido para excluir la imputación del primer agente. Según su tesis, «el primer autor no responderá nunca por consumación cuando el segundo factor causal determinante del resultado consista en el comportamiento doloso o imprudente de un tercero, *ex ante* imprevisible, y ello con independencia de si ésta constituye una imprudencia simple o temeraria» (19). Para fundamentar dicha tesis acude al fin de protección de la norma y viene a decir que aunque la conducta del primer agente ha generado dos riesgos, que el herido muera a consecuencia de las lesiones iniciales, y el riesgo de intervenciones médicas imprudentes, y sea este último el que se haya realizado en el resultado, no formaba parte de los riesgos que la norma de diligencia infringida pretendía reducir o evitar (20). Por vía de ejemplo establece que «si afirmamos que el conducir a 100 km/h., con el pavimento mojado, está prohibido no sólo por los riesgos directos que conlleva para la vida e integridad de las personas, sino además por la posibilidad de determinar *causalmente* (sin necesidad de previsibilidad objetiva) la intervención errónea de un tercero (ejemplo, un médico) y que, por tanto, hay que castigar (o castigar más duramente en el caso de comportamiento inicial doloso) al primer infractor de la norma cuando esa tercera persona de forma *ex ante* imprevisible para el conductor cause la muerte del paciente, entonces estaríamos castigando a un sujeto porque otro ha creado un riesgo que el primero no tiene posibilidades de evitar» (21).

Parece que es precisamente la imprevisibilidad *ex ante* lo que permite a la autora afirmar que el riesgo de intervenciones médicas imprudentes, que efectivamente se realiza en el resultado, no es el que la norma pretendía evitar, cayendo, por tanto, fuera del ámbito de protección de la norma todos aquellos riesgos que no son previsibles objetivamente (22). Pero aun partiendo de que al establecer el juicio de imputación objetiva hay que atender al fin de protección de la norma, habrá que encontrar un criterio que nos permita determinar si en el caso concreto se debe excluir la imputación del resultado por intervención posterior de tercero. La imprevisibilidad de la

Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo, Barcelona, 1992, p. 64, se muestra también partidario de que este tipo de omisiones no interrumpan la imputación objetiva.

(19) MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, p. 333.

(20) MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, p. 338.

(21) Así, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, p. 339.

(22) Entendiendo que al hablar de previsibilidad objetiva estamos expresando un consenso de lo que es imprevisible según la experiencia general. En esta línea, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 536, propone una limitación normativa al concepto de previsibilidad.

conducta del tercero es un posible criterio, pero no creo que sea siempre el más adecuado, ni el único, para solucionar estos casos, por lo menos en los términos en que se acostumbra a plantear: *imprevisibilidad*-exclusión de la imputación, *previsibilidad*-no exclusión. Sin descartar el tema de la imprevisibilidad de la conducta del tercero, a continuación pasaré a exponer en qué términos considero acertado su mantenimiento, y qué nuevos elementos deben ser tenidos en consideración para llegar a un criterio válido para los supuestos que estamos analizando.

4. A nuestro juicio, en estas constelaciones de **casos de intervención de terceros en el curso causal iniciado por otra persona** y centrándonos en la responsabilidad de esta última, la exigencia de imputación objetiva del resultado a una conducta del sujeto nos permite considerar válido lo siguiente (23): el primer agente no responderá por el resultado consumado cuando el comportamiento del tercero, imprevisible *ex ante*, consista en una acción que introduce un riesgo nuevo que, concretándose en el resultado, sustituya al riesgo inicial, con independencia de que, desde el plano jurídico-penal, la creación de este nuevo riesgo se considere o no imprudente (24). Por contra, se imputará el resultado al primer agente si la intervención del tercero, o su falta de intervención, no evita que el riesgo creado en primer lugar se realice en el resultado, ya sea previsible o imprevisible *ex ante* (25). Considero importante destacar aquí que la infracción de un deber de salvaguarda no puede interrumpir la imputación objetiva del resultado típico respecto a la conducta del primer agente. En cambio, la infracción de un deber de no injerencia activa o de un deber de control de una fuente de peligro propia podrá interrumpir la imputación objetiva, cuando sustituya completamente al riesgo inicial, realizándose en el resultado. Pero no podrá interrumpirla cuando la misma no se proyecte en el resultado típico —tentativa por parte del interviniente posterior—, o, pese a proyectarse en el resultado, no impida que el riesgo inicial también se realice en el resultado típico, respondiendo por el resultado tanto el agente inicial como el interviniente posterior.

Por consiguiente, si pensamos en el médico como la persona que interviene con posterioridad a la actuación del primer agente, habrá que distinguir según su conducta consista en un hacer activo o en una omisión: en el primer caso (acción), si la conducta activa del médico introduce un nuevo riesgo, dejándose, por ejemplo, olvidados los algodones que utilizó durante la operación, determinándose con

(23) En la línea de las conversaciones mantenidas con mi maestro, SANTIAGO MIR, y con FRANCISCO BALDÓ.

(24) Por ejemplo, utilización por parte del cirujano de un bisturí que no ha sido debidamente desinfectado, provocando así una infección, que determina la muerte del paciente.

(25) Por ejemplo, la omisión de tratamiento derivada de un error de diagnóstico que determina la no salvación de la víctima.

ello la muerte del paciente, tendremos que excluir la imputación objetiva respecto al primer interviniente; en cambio, si entendemos que el médico lleva a cabo una conducta activa que no introduce un nuevo riesgo porque, por ejemplo, la operación se realiza conforme a la *lex artis* pero, desafortunadamente, no se consigue salvar al paciente, imputaremos el resultado de muerte al que actuó en primer lugar. Efectivamente, la actuación positiva del médico no es suficiente para hablar de creación de un nuevo riesgo, actuación que puede ser considerada como de disminución del riesgo existente.

La cuestión varía cuando nos hallamos ante una omisión por parte del médico, derivada de un error de diagnóstico o de la simple infracción de un deber de salvaguarda, pues al no introducirse un nuevo riesgo, ya sea la conducta del médico previsible o imprevisible, deberemos afirmar la imputación objetiva respecto al primer causante, independientemente de la posibilidad de hacer responder también al médico por el resultado en comisión por omisión, siempre que concurren los presupuestos para ello.

5. Volviendo a la sentencia objeto de este comentario, y siguiendo el criterio propuesto para determinar en qué casos la intervención posterior de terceros puede llegar a interrumpir la imputación del resultado al primer agente, vamos a analizar ahora la **actuación de los dos equipos médicos, tanto desde el punto de vista de la acción como de la omisión.**

Del relato fáctico se desprende que de las heridas producidas por el apuñalamiento se derivan varios riesgos, entre otros, el riesgo de morir instantáneamente (previsible objetivamente), que no se realiza; el riesgo de morir de camino al hospital (también previsible objetivamente, si descartamos por ahora un posible accidente de la ambulancia), que tampoco se produce; y, finalmente, el riesgo de morir en el hospital. Este último es el que se realiza en el resultado. Pero a la pregunta de si con la intervención de los médicos en el hospital se introduce algún riesgo nuevo, debemos responder negativamente, pues de las dos perforaciones que padecía Antonio consecuencia del apuñalamiento, «le fue suturada la perforación del colon transverso y del mesocolon, pero no así la del yeyuno, al no haber sido observada por el cirujano». Y respecto a la segunda intervención quirúrgica, realizada de urgencias, «tampoco se suturó ni taponó la perforación del yeyuno al no ser observada por este segundo equipo médico la cual había desencadenado una peritonitis y la diseminación general de gérmenes que provocó un shock séptico, a consecuencia del cual, unido a un shock hipovolémico, falleció Antonio ese mismo día». Como podemos apreciar, se trata de un error de diagnóstico del que se deriva un tratamiento incompleto, por lo tanto, incorrecto. La no suturación de la perforación del yeyuno constituye una omisión, y como tal no introduce un nuevo riesgo, sino que se limita a no evitar que el riesgo de muerte inherente a una perforación de este

tipo, se realice efectivamente en el resultado. Todo ello nos permite afirmar que la **intervención** de los dos equipos **médicos no interrumpe la imputación objetiva** del resultado típico a la conducta del primer agente (Joaquín).

De lo expuesto hasta el momento advertimos que la intervención de los médicos se compone, por una parte, de un hacer activo, y por otra, de una omisión. Sin embargo, tal como hemos señalado anteriormente, partimos de que no toda conducta activa introduce un nuevo riesgo, aunque la misma contribuya efectivamente a configurar el resultado final. Si la conducta activa es de disminución del riesgo y, por consiguiente, no crea un nuevo riesgo, no podremos desvalorar dicha actuación (26). En todo caso, lo que se podrá analizar es si se ha hecho o no lo suficiente, valorando, tal como haremos más adelante, si existe alguna omisión imputable jurídicamente. En nuestro caso, aunque en el plano naturalístico admitamos que la conducta de los médicos contribuye activamente a la concreta forma de muerte, en el ámbito de la imputación esa actuación es de disminución del riesgo, nos hallamos así ante una acción en sentido naturalístico, pero no imputable jurídicamente. Siendo así, queda descartada de antemano la posibilidad de calificar el hecho como delito de acción. El mal llamado criterio de la causalidad (27), que utiliza la doctrina dominante en principio para decidir si concurre un delito de acción o de omisión, no es de aplicación aquí: no llega a plantearse la alternativa entre acción y omisión porque la acción no es jurídico-penalmente relevante.

A continuación debemos preguntarnos si la conducta de la propia víctima, Antonio, de solicitar voluntariamente el alta, «marchándose así del hospital, pese a la herida quirúrgica de veinte centímetros de longitud consecuencia de la operación» puede excluir la responsabilidad de Joaquín respecto a la muerte (28). Aunque la sentencia no

(26) Cfr. MIR PUIG, PG, p. 245, para quien la conducta cocausante del resultado disminuye el riesgo cuando tiene el sentido de evitar otro riesgo *en un mismo bien jurídico*, no creando un nuevo riesgo que permita la imputación objetiva.

(27) Decimos «mal llamado» porque como se advierte en nuestro caso, no basta la causalidad de una acción para que ésta sea típicamente relevante. La necesidad de elegir entre acción y omisión presupone no sólo la causalidad sino también la posible calificación de la acción como delito: presupone que existe un verdadero concurso de leyes entre un delito de acción y de omisión. Es cierto, entonces, que este concurso ha de resolverse en principio en favor del delito de acción. Más ampliamente sobre esto, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión, concepto y sistema*, 1986, pp. 191 y ss.

(28) En sentido negativo se manifiesta, FRISCH, *Verhalten*, p. 452; ROXIN, *StrR AT*, § 11, n. 111, p. 258, en cambio, entiende que el resultado cae dentro del ámbito de responsabilidad de la víctima (no imputándose así al primer lesionado), si la realización del mismo se basa en una grave conducta imprudente del lesionado, por ejemplo, no acude al médico a pesar de los síntomas. A la misma solución llega BURGSTALLER, *Jescheck-FS*, pp. 364, 365, argumentando que tanto desde el punto de vista de la prevención general como de la especial, no se hace necesario imputar el resultado al primer agente.

alude a esta cuestión, considero obligado realizar algunas consideraciones al respecto. La conducta de la víctima no podrá determinar la interrupción de la imputación objetiva si entendemos que su conducta no supone la introducción de un nuevo riesgo en el proceso causal, sino que, a lo sumo, disminuye las posibilidades de los médicos de detectar la segunda perforación, y con ello, una posible intervención más a tiempo. Sin embargo, parece más correcto afirmar que la víctima introduce activamente un peligro nuevo aunque dicho peligro no constituya un riesgo típico por tratarse de una «autopuesta en peligro» (29) impune, lo cual no prejuzga que este riesgo nuevo se proyecte (total o parcialmente) o no, en el resultado. Si el peligro creado con la conducta de la víctima sustituye totalmente al riesgo inicial, realizándose en el resultado, el resultado típico no podrá imputarse al primer agente. En cambio, si el nuevo riesgo sólo se proyecta en el resultado parcialmente, el que actuó primero responderá por un resultado al que han contribuido tanto él como la propia víctima, aunque a esta última no se le pueda imputar porque su aportación al hecho sea impune.

En nuestro caso no debemos pasar por alto que, tal como se desprende de los hechos probados, la víctima ha muerto a consecuencia de la peritonitis desencadenada por esa segunda perforación no suturada, no pudiéndose descartar que al desarrollo de la peritonitis no haya contribuido también la herida quirúrgica consecuencia de la primera operación, pues también se establece en el relato fáctico que «sobre las 18 horas volvió a ingresar en el mismo Hospital en un estado de shock con sangrado por el drenaje y la herida». Ciertamente, en el campo de la medicina se considera que una herida de este tipo, es susceptible de desarrollar una peritonitis, por ello es que se acostumbra a mantener al paciente en el hospital en observación durante, al menos, una semana. Todo lo dicho nos hace pues suponer que, efectivamente, Antonio contribuyó activamente a la causación de su propia muerte, pero como no hemos podido comprobar que el riesgo creado por éste (marcharse del Hospital pese a la herida de veinte centímetros de longitud) se haya proyectado totalmente en el resultado, desplazando así al riesgo inicial, me inclino a considerar que ambos riesgos se han realizado en el resultado, sin que uno haya sustituido por completo al otro, lo que sería necesario para poder excluir la imputación del resultado en relación al primer agente.

(29) La «autopuesta en peligro» de la propia víctima, que supone la provocación imprudente de una situación de necesidad, no excluye el deber de salvaguarda. Sobre la problemática de los efectos que hay que otorgar a la conducta de la víctima que causa junto con el autor el resultado lesivo, tanto en delitos dolosos como imprudentes, cfr., JOSH JUBERT, «Concurrencia de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas», en: Varios autores, *Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 1992.

III

Finalmente y aunque en la sentencia que estamos comentando únicamente haya sido objeto de una breve mención, me parece oportuno entrar a considerar el comportamiento de los dos equipos médicos, para determinar si podría dar lugar a responsabilidad penal. Nos adentramos, así, en el tema de la **responsabilidad médica por imprudencia**.

1. Parece que en los últimos años la **jurisprudencia del TS** se muestra uniforme en cuanto a los criterios a seguir para determinar la responsabilidad penal de los médicos. Así por ejemplo, en las SSTS 5 julio 1989 y 4 septiembre 1991, entre otras, se establece «que el error científico (errores de diagnóstico) no se incrimina salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable; que queda fuera del ámbito penal la falta de extraordinaria pericia o cualificada especialización, sancionándose, sin embargo, cuando la falta de pericia sea de naturaleza extraordinaria o excepcional; que en esta materia no se pueden señalar principios inmutables al no poder realizarse una formulación de generalizaciones; y que el deber de cuidado ha de establecerse primero y medido (sic.) después en función de todas las concurrentes circunstancias».

Por otra parte el TS destaca, también, la especial peligrosidad de la actividad médico-quirúrgica, reconociendo la posibilidad de que el resultado lesivo producido no sea imputable a imprudencia, por producirse de forma imprevisible (30). En efecto, el médico no está obligado a asegurar que el enfermo sane, como algo de su libre disposición, sino a facilitarle con diligencia y plena dedicación todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia y la situación actual de los conocimientos en medicina, para cooperar a su restablecimiento.

(30) En este sentido, señala la STS 29 marzo 1988 que «son múltiples las actividades humanas creadoras de riesgo pero indudablemente el ejercicio de la medicina... conlleva un plus especial de exposición y contingente peligrosidad. La práctica de la medicina exige cuidadosa atención a la *lex artis*... *La medicina no forma parte de las ciencias exactas*, intervienen con frecuencia elementos inaprehensibles, se interfieren y sorprenden *riesgos extraños de difícil previsibilidad*, propiciando error de diagnóstico, dentro de tolerables márgenes, que pueden escapar al rigor de la incriminación penal. Otros errores de este tipo, por razón de su quantum —notable dimensión de la equivocación padecida— tornará inexcusable el comportamiento médico, máxime si resulta detectable un proceder irreflexivo, la falta de adopción de cautelas de generalizado uso, la ausencia de normales verificaciones o padecimientos. El reproche viene dado en estos caso no tanto por el yerro del juicio como por la dejación de atenciones o comprobaciones sobre las que aquél ha de asentarse. Se acusa la *omisión de medidas o prevenciones* en relación con el cuadro de exigencias básicas comúnmente aceptadas en el ejercicio y praxis de cualquier especialidad médica» (la cursiva es mía).

2. La **doctrina**, por su parte, exige, para poder hacer responsable a un sujeto de un delito imprudente, además de la infracción del deber de cuidado, que el riesgo creado por dicha infracción se realice en el resultado típico, es decir, que éste entre dentro de la finalidad de protección de la norma infringida (31). Así, para afirmar la imprudencia de un sujeto (del médico) no nos podemos conformar con la mera producción del resultado lesivo y, en este sentido, podemos definir la obligación del médico como una obligación de medios y no de resultado (32). Afirmar la infracción o no del deber de cuidado en función de la gravedad de las consecuencias resultantes supondría abandonar la perspectiva *ex ante*, y aumentar así las exigencias de diligencia en el comportamiento (33).

3. Pero llegados a este punto cabe preguntarse cuándo podemos hablar de **infracción del deber de cuidado** por parte de los médicos y, en particular, qué tratamiento merece el error de diagnóstico. Creo que es preciso advertir aquí que tanto la existencia de un fallo técnico como la infracción de la *lex artis* no determinan necesariamente la infracción del deber objetivo de cuidado (aunque constituyan un indicio), pues no implican en sí mismas una valoración jurídica (34). Será el juez, en todo caso, el que, teniendo en cuenta los hechos, decidirá si en el caso concreto se ha vulnerado dicho deber de cuidado. Me parece acertada la observación que hace *Silva Sánchez* en el sentido de que establecer el límite mínimo de lo imprudente plan-

(31) Cfr. MIR PUIG, PG, pp. 300 y 304; GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, pp. 119 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *Delito imprudente*, pp. 561 ss.; acerca de los criterios de concreción del deber objetivo de cuidado, JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, pp. 48 y ss.; sobre el concepto de infracción objetiva del cuidado y sobre la determinación del deber objetivo de cuidado del médico, extensamente, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal I. La actividad curativa*, 1981, pp. 212 y ss, 242 y ss.; el mismo, *El médico ante el Derecho*, 1990, pp. 64 y ss.

(32) Así, SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista», *Derecho y Salud*, julio-diciembre 1994, p. 60; en la misma línea, TORIO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», *ADPCP*, 1986, p. 40, establece que el médico ha de determinar un peligro más intensivo que el pertinente según la *lex artis* para que pueda serle imputado el resultado típico.

(33) Así, KUHLEN, «Zur Problematik der nachträglichen ex ante-Beurteilung im Strafrecht und in der Moral», *Recht und Moral*, 1991, pp. 356 y ss.

(34) Así, ROMEO CASABONA, *El médico*, pp. 233 y ss., para quien el fallo técnico en Medicina supone «un defecto en la aplicación de métodos, técnicas o procedimientos en las distintas fases de actuación del médico», y que, por tanto, se trata de la «comprobación puramente fáctica de que un determinado caso médico no es correcto desde el punto de vista médico», mientras que define la *lex artis* como la técnica médico-quirúrgica que se ha de estimar válida, esto es, «aquella que, siendo reconocida mayoritariamente o minoritariamente, se muestre eficaz para la situación concreta y, dado el caso, para un gran número de situaciones semejantes o típicas»; en el mismo sentido, JORGE BARREIRO, *La imprudencia*, pp. 44 y ss.

tea problemas por tratarse de una decisión valorativa, y no cuantitativa (35). También en términos valorativos, señala la STS 22 abril 1988 que «en las operaciones efectuadas “a vida o muerte”, es decir, en aquellas 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».

En cuanto al **error de diagnóstico**, la jurisprudencia del TS se muestra partidaria de no considerarlo suficiente para afirmar la imprudencia médica punible, entendiendo que «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 desempeño de las actividades quirúrgicas, al no ser exigible en éste ni en ningún aspecto de la vida social la infalibilidad, sino que la culpa estriba en un comportamiento inadecuado a determinadas exigencias y medios» (36). Tampoco en la doctrina se admite que el error de diagnóstico («error o fallo técnico») pueda por sí solo conducir a la responsabilidad penal del médico (37), haciéndose responsable al médico únicamente por errores vencibles en el diagnóstico (38). Como

(35) Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aspectos*, pp. 60 y 61, establece que una vez determinado el índice cuantitativo de peligrosidad de la conducta, «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».

(36) Cfr., entre otras, las STS de 8 junio 1981, 17 julio 1982, 27 mayo 1988, 5 julio 1989, 12 marzo 1990, 4 septiembre 1991, 8 noviembre 1991, 13 noviembre 1992, 21 abril 1992.

(37) En esta línea, SILVA SÁNCHEZ, *Aspectos*, p. 62, señala 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 conducta, que debe ser valorada para dilucidar si ha de conducir a responsabilidad o no»; y se acoge a la doctrina que hace responsable al médico por error vencible en el diagnóstico, sin desconocer que la actividad médica es de por sí un «campo especialmente abonado para errores invencibles»; en el mismo sentido, ROMEO CASABONA, *El médico*, pp. 235, 254 y ss., considera que el tema del diagnóstico es una materia compleja, conjetural, que comporta riesgo de error, por lo que si el médico ha utilizado todos los medios de exploración y análisis a su alcance para eliminar la inseguridad en el diagnóstico y, pese a ello, se demuestra posteriormente que emitió un juicio equivocado, no se le podrá hacer responder penalmente, como el propio autor dice: «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»; el mismo, *El médico ante el Derecho*, pp. 73 y ss.

(38) Cfr., CRAMER, en *Shönke/Schröder. StGB Kommentar*, 1991 § 15, n. 219, p. 279.

supuesto de error vencible podríamos pensar, por ejemplo, en una falta de atención del médico a la hora de leer una radiografía, o en la adopción de un determinado tratamiento sin haber visto ni examinado previamente al paciente.

4. Anteriormente hemos establecido que, a nuestro juicio, aunque los médicos contribuyeron activamente a la concreta configuración del resultado de muerte, dicha contribución queda configurada en el ámbito de imputación como de disminución del riesgo, excluyéndose por tanto la imputación objetiva. Pero queda todavía en pie la cuestión de una posible responsabilidad médica por vía omisiva, en relación a lo que no se llegó a hacer. Para poder determinar si nos hallamos ante un supuesto de **comisión por omisión imprudente** debemos, en primer lugar, comprobar si ambos médicos estaban en posición de garante, en segundo lugar, que efectivamente hubieran podido evitar el resultado de haber realizado la acción indicada (39) y, por último, que dicha omisión puede ser imputada a título de imprudencia. Tanto el médico que interviene en primer lugar, como el que realiza la segunda operación de urgencias, asumen voluntariamente el compromiso de atender al paciente, víctima de una agresión. Siguiendo en este punto a la doctrina dominante que exige para afirmar la posición de garante del médico que éste haya asumido efectivamente el tratamiento del paciente, podemos afirmar que ambos médicos se sitúan en posición de garante, no por su mera condición profesional, sino por haber adquirido el «compromiso» específico de llevar a cabo una intervención quirúrgica (40).

Una vez hayamos establecido cuál era la acción indicada (omitida), tendremos que comprobar, tal como hace la doctrina mayori-

(39) Tal como señala MIR PUIG, P. G., p. 347, en los delitos de comisión por omisión, para que sea posible la imputación objetiva del resultado producido basta con que el sujeto hubiera podido evitar dicho resultado cuando se hallaba en posición de garante. En contra de la doctrina mayoritaria, JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo* (traducción de ENRIQUE PEÑARANDA), Colombia, 1994, pp. 18 y 19, que considera que no se puede establecer una distinción entre acción y omisión en el sentido de exigir para esta última una posición de garante. Para él, «todo titular de un círculo de organización es garante de la evitación de un output que exceda del riesgo permitido», independientemente de que se trate de un delito de acción o de omisión.

(40) En este sentido, afirma SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la comisión por omisión», *CPC*, 1989, p. 356, que la realización típica en comisión por omisión exige «que el sujeto, eventualmente en una posición de responsabilidad agravada, haya adoptado el *compromiso específico y efectivo* de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados» y añade que el «compromiso material» se adquiere mediante la *realización de actos inequívocos de contención* del riesgo o riesgos de que se trate, sin venir impuesto desde fuera (con cursiva en el original); el mismo, *Derecho y Salud*, p. 960. Cfr., recientemente, las posiciones que en materia de omisión sostiene, BALDÓ LAVILLA, *Estado de Necesidad y Legítima Defensa*, 1994, pp. 170-190, 247-260 y 362.

taria (41), si de haberse realizado, hubiera podido evitarse el resultado al menos con una «probabilidad rayana en la seguridad». De no ser así, no podremos imputar el resultado. Nos apartamos, por consiguiente, de la tesis del incremento del riesgo, para la cual basta con que la realización de la acción indicada hubiera supuesto, con seguridad, un incremento de las posibilidades de evitación del resultado (42).

Admitiendo que la cuestión acerca de si se actuó o no conforme a la *lex artis* no se puede plantear en abstracto, es decir, sin atender a las circunstancias concretas del caso (43), podemos establecer que, ante un supuesto de apuñalamiento, la acción o tratamiento *ex ante* adecuado consiste en la realización de una «laparotomía exploratoria», es decir, abrir al paciente y examinar todos los órganos que pueden haber sido afectados por la puñalada. En principio, con una correcta exploración se podría haber detectado no sólo la perforación del colon transverso y del mesocolon, sino también la del yeyuno, que habría sido suturada del mismo modo. Sin embargo, aun admitiendo que dicha suturación hubiera evitado, con una «probabilidad rayana en la en la seguridad» el resultado de muerte, no podemos dejar de preguntarnos si el hecho de no detectar la perforación es suficiente para afirmar la imprudencia del médico. En la línea de lo apuntado anteriormente respecto al error en el diagnóstico, me adhiero a la tesis que hace responsable al médico únicamente en el supuesto de error vencible. Esta solución es la que resulta más razonable desde una postura que pretende valorar la actuación médica desde el análisis de la conducta *ex ante*, y no partiendo de los graves resultados que conlleva un fallo en el diagnóstico (44).

En orden a determinar la responsabilidad de ambos médicos, también deberá tenerse en cuenta: por una parte, que el fallo en el diagnóstico del primer cirujano podría haber sido subsanado si el paciente, Antonio, hubiera permanecido en el hospital durante el tiempo señalado para estos casos; por otra, que el hecho de que aquél le permitiera marchar del hospital no puede considerarse una omisión

(41) Cfr. por todos, MIR PUIG, P. G., pp. 345-347, que considera que para que el resultado constituya realización del riesgo no disminuido (necesario para la imputación objetiva), se tendrá que poder comprobar *ex post* que el mismo se habría evitado (al menos con práctica seguridad) con la intervención omitida.

(42) El TS parece, sin embargo, acogerse a la teoría del incremento del riesgo en algunas sentencias, por ejemplo, en la de 5 julio 1989 afirma al analizar la relación de causalidad que «dentro del mundo de las probabilidades no puede de ninguna manera descartarse el éxito de una intervención a tiempo»; y, en la de 5 diciembre 1989 establece que «el retraso en la adopción de las cautelas encerraba *ex ante* el aumento notable del riesgo para la vida del paciente...».

(43) Cfr. CRAMER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, Kommentar, 1991, 24 ed., § 15, n. 219, p. 279.

(44) En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Derecho y Salud*, p. 61.

médica por ser el propio Antonio el que solicitara el alta voluntaria; y, por último, respecto al cirujano que intervino en la segunda operación, habrá que valorar el estado en que se hallaba Antonio al entrar de urgencias, puesto que a mayor gravedad y urgencia de la situación mayor es también el margen de error, y menor la posibilidad de adoptar medidas para evitarlo.

IV

En la sentencia, a propósito de la cual realizamos el presente comentario, el Tribunal Supremo ha tenido que ocuparse de la compleja cuestión que plantea la intervención de terceras personas en el curso causal iniciado por otra.

El Tribunal llega a la convicción de que Joaquín debe ser hecho responsable de la muerte de Antonio basándose por un lado, en que «existió ánimo de causar la muerte» y, por otro, en que «el nexo causal no puede quebrar por la actuación más o menos negligente de terceras personas». A pesar de considerar correcta la solución del Tribunal de no excluir la responsabilidad de Joaquín por delito de homicidio doloso consumado, me dispongo a hacer algunas observaciones a la sentencia en atención a las consideraciones efectuadas anteriormente.

En primer lugar, el tema de la intervención posterior de terceras personas no se puede resolver en el terreno de la causalidad, sino que debe plantearse como un problema de interrupción de la imputación objetiva. La sentencia del Tribunal acierta al establecer que el nexo causal no se interrumpe por la actuación de terceras personas. Pero no acaba de separar de forma clara el ámbito de la causalidad del de la imputación objetiva, puesto que al fundamentar dicha afirmación introduce, como ya hemos visto anteriormente, consideraciones de tipo normativo: «pues de haberse comportado éstas (terceras personas) debidamente y con ello haber salvado la vida del paciente, esa circunstancia no podría haber cambiado la calificación jurídica de homicidio, a simples lesiones, sino únicamente haber evitado la consumación del delito, transformando únicamente su grado comisivo».

En segundo lugar, resulta también criticable que no se examine el problema de la imputación objetiva del resultado, conformándose el Tribunal para hacer responsable a Joaquín de la muerte de Antonio con el resultado de muerte, la intención de matar (hechos probados) y con la relación causal que considera que no puede ser interrumpida por la actuación de terceras personas; sin detenerse a comprobar si el riesgo creado con la conducta de Joaquín es el que, efectivamente, se realiza en el resultado.

En tercer lugar, el Tribunal hace referencia a la existencia de unas imprudencias o descuidos médicos, aunque sólo para afirmar que los mismos no evitaron la existencia de la relación de causalidad entre la conducta de Joaquín y el resultado de muerte de Antonio, sin entrar a examinar en qué consistieron esas imprudencias y qué proyección pudieron tener en el resultado final. Tal como se ha visto anteriormente, el tema de la intervención posterior de los médicos plantea dos tipos de problemas: por una parte, la repercusión de su conducta en la imputación del resultado típico a Joaquín, que, como ya hemos dicho, no interrumpe la imputación objetiva por no introducir de forma imprevisible un nuevo riesgo que se realice en el resultado; por otra, el análisis de la actuación de los médicos en orden a establecer sus propia responsabilidad. Con todo, más criticable me resulta que no se mencione en la sentencia si la conducta de la propia víctima ha contribuido o no a causar el resultado. Tal como ya hemos dicho, podemos suponer que así ha sido, por la gravedad de la herida y la precipitada marcha del Hospital, aunque consideremos que el riesgo (atípico) introducido por la víctima no sustituye por completo el riesgo inicial, realizándose ambos en el resultado de final.

La solución del caso pasaría, pues, por hacer responsable a Joaquín de la muerte de Antonio y no de un simple homicidio frustrado, por entender que ni la intervención de la propia víctima, ni la de los médicos, consiguen interrumpir la imputación objetiva del resultado típico del primer agente.