



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL
PERSONAL MÉDICO ANTE LA
ASIGNACIÓN DE RECURSOS
ESCASOS**

Autor: Mariam Medina Mesa

5º E-5

Derecho penal

Tutor: Javier Gómez Lanz

Madrid
Abril 2023

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I. EL CONTEXTO: LA ASIGNACIÓN DE RECURSOS ESCASOS EN SITUACIONES ASIMILABLES A LA PANDEMIA COVID-19	6
1. LA CRISIS SANITARIA DE LA COVID-19	6
2. LA RELEVANCIA JURÍDICA DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL MÉTODO DE ASIGNACIÓN	8
CAPÍTULO II. APROXIMACIÓN PENAL DE CARÁCTER GENERAL	10
1. LEGITIMIDAD DE LA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL	10
2. CUESTIONES INTRODUCTORIAS	15
CAPÍTULO III. CALIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA CONDUCTA DEL PERSONAL MÉDICO EN PRESENCIA DE UNA NORMA JURÍDICA REGULADORA DE CARÁCTER GENERAL	16
1. EL PERSONAL MÉDICO ACTÚA CONFORME A LOS CRITERIOS DE ASIGNACIÓN PREVISTOS JURÍDICAMENTE	16
2. EL PERSONAL MÉDICO NO ACTÚA CONFORME A LOS CRITERIOS DE ASIGNACIÓN PREVISTOS JURÍDICAMENTE	24
2.1. El personal médico decide deliberadamente darle el tratamiento a una persona distinta de la establecida por los criterios de asignación	25
2.2. El personal médico le proporciona el tratamiento a una persona distinta de la establecida por los criterios de asignación, por un error en la valoración de los criterios	28
CAPÍTULO 4. CALIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA CONDUCTA DEL PERSONAL MÉDICO EN AUSENCIA DE UNA NORMA JURÍDICA REGULADORA DE CARÁCTER GENERAL	35
1. CUESTIÓN PREVIA: DETERMINACIÓN DE LA POSICIÓN DEL PERSONAL MÉDICO ANTE LA FALTA UNA NORMA JURÍDICA QUE ESTABLEZCA LOS CRITERIOS DE ASIGNACIÓN.....	35

2. CALIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL	39
2.1. El personal médico actúa conforme a los criterios de asignación previstos en el informe del Ministerio de Sanidad.....	39
2.2. El personal médico no actúa conforme a los criterios de asignación previstos en el informe del Ministerio de Sanidad.....	46
2.2.1. El personal médico decide deliberadamente darle el tratamiento a una persona distinta de la establecida según el protocolo de actuación.....	47
2.2.2. El personal médico le proporciona el tratamiento a una persona distinta de la establecida por el protocolo de actuación, por un error en la valoración de los criterios	47
CONCLUSIONES	48
BIBLIOGRAFÍA	52
1. LEGISLACIÓN	52
2. JURISPRUDENCIA.....	52
2.1. Tribunal Constitucional.....	52
2.2. Tribunal Supremo	53
2.3. Audiencias Provinciales	55
3. OBRAS DOCTRINALES	56
4. RECURSOS DE INTERNET	59
ANEXO I.....	62

INTRODUCCIÓN

La excepcionalidad es inherente a toda situación de emergencia sanitaria, cuyas consecuencias pueden llegar a ser inimaginables. Así se probó con la COVID-19, cuando lo que se conoció como un simple virus acabó poseyendo la suficiente entidad como para paralizar –o al menos alterar– el mundo. Tal ha sido el impacto de esta pandemia, que no sólo ha provocado una crisis sanitaria, sino también ha tenido serias repercusiones económicas y sociales. ¿Estaba el Derecho preparado para enfrentarse a esta situación? Lo más correcto sería decir que, al igual que no lo estaban la economía, el sistema sanitario o la sociedad en su conjunto, no lo estaba –o al menos no completamente– el Derecho.

Esta falta de preparación durante la pandemia podía justificarse en su imprevisibilidad. Sin embargo, hay cuestiones que esta pandemia ha sacado a relucir, que –por tanto– ya son previsibles y es importante resolverlas ante la posibilidad de que tenga lugar una situación asimilable. Así, este cuestionamiento no tiene como fin evaluar las actuaciones llevadas a cabo durante la reciente pandemia, pero sí solucionar las posibles deficiencias jurídicas de nuestro ordenamiento, para prevenir vulneraciones futuras del mismo.

En este contexto, el presente Trabajo de Fin de Grado se va a centrar en la asignación de recursos escasos en una situación de colapso sanitario. Aunque la gestión de recursos no es una novedad en sí misma, la COVID-19 ha puesto el foco de atención en este problema, específicamente en el ámbito sanitario, cuando no se trata sólo de “priorizar” pacientes, sino de “excluirlos”, teniendo como resultado su muerte.

Tradicionalmente, la actuación del personal médico ha sido objeto de análisis penal cuando ha tenido lugar la muerte o lesiones de un paciente como consecuencia de una mala *praxis* médica. Analizar su responsabilidad penal en el presente supuesto puede parecer contraintuitivo por el hecho de que, en una pandemia, el personal médico es esencial para contener y paliar sus efectos. Sin embargo, la entidad de los bienes jurídicos en juego hace preciso dicho análisis, pues la excepcionalidad de la situación no implica que en su seno no se puedan llegar a producir actuaciones reprochables jurídicamente.

Por esta razón, aún teniendo en cuenta el contexto, es importante considerar la juridicidad de tales actuaciones y, especialmente, determinar su calificación jurídico-penal, para que el Derecho penal, como medio jurídico y formalizado de control social, cumpla, en su caso, con su función de evitar que se lleven a cabo determinadas conductas desvaloradas por nuestra sociedad¹, así como para que su función de prevención general despliegue plenos efectos.

De esta manera, el objetivo principal del presente trabajo es analizar hasta qué punto es necesario, atendiendo a la responsabilidad penal del personal médico, el desarrollo de una norma jurídicamente vinculante que determine cuáles son los criterios de asignación de recursos escasos ante una situación equiparable a la pandemia de COVID-19. Para su consecución, son precisos dos objetivos secundarios: (i) determinar cómo es la situación en ausencia de tal norma jurídica y (ii) realizar una comparación de la calificación-jurídico penal de la conducta del personal médico en ausencia y presencia de la misma. Ello requiere, en primer lugar, la determinación de la naturaleza y especificidades del contexto y, en segundo lugar, una revisión bibliográfica y análisis jurisprudencial sobre las cuestiones relevantes en la responsabilidad penal del personal sanitario. Posteriormente, se precisa la calificación-jurídico penal en ambos supuestos, diferenciando el cumplimiento de los criterios establecidos, de su incumplimiento deliberado y de su incumplimiento por error. Finalmente, se comparan los supuestos para extraer conclusiones.

En atención a lo anterior, en el Capítulo I se desarrolla el contexto en el que la actuación del personal médico tiene lugar, así como la relevancia jurídica de las características del método de asignación de recursos. En el Capítulo II se realiza una aproximación penal de carácter general al contexto, analizando la legitimidad de la intervención penal en el mismo, así como resolviendo cuestiones introductorias a la calificación jurídico-penal que se realizará en los apartados siguientes. En el Capítulo III se lleva a cabo la calificación jurídico-penal de la conducta en presencia de una norma jurídica reguladora de carácter general. Por su parte, en el Capítulo IV, se examina cómo es la situación en ausencia de norma jurídica y, en consecuencia, se efectúa la calificación

¹ Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general* (10ª ed.), Editorial Reppertor, Barcelona, 2016, p. 42.

jurídico-penal de la conducta del personal médico. Finalmente, se presentan unas conclusiones formuladas a raíz de lo expuesto en los capítulos previos.

CAPÍTULO I. EL CONTEXTO: LA ASIGNACIÓN DE RECURSOS ESCASOS EN SITUACIONES ASIMILABLES A LA PANDEMIA COVID-19

1. LA CRISIS SANITARIA DE LA COVID-19

En 2019, el mundo escuchó por primera vez el término “COVID-19”, pero no fue hasta meses después cuando pudo comprender sus implicaciones. La COVID-19 es una enfermedad provocada por el coronavirus SARS-CoV-2². No resulta llamativo decir que es un virus que presenta como síntomas más habituales la fiebre, la tos seca y el cansancio³; sin embargo, la cifra de fallecidos notificados con causa en esta pandemia sólo en España, desde su inicio en 2020 hasta el 31 de marzo de 2023, asciende a más de 120.400 personas⁴.

Un cuadro grave de esta enfermedad presenta como síntomas más comunes la pérdida de apetito, confusión, dolor constante en el pecho, temperaturas altas y dificultad respiratoria⁵. Por su parte, entre las complicaciones que pueden llevar a un enfermo de COVID-19 a fallecer situamos el síndrome de dificultad respiratoria aguda o de distrés respiratorio agudo (SDRA), la septicemia o la tromboembolia⁶, llegando el SDRA a considerarse como principal causa de mortalidad⁷. Esto se debe a que una de las glicoproteínas de superficie del coronavirus se fija a los puntos de unión del receptor de

² Organización Mundial de la Salud, “Información básica sobre la COVID-19”, 2023 (disponible en <https://www.who.int/es/news-room/questions-and-answers/item/coronavirus-disease-covid-19>; última consulta 9/02/2023).

³ *Id.*

⁴ Centro de Alertas y Emergencias Sanitarias del Ministerio de Sanidad del Gobierno de España, “Enfermedad por nuevo coronavirus, COVID-19. Situación actual”, 2023 (disponible en <https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/situacionActual.htm>; última consulta 9/02/2023).

⁵ Organización Mundial de la Salud, *op. cit.*

⁶ *Id.*

⁷ Centro de Alertas y Emergencias Sanitarias del Ministerio de Sanidad del Gobierno de España, “Información científica-técnica. Enfermedad por coronavirus, COVID-19”, 2021, p. 38 (disponible en <https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/ITCoronavirus.pdf>; última consulta 9/02/2023).

la enzima convertidora de angiotensina 2, que abunda en las células alveolares tipo II⁸, células que se encuentran localizadas en nuestros pulmones. Esta adhesión provoca una infección respiratoria que puede ser desde asintomática hasta crítica, pudiendo llegar a provocar SDRA y un subsiguiente fallo multiorgánico⁹.

Conforme a una entrevista concedida por el antiguo jefe del servicio de neumología del Hospital Vall d'Hebron de Barcelona, el catedrático Dr. Ferran Morell, el SDRA “es una condición que no tiene un tratamiento. Lo único es poner a los pacientes en ventilación mecánica y esperar que haya suerte y el organismo reaccione y venza al cuadro este”¹⁰. De esta manera, la respiración artificial se constituye como instrumento esencial para sobrellevar y superar los cuadros más graves de disnea o el SDRA¹¹; aunque, como apunta el Dr. Morell, no ofrece garantías absolutas, al depender de que el organismo sea capaz de reaccionar y vencer al cuadro¹².

A raíz de todo lo anterior, durante la pandemia aumentó el número de pacientes con insuficiencias respiratorias que requerían respiración artificial. Sin embargo, la oferta de respiradores disponibles no pudo hacer frente a la extraordinaria demanda de pacientes¹³, pues ante una situación imprevisible –aunque la imprevisibilidad en este caso no era total, ya que en otros Estados como China o Italia la crisis sanitaria había comenzado antes que en España— resultó muy difícil estar preparado. Así, la exorbitante demanda llevó a un colapso sanitario, en el que incluso los médicos acabaron siendo un recurso limitado; y es en este contexto donde se encuadra la problemática de la asignación de recursos escasos.

Los recursos limitados no suponen un problema nuevo para nuestra sociedad, pero la COVID-19 ha resaltado la importancia de su correcta gestión y distribución,

⁸ Muñoz-Cofré, R., *et al.*, “Relación de las Medidas de Mecánica Ventilatoria y Radiográficas con el Tiempo de Conexión a Ventilación Mecánica en Pacientes COVID-19. Un Análisis Preliminar”, *International Journal of Morphology*, vol. 38, n. 6, 2020, p. 1.580 (disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0717-95022020000601580&script=sci_arttext; última consulta 9/02/2023).

⁹ *Id.*

¹⁰ Wallace, A., “Coronavirus: cómo funcionan los respiradores y por qué la desesperada carrera por fabricar más es clave en la batalla contra COVID-19”, *BBC News Mundo*, 30 de marzo de 2020 (disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-52060716>; última consulta 9/02/2023).

¹¹ Muñoz-Cofré, R., *et al.*, *op. cit.*, p. 1.581.

¹² Wallace, A., *op. cit.*

¹³ *Id.*

especialmente, en el ámbito sanitario. Ante una oferta limitada de recursos, el exceso de demanda debe regirse por algún tipo de método de asignación, cuya elección necesariamente conlleva implicaciones jurídicas, en tanto que la diferencia entre poder acceder o no a un recurso, como un respirador artificial, puede ser la muerte.

2. LA RELEVANCIA JURÍDICA DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL MÉTODO DE ASIGNACIÓN

La elección del tipo de método de asignación tiene relevancia jurídica, pues puede afectar a los derechos fundamentales de los pacientes, así como incidir en la responsabilidad penal del personal médico. En definitiva, tiene repercusión sobre las garantías de los ciudadanos directamente implicados: pacientes y personal sanitario.

En primer lugar, respecto a los pacientes, la repercusión se basa en que estos recursos, que pueden salvar sus vidas o evitarles lesiones, pueden llegar a asignarse por edad, por esperanza de vida, por puro orden de llegada o incluso por influencias, amiguismos o posición económica. Esto plantea un debate constitucional, ético y moral en el que hay en juego bienes jurídicos y derechos esenciales en nuestra sociedad, al plantear dilemas sobre la vida, la salud, la igualdad y el principio de no discriminación. Por esta razón, la utilización de un método que no permita controlar *ex ante* la asignación, verificando como mínimo que exista una justificación para el trato desigual entre pacientes, merma sus garantías y derechos fundamentales. Es decir, la toma de decisiones “en el momento” puede derivar en menores garantías para el respeto de los derechos pacientes, en tanto que no hay un control previo sobre la validez y legalidad del criterio utilizado.

Para que pueda tener lugar tal control, deberían de establecerse previamente en una norma jurídica unos criterios de asignación que sean de aplicación para todo el territorio español, buscando una uniformidad nacional en la prestación de servicios

públicos¹⁴. Además, la transparencia y publicidad de los criterios ofrece mayores garantías, dotando a estos de legitimación social y permitiendo la retroalimentación¹⁵.

En segundo lugar, la elección del tipo de método de asignación tiene relevancia jurídico-penal, pues la cuestión de quién asume la carga de la decisión –entendida como la responsabilidad de determinar a qué persona se le va a asignar el tratamiento y asumir las consecuencias derivadas de esta asignación— puede tener incidencia en la responsabilidad penal del personal médico.

Se presenta ante el profesional médico un caso en el que todos los pacientes sufren la misma enfermedad y necesitan el mismo tratamiento para mantenerse con vida, el cual sólo puede ser suministrado a un número limitado de ellos. Es esencial entender, a este respecto, que no estamos ante una decisión médica, sino ante una decisión con connotaciones políticas, pues el núcleo fundamental del problema es la distribución de recursos, no la eficacia o necesidad del tratamiento. Ello constituye un problema político al incidir sobre la jerarquización de valores a nivel social¹⁶. Por tanto, deben tenerse en cuenta, principalmente, criterios ético-morales, aunque puedan utilizarse también parámetros clínicos.

Lo anterior deriva en que el personal médico, en el ejercicio de su profesión, no debería de cargar con la decisión sobre la distribución de un recurso, por su naturaleza no sanitaria. Así, idealmente, el método de asignación debería de estar diseñado de manera que asuma él mismo esta carga o traslade la misma a profesionales específicamente cualificados para la toma de estas decisiones. Por ejemplo, podrían ser los Comités de Ética de los hospitales los encargados de tomar estas decisiones. Sin embargo, en el modelo de Comité de Ética de los hospitales españoles, estos se constituyen como

¹⁴ De Montalvo Jääskeläinen, F., *et al.*, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus”, 2020, p. 3 (disponible en <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE-%20Priorizacion%20de%20recursos%20sanitarios-coronavirus%20CBE.pdf>; última consulta 20/02/2023).

¹⁵ Romeo Casabona, C.M. y Urruela Mora, A., “La gestión de soportes vitales escasos en contextos de pandemia. Reflexiones acerca de la aplicación de triajes en el marco del COVID-19”, *Revista de Bioética y Derecho*, n. 50, 2020, p. 111.

¹⁶ Méndez, R., “La pandemia está obligando a muchos médicos a actuar como dioses sin quererlo”, *El Confidencial*, 30 de marzo de 2020 (disponible en https://www.elconfidencial.com/espana/2020-03-30/david-rodriguez-arias-bioetica-respiradores-coronavirus_2522799/; última consulta 20/02/2023).

organismos que se reúnen periódicamente, pero no como organismos integrados en los servicios diarios de los hospitales¹⁷, por lo que tal y como están configurados no es factible que estos asuman la carga de la decisión. En este ámbito, el personal médico debería de ostentar un papel informativo en cuanto a los parámetros clínicos que se pudieran tener en cuenta y un papel de ejecución de esa decisión.

Sin embargo, en ausencia de un sistema que asuma la carga de la decisión —como puede ser una norma jurídica de carácter general que determine al médico cómo actuar— y de otra figura que se haga cargo de esta, es el médico quien deberá hacerlo. Así, como se estudiará posteriormente en los Capítulos III y IV, el grado de carga de la decisión que asuma el médico puede tener incidencia penal, en tanto que cuanto mayor sea carga, mayor margen de discreción tiene para tomar la decisión y más se responsabiliza por las consecuencias de esta.

CAPÍTULO II. APROXIMACIÓN PENAL DE CARÁCTER GENERAL

1. LEGITIMIDAD DE LA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL

Antes de realizar el análisis de la calificación jurídico-penal de la conducta del médico, conviene justificar por qué el Derecho penal está legitimado para intervenir en el presente supuesto, ya que la intervención de este no es indiscriminada, sino que debe respetar los límites impuestos al *ius puniendi* del Estado, derivado del artículo 149.1.6 de la Constitución española (en adelante, “CE”). Estos se fundamentan en los beneficios que comportan para la sociedad, para un Estado que se constituye como social, democrático y de Derecho¹⁸ y que debe respetar las garantías para los ciudadanos impuestas por los tres adjetivos anteriores¹⁹.

En primer lugar, el Estado de Derecho impone un límite de carácter formal derivado del principio de legalidad: los enunciados legales penales deben adoptarse en forma de ley, exigiéndose que haya tanto seguridad jurídica como una garantía política al

¹⁷ *Id.*

¹⁸ Artículo 1.1 de la Constitución española (BOE 29 de diciembre de 1978).

¹⁹ Mir Puig, S., *Derecho penal... op. cit.*, p. 114.

sometimiento únicamente de las penas previstas²⁰. En tanto que, en este caso, las conductas tipificadas y sus correspondientes consecuencias jurídicas se encuentran recogidas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, “CP”), se cumpliría el mismo.

En segundo lugar, el Estado social impone la concurrencia de una intervención útil o necesaria para que esté justificada. Esta utilidad o necesidad se manifiesta en dos principios: el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y el principio de mínima intervención, que incluye el respeto a los principios de subsidiariedad y fragmentariedad²¹.

Por una parte, de acuerdo con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, se exige que el Derecho penal condene solamente la lesión —o, en su caso, puesta en peligro— de bienes jurídicos²². Es necesario que aquello que se pretende proteger ostente determinadas características que hagan que la sociedad los considere como fundamentales y que legitimen su tutela penal, es decir, que sea un bien jurídico²³. Así, se entienden como bienes jurídicos aquellas “condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social”²⁴. En tanto que el recibir o no el recurso puede determinar si el paciente vive o muere, o si va a sufrir lesiones, es claro que la cuestión tiene implicaciones para la vida, la salud y la integridad física de los pacientes, valores que constituyen bienes jurídico-penales.

Por otra parte, según el principio de mínima intervención, el Derecho penal sólo debe intervenir cuando su intervención sea necesaria²⁵. Esto implica el respeto a dos subprincipios. Primero, el principio de fragmentariedad determina que la tutela penal debe limitarse a los ataques más intensos a los bienes jurídicos considerados más

²⁰ *Ibid.*, p. 115.

²¹ *Ibid.*, pp. 127-129.

²² Mir Puig, S., “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*”, *Estudios penales y criminológicos*, n. 14, 1989-1990, p. 205.

²³ *Ibid.*, p. 209.

²⁴ Mir Puig, S., *Derecho penal... op. cit.*, p. 132.

²⁵ Fernández Rodríguez, M.D., “Los límites del *Ius puniendi*”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 47, 3, 1994, p. 98.

fundamentales para la convivencia social²⁶. En este caso, la importancia de la protección del derecho a la vida y a la salud se refleja en la intensidad con la que estos son protegidos por nuestro ordenamiento jurídico.

A nivel constitucional, el artículo 15 CE recoge como derecho fundamental el derecho a la vida y a la integridad física, mientras que el artículo 43 CE reconoce el derecho a la protección de la salud. Desde un punto de vista penal, a modo de ejemplo, podemos apreciar la especial protección que dispensa el Código Penal a la vida en el Libro II Títulos I y II, véase en la tipificación del delito de homicidio o en la del delito de aborto. Por otra parte, la especial valoración positiva a la salud y a la integridad física se manifiesta, también como ejemplo, en los Títulos III y IV del mismo Libro II, véase el delito de lesiones.

Asimismo, en distintos preceptos del Código se utiliza la violencia física sobre las personas como elemento accidental que provoca la concurrencia de un tipo agravado o cualificado, lo que manifiesta la intención del legislador de evitar un daño a la integridad física de la persona durante la comisión de otros delitos –véase en el caso de intentar doblegar su voluntad infringiendo un daño físico—. Por ejemplo, la diferencia penológica entre la comisión de un delito de prostitución de un menor de edad, cuyo tipo básico se ve agravado si ha mediado el uso de violencia o intimidación (artículo 188 CP).

Además, no sólo se tipifican como delitos las conductas que lesionan estos bienes en determinadas circunstancias, sino que también estos son considerados como indisponibles –quiere decir que su titular no tiene la libre disposición de los mismos— precisamente para su protección, con la excepción de lo dispuesto en la LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia²⁷, y teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 155 CP sobre los efectos atenuantes del consentimiento en las lesiones y en el artículo 156 CP sobre el trasplante de órganos, las esterilizaciones y la cirugía transexual.

²⁶ FJ segundo de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 9/2023, de 19 de enero [versión electrónica – base de datos CENDOJ Id. 28079120012023100091]. Fecha de última consulta 15/03/2023; FJ cuarto de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria núm. 10/2020, de 17 de febrero [versión electrónica – base de datos LA LEY 36876/2020]. Fecha de última consulta 15/03/2023.

²⁷ Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (BOE 25 de marzo de 2021).

El hecho de que se hayan tipificado estos delitos, eligiendo proteger intensamente tanto la vida como la salud y la integridad física, manifiesta de manera explícita lo importante que es para la sociedad preservarlos, por lo que se legitima su tutela penal. Asimismo, estamos ante una agresión grave a los mismos, pues en el supuesto objeto de estudio en todo caso van a ver lesionados.

Segundo, el principio de subsidiariedad determina que la intervención penal debe ser la *ultima ratio*, por lo que sólo debe operar cuando el orden jurídico no pueda restablecerse mediante el uso de otros medios jurídicos no penales²⁸. En este caso, la mala *praxis* puede conllevar una sanción disciplinaria o derivar en responsabilidad civil; la pregunta es si esas sanciones son suficientes para proteger los bienes jurídicos. En este sentido, la intervención del Derecho penal se legitima en virtud de la propia protección otorgada a los bienes jurídicos en juego por parte del Código penal, dada la entidad de estos. Así, su intervención en casos de imprudencia profesional no ha sido ocasional, por lo que por esta razón podría entenderse que las anteriores sanciones se probaron insuficientes en este tipo de supuestos.

En tercer lugar, el Estado democrático impone como límites: 1) el principio de culpabilidad, bajo el que se incluyen los principios de responsabilidad personal, responsabilidad por el hecho, responsabilidad subjetiva e imputación personal; 2) el principio de humanidad de las penas; 3) la proporcionalidad de la sanción respecto a la conducta; y 4) la resocialización del sujeto activo²⁹. En el presente supuesto, el respeto a estos límites no presenta mayor problema.

De esta manera, todos estos límites al *ius puniendi* del Estado se respetan, por lo que resulta legítima la intervención del Derecho penal. Es cierto que en el contexto objeto de análisis cabe imaginarse a un médico exhausto por el colapso sanitario y la incertidumbre; por esta razón, puede parecer contraintuitivo analizar su conducta. Sin embargo, es vital entender que existe una diferencia entre las consecuencias y daños producidos “por” la pandemia y “durante” la misma: las primeras son consecuencia directa de la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia (como es la escasez de recursos

²⁸ Mir Puig, S., *Derecho penal... op. cit.*, p. 128.

²⁹ *Ibid.*, p. 133.

en sí misma), mientras que las segundas tienen su motivación en otras causas (como puede ser en el comportamiento negligente del personal médico o en una actuación errónea de la Administración Pública)³⁰.

Así, es indiscutible que en este contexto pueden existir lesiones a bienes jurídicos que el ordenamiento jurídico busca proteger intensamente “durante” una situación asimilable a una pandemia y, por ese desvalor de resultado, es necesario cuestionarse las implicaciones jurídico-penales. Además, en estos supuestos puede llegar a apreciarse ante determinadas conductas desviadas también un desvalor de la conducta, como se analizará posteriormente.

No hacerlo, aún cuando la justificación resida en la excepcionalidad de la situación o en el caos generado por la incertidumbre o por la crisis sanitaria, puede conllevar consecuencias indeseadas futuras, dado que no analizar una cuestión, por ser esta controversial, puede afectar a las propias funciones del Derecho penal, en específico, a la función de prevención general, dirigida a la colectividad de la sociedad.

Por una parte, no cuestionar que en este tipo de situaciones haya responsabilidad penal por parte de los actores implicados, aún cuando se lesionan bienes jurídicos tan valorados por nuestra sociedad, hace que, en situaciones de emergencia, puedan darse más casos en los que se prioriza o excluye en función de criterios no pretendidos ni admitidos por nuestra sociedad. Esto es así, puesto que no se le permite cumplir con su función intimidatoria y “opera[r] como ‘coacción psicológica’ en el momento abstracto de la incriminación legal”³¹.

Por otra parte, en virtud de la prevención general positiva, la pena constituye “una razonable afirmación del Derecho en un Estado social y democrático de Derecho”³². Así, según Armin Kaufmann, la prevención general positiva tiene una función informativa acerca de cómo actuar y cómo no, una función de refuerzo y mantenimiento de la

³⁰ Macía Morillo, A., “El parámetro de la “lex artis” de los profesionales médicos en tiempo de COVID-19”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, n. 54, 2021, S.P.

³¹ Mir Puig, S., *Derecho penal... op. cit.*, p. 89.

³² *Ibid.*, p. 90.

confianza en que nuestro orden jurídico está capacitado para permanecer e imponerse y una función de crear y fortalecer en la sociedad una actitud de respeto por el Derecho³³.

En este sentido, España se constituye como un Estado de Derecho, en donde es esencial la seguridad jurídica y también la consideración de que nuestro sistema es legítimo. Vulnerar una norma en un momento de crisis sin que se plantee siquiera que puede haber consecuencias por este hecho puede lesionar la legitimidad de este y la confianza en su capacidad para imponerse. En este caso, permitir o ignorar la priorización realizada en función de criterios no pretendidos ni admitidos por nuestra sociedad, como puede ser la capacidad económica, con justificación en la situación de emergencia, puede afectar a la credibilidad de nuestro orden jurídico, así como a la credibilidad de un sistema de salud público que se sustenta en la igualdad efectiva³⁴.

2. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

En los próximos Capítulos se va a plantear el análisis de la calificación jurídico-penal de la conducta del personal médico en distintos supuestos. Para examinar la misma, es necesario acudir a una teoría a través de la cual identificar qué atributos permiten sostener que la conducta en cuestión se considera un delito³⁵. A estos efectos, la referencia principal ha sido la configuración de los elementos de la teoría jurídica del delito elaborada por D. Antonio Obregón García y D. Javier Gómez Lanz³⁶. De esta manera, para que se considere que una conducta constituye un delito deben concurrir dos macro-elementos, que —por tanto— conforman el concepto material del delito: la antijuridicidad penal y la culpabilidad³⁷. Por una parte, la antijuridicidad penal está compuesta por la tipicidad como elemento básico y por la acción y la falta de justificación como elementos periféricos³⁸. Por otra parte, para que se estime que concurre culpabilidad, debe apreciarse que existe la imputabilidad, el dolo y la exigibilidad de una conducta distinta³⁹. Además,

³³ *Ibid.*, p. 89.

³⁴ Artículo 3.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE 29 de abril de 1986).

³⁵ Gómez Lanz, J. y Obregón García A., “Otra propuesta de teoría del delito”, *Revista Penal México*, n. 9, 2015, p. 38.

³⁶ Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *DERECHO PENAL. PARTE GENERAL: ELEMENTOS BÁSICOS DE TEORÍA DEL DELITO* (2ª ed.), EDITORIAL TECNOS (GRUPO ANAYA, S.A.), Madrid, 2016.

³⁷ *Ibid.*, pp. 37-39.

³⁸ *Ibid.*, p. 38.

³⁹ *Ibid.*, p. 39.

esta teoría se compone también de cuatro supuestos especiales de atribución de responsabilidad penal: los delitos imprudentes, las tentativas de delito y actos preparatorios, la participación en el delito y la responsabilidad criminal de las personas jurídicas⁴⁰.

CAPÍTULO III. CALIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA CONDUCTA DEL PERSONAL MÉDICO EN PRESENCIA DE UNA NORMA JURÍDICA REGULADORA DE CARÁCTER GENERAL

1. EL PERSONAL MÉDICO ACTÚA CONFORME A LOS CRITERIOS DE ASIGNACIÓN PREVISTOS JURÍDICAMENTE

En este supuesto, existen unos criterios de asignación de los recursos establecidos previa actuación del personal médico. Estos criterios de actuación son adoptados en una norma jurídica de carácter general, vinculando así a los profesionales sanitarios, que tienen la obligación de cumplir la prioridad o exclusión allí recogida. El personal médico actúa conforme a los mismos y, como consecuencia, una serie de personas no obtienen el tratamiento que necesitaban para mantenerse con vida o bien sufren lesiones.

El primer elemento del concepto material del delito es la acción. Debe evaluarse en primer lugar, dado que el artículo 10 CP –y el principio de responsabilidad por el hecho recogido en el mismo—, determinan que sólo constituyen delitos los hechos que sean “acciones y omisiones”⁴¹. Para que la conducta del personal médico constituya una acción u omisión en términos jurídico-penales, esta debe de ser externa y voluntaria. Una conducta es externa cuando trasciende al mundo exterior y es voluntaria cuando está sujeta al control del sistema cerebral del sujeto activo y no es ocasionada por ningún acto reflejo, fuerza irresistible o estado de plena inconsciencia⁴². En este supuesto, se da la exterioridad requerida, en tanto que el profesional médico le da el tratamiento a un paciente y no a otro, a la vez que existe voluntariedad en su actuación –en los términos descritos anteriormente—.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 30.

⁴¹ *Ibid.*, p. 52.

⁴² *Ibid.*, pp. 52-54.

El segundo elemento del concepto material del delito es la tipicidad. Esta implica un juicio de subsunción de la acción en un tipo penal —la descripción de una conducta en un enunciado legal penal a la que se asocia una pena—, a la vez que un juicio de desvalor de resultado, por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido⁴³.

Respecto de los tipos penales objeto de subsunción, podría existir una situación concursal. Este Trabajo de Fin de Grado se va a centrar en la muerte o en las lesiones del paciente al que no se le proporciona el recurso como supuestos aisladamente considerados, sin entrar a analizar posibles concursos por razones de espacio. Por ello, los delitos que se van a analizar son: el delito de homicidio, tipificado en el artículo 138.1 CP, y el delito de lesiones, tipificado en el artículo 147 CP, así como las lesiones tipificadas en el artículo 149.1 y 150 CP, en comisión por omisión, conforme al artículo 11 CP. Asimismo, se deberá tener en cuenta que estos delitos admiten una vertiente imprudente tipificada en los artículos 142 y 152 CP. Sin embargo, se reconoce, especialmente, la relevancia para el supuesto del delito de omisión del deber de socorro de un profesional, tipificado en el artículo 196 CP.

En relación con el sujeto activo, que es quien lleva a cabo la conducta típica⁴⁴, aunque en este texto se trate al personal médico como una unidad, en tanto que, en la asistencia sanitaria a un paciente, suelen intervenir distintos profesionales⁴⁵, el principio de personalidad de las penas impone que se haga únicamente responsable al sujeto por sus acciones u omisiones⁴⁶.

En este contexto, se pueden plantear cuestiones sobre la participación en el delito. Por ejemplo, cuando un profesional médico toma la decisión aplicando los criterios y otro la ejecuta o cuando este simplemente ejecuta la misma, porque un órgano del hospital, como un Comité de Ética establecido *ad hoc*, ha sido quien ha decidido a qué paciente otorgarle el recurso. Las mismas son relevantes, pero por motivos de espacio, no van a atenderse a cuestiones sobre participación. Por esta razón, el sujeto activo será el profesional médico individualmente considerado que, encargado del paciente, aplica los

⁴³ *Ibid.*, p. 65.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 74.

⁴⁵ Gallardo Castillo, M.J. *et al.*, La responsabilidad jurídico-sanitaria, *LA LEY*, Madrid, 2011, p. 245.

⁴⁶ Mir Puig, S. *et al.*, *Derecho penal... op. cit.*, p. 134.

critérios y ejecuta la acción omisiva de no proporcionarle el tratamiento al paciente fallecido o lesionado. No obstante, se debe advertir que la actuación aislada de un profesional en este ámbito supone un supuesto excepcional⁴⁷.

El sujeto pasivo –el titular del bien jurídico protegido⁴⁸– es el paciente fallecido o lesionado al que no se le proporciona el tratamiento y el objeto material –persona o cosa sobre la que recae la acción⁴⁹– es también el paciente.

En el caso del homicidio y las lesiones, el tipo formado por los artículos antes expuestos y el artículo 11 CP es, en atención al comportamiento desvalorado, de omisión, puesto que existe un riesgo precedente –la enfermedad– y el sujeto activo debería haber realizado un comportamiento que anulara ese resultado –proporcionarle el tratamiento–⁵⁰. Asimismo, el tipo es de resultado, ya que requiere acción típica –causar la muerte o provocar lesiones– y un resultado típico –que fallezca o resulte lesionado–, por lo que son separables en el tiempo y espacio⁵¹.

Estos tipos se conocen como tipos de comisión por omisión y es necesario que el resultado sea atribuible u objetivamente imputable a la omisión realizada por el sujeto activo⁵². Sin embargo, no es posible imputar objetivamente el resultado de forma “natural”, ya que se trata de una no intervención –omisión– por parte del sujeto activo. Por ello, el artículo 11 CP establece las condiciones en las que un resultado puede ser imputado objetivamente a una omisión⁵³.

En primer lugar, se requiere una equivalencia estructural. Se formula un juicio de imputación objetiva propio de los tipos de resultado omisivos a través de una causalidad hipotética y de la ausencia de reducción de un riesgo precedente y su relación con el resultado. Así, se equipara estructuralmente la no evitación del resultado a la causación mismo⁵⁴.

⁴⁷ Gallardo Castillo, M., *op. cit.*, p. 245.

⁴⁸ Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *op. cit.*, p. 75.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Ibid.*, p. 84.

⁵¹ *Id.*

⁵² *Ibid.*, pp. 87-90.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.*

Por una parte, el riesgo preexistente es la enfermedad que padece el paciente, que en última instancia será la que le produzca la muerte o las lesiones discutidas. Así, debe evaluarse hasta qué punto desaparece el resultado dependiendo de si hubiese tenido lugar la acción omitida, pues en caso de que así sea, se entiende que la omisión es causa hipotética del resultado⁵⁵. En este caso, cabe pensar que, si el médico le hubiese proporcionado el tratamiento al paciente fallecido, hay una alta probabilidad de que este no hubiera muerto —es destacable que no hay absoluta certeza, pues el paciente tiene que reaccionar al tratamiento, lo cual puede ser incierto—. Por lo tanto, se equipara estructuralmente la no reducción del riesgo de muerte del paciente a la causación de esta muerte.

En segundo lugar, se requiere que el sujeto activo ostente la posición de garante, es decir, un especial deber jurídico de evitar la muerte del paciente⁵⁶. El artículo 11 CP distingue como fuentes generadoras de una posición de garante: la ley, el contrato y la actuación precedente. La determinación de las situaciones en las que el personal médico ostenta una posición de garante respecto a los pacientes ha sido tradicionalmente discutida. Mientras que posturas más extensivas sostenían una posición de garante generalizada respecto a los pacientes, que se derivaba del Código deontológico y limitaba por la exigibilidad, otro sector doctrinal consideraba que, para poder plantear una vinculación jurídica entre los sujetos, se requiere un compromiso específico del médico, mediante el cual asume tratar efectivamente a ese concreto paciente⁵⁷. El problema estaba en la determinación de ese compromiso —y sus límites— y en cuándo se entendía que el médico ha asumido efectivamente al paciente⁵⁸.

En tanto que estamos ante un supuesto en el que el profesional médico ha asumido previamente el tratamiento del paciente al ostentar una “posición de dominio sobre lo que había que decidir para atajar, con los medios precisos, una progresiva y negativa evolución de su estado físico”⁵⁹, se acepta doctrinalmente que se ha generado una

⁵⁵ *Ibid.*, p. 88.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 89.

⁵⁷ Silva Sánchez, J. M., “La responsabilidad penal del médico por omisión”, *Diario La Ley*, tomo 1, 1987, p. 955.

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ FJ segundo de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 2230/2001 de 27 de noviembre [versión electrónica – base de datos LA LEY 2693/2002]. Fecha de última consulta 30/03/2023.

posición de garante específica respecto al mismo, al haberse aceptado un compromiso médico-paciente⁶⁰. Este aspecto podría llevar a una discusión en la práctica sobre a partir de qué punto asume efectivamente ese profesional el tratamiento, pero a los efectos del presente Trabajo de Fin de Grado, se va a entender que lo ha hecho.

No obstante, ha de plantearse cuál es el límite de ese compromiso como garante. El profesional médico tiene “el deber de intentar la curación o mejoría del paciente siempre que sea posible”⁶¹ y la obligación de actuar con todos los medios a su disposición⁶². En este sentido, la disponibilidad de los medios debe constituirse como un límite de ese compromiso, en tanto que lo contrario supondría imponerles actuaciones imposibles a estos profesionales.

En este caso, el personal médico no lleva a cabo la conducta típica, porque el respirador no está a su disposición. El hecho de que los criterios de asignación, adoptados con forma de norma jurídica vinculante, determinaran que el tratamiento debía proporcionarse a un paciente en concreto, implica que el tratamiento está disponible para ese paciente y, consecuentemente, que no lo está para los demás. Así, la no disponibilidad del recurso viene determinada por la norma jurídica, por lo que no se le puede exigir reducir el riesgo precedente, ni la evitación del resultado, al no disponer del recurso para poder hacerlo por una causa no imputable al mismo.

En cambio, si no se aceptara lo anteriormente expuesto, considerándose que el médico dispone del tratamiento para proporcionárselo al paciente, podría pensarse que, al existir un único recurso, se le está imponiendo al personal médico una obligación imposible, al existir una colisión de deberes. Sin embargo, sostener que esta es una obligación fuera de tal compromiso significaría legitimar *ex ante* la solución por la que opte el profesional médico, sin que quepa cuestionar la misma en ningún supuesto.

⁶⁰ García Sanz, J., “Responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria”, *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, n. 18, 2001, p. 359.

⁶¹ Artículo 38.1 del Código de Deontología Médica. Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, “Código de Deontología Médica”, 2022 (disponible en https://www.cgcom.es/sites/main/files/minisite/static/828cd1f8-2109-4fe3-acba-1a778abd89b7/codigo_deontologia/index.html; último acceso 3/03/2023).

⁶² FJ vigésimo de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 805/2017 de 11 de diciembre [versión electrónica – base de datos LA LEY 220948/2017]. Fecha de última consulta 30/03/2023.

Así, aunque en esta segunda interpretación se de un auténtico conflicto de deberes⁶³, *a priori*, la obligación del profesional médico como garante respecto a su paciente no se extingue por la mera existencia de un deber como garante respecto a otro paciente. No obstante, sería argumentable que es el legislador el que resuelve el conflicto de deberes en la norma que establece los criterios de asignación, generando un deber específico especial, respecto del paciente al que le corresponde el recurso. La pregunta sería si esa resolución previa limita o no la posición de garante del profesional médico respecto de los pacientes a los que no les corresponde el recurso.

En cualquier caso, aunque se considere que no se limita la posición de garante, se darían todos los elementos del tipo en la conducta del profesional médico, pero podría sostenerse su atipicidad en virtud del artículo 20.7 CP. Conforme al mismo, estará exento de responsabilidad criminal “el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”. De acuerdo con jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, esta eximente “constituye una cláusula de cierre del total sistema jurídico que impide que la aplicación de preceptos normativos que establecen deberes, derechos o funciones sociales pueda verse confrontada con la incidencia en figuras típicas penales”⁶⁴. Así, cabe plantear la atipicidad de la acción ante la existencia de una decisión legislativa previa y general⁶⁵, que obliga al médico a proporcionarle el recurso a ese paciente.

Existe discusión doctrinal sobre si esta causa de exención constituye una exclusión de la tipicidad o más bien está relacionada con las causas de justificación, mas la tesis que debe prevalecer es la de la atipicidad⁶⁶. La existencia de una norma jurídica que prevé estos criterios constituye una autorización de carácter genérico, que implica la existencia de un juicio previo sobre las implicaciones de esta y que desposee de relevancia penal a

⁶³ Ministerio de Sanidad del Gobierno de España, “Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: El SARS-CoV-2”, 2020, p. 7 (disponible en https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Aspectos_Eticos_en_situaciones_de_pandemia.pdf; última consulta 23/02/2023).

⁶⁴ FJ segundo de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 860/2022, de 2 de noviembre [versión electrónica – base de datos CENDOJ Id. 28079120012022100831]. Fecha de última consulta 25/03/2023; FJ único de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 1810/2002, de 5 de noviembre [versión electrónica – base de datos CENDOJ Id. 28079120012002103233]. Fecha de última consulta 25/03/2023.

⁶⁵ Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *op. cit.*, p. 95.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 94-96.

la actuación⁶⁷. Así, se extiende un permiso previo que obliga al personal médico a actuar en la manera que actuó. Además, puede apreciarse la atipicidad de esta conducta en el hecho de que no se cuestiona el carácter delictivo de la actuación de los médicos que, actuando conforme a los criterios establecidos por la Organización Nacional de Trasplantes, trasplantan un órgano a un paciente y no a otro.

Sin embargo, para que pueda apreciarse la eximente, es necesario que se cumplan determinados requisitos establecidos jurisprudencial y doctrinalmente, ya que la norma no desarrolla los mismos. De acuerdo con doctrina judicial, el cumplimiento del deber debe ajustarse a los límites que le impone la norma jurídica que lo legitima⁶⁸, ello deriva en que el deber en cuestión debe tener naturaleza jurídica y en que los requisitos específicos dependerán del concreto deber al que se aluda⁶⁹. En este sentido, para que se aplique la eximente, la jurisprudencia ha exigido el respeto a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad⁷⁰, así como al principio de necesidad⁷¹.

El supuesto más frecuente es el deber de uso de la fuerza por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado⁷² y, para este caso, se han consolidado los requisitos para la aplicación de la eximente. No obstante, se ha discutido su aplicación en otros supuestos, como el deber de educación de los padres respecto de los hijos⁷³ o el cumplimiento de un deber parlamentario⁷⁴.

Así, aplicando los requisitos consolidados para otros deberes, podrían establecerse como tales para el presente supuesto: (i) que los criterios en función de los cuales el profesional médico asigna el recurso estén establecidos en una norma que le vincule

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ FJ primero de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 7ª, núm. 241/2003, de 28 de marzo [versión electrónica – base de datos LA LEY 10769/2004]. Fecha de última consulta 25/03/2023.

⁶⁹ Martínez Escamilla, M. *et al.*, *Derecho penal. Introducción teoría jurídica del delito. Materiales para su docencia y aprendizaje*, Universidad Complutense de Madrid, 2012, pp. 309-310 (disponible en https://eprints.ucm.es/id/eprint/16044/2/DERECHO_PENAL_MATERIALES_PARA_SU_DOCENCIA_Y_APRENDIZAJE.pdf; última consulta 22/03/2023).

⁷⁰ FJ primero de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 7ª, núm. 241/2003, de 28 de marzo, *op. cit.*

⁷¹ Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *op. cit.*, p. 97.

⁷² *Id.*

⁷³ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 654/2019, de 8 de enero [versión electrónica – base de datos LA LEY 28/2020]. Fecha de última consulta 1/04/2023.

⁷⁴ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 301/2021, de 8 de abril [versión electrónica – base de datos LA LEY 15271/2021]. Fecha de última consulta 1/04/2023.

jurídicamente, (ii) que el sujeto activo tenga la condición de profesional médico y que actúe en cumplimiento de sus funciones, (iii) que la aplicación de estos criterios sea necesaria en atención a lo establecido en la propia norma y (iv) que los criterios se apliquen de manera diligente, dentro de los límites establecidos en la norma y respetando la *lex artis*.

En este sentido, tanto la forma como el contenido con el que estos criterios se adopten son relevantes para evitar que se cuestione la existencia de una obligación o deber de actuación conforme a los mismos. Aunque puede presentar problemas adoptar una ley que contenga unos criterios de asignación absolutamente precisos, atendiendo a la situación futura concreta, pueden establecerse a este nivel los criterios o principios fundamentales a partir de los cuales estos van a concretarse posteriormente, mediante una norma de carácter reglamentario emitida por el Ministerio de Sanidad. Es necesario que la norma jurídica detalle al máximo posible la prioridad que debe seguir el profesional médico, para reducir su margen de discrecionalidad y que no se cuestione que actuó en cumplimiento de un deber. De esta forma, se proporcionaría una esencial seguridad jurídica⁷⁵, en tanto que el personal médico con posterioridad simplemente tendría que ponderar las pautas en cada caso, dado que por el modelo del Comité de Ética de los hospitales españoles no es posible que asuman ellos esta ponderación⁷⁶, y proporcionar el recurso a quien corresponda.

Además, respecto de su contenido, conviene que la norma determine el momento en el que el paciente pierde el derecho sobre el recurso. Esta cuestión es relevante para resolver, por ejemplo, el supuesto de un médico que retira el tratamiento a un paciente — con el pensamiento erróneo de que ya no lo va a necesitar—, se lo da a otro paciente y el anterior lo vuelve a necesitar.

Se debe plantear, asimismo, si el paciente tiene tal derecho o si el profesional médico puede quitarle el tratamiento a un paciente para proporcionárselo a otro. La principal diferencia con respecto al supuesto planteado como enunciado al comienzo de este apartado es que, en este caso, el recurso no se encontraría disponible no porque lo determine la norma, sino porque está siendo utilizado. En este punto, pueden establecerse

⁷⁵ Romeo Casabona, C. M. y Urruela Mora, A., *op. cit.*, p. 104.

⁷⁶ Méndez, R., “La pandemia está obligando... *op. cit.*”

distintos supuestos de retirada del recurso: (i) el paciente está en mejor estado clínico, aunque sigue necesítándolo –lo cual podría generar una especie de “tráfico de tratamientos”, pues ese paciente probablemente vaya a necesitarlo nuevamente—, (ii) el paciente está en un estado clínico próximo a la muerte –por lo que no se está haciendo un uso eficiente de ese recurso— o iii) en función de otros criterios como la edad.

Esta consideración es importante porque, en este caso, el paciente fallece o sufre lesiones como consecuencia de una conducta activa –y no omisiva— del personal médico. En los supuestos en los que el tratamiento está disponible, la actuación activa del personal médico va destinada a preservar la salud de sus pacientes. Así, en el supuesto del enunciado existe un peligro previo que atenta contra dos pacientes y la actuación del personal médico neutraliza uno de estos peligros, teniendo su actuación un efecto positivo. En cambio, en este supuesto existe un peligro que atenta contra un paciente y el personal médico genera uno nuevo para neutralizar el otro, teniendo su actuación un efecto negativo –que justificaría en mayor medida una valoración negativa— y un efecto positivo. Aunque considerar el recurso como no disponible cuanto está siendo utilizado puede que no sea la conclusión más eficiente, las consecuencias de permitir el “tráfico de tratamientos” podrían ser demasiado perjudiciales. Si hay un constante cambio, en caso de que los tratamientos necesiten un tiempo prudencial para hacer efecto, puede que en vez de provocar un efecto negativo y uno positivo, se acaben provocando dos efectos negativos, es decir, dos muertes.

Como conclusión de este apartado, si se defiende la limitación del compromiso como garante, en la actuación del personal médico no se darían los elementos del tipo. En cambio, si se defiende que no hay tal limitación, se darían estos elementos, pero la conducta sería atípica en virtud del artículo 20.7 CP, por lo que se exime su responsabilidad penal.

2. EL PERSONAL MÉDICO NO ACTÚA CONFORME A LOS CRITERIOS DE ASIGNACIÓN PREVISTOS JURÍDICAMENTE

En este supuesto, existen unos criterios de asignación de los recursos establecidos previa actuación del personal médico. Estos criterios de actuación son adoptados en una norma jurídica de carácter general, vinculando así a los profesionales sanitarios, que

tienen la obligación de cumplir la prioridad o exclusión allí recogida. Sin embargo, el personal médico no actúa conforme a los mismos y, como consecuencia, no sólo una serie de personas no obtiene el tratamiento que necesitaba para mantenerse con vida o bien sufre lesiones, sino que estos pacientes son las personas que, según la norma, debían recibir el mismo.

Comenzando con la calificación jurídico-penal, también en este supuesto el sujeto realiza una acción. Se da la exterioridad requerida, en tanto que el personal médico le da un recurso a un paciente y no a otro, a la vez que existe voluntariedad en su actuación – en los términos descritos anteriormente—.

Antes de determinar si la conducta es típica, se va a valorar si existe dolo o imprudencia en la actuación del profesional médico. Aunque el análisis del dolo debe tener lugar una vez se detecta que existe un injusto penal, cabe valorarla en este momento, pues si no se aprecia dolo y sí imprudencia, habría que acudir al supuesto especial de atribución de responsabilidad penal de los delitos imprudentes, que tiene incidencia en la determinación del injusto. En este sentido, van a diferenciarse dos supuestos: el incumplimiento deliberado de los criterios y el incumplimiento por error en su valoración.

2.1. El personal médico decide deliberadamente darle el tratamiento a una persona distinta de la establecida por los criterios de asignación

El dolo implica el conocimiento de los elementos de la conducta típica y de la significación antijurídica de la conducta –elemento intelectual—, así como que el sujeto activo quiera realizarla –elemento volitivo—⁷⁷. Existen distintos tipos de dolo: actúa con dolo directo de primer grado el sujeto activo que tiene el deseo y la voluntad de matar o lesionar, actúa con dolo directo de segundo grado aquel consciente de que la muerte o las lesiones son consecuencia muy probable de su actuación, mientras que actúa con dolo eventual, aquel consciente de la probabilidad de que se produzca la muerte o las lesiones a raíz de su acción, aunque no pretenda ese resultado⁷⁸.

⁷⁷ Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *op. cit.*, p. 161.

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 165-166; FJ tercero de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 34/2014 de 6 de febrero [versión electrónica – base de datos LA LEY 3099/2014]. Fecha de última consulta 25/03/2023.

La imputabilidad se constituye como un presupuesto para afirmar la existencia de dolo⁷⁹, pues es la capacidad que tiene el sujeto activo de conocer lo que estaba haciendo, de comprender la ilicitud de sus actos y de adecuar su conducta a esa comprensión⁸⁰. En el presente supuesto, pese al probable agotamiento causado por el exceso en el número de horas trabajadas durante la pandemia, se parte de la base de que el profesional médico no está incurso en ninguna causa de inimputabilidad.

Respecto del dolo, podría argumentarse que se cumple su elemento intelectual si el médico no le da de manera deliberada el tratamiento al paciente que le corresponde. En virtud de que el médico no está siguiendo los criterios que le vinculan, se podría sostener que este, como mínimo, sospechaba que su conducta era antijurídica y que podía tener implicaciones penales, dada la entidad de los bienes jurídicos que hay en juego. En este sentido, la sospecha se ha admitido jurisprudencialmente en ocasiones para la satisfacción de este requisito⁸¹.

En referencia al elemento volitivo del dolo, es defendible –y así se ha hecho por Tribunales penales españoles— que, cuando el médico actúa con una finalidad curativa, se excluye la existencia del dolo, pues es razonable pensar que es incompatible la voluntad de curar con la de matar o lesionar al paciente⁸². Así, en tanto que el profesional médico le acabó proporcionando el tratamiento a otra persona, cabe alegar que su conducta –ampliamente considerada— tenía una finalidad curativa.

Sin embargo, debe analizarse el elemento volitivo respecto de la realización del injusto y, por tanto, respecto de la lesión al bien jurídico en cuestión –la vida o integridad física del paciente con el que tenía un deber específico de actuación curativa—. Aunque debe analizarse cada caso en concreto, se sostiene que el profesional médico actuara con dolo cuando, pese a poder fácticamente hacerlo, no proporcionó el tratamiento al

⁷⁹ Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *op. cit.*, p. 163.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 131.

⁸¹ *Ibid.*, p. 163; FJ cuarto de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 351/2021 de 28 de abril [versión electrónica – base de datos LA LEY 39398/2021]. Fecha de última consulta 1/04/2023.

⁸² Morillas Cueva, L. (dir.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 123; FJ primero de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 10ª, de 11 de octubre de 2006 [versión electrónica – base de datos LA LEY 240722/2006]. Fecha de última consulta 25/03/2023.

paciente, no actuando con una finalidad curativa que, además, le venía impuesta como deber jurídico.

Existe un sector doctrinal que aboga por considerar que el dolo únicamente se compone de elementos intelectivos, mientras que otro sector, en virtud de la teoría de la normativización del dolo, defiende que el dolo se funda no ya en el elemento intelectual, sino meramente en el deber de conocimiento⁸³. Conforme a estas teorías, el personal médico podría estar actuando con dolo cuando no otorga el tratamiento al paciente que le corresponde, pues es cierto que el médico, dados los conocimientos de su profesión, debería ser consciente de que el paciente que no recibe el tratamiento puede fallecer o sufrir lesiones.

Reanudando el análisis de la tipicidad, ya se expuso anteriormente que esta requiere en este tipo de supuestos la concurrencia de una equivalencia estructural⁸⁴ y de una posición de garante⁸⁵. Por una parte, si el médico le hubiese proporcionado el tratamiento al paciente fallecido, hay una alta probabilidad de que este no hubiera muerto lesionado, equiparándose estructuralmente la no reducción del riesgo de muerte o lesiones del paciente a su causación. Por otra parte, se da la posición de garante por las razones expuestas en el supuesto anterior: el profesional médico ha asumido el tratamiento efectivo del paciente –dándose el compromiso médico-paciente—⁸⁶ y el recurso está disponible en todo caso –ya que la norma establece que le corresponde a este concreto paciente—.

En suma, el personal médico que incumple deliberadamente los criterios establecidos en una norma jurídica reguladora de carácter general lleva a cabo una conducta típica que le es imputable y actúa con dolo. Sin embargo, para que constituya un injusto penal, es necesario que la conducta no esté justificada. El análisis de este elemento se realizará tras determinar si hay variaciones en la tipicidad en caso de que el incumplimiento se debiera a un error.

⁸³ Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *op. cit.*, pp. 164-165.

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ *Ibid.*, p. 89.

⁸⁶ García Sanz, J., *op. cit.*, p. 359.

2.2. El personal médico le proporciona el tratamiento a una persona distinta de la establecida por los criterios de asignación, por un error en la valoración de los criterios

Si el profesional médico no diera el tratamiento al paciente que le corresponde por un error en la valoración de los criterios, actúa con el pensamiento de que su conducta, en tanto que atípica, no tiene relevancia penal ni es contraria al ordenamiento jurídico. En este sentido, cabría plantear qué tipo de error es el fallo en la valoración de los criterios. *A priori* cabe decir que es un error vencible, salvo que del contexto del caso se derive que ni aún aplicando la diligencia debida, el personal médico podía valorar adecuadamente estos criterios. Sin embargo, ¿es este un error de tipo o un error de prohibición? Es decir, ¿recae sobre los elementos de la conducta típica o bien afecta a la conciencia de la antijuridicidad de su actuar⁸⁷?

El hecho de que el sujeto activo piense que su conducta carece de relevancia penal, al pensar erróneamente que tiene un deber de actuación específico respecto del paciente al que le proporcionó el tratamiento, puede llevar a considerar que se está ante un error de prohibición. Este tipo de errores, que serían apreciados en su modalidad indirecta, puesto que “se refieren a la existencia en la ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación”⁸⁸. No obstante, en este caso, cabe plantearse que el presente suponga un error de tipo y no de prohibición.

Para que se aprecie un error de prohibición, el error debe fundamentarse “en la ausencia de conocimiento sobre la verdadera significación antijurídica de la conducta”⁸⁹. Sin embargo, el error de este profesional médico se funda en el proceso de aplicación de los criterios, no en la conciencia de la antijuridicidad propiamente. El error recae sobre la disponibilidad del tratamiento, que forma parte de los elementos del tipo. El personal médico actuó pensando que el tratamiento “no estaba disponible” para ese paciente, en

⁸⁷ Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *op. cit.*, p. 171.

⁸⁸ FJ cuarto de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 351/2021 de 28 de abril, *op. cit.*; FJ segundo de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 755/2003 de 28 de mayo [versión electrónica – base de datos LA LEY 95790/2003]. Fecha de última consulta 1/04/2023.

⁸⁹ FJ cuarto de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 351/2021 de 28 de abril, *op. cit.*; FJ séptimo de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 457/2003 de 14 de noviembre [versión electrónica – base de datos LA LEY 472/2004]. Fecha de última consulta 1/04/2023.

tanto que pensaba que la norma no se lo asignaba a él. Sin embargo, la realidad era que sí estaba disponible para él, por lo que, como garante, debía de habérselo proporcionado.

De esta forma, conforme al artículo 14.1 CP, la apreciación de un error de tipo vencible, llevaría al análisis de la responsabilidad penal por imprudencia⁹⁰. La forma de imputación de responsabilidad criminal de los delitos imprudentes altera la tipicidad y la culpabilidad del régimen normal, requiriendo en la primera la infracción del deber de cuidado y la imputación del resultado a la misma y en la segunda la ausencia de dolo⁹¹.

Continuando con el análisis de la tipicidad ante ese error en la valoración de los criterios, el deber de cuidado implica que el sujeto debe ejecutar diligentemente su actividad conforme a las reglas de cuidado que la rigen, evitando que el peligro que supone se materialice en una lesión a los bienes jurídicos tutelados⁹². En este caso, es clara la infracción del deber de cuidado, en tanto que una norma jurídica de carácter general impone un deber de actuación al profesional médico y este valora erróneamente los criterios contenidos en la misma, lo que le lleva a no cumplir con ese deber y a no proporcionar el tratamiento al paciente que debía recibirlo. Por esta razón, podría concluirse que el primer elemento del injusto penal del delito imprudente se cumple. Probar la imputación del resultado a esta infracción constituiría el segundo elemento, que se da en este caso, dado que, si el médico hubiese valorado correctamente los criterios, el paciente fallecido o lesionado habría recibido el tratamiento.

En suma, el personal médico que incumple por error los criterios establecidos en una norma jurídica reguladora de carácter general lleva a cabo una conducta típica imprudente. No obstante, como ya se adelantó, para que constituya un injusto penal, es necesario que la conducta no esté justificada.

Así, como tercer elemento del injusto penal se encuentra la falta de justificación, que se define como “un permiso legal específico para realizar una acción típica”, que se integra por la legítima defensa y por el estado de necesidad justificante⁹³. Por una parte,

⁹⁰ Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *op. cit.*, p. 173.

⁹¹ *Ibid.*, p. 271.

⁹² *Ibid.*, p. 272.

⁹³ *Ibid.*, p. 109.

no nos encontramos ante un caso de legítima defensa, porque no concurren los requisitos del artículo 20.4 CP. Así, sería necesario analizar si concurren los requisitos para extinguir la responsabilidad criminal del personal médico de acuerdo con el artículo 20.5 CP y la jurisprudencia y doctrina que lo desarrolla.

El primer elemento del estado de necesidad justificante es la concurrencia de un mal propio o ajeno, que debe ser real, inminente, grave y absoluto⁹⁴. En el caso supuesto analizado, el personal médico trata de evitar la muerte o las lesiones de sus pacientes, resultado que es probable que se produzca como consecuencia de la enfermedad que padecen. El peligro es grave en tanto que está en riesgo la vida, la salud o la integridad física de los pacientes y la única forma de pararlo es mediante el tratamiento, que constituye un recurso escaso.

El segundo elemento es la lesión a un bien jurídico de otra persona o la infracción de un deber con el fin de evitar un mal, que sólo puede ser eludido a través de esta lesión o infracción⁹⁵. En relación con este elemento, tradicionalmente hubo un sector doctrinal que consideró que, en tanto que el estado de necesidad implica una lesión voluntaria – para evitar otro mal mayor— y los delitos imprudentes carecen de esa intención de producir el mal, ambas figuras no son compatibles⁹⁶. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la imprudencia implica una voluntad en tanto que infringe un deber de cuidado⁹⁷ y esta posibilidad la habilita la redacción del propio artículo 20.5 CP (“El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber”). El personal médico no proporciona el tratamiento al paciente fallecido o lesionado, porque se lo proporciona a otro paciente, cuyo resultado también va a ser la muerte, en caso de no recibirlo, por lo que se cumpliría este requisito.

El tercer elemento consiste en el interés preponderante, en que el mal causado debe tener menor entidad que el mal evitado⁹⁸. Este elemento se cumpliría si, por ejemplo, estuviera en juego la vida de un paciente con respecto a las lesiones que se pudiera

⁹⁴ *Ibid.*, p. 119.

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ Silva Sánchez, J.M., “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 35, fasc/mesc 3, 1982, p. 678.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 679.

⁹⁸ Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *op. cit.*, p. 120.

producir en el otro. Sin embargo, en este supuesto, no cabría *a priori* alegar que proporcionarle el tratamiento a una persona causa un mal menor que a otra, máxime cuando a quién correspondía el tratamiento —según la norma jurídica de carácter general— era a la persona fallecida o lesionada.

El cuarto elemento es que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tradicionalmente, se ha discutido si la provocación incluye tanto una conducta dolosa como imprudente, contraponiéndose la teoría de la voluntad natural, la teoría de la provocación dolosa y la teoría de la *actio illicita in causa*⁹⁹. Sin embargo, a los efectos de este hipotético, se entiende que la situación de necesidad es preexistente a la actuación del médico, en tanto que está provocada por la propia enfermedad y el colapso generado por la pandemia o la situación asimilable.

El quinto elemento es que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse¹⁰⁰. En este supuesto, el médico en principio no tiene la obligación de sacrificarse.

De esta manera, no dándose el tercer elemento, el personal médico habría cometido un injusto penal, por lo que, a continuación, habría que analizar la culpabilidad del sujeto activo. Esta culpabilidad se integra por la imputabilidad y el dolo —o la ausencia de dolo—, elementos ya analizados, más la exigibilidad de otra conducta distinta. Esta última permite que el comportamiento sea disculpable cuando no resulte exigible una actuación distinta, atendiendo al contexto en el que tiene lugar¹⁰¹. Son dos las causas de inexigibilidad: el miedo insuperable y el estado de necesidad exculpante.

En primer lugar, *a priori* en este caso no hay miedo superable, ya que no concurren los requisitos que exige la jurisprudencia para apreciar el artículo 20.6 CP, que son la amenaza de un mal real, serio, inminente y no justificado por nuestro ordenamiento jurídico, que el sujeto sólo puede contrarrestar gracias a la comisión del injusto penal¹⁰². Sin embargo, cabría plantearse la apreciación de esta eximente en casos en los que la

⁹⁹ Silva Sánchez, J. M., “Sobre el estado de necesidad...”, *op. cit.*, pp. 680-681.

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *op. cit.*, p. 180.

¹⁰² *Ibid.*, pp. 182-183.

amenaza –es decir, la enfermedad—, recae sobre una persona muy allegada al sujeto por sangre o por afinidad y es a esta persona a la que le proporciona el tratamiento. El personal médico está compuesto por profesionales, pero no debe olvidarse que también son personas, por lo que podría estar justificada la existencia de un miedo insuperable en este tipo de supuestos. A pesar de lo anterior, es vital que se entienda su apreciación como una extraordinaria excepción, pues lo contrario podría justificar una asignación de recursos por mera afinidad con el personal médico. En estos casos, la dificultad radicaría en probar la existencia de una verdadera e intensa afinidad que sea capaz de “alcanzar un “grado bastante [de temor] para disminuir notablemente la capacidad electiva” del sujeto”¹⁰³.

En segundo lugar, ¿actúa el médico en un estado de necesidad exculpante, provocando la inexigibilidad de una conducta distinta? La diferencia de este estado de necesidad con respecto al justificante radica en el tercer elemento antes mencionado, pues la conducta es inexigible cuando los males en conflicto tengan la misma entidad¹⁰⁴.

Es importante tomar en cuenta determinados criterios manifestados por la doctrina, que desarrollan este tercer elemento y que son relevantes a los efectos del presente análisis: (i) “la ley no compara bienes, sino ‘males’”; (ii) “que para la ponderación de males, se exige la ponderación de todos los intereses generales”; y (iii) “que es necesario tomar en consideración la valoración personal y social de la lesión del bien jurídico, así como la totalidad de los males producidos por el ‘delito’”¹⁰⁵.

La entidad del mal causado puede analizarse desde dos ámbitos: 1) desde la entidad del concreto bien jurídico lesionado y 2) desde los efectos negativos que ostenta la infracción de la norma jurídica reguladora de carácter general para los intereses generales.

En primer lugar, *a priori*, cabría decir que, si los bienes jurídicos en juego son dos vidas o dos integridades físicas, estas son iguales y sus lesiones tienen la misma entidad –el mismo mal—. En este sentido, se ha alegado que lo contrario podría afectar al

¹⁰³ *Ibid.*, p. 182.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 183.

¹⁰⁵ FJ primero de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 1ª, núm. 220/2015, de 30 de marzo [versión electrónica – base de datos LA LEY 58526/2015]. Fecha de última consulta 30/03/2023.

reconocimiento de la igual dignidad inherente a toda persona como ser humano¹⁰⁶. Sin embargo, la pregunta que debe hacerse es: ¿hasta qué punto tiene el mal causado a dos vidas la misma entidad, cuando nuestro propio ordenamiento jurídico protege más unas vidas respecto de otras? Así, cuando una norma jurídica de carácter general está determinando qué persona va a recibir un tratamiento, está estableciendo indirectamente qué bien jurídico debe prevalecer en perjuicio del otro. Por tanto, la exclusión realizada por los criterios refleja qué mal causado valora la sociedad más negativamente.

Como añadido, ¿afectaría a esta consideración igualitaria de la vida que nuestro ordenamiento jurídico penal desvalorase más la lesión a unas determinadas vidas respecto de otras? En este sentido, en la interpretación realizada por la jurisprudencia del artículo 140.1.1 CP¹⁰⁷ puede apreciarse como se desvalora más la lesión a un bien jurídico de un menor que de un adulto, específicamente de un menor de 16 años.

Se sostiene que el asesinato con alevosía por desvalimiento, castigado por el artículo 139.1.1 CP, tiene diferente fundamento punitivo que la hipercualificación del artículo 140.1.1 CP, artículo que dispone la imposición de prisión permanente revisable cuando se den determinadas hipercualificaciones, entre ellas “1ª. Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad”.

La alevosía por desvalimiento se define como el “aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas invalidas, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse”¹⁰⁸ para asegurar la ejecución de la muerte. Entonces, cabe cuestionar si en ambos casos se desvalora la vulnerabilidad de la

¹⁰⁶ Ministerio de Sanidad del Gobierno de España, *op. cit.*, p. 7.

¹⁰⁷ Entre otras, FJ décimo de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 814/2020, de 5 de mayo [versión electrónica – base de datos CENDOJ Id. 28079120012020100134]. Fecha de última consulta 3/04/2023; FJ octavo de la Sentencia de la Sala de lo Penal de Tribunal Supremo núm. 367/2021, de 30 de abril, [versión electrónica – base de datos LA LEY 62345/2021]. Fecha de última consulta 4/04/2023.

¹⁰⁸ FJ cuarto de la Sentencia de la Sala de lo Penal de Tribunal Supremo núm. 716/2018, de 16 de enero, [versión electrónica – base de datos LA LEY 450/2019]. Fecha de última consulta 4/04/2023.

víctima o si puede apreciarse el asesinato por desvalimiento y la hipercualificación cuando la víctima sea menor de 16 años sin vulnerar el principio de *non bis in idem*.

En la resolución de esta cuestión, la Sala Segunda del Tribunal Supremo establece que la indefensión de la alevosía se basa en la edad, pero aplica tanto la alevosía por desvalimiento como el artículo 140.1.1ª CP, al “sumar al desvalor inherente al medio ejecutivo la mayor reprochabilidad de la muerte a edad temprana¹⁰⁹”.

Así, siguiendo el mayor desvalor de la muerte a edad temprana, cabría defender que, si el profesional médico le proporciona el tratamiento a un mayor de 16 años, dejando de proporcionárselo al menor, no se extinguiría la responsabilidad criminal. No obstante, aunque lo anterior es defendible, utilizar esta argumentación para defender un criterio de edad puro, entendido como que el mal causado a una persona con menos edad es siempre superior al de una persona con más edad, puede ser tomar una postura demasiado extensiva, dado que se plantea respecto a los menores de 16 años.

Por otra parte, se puede entender la entidad del mal causado como los efectos negativos que ostenta la infracción de la norma jurídica reguladora de carácter general para los intereses generales. La valoración negativa que merece el hecho de que no se hayan seguido los criterios establecidos no es únicamente en relación con el paciente que no recibe el tratamiento, sino también por la necesidad de que prevalezca la seguridad jurídica en momentos de crisis. No seguir los criterios establecidos pone en duda su legitimidad, lo que en un contexto de emergencia puede generar unos efectos sociales que afecten a los intereses generales. Como pequeño contrapunto a este argumento, debe considerarse que estos tipos no protegen bienes jurídicos colectivos, sino individuales. Por lo tanto, debe analizarse el punto hasta el que deben tenerse en cuenta las consecuencias sociales y los intereses generales para la ponderación penal de los males causados, en tipos que tutelan bienes jurídicos individuales.

En conclusión a este apartado, el incumplimiento de los criterios establecidos en la norma jurídica reguladora de carácter general podría implicar la comisión de una

¹⁰⁹ FJ décimo de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 814/2020, de 5 de mayo [versión electrónica – base de datos CENDOJ Id. 28079120012020100134]. Fecha de última consulta 25/03/2023.

conducta dolosa –si fue un incumplimiento deliberado— o imprudente –si fue un incumplimiento por error—, dependiendo de si se considera que el mal causado a una vida puede ser superior al mal causado a otra.

CAPÍTULO 4. CALIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA CONDUCTA DEL PERSONAL MÉDICO EN AUSENCIA DE UNA NORMA JURÍDICA REGULADORA DE CARÁCTER GENERAL

1. CUESTIÓN PREVIA: DETERMINACIÓN DE LA POSICIÓN DEL PERSONAL MÉDICO ANTE LA FALTA UNA NORMA JURÍDICA QUE ESTABLEZCA LOS CRITERIOS DE ASIGNACIÓN

A los efectos de analizar el papel que tendría el personal médico español en la asignación de un tratamiento en un supuesto asimilable, es necesario determinar qué método de asignación es el que se seguiría en futuras situaciones asimilables. Para ello se puede analizar qué método se utilizó en la pandemia de COVID-19.

Generalmente, en medicina de emergencia, se utiliza el triaje como método de asignación de recursos a nivel internacional¹¹⁰. El triaje es un procedimiento de clasificación de pacientes que tiene su origen en las guerras napoleónicas y en la necesidad de gestionar la asistencia sanitaria a los soldados heridos durante las mismas¹¹¹. En este contexto, el médico cirujano militar Barón Dominique-Jean Larre se erige como el padre de la teoría del triaje¹¹². Este comenzó a utilizarse en urgencias hospitalarias a principios de los años 60 en Estados Unidos, como consecuencia de que acudieran a estos servicios un alto ratio de pacientes con enfermedades no urgentes¹¹³.

¹¹⁰ De los Ríos-Uriarte, M.E. y Revello, R.O., “El criterio del azar vs. la ponderación en la asignación de recursos sanitarios escasos ante emergencias sanitarias”, *Persona y Bioética*, vol. 25, n. 1, 2021, p. 3.

¹¹¹ Cortés Bruna, M. *et al.*, “Triage intrahospitalario en el servicio de urgencias”, *Revista Sanitaria de Investigación*, vol. 2, n. 11, 2021, S.P. (disponible en <https://revistasanitariadeinvestigacion.com/triaje-intrahospitalario-en-el-servicio-de-urgencias/>; última consulta 10/02/2023).

¹¹² Romero González, R. C., “Triage en Emergencias Extrahospitalarias”, *Rev Paraninfo Digital*, n. 20, 2014, S.P. (disponible en [file:///D:/DATOS/crmed/Downloads/EXTRAHOSP%20\(4\).pdf](file:///D:/DATOS/crmed/Downloads/EXTRAHOSP%20(4).pdf); última consulta 12/02/2023).

¹¹³ Domínguez Romero, A. y Ciprés Añaños, E., “Los sistemas de triaje en los servicios de urgencias”, *Revista Sanitaria de Investigación*, vol. 1, n. 7, 2020, S.P. (disponible en <https://revistasanitariadeinvestigacion.com/los-sistemas-de-triaje-en-los-servicios-de-urgencias/>; última consulta 10/02/2023).

El triaje lo que pretende es ofrecer atención sanitaria en función de la urgencia del paciente y no según un criterio cronológico, es decir, se evita la atención en función del orden de llegada y se realiza una clasificación en función del riesgo clínico¹¹⁴. Asimismo, se parte del concepto básico de que “lo urgente no siempre es grave y lo grave no siempre es urgente”¹¹⁵.

Existen diversas definiciones para el término “triaje”; así, este puede definirse como “el proceso de valoración clínica previa que ordena los pacientes en función de su urgencia/gravedad antes de la atención diagnóstica y terapéutica”¹¹⁶. Este procedimiento permite gestionar el riesgo clínico cuando las necesidades médicas de los pacientes sobrepasan los recursos existentes¹¹⁷, con el fin de agilizar la asistencia médica atendiendo a criterios de gravedad¹¹⁸. Se diferencian dos triajes: el intrahospitalario y el extrahospitalario; este último es aquel que tiene lugar en un contexto de crisis o emergencia, fuera de las instalaciones del hospital¹¹⁹.

Respecto de la carga de la decisión, es el personal sanitario el que realiza el triaje, en atención de los sistemas de triaje existentes. Dentro de los mismos, se plantea si es el personal médico el que debe realizar el triaje o bien deben ser los profesionales de enfermería quienes lo lleven a cabo¹²⁰.

Sin embargo, durante la pandemia no se priorizaron los recursos en función de los sistemas clásicos de triaje adoptados por los hospitales españoles, sino que cada hospital comenzó a elaborar protocolos internos para efectuar tal asignación¹²¹. Las razones por

¹¹⁴ Domínguez Romero, A. y Ciprés Añaños, E., *op. cit.*

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ Benito López, C. *et al.*, “Triaje hospitalario y extrahospitalario”, *Revista Sanitaria de Investigación*, vol. 2, n. 10, 2021, S.P. (disponible en <https://revistasanitariadeinvestigacion.com/triaje-hospitalario-y-extrahospitalario/>; última consulta 8/02/2023).

¹¹⁷ Soler, W. *et al.*, “El triaje: herramienta fundamental en urgencias y emergencias”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, vol. 33, supl. 1, 2010, p. 56.

¹¹⁸ Cortés Bruna, M. *et al.*, *op. cit.*

¹¹⁹ Romero González, R. C., *op. cit.*

¹²⁰ Olabarria López, E., “Triaje en enfermería”, *NPunto*, vol. 1, n. 3, 2018, S.P. (disponible en <https://www.npunto.es/revista/3/triaje-en-enfermeria>; última consulta 8/02/2023).

¹²¹ Méndez, R., “Los hospitales planifican ya cómo limitar el acceso a respiradores a los más mayores”, *El Confidencial*, 20 de marzo de 2020 (disponible en https://www.elconfidencial.com/espana/2020-03-20/hospitales-acceso-uvi-covid-coronavirus-mayores-respiradores_2507959/; última consulta 15/03/2023).

las que cabe pensar que los sistemas clásicos de triaje intrahospitalario y extrahospitalario no son válidos para resolver este supuesto se incluirán como **Anexo I** al presente trabajo.

Así, aunque el triaje se constituye como el método general de aplicación, para determinados supuestos específicos de asignación de recursos médicos se han elaborado criterios especiales. A modo ejemplificativo, la Organización Nacional de Trasplantes ha establecido los criterios de distribución el trasplante de órganos, por ejemplo, para el trasplante pulmonar¹²².

Para la gestión, distribución y asignación de respiradores artificiales no existían durante la pandemia tales criterios especiales unificados para el territorio español¹²³, así que cabe plantearse cómo se resolvió en su momento, para extrapolarlo a situaciones similares en los que el tratamiento tenga las mismas características esenciales de un respirador.

No existiendo una norma jurídica que determinara cómo debía actuar el médico se generó una gran incertidumbre, ante la cual, dado el silencio de la autoridad pública, la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC) aprobó el 19 de marzo una guía ética para prevenir el colapso, en la que se establecieron unos criterios a partir de los cuáles asignar estos recursos¹²⁴. Estos criterios, que generaron controversia, no constituían más que una guía sin valor legal ni capacidad de imponer actuaciones¹²⁵, puesto que corresponde a la autoridad sanitaria determinar cómo han de distribuirse estos recursos¹²⁶.

¹²² Organización Nacional de Trasplantes, “Trasplante pulmonar. Criterios de distribución 2023”, 2023 (disponible en <http://www.ont.es/infesp/CriterioDeDistribucion/Criterios%20distribuci%C3%B3n%20Pulm%C3%B3n%202023.pdf>; último acceso el 10/03/2023).

¹²³ Giraldo Acosta, M., del Río López, A. y García Cano, B., “La pandemia COVID-19: Priorización sanitaria en España”, *Bioderecho.es. Revista del Centro de Estudios en Bioderecho, Ética y Salud*, n. 13, 2021, p. 7 (disponible en <https://revistas.um.es/bioderecho/article/view/481321>; última consulta 10/2/2023).

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ Hernández-Tejedor, A. y Martín Delgado, M. C., “Una crisis ética dentro de la crisis sanitaria por la COVID-19”, *Medicina Intensiva*, v. 45, n. 9, 2021, p. 563.

¹²⁶ De Montalvo Jääskeläinen, F. y Bellver Capella, V., “Una crisis bioética dentro de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19”, *Derecho y Salud*, v. 30, n. extra 1, 2020, p. 71.

Tras ese informe, se sucedieron una serie de intervenciones, como el informe de la Comisión Central de Deontología del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos (CGCOM) o del Comité de Bioética de España (CBE)¹²⁷. Este último, además, manifestó su preocupación por la disparidad de criterios entre hospitales, dado que habían comenzado a preparar protocolos internos¹²⁸. No obstante, como ya se ha apuntado, ninguna de estas instituciones ostentaba la capacidad legal suficiente para crear un protocolo estandarizado para toda España al estar en juego el ejercicio de los derechos fundamentales¹²⁹. Así, finalmente, el Ministerio de Sanidad publicó un informe oficial que establecía unos criterios de priorización unificados¹³⁰. Pese a que no se establece expresamente la relación jerárquica entre ellos, excepto con el último, el hecho de que estén numerados puede llevar a interpretar la preponderancia del primer criterio frente al último.

Respecto de la carga de la decisión, según el mismo informe, este contiene conclusiones y recomendaciones para orientar al personal sanitario en la toma de decisiones ante la escasez de recursos¹³¹. Estos criterios, que son, por tanto, orientativos, realmente establecen principios éticos generales, en tanto que carecen de la concreción necesaria para la toma de decisiones en la práctica médica¹³². Así, determina el propio informe que será el personal médico a cargo del paciente el que deberá asumir las consecuencias de la decisión de priorización¹³³.

Los criterios generales aplicables recogidos en el mismo son recomendaciones al equipo médico en el contexto de la COVID-19¹³⁴, que aparentemente no han sido adoptadas con forma de ley ni de reglamento, al tratarse de un “informe”. Por lo tanto, de cara a una futura situación con una problemática equiparable, si bien este documento puede suponer un punto de partida que evite la incertidumbre inicial que tuvo lugar con

¹²⁷ Giraldo Acosta, M., del Río López, A. y García Cano, B., *op. cit.*, p. 7.

¹²⁸ Méndez, R., “Los hospitales planifican... *op. cit.*”

¹²⁹ Ruiz-Hornillos, J. *et al.*, “Priorización de recursos sanitarios en contextos de escasez. Informe SESPAS 2022”, *Gaceta Sanitaria*, v. 36, suppl. 1, 2022, pp. 53.

¹³⁰ Giraldo Acosta, M., del Río López, A. y García Cano, B., *op. cit.*, p. 7.

¹³¹ Ministerio de Sanidad del Gobierno de España, *op. cit.*, p. 1.

¹³² Real de Asúa, D. *et al.*, “Criterios de triaje para reanimación cardiopulmonar y soporte vital avanzado durante la epidemia COVID-19”, *Medicina Clínica*, vol. 155, n. 5, 2020, p. 215.

¹³³ Ministerio de Sanidad del Gobierno de España, *op. cit.*, p. 3.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 1.

la COVID-19, no es directamente aplicable al supuesto. Así, el personal médico tendría un margen de discreción relativamente amplio en la asignación del futuro recurso.

2. CALIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL

Establecida la carga de la decisión que ostenta el personal médico ante la falta de una norma jurídica de carácter general que establezca los criterios de asignación, cabe calificar jurídico-penalmente su conducta.

2.1. El personal médico actúa conforme a los criterios de asignación previstos en el informe del Ministerio de Sanidad

En este supuesto, no existen unos criterios de asignación establecidos en una norma jurídica previa actuación del personal médico. Sin embargo, se han elaborado unos criterios por parte del Ministerio de Sanidad, cuyo carácter es orientativo, expuestos en un informe que, *a priori*, no genera un deber jurídico de actuación en el profesional médico. Así, la carga de la decisión recae sobre el personal médico, que debe decidir a qué persona proporcionarle el tratamiento. El médico actúa conforme a los criterios previstos por el Ministerio de Sanidad y conforme a otros posibles protocolos de actuación previstos a nivel interno. A raíz de lo anterior, una serie de personas no obtienen el tratamiento que necesitaban para mantenerse con vida o bien sufren lesiones.

Respecto de la acción, se da la exterioridad requerida, en tanto que el personal médico le da un recurso a un paciente y no a otro, a la vez que se existe voluntariedad en su actuación —en los términos descritos anteriormente—. Respecto de la tipicidad, como ya se apuntó anteriormente, no es posible imputar objetivamente el resultado de forma “natural”, ya que se trata de una no intervención —omisión— por parte del sujeto activo, por lo que a continuación se analizarán las condiciones en las que un resultado puede ser imputado objetivamente a una omisión¹³⁵.

¹³⁵ Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *op. cit.*, pp. 87-90.

En primer lugar, se requiere una equivalencia estructural. En este supuesto, al igual que en el anterior, concurre un riesgo preexistente —la enfermedad del paciente, que va a provocarle la muerte o lesiones—, que se hubiese visto neutralizado con una alta probabilidad si el médico le hubiese proporcionado el tratamiento al paciente fallecido. Por lo tanto, se equipara estructuralmente la no reducción del riesgo de muerte del paciente a la causación de esta muerte.

En segundo lugar, se requiere que el sujeto activo ostente la posición de garante. En este caso, al igual que los anteriores, se parte de la base de que el profesional médico ha asumido el compromiso médico-paciente, por lo que tiene tal posición. Sin embargo, aquí cabe pensar que el tratamiento está disponible, puesto que no hay una norma jurídica de carácter general que determine su indisponibilidad. Sería posible sostener la no disponibilidad sobre los criterios elaborados por el Ministerio de Sanidad o protocolos de actuación elaborados a nivel hospitalario, pero su carácter orientativo y la falta de concreción de los criterios debilita dicho argumento.

Por otra parte, puede plantearse la concurrencia de una posible atipicidad conforme al artículo 20.7 CP. En este caso el personal médico no tiene un permiso atribuido por el ordenamiento jurídico previa comisión de los hechos, por lo que no puede considerarse que actúa amparado en el cumplimiento de un deber. Sin embargo, es estudiable que actúe en el ejercicio legítimo de un oficio.

La actuación en el ejercicio legítimo de un oficio sitúa como requisito esencial su legitimidad, que implica que la actuación se adecúe a la norma jurídica que regula el oficio¹³⁶. Es cierto que el Ministerio de Sanidad impone al médico la carga de la decisión, por lo que esta pasa a integrarse *de facto* en sus funciones. No obstante, la naturaleza no médica de la misma provoca que se pueda poner en duda la posibilidad de aplicación de esta eximente. En tanto que no se prevé desde un punto de vista teórico la integración de esta decisión en las funciones de un profesional médico, puede pensarse que no se ha regulado la profesión pensando en esta función, lo que podría afectar a su legitimidad.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 100.

En cualquier caso, la concurrencia de esta eximente implica un “ejercicio legítimo”, lo cual puede referirse, al igual que en los requisitos previstos para el tratamiento médico-quirúrgico, a que la actuación sea llevada a cabo conforme a la *lex artis*¹³⁷.

Así, dadas las debilidades en la justificación de que esta conducta es atípica, conviene continuar con el análisis del resto de los elementos del delito. Va a considerarse, con carácter previo, si existe dolo en la actuación del profesional médico, puesto que, ante su ausencia, cabría plantear la concurrencia de una conducta imprudente, con los efectos que ello tiene para el injusto penal. En el presente supuesto también se parte de la base de que el profesional médico no está incurso en ninguna causa de inimputabilidad.

Como ya se advirtió, el dolo implica la concurrencia de un elemento intelectual y uno volitivo¹³⁸. Respecto del elemento intelectual, en tanto que el profesional médico actuó conforme a los criterios que tenía a su disposición, puede sustentarse que no tenga sospecha de que su conducta pueda tener algún tipo de significación antijurídica. En este sentido, y debiendo siempre analizar el caso concreto, se afirmaría que el profesional médico no actúa con dolo, por lo que debe valorarse la concurrencia de un delito imprudente, en virtud del régimen especial de atribución de la responsabilidad penal de estos delitos, que altera la tipicidad –requiere la infracción del deber de cuidado y la imputación del resultado a esta—¹³⁹.

Así, el deber de cuidado implica que el sujeto debe ejecutar diligentemente su actividad, conforme a las reglas de cuidado que la rigen¹⁴⁰. A falta de una norma jurídica de carácter general específica, en el ámbito sanitario, estas reglas de diligencia se definen bajo el concepto de *lex artis*¹⁴¹.

Para el Derecho, la *lex artis* se configura como un estándar, como el elemento definitorio de la correcta práctica médica y como instrumento para determinar la

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ *Ibid.*, p. 161.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 271.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 272.

¹⁴¹ Rodríguez Vázquez, V., *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 98.

responsabilidad del personal médico y de la Administración por el actuar de los primeros¹⁴². Específicamente, para el Derecho penal, la vulneración de la *lex artis* se configura como un elemento que aporta un “plus” de antijuridicidad a la imprudencia común¹⁴³ y como el elemento clave para la determinación de una infracción del deber de cuidado del médico con respecto a su paciente¹⁴⁴. El problema radica en que no hay consenso en la definición de ese estándar y su contenido¹⁴⁵.

Este deber de cuidado del médico es superior al deber de diligencia común o al de un buen padre de familia¹⁴⁶, pero es ordinario en el sentido de que no se le exige al personal médico a través de la *lex artis* una diligencia extraordinaria respecto a la actuación general o normal de su profesión¹⁴⁷. Así, se trata de una obligación de actividad o de medios¹⁴⁸. En este sentido, cuando se valora la posible imprudencia profesional, lo que ha de determinarse es la adecuación de la actuación del personal médico a las exigencias de la *lex artis*, no en sí el resultado de esta actuación¹⁴⁹.

La *lex artis* no cuenta con un contenido concreto¹⁵⁰ y, además, hay controversia respecto al mismo¹⁵¹. Un sector doctrinal sostiene que la *lex artis* no se integra únicamente por una dimensión técnica, entendida como una actuación científicamente correcta, sino también por otras normas éticas y deontológicas¹⁵², “de contenido moral, reglas de conducta y comportamiento que trascienden el plano científico para situarse en la esfera del *ethos*”¹⁵³. Mientras que otro entiende que la *lex artis* sólo está conformada por normas técnicas y que las reglas deontológicas pueden configurarse como obligaciones de carácter jurídico¹⁵⁴.

¹⁴² Seoane, J.A., “LexArtis”, *Anuario de filosofía del derecho*, n. 38, 2022, p. 291.

¹⁴³ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 805/2017 de 11 de diciembre [versión electrónica – base de datos LA LEY 220948/2017]. Fecha de última consulta 25/03/2023.

¹⁴⁴ Seoane, J.A., *op. cit.*, p. 277.

¹⁴⁵ Rodríguez Vázquez, V., *op. cit.*, p. 102.

¹⁴⁶ FJ tercero de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 1267/2006 de 5 de diciembre [versión electrónica – base de datos Aranzadi RJ2007\232]. Fecha de última consulta 25/03/2023.

¹⁴⁷ Seoane, J.A., *op. cit.*, p. 284.

¹⁴⁸ *Id.*

¹⁴⁹ Macía Morillo, A., *op. cit.*, S.P.

¹⁵⁰ Macía Morillo, A., *op. cit.*, S.P.

¹⁵¹ Rodríguez Vázquez, V., *op. cit.*, p. 102.

¹⁵² Seoane, J.A., *op. cit.*, p. 287.

¹⁵³ FJ tercero de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 1267/2006 de 5 de diciembre, *op. cit.*

¹⁵⁴ Rodríguez Vázquez, V., *op. cit.*, p. 105.

La pregunta sería, ¿se integrarían los criterios establecidos por el Ministerio de Sanidad durante la pandemia de COVID-19 en la *lex artis* del personal médico de cara a futuras situaciones asimilables? Debe tenerse en cuenta que la naturaleza ético-moral de la decisión sobre la distribución de recursos puede llevar a considerar a algunos autores que estos criterios no forman parte de la *lex artis*. Esto implicaría que el control sobre la decisión que tome el profesional médico se limitaría al ámbito deontológico, por lo que no habría en ningún caso una infracción del deber de cuidado a efectos jurídico-penales. Sin embargo, para el presente Trabajo de Fin de Grado, se entiende que esta naturaleza no impide su posible integración en la *lex artis*.

Pese a que los criterios de asignación establecidos por el Ministerio de Sanidad carezcan de forma de ley o reglamento, en tanto que se califican como un “Informe del Ministerio”¹⁵⁵, podría argumentarse que, por su carácter orientativo, constituyen instrumentos de orientación profesional, que pueden integrarse en la *lex artis* del personal médico. Así, aunque no son instrumentos vinculantes jurídicamente, estos pueden ser utilizados judicialmente para determinar el alcance deber de cuidado del personal médico¹⁵⁶. En este sentido, los criterios de normo-praxis y los usos generales propios de la profesión sanitaria guían la actuación de estos profesionales¹⁵⁷. A mayor abundamiento, hay autores que otorgan a una actuación médica llevada a cabo conforme a los protocolos existentes una presunción *iuris tantum* de buena *praxis* médica¹⁵⁸. Esto se basa en la consideración de que los protocolos de actuación positivizan la *lex artis*, estableciendo criterios de prudencia sin crear obligaciones jurídicas¹⁵⁹.

Sin embargo, no actuar conforme a los mismos, no tiene como consecuencia directa la infracción del deber de diligencia. Para entender esta cuestión es necesario atender a los distintos niveles de *lex artis*, pues existen al menos tres¹⁶⁰ y para que se

¹⁵⁵ Ministerio de Sanidad del Gobierno de España, *op. cit.*, p. 1.

¹⁵⁶ Rodríguez Vázquez, V., *op. cit.*, p. 148; Seoane, J.A., *op. cit.*, p. 295 citando a Galán Cortés, J. C., *Responsabilidad civil médica* (6ª ed.), Civitas/Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2018, pp. 275-284.

¹⁵⁷ Artículo 4.5 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (BOE 22 de noviembre de 2003).

¹⁵⁸ Rodríguez Vázquez, V., *op. cit.*, p. 148; Seoane, J.A., *op. cit.*, p. 295.

¹⁵⁹ Rodríguez Vázquez, V., *op. cit.*, p. 143.

¹⁶⁰ FJ segundo Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16ª, núm. 164/2007 de 12 de marzo [versión electrónica – base de datos LA LEY 46976/2007]. Fecha de última consulta 25/03/2023.

vulnere debe haber una infracción a los tres niveles. Estos van desde el ejercicio profesional de la medicina más teórico o general hasta su aplicación en el caso concreto.

El primero se refiere a los criterios generales de actuación del personal médico¹⁶¹. Este constituye el estándar general de actuación y se establece por el estado de la ciencia médica en ese momento¹⁶², en función de los conocimientos, protocolos y técnicas que le serían exigibles a un profesional médico medio en ese momento temporal¹⁶³. En este primer grupo entrarían los citados criterios, formulados como instrumentos de orientación al personal médico en la toma de decisiones sobre la asignación de recursos escasos.

El segundo hace referencia a lo que se conoce como *lex artis ad hoc*, que pone su foco en la aplicación de la buena praxis de acuerdo con las circunstancias del caso ¹⁶⁴. Así, según el ex Magistrado del Tribunal Supremo D. Luis Martínez-Calcerrada, se define como

“criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina –ciencia o arte médica– que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria–, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado)”¹⁶⁵.

El tercero hace alusión a “los criterios prudenciales de actuación del profesional sanitario ante un enfermo concreto en una situación concreta”¹⁶⁶.

¹⁶¹ *Id.*

¹⁶² Morillas Cueva, L. (dir.), *op. cit.*, p. 467.

¹⁶³ Macía Morillo, A., *op. cit.*, p. 8.

¹⁶⁴ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 1342/2006 de 18 de diciembre, *op. cit.*

¹⁶⁵ Seoane, J.A., *op. cit.*, p. 278.

¹⁶⁶ FJ segundo Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16ª, núm. 164/2007 de 12 de marzo, *op. cit.*; Morillas Cueva, L. (dir.), *op. cit.*, p. 467.

Recurriendo a la normativa civil en materia de obligaciones, el artículo 1104 del Código Civil recoge el concepto de culpa. Este establece que:

“La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”.

El primer nivel de la *lex artis* quedaría reflejado en la primera parte del mismo (“aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación”), mientras que el segundo y tercer nivel se reflejarían en el segundo (“y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”)¹⁶⁷. Por otra parte, conforme al artículo 1104 del CC, se exigirá la diligencia de un buen padre de familia cuando la obligación no exprese el mínimo de diligencia exigible.

No actuar conforme a dichos protocolos puede no ser conforme con la *lex artis* de primer nivel, pero sí con la del segundo y tercero, por lo que lo que se discutirá en sede judicial es si ha habido una infracción de la *lex artis* en todos los niveles. El segundo y tercer grupos se identifican con el deber de cuidado en la ciencia penal¹⁶⁸. Estos permiten desvirtuar la presunción de juridicidad que ostenta la actuación del médico en el caso concreto, atendiendo al contexto de la situación, al igual que demostrar la juridicidad de su actuación, aún cuando no se sigan los protocolos establecidos. Por tanto, atendiendo a las circunstancias concretas del caso. Esto quiere decir que el médico podría justificar en el caso concreto por qué, aunque no siguiera los criterios establecidos, no hubo infracción de la *lex artis*, por tanto, del deber de cuidado y por ende por qué no hay tipicidad.

En suma, en caso de no apreciarse la no concurrencia de los elementos del tipo doloso, ni la eximente prevista en el artículo 20.7 CP, en tanto que no es una conducta dolosa, no habría tipicidad por no haber infracción del deber de cuidado, en virtud de la presunción *iuris tantum* de buena *praxis* médica.

¹⁶⁷ Macía Morillo, A., *op. cit.*, p. 8.

¹⁶⁸ Rodríguez Vázquez, V., *op. cit.*, p. 140.

2.2. El personal médico no actúa conforme a los criterios de asignación previstos en el informe del Ministerio de Sanidad

En este supuesto, no existen unos criterios de asignación establecidos en una norma jurídica previa actuación del personal médico. Sin embargo, se han elaborado unos criterios por parte del Ministerio de Sanidad, cuyo carácter es orientativo, expuestos en un informe que, *a priori*, no genera un deber jurídico de actuación en el profesional médico. Así, la carga de la decisión recae sobre el personal médico, que debe decidir a qué persona proporcionarle el tratamiento. El médico no actúa conforme a los criterios previstos por el Ministerio de Sanidad ni conforme a otros posibles protocolos de actuación establecidos a nivel interno. A raíz de lo anterior, una serie de personas, que conforme a estos criterios debían recibir el tratamiento que necesitaban para mantenerse con vida o bien sufren lesiones, no lo obtienen.

El análisis de la acción, del tipo doloso y de la falta de justificación es el mismo que en el caso en el que hay un incumplimiento deliberado de una norma jurídica reguladora. Respecto de la acción, se da tanto la exterioridad como la voluntariedad requerida para su apreciación. En lo referente a la tipicidad, se equipara estructuralmente la no reducción del riesgo de muerte del paciente a la causación de esta muerte y el sujeto activo ostenta una posición de garante respecto de los mismos. El último elemento que se requiere para que concurra un injusto penal es la falta de justificación. En tanto que no es alegable la legítima defensa, cabe plantear el estado de necesidad justificante.

En el examen de la eximente de estado de necesidad justificante, prevista en el artículo 20.5 CP, hay una especialidad. El elemento que presentaba dificultades en presencia de norma era el tercero: el mal causado debe tener menor entidad que el mal evitado¹⁶⁹. Sin embargo, el hecho de que no haya una norma jurídica reguladora de carácter general en este supuesto permitiría al profesional médico —como mínimo— alegar que el mal que ha causado es menor que el que ha evitado, con fundamento en la tendencia jurídica a desvalorar más la lesión de determinadas vidas expuesto anteriormente. Así, si el profesional médico no siguiera los criterios para proporcionarle el tratamiento a un menor de 16 años, su conducta podría estar justificada. Como

¹⁶⁹ Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *op. cit.*, p. 120.

debilidad a esta argumentación podría plantearse que los criterios determinaban, al igual que la norma en el caso anterior, a quién correspondía el tratamiento.

En caso de que se estimase la concurrencia de la misma, el personal médico habría cometido un injusto penal, por lo que habría que analizar la culpabilidad del sujeto activo para determinar si su conducta supone la comisión de un delito. Al igual que en los supuestos anteriores, se parte de la base de que el sujeto activo no está incurso en ninguna causa de inimputabilidad. El siguiente elemento del delito a analizar es el dolo y, para ello, va a diferenciarse el incumplimiento deliberado por parte del personal médico del incumplimiento por error.

2.2.1. El personal médico decide deliberadamente darle el tratamiento a una persona distinta de la establecida según el protocolo de actuación

Como ya se ha advertido, el dolo implica la concurrencia de un elemento intelectual y uno volitivo¹⁷⁰. Al igual que en el incumplimiento en presencia de norma, puede sostenerse la existencia de dolo en tanto que, el incumplimiento de los protocolos conllevaría una sospecha de la antijuridicidad de su conducta. En este sentido, sabe que se va a producir el resultado de muerte o lesiones, conoce los elementos del tipo, y decide no proporcionarle el tratamiento al paciente.

2.2.2. El personal médico le proporciona el tratamiento a una persona distinta de la establecida por el protocolo de actuación, por un error en la valoración de los criterios

Del mismo modo que en el supuesto de presencia de norma, si el profesional médico no diera el tratamiento al paciente que le corresponde, por un error en la valoración de los criterios, este actuaría con el pensamiento de que su conducta no tiene relevancia penal ni es contraria al ordenamiento jurídico. *A priori* cabría decir que este es un error vencible; sin embargo, se nos plantea la misma cuestión que en otro supuesto, ¿es este un error de tipo o un error de prohibición?

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 161.

En este caso, sería más difícil sostener el error de tipo, dado que, en ausencia de norma jurídica, son más débiles los argumentos referentes a la limitación del compromiso como garante. El hecho de que el sujeto activo piense que su conducta carece de relevancia penal, al pensar erróneamente que actuaba conforme a los criterios establecidos, fundamenta ese error de prohibición.

Sin embargo, buscando sustentar el error de tipo, es cierto que hasta cierto punto el reproche que se le realiza al sujeto activo en este supuesto realmente consiste en que haya valorado de manera errónea los criterios, pues por ese error, la persona que debía recibir el tratamiento no lo recibió. Así, se le reprocha que haya actuado con una falta de diligencia en el cumplimiento del deber impuesto por el Ministerio de Sanidad —una infracción del deber de cuidado— y, por ello, tiene sentido que las consecuencias jurídicas que se asocian a su conducta sean las de una conducta imprudente.

En conclusión a este apartado, el personal médico que incumple deliberadamente los criterios establecidos en los protocolos de actuación lleva a cabo un injusto penal que le es imputable y actúa con dolo. Por su parte, el profesional médico que comete un error en la valoración de los criterios actúa en virtud de un error de prohibición.

Para que estas conductas constituyan un delito es necesario que no les sea exigible una conducta distinta. En lo referente al miedo insuperable y al estado de necesidad exculpante, las implicaciones serían las mismas que en el supuesto en presencia de norma, con la salvedad de que sería más argumentable la igual entidad de los males al no haber una norma jurídica que previamente los pondera.

CONCLUSIONES

El presente Trabajo de Fin de Grado se ha centrado en analizar la responsabilidad penal del personal médico ante la asignación de recursos escasos en dos supuestos diferenciados: presencia y ausencia de norma jurídica reguladora de carácter general. Estos hipotéticos han probado tener diferencias y similitudes.

La adopción de los criterios en una norma jurídica de estas características, que genere un deber de actuación en el médico genera una mayor seguridad jurídica y también es más garantista para los pacientes, porque permite ejercer un control *ex ante* de los criterios a utilizar –desde un punto de vista constitucional—. Sin embargo, el personal médico español no cuenta con dicha norma frente a una futura situación asimilable a pandemia, sino con criterios orientativos que pueden constituir protocolos de actuación. Esta deficiencia normativa le sitúa en una situación de desventaja, al tener que asumir él la carga de la decisión y las consecuencias que ello conlleva.

Tanto en presencia como en ausencia de norma jurídica, el cumplimiento de los criterios a disposición del médico puede permitir que su conducta no tenga relevancia penal, aunque en el primer supuesto sería atípica en sí misma, mientras que en el segundo se basaría en una presunción *iuris tantum*. En este sentido, sólo cabe sostener con firmeza que no se dan los elementos del tipo doloso en la actuación del personal médico cuando existe una norma jurídica de carácter general y el personal médico cumple los criterios establecidos en ella. Es menos defendible la limitación del compromiso como garante cuando no existe esta norma que determine de manera relativamente concreta a qué paciente le corresponde el recurso –determinando la no disponibilidad del tratamiento para el resto de pacientes—. Así, en tanto que orientativos, generales y no establecidos en una norma jurídica de carácter general, los criterios elaborados por el Ministerio de Sanidad no tendrían la suficiente entidad para sostener tal limitación, por lo que se darían los elementos del tipo doloso.

Respecto de la aplicación de la eximente del artículo 20.7 CP, en el primer supuesto cabe sostener con solidez su apreciación en base al “cumplimiento de un deber”, mientras que en el segundo es alegable la actuación “en el ejercicio legítimo de un oficio”, aunque el hecho de que esta función no sea médica en sí misma, puede plantear problemas. Sin embargo, aunque no haya norma jurídica de carácter general, la conducta no es típica, porque no concurre dolo y hay una presunción de buena praxis médica cuando se actúa conforme a los protocolos establecidos, por lo que no habría infracción del deber de cuidado, ni tipicidad en el delito imprudente.

En caso de incumplimiento deliberado de la norma jurídica reguladora de carácter general, en ambos supuestos existe una acción típica, no hay causa de inimputabilidad y

su conducta es dolosa. En caso de incumplimiento por error, la conducta llevada a cabo por el personal médico en presencia de norma podría ser considerada imprudente, mientras que, en su ausencia, aplicaría el artículo 14.3 CP. Esta cuestión es especialmente relevante en tanto que estamos hablando de un supuesto asimilable al de pandemia, en el que hay una crisis sanitaria y los propios profesionales sanitarios constituyen un recurso escaso. Así, teniendo en cuenta las circunstancias y la cantidad de errores que se pueden cometer en una situación de absoluto estrés, es relevante el diferente tratamiento que se le pueda dar al error.

Sin embargo, el elemento determinante para considerar la responsabilidad penal del personal médico en caso de incumplimiento es el estado de necesidad. En relación con la eximente prevista en el artículo 20.5 CP, el componente definitorio es la mayor, menor o igual entidad del mal causado. En relación con la entidad del mal causado cuando el bien jurídico en peligro es la vida, se aprecia por parte de nuestro ordenamiento jurídico una especial protección a unas determinadas vidas, respecto a la protección general. Ello pese a que tradicionalmente se haya considerado que mantener que una vida causa un mal mayor que otra —o que una vida vale más que otra— puede afectar al reconocimiento de la dignidad inherente a toda persona.

La diferencia entre los supuestos de ausencia o presencia de norma es que podría haber más posibilidades de que se apreciara un estado de necesidad exculpante, o incluso justificante, en ausencia de norma. La razón consiste en que en el primer supuesto es más difícil defender que el mal evitado tiene mayor entidad que el mal causado, puesto que existe una norma jurídica en la que el legislador previamente ha ponderado esos males y establecido la prioridad.

La consecuencia de no considerar que el hecho de que una norma jurídica priorice una vida respecto a otra conlleva que el mal que esta causa es mayor, resulta en que, en todo caso, va a apreciarse el estado de necesidad exculpante, excluyendo la responsabilidad penal. Esta consecuencia afecta a la función de prevención general del Derecho penal por la impunidad ante cualquier tipo de conducta; sin embargo, el profesional médico que incumpla tal norma jurídica puede seguir teniendo responsabilidad civil o disciplinaria. Cabe plantear que esta pueda ser una consecuencia

pretendida, en tanto que no se quiera que el Derecho penal intervenga en estos supuestos, aunque su intervención pueda estar legitimada.

En relación con las limitaciones del presente Trabajo de Fin de Grado, sería interesante analizar las posibles diferencias entre la sanidad pública y la sanidad privada. Por su parte, son relevantes las cuestiones relativas a la autoría y participación del personal médico, en tanto que en el tratamiento de un paciente pueden intervenir diferentes profesionales. Asimismo, también cabe plantear una situación concursal.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Constitución española (BOE 29 de diciembre de 1978).

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE 29 de abril de 1986).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995).

Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (BOE 29 de mayo de 2003).

Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (BOE 22 de noviembre de 2003).

Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (BOE 5 de octubre de 2011).

Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (BOE 25 de marzo de 2021).

2. JURISPRUDENCIA

2.1. Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 37/2004, de 11 de marzo [versión electrónica – base de datos LA LEY 963/2004]. Fecha de última consulta 20/03/2023.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 29/2012, de 1 de marzo [versión electrónica – base de datos LA LEY 963/2004]. Fecha de última consulta 20/03/2023.

2.2. Tribunal Supremo

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 9/2023, de 19 de enero [versión electrónica – base de datos CENDOJ Id. 28079120012023100091]. Fecha de última consulta 15/03/2023.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 2230/2001 de 27 de noviembre [versión electrónica – base de datos LA LEY 2693/2002]. Fecha de última consulta 30/03/2023.

Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 805/2017 de 11 de diciembre [versión electrónica – base de datos LA LEY 220948/2017]. Fecha de última consulta 30/03/2023.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 860/2022, de 2 de noviembre [versión electrónica – base de datos CENDOJ Id. 28079120012022100831]. Fecha de última consulta 25/03/2023.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 1810/2002, de 5 de noviembre [versión electrónica – base de datos CENDOJ Id. 28079120012002103233]. Fecha de última consulta 25/03/2023.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 654/2019, de 8 de enero [versión electrónica – base de datos LA LEY 28/2020]. Fecha de última consulta 1/04/2023.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 301/2021, de 8 de abril
[versión electrónica – base de datos LA LEY 15271/2021]. Fecha de última
consulta 1/04/2023.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 34/2014 de 6 de febrero
[versión electrónica – base de datos LA LEY 3099/2014]. Fecha de última
consulta 25/03/2023.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 351/2021 de 28 de abril
[versión electrónica – base de datos LA LEY 39398/2021]. Fecha de última
consulta 1/04/2023.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 755/2003 de 28 de mayo
[versión electrónica – base de datos LA LEY 95790/2003]. Fecha de última
consulta 1/04/2023.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 457/2003 de 14 de noviembre
[versión electrónica – base de datos LA LEY 472/2004]. Fecha de última consulta
1/04/2023.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 814/2020, de 5 de mayo
[versión electrónica – base de datos CENDOJ Id. 28079120012020100134].
Fecha de última consulta 3/04/2023.

Sentencia de la Sala de lo Penal de Tribunal Supremo núm. 367/2021, de 30 de abril,
[versión electrónica – base de datos LA LEY 62345/2021]. Fecha de última
consulta 4/04/2023.

Sentencia de la Sala de lo Penal de Tribunal Supremo núm. 716/2018, de 16 de enero, [versión electrónica – base de datos LA LEY 450/2019]. Fecha de última consulta 4/04/2023.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 814/2020, de 5 de mayo [versión electrónica – base de datos CENDOJ Id. 28079120012020100134]. Fecha de última consulta 25/03/2023.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 1267/2006 de 5 de diciembre [versión electrónica – base de datos Aranzadi RJ\2007\232]. Fecha de última consulta 25/03/2023.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 1342/2006 de 18 de diciembre [versión electrónica – base de datos LA LEY 154721/2006]. Fecha de última consulta 25/03/2023.

2.3. Audiencias Provinciales

Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria núm. 10/2020, de 17 de febrero [versión electrónica – base de datos LA LEY 36876/2020]. Fecha de última consulta 15/03/2023.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 7ª, núm. 241/2003, de 28 de marzo [versión electrónica – base de datos LA LEY 10769/2004]. Fecha de última consulta 25/03/2023.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 10ª, de 11 de octubre de 2006 [versión electrónica – base de datos LA LEY 240722/2006]. Fecha de última consulta 25/03/2023.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 1ª, núm. 220/2015, de 30 de marzo [versión electrónica – base de datos LA LEY 58526/2015]. Fecha de última consulta 30/03/2023.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16ª, núm. 164/2007 de 12 de marzo [versión electrónica – base de datos LA LEY 46976/2007]. Fecha de última consulta 25/03/2023.

3. OBRAS DOCTRINALES

Benito López, C. *et al.*, “Triage hospitalario y extrahospitalario”, *Revista Sanitaria de Investigación*, vol. 2, n. 10, 2021, S.P. (disponible en <https://revistasanitariadeinvestigacion.com/triaje-hospitalario-y-extrahospitalario/>; última consulta 8/02/2023).

Cortés Bruna, M. *et al.*, “Triage intrahospitalario en el servicio de urgencias”, *Revista Sanitaria de Investigación*, vol. 2, n. 11, 2021, S.P. (disponible en <https://revistasanitariadeinvestigacion.com/triaje-intrahospitalario-en-el-servicio-de-urgencias/>; última consulta 10/02/2023).

De los Ríos-Uriarte, M.E. y Revello, R.O., “El criterio del azar vs. la ponderación en la asignación de recursos sanitarios escasos ante emergencias sanitarias”, *Pers Bioet*, vol. 25, n. 1, 2021, pp. 1-12.

De Montalvo Jääskeläinen, F. y Bellver Capella, V., “Una crisis bioética dentro de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19”, *Derecho y Salud*, v. 30, n. extra 1, 2020, pp. 58-73.

Domínguez Romero, A. y Ciprés Añaños, E., “Los sistemas de triaje en los servicios de urgencias”, *Revista Sanitaria de Investigación*, vol. 1, n. 7, 2020, S.P. (disponible en <https://revistasanitariadeinvestigacion.com/los-sistemas-de-triaje-en-los-servicios-de-urgencias/>; última consulta 10/02/2023).

- Fernández Rodríguez, M.D., “Los límites del ius puniendi”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 47, 3, 1994, pp. 87-114.
- Galán Cortés, J. C., *Responsabilidad civil médica* (6ª ed.), Civitas/Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2018, pp. 275-284.
- García Sanz, J., “Responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria”, *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, n. 18, 2001, pp. 341-367.
- Giraldo Acosta, M., del Río López, A. y García Cano, B., “La pandemia COVID-19: Priorización sanitaria en España”, *Bioderecho.es. Revista del Centro de Estudios en Bioderecho, Ética y Salud*, n. 13, 2021, pp. 1-26 (disponible en <https://revistas.um.es/bioderecho/article/view/481321>; última consulta 10/2/2023).
- Gómez Lanz, J. y Obregón García A., “Otra propuesta de teoría del delito”, *Revista Penal México*, n. 9, 2015, pp. 37-57.
- Hernández-Tejedor, A. y Martín Delgado, M. C., “Una crisis ética dentro de la crisis sanitaria por la COVID-19”, *Medicina Intensiva*, v. 45, n. 9, 2021, pp. 563-565.
- Macía Morillo, A., “El parámetro de la “lex artis” de los profesionales médicos en tiempo de COVID-19”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, n. 54, 2021, S.P.
- Martínez Escamilla, M. et al., *Derecho penal. Introducción teoría jurídica del delito. Materiales para su docencia y aprendizaje*, Universidad Complutense de Madrid, 2012 (disponible en https://eprints.ucm.es/id/eprint/16044/2/DERECHO_PENAL_MATERIALES_PARA_SU_DOCENCIA_Y_APRENDIZAJE.pdf; última consulta 22/03/2023).
- Mir Puig, S., “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi”, *Estudios penales y criminológicos*, n. 14, 1989-1990, pp. 203-215.

- Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general* (10ª ed.), Editorial Reppertor, Barcelona, 2016.
- Miranda, A., “Criterios de justicia para la asignación de recursos médicos escasos en situaciones de pandemia”, *Veritas: revista de filosofía y teología*, n. 49, 2021, pp. 55-70.
- Morillas Cueva, L. (dir.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid, 2009.
- Muñoz-Cofré, R., *et al.*, “Relación de las Medidas de Mecánica Ventilatoria y Radiográficas con el Tiempo de Conexión a Ventilación Mecánica en Pacientes COVID-19. Un Análisis Preliminar”, *International Journal of Morphology*, vol. 38, n. 6, 2020, pp. 1.580-1.586.
- Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *DERECHO PENAL. PARTE GENERAL: ELEMENTOS BÁSICOS DE TEORÍA DEL DELITO* (2ª ed.), EDITORIAL TECNOS (GRUPO ANAYA, S.A.), Madrid, 2016.
- Olabarria López, E., “Triage en enfermería”, *NPunto*, vol. 1, n. 3, 2018, S.P. (disponible en <https://www.npunto.es/revista/3/triaje-en-enfermeria>; última consulta 8/02/2023).
- Real de Asúa, D. *et al.*, “Criterios de triaje para reanimación cardiopulmonar y soporte vital avanzado durante la epidemia COVID-19”, *Medicina Clínica*, vol. 155, n. 5, 2020, pp. 215–219.
- Rodríguez Vázquez, V., *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, Madrid, 2012.

Romeo Casabona, C.M. y Urruela Mora, A., “La gestión de soportes vitales escasos en contextos de pandemia. Reflexiones acerca de la aplicación de triajes en el marco del COVID-19”, *Revista de Bioética y Derecho*, n. 50, 2020, pp. 99-112.

Romero González, R. C., “Triage en Emergencias Extrahospitalarias”, *Rev Paraninfo Digital*, n. 20, 2014, S.P. (disponible en [file:///D:/DATOS/crmed/Downloads/EXTRAHOSP%20\(4\).pdf](file:///D:/DATOS/crmed/Downloads/EXTRAHOSP%20(4).pdf); última consulta 12/02/2023).

Ruiz-Hornillos, J. *et al.*, “Priorización de recursos sanitarios en contextos de escasez. Informe SESPAS 2022”, *Gaceta Sanitaria*, v. 36, suppl. 1, 2022, pp. 51-55.

Seoane, J.A., “LexArtis”, *Anuario de filosofía del derecho*, n. 38, 2022, pp. 275-300.

Silva Sánchez, J. M., “La responsabilidad penal del médico por omisión”, *Diario La Ley*, tomo 1, 1987, pp. 955-966.

Silva Sánchez, J.M., “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 35, 3, 1982, pp. 663-692.

Soler, W. *et al.*, “El triaje: herramienta fundamental en urgencias y emergencias”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, vol. 33, suppl. 1, 2010, pp. 55-68.

4. RECURSOS DE INTERNET

Centro de Alertas y Emergencias Sanitarias del Ministerio de Sanidad del Gobierno de España, “Enfermedad por nuevo coronavirus, COVID-19. Situación actual”, 2023 (disponible en <https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/situacionActual.htm>; última consulta 9/02/2023).

Centro de Alertas y Emergencias Sanitarias del Ministerio de Sanidad del Gobierno de España, “Información científica-técnica. Enfermedad por coronavirus, COVID-19”, 2021 (disponible en <https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/ITCoronavirus.pdf>; última consulta 9/02/2023).

Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, “Código de Deontología Médica”, 2022 (disponible en https://www.cgcom.es/sites/main/files/minisite/static/828cd1f8-2109-4fe3-acba-1a778abd89b7/codigo_deontologia/index.html; último acceso 3/03/2023).

De Montalvo Jääskeläinen, F., *et al.*, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus”, 2020, p. 3 (disponible en <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE-%20Priorizacion%20de%20recursos%20sanitarios-coronavirus%20CBE.pdf>; última consulta 20/02/2023).

Méndez, R., “La pandemia está obligando a muchos médicos a actuar como dioses sin quererlo”, *El Confidencial*, 30 de marzo de 2020 (disponible en https://www.elconfidencial.com/espana/2020-03-30/david-rodriguez-arias-bioetica-respiradores-coronavirus_2522799/; última consulta 20/02/2023).

Méndez, R., “Los hospitales planifican ya cómo limitar el acceso a respiradores a los más mayores”, *El Confidencial*, 20 de marzo de 2020 (disponible en https://www.elconfidencial.com/espana/2020-03-20/hospitales-acceso-uvi-covid-coronavirus-mayores-respiradores_2507959/; última consulta 15/03/2023).

Ministerio de Sanidad del Gobierno de España, “Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: El SARS-CoV-2”, 2020 (disponible en https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/AspectosEticos_en_situaciones_de_pandemia.pdf; última consulta 23/02/2023).

Organización Mundial de la Salud, “Información básica sobre la COVID-19”, 2023 (disponible en <https://www.who.int/es/news-room/questions-and-answers/item/coronavirus-disease-covid-19>; última consulta 9/02/2023).

Organización Nacional de Trasplantes, “Trasplante pulmonar. Criterios de distribución 2023”, 2023 (disponible en <http://www.ont.es/infesp/CriterioDeDistribucion/Criterios%20distribuci%C3%B3n%20Pulm%C3%B3n%202023.pdf>; último acceso el 10/03/2023).

Wallace, A., “Coronavirus: cómo funcionan los respiradores y por qué la desesperada carrera por fabricar más es clave en la batalla contra COVID-19”, *BBC News Mundo*, 30 de marzo de 2020 (disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-52060716>; última consulta 9/02/2023).

ANEXO I

En primer lugar, encontramos el triaje intrahospitalario. Los modelos que más se utilizan en este tipo de triaje son el Sistema de Triaje Español (SET), el Modelo Andorrano de Triaje (MAT) y el Sistema Manchester de Triaje (MST)¹⁷¹. Tanto el SET como el MST son modelos de triaje estructurado y priorizan la urgencia estableciendo cinco niveles en función de la gravedad y el tiempo de atención requerido¹⁷².

El SET se constituye como un modelo de triaje de enfermería no excluyente y desde 2003 la Sociedad Española de Medicina de Urgencias y Emergencias (SEMES) asumió el mismo como modelo estándar para España¹⁷³. No obstante, es destacable apuntar que no hay una completa uniformidad en nuestro país, en tanto que cada hospital decide qué sistema llevar a cabo¹⁷⁴ e incluso hay hospitales públicos en España que no usan ningún sistema de triaje estructurado validado¹⁷⁵.

¿Por qué no aplicar los modelos de triaje intrahospitalario para la resolución del supuesto que estamos analizando? Aunque el método de triaje intrahospitalario resuelve el problema de la distribución de recursos, no es aplicable al caso de estudio porque la naturaleza del conflicto que se trata de resolver es distinta.

En el triaje intrahospitalario se clasifica a los pacientes en función de la urgencia de la consulta, no basándose en diagnósticos médicos¹⁷⁶; lo que precisamente permite que el triaje sea llevado a cabo por el personal de enfermería. En cambio, en el caso de estudio se requiere un diagnóstico médico que indique que el paciente necesita el tratamiento, lo cual limita el papel del enfermero, y lo que se debate es a qué paciente se le va a aplicar el mismo, en detrimento de otro que también lo necesita y que puede que esté en las mismas condiciones.

¹⁷¹ Benito López, C. *et al.*, *op. cit.*

¹⁷² Domínguez Romero, A. y Ciprés Añaños, E., *op. cit.*

¹⁷³ *Id.*

¹⁷⁴ Cortés Bruna, M. *et al.*, *op. cit.*

¹⁷⁵ Olabarria López, E., *op. cit.*

¹⁷⁶ Soler, W. *et al.*, *op. cit.*, pp. 55 y 58.

El SET es un procedimiento que nace para priorizar la urgencia¹⁷⁷ y, por tanto, fundamentalmente se basa en criterios técnico-sanitarios que determinan qué situación es más urgente. En este sentido, la priorización se realiza conforme a descriptores clínicos, síntomas centinela o categorías sintomáticas, así como teniendo en cuenta factores como el riesgo vital, las constantes, el nivel de dolor, etc¹⁷⁸. Sin embargo, el presente supuesto no es de priorización, sino de exclusión, por lo que criterios ético-morales pasan a situarse en el núcleo fundamental de la decisión.

Es decir, en el triaje intrahospitalario los criterios clínicos son los determinantes, ya que se presenta un problema de gestión de aglomeraciones de pacientes con distintas patologías —de mayor o menor urgencia— que requieren asistencia médica. En cambio, en el supuesto objeto de análisis los criterios clínicos pueden tener incidencia al ser utilizados como baremos, pero no son definitorios, pues en este no se precisa priorizar a los pacientes que requieren atención urgente, sino determinar a qué paciente no se le va a suministrar el tratamiento que necesita para mantenerse con vida. El conflicto es distinto y las implicaciones del mismo también. Mientras que en la mayoría de los casos de triaje intrahospitalario los pacientes acaban teniendo acceso a ese recurso —en tanto se habla de prioridad—, sin que haya un coste elevado de fallecimientos por esa priorización, en el caso de estudio el coste prácticamente directo de la decisión que se toma es la del fallecimiento de los pacientes a los que “no se prioriza”, es decir, a los que se “excluye”¹⁷⁹.

Asimismo, se plantea la posibilidad de aplicar el método de triaje extrahospitalario, que es aquel previsto para catástrofes o crisis y que se realiza fuera de las instalaciones hospitalarias, en el entorno cercano al suceso¹⁸⁰. En este caso, se distinguen tres niveles de actuación o triajes: dos de ellos a nivel extrahospitalario para evitar un bloqueo y un tercero a nivel hospitalario; los principales métodos de triaje se denominan SHORT y START¹⁸¹.

¹⁷⁷ Domínguez Romero, A. y Ciprés Añaños, E., *op. cit.*

¹⁷⁸ Soler, W. *et al.*, *op. cit.*, p. 57.

¹⁷⁹ Méndez, R., “La pandemia está obligando... *op. cit.*”

¹⁸⁰ Romero González, R. C., *op. cit.*

¹⁸¹ Benito López, C. *et al.*, *op. cit.*

¿Por qué no aplicar lo establecido para el triaje extrahospitalario para determinar a qué paciente proporcionar el tratamiento? Antes de responder a esta pregunta, es necesario remarcar que las siguientes afirmaciones, y las conclusiones de este Trabajo de Fin de Grado, se formulan de cara a futuros casos asimilables al que se estudia aquí, tras lo acontecido en la pandemia de COVID-19.

Los sistemas de triaje extrahospitalario también gestionan aglomeraciones de pacientes con diferentes necesidades y se basan en la priorización de los mismos, pero en situaciones de emergencias, por lo que a estos efectos se aplica lo dispuesto anteriormente para el triaje intrahospitalario. Sin embargo, como añadido, en el triaje extrahospitalario, como principio, no se prioriza en sí la gravedad y la urgencia, sino la supervivencia¹⁸². Este triaje pone en relieve la búsqueda de la eficiencia del recurso, la cual no es únicamente limitada a la ética utilitarista¹⁸³, priorizando este criterio frente a todos los demás, aunque también se tienen en cuenta otros como la calidad de vida y los recursos necesarios¹⁸⁴. De esta manera, en un contexto de extrema emergencia, se considera la posibilidad de que se dirija la mayor parte de la atención y asistencia sanitaria a aquellos pacientes con mayor pronóstico de supervivencia, mientras que a los que se encuentran en estado más crítico se les proporcionaría únicamente tratamiento de soporte¹⁸⁵.

El problema que plantea la priorización de la supervivencia como criterio de asignación en casos como el de una pandemia es que el pronóstico puede ser incierto. Cuando la enfermedad es relativamente nueva, y aún no se ha investigado lo suficiente sobre ella, puede no ser realmente posible determinar qué paciente tiene las mejores posibilidades de supervivencia. Asimismo, debe tenerse en cuenta el factor tiempo, pues en un colapso sanitario lo más probable es que no haya tiempo suficiente para valorar con el requerido detalle en qué personas puede tener el tratamiento un efecto más favorable. Esto es así teniendo en cuenta que pueden presentar un cuadro clínico similar y puede no tratarse sólo de dos personas, sino de muchas más. Además, puede que las herramientas informáticas que utilizan los profesionales médicos en este sentido, no se hallen actualizadas para ayudarlos por la falta de datos.

¹⁸² Benito López, C. *et al.*, *op. cit.*

¹⁸³ Miranda, A., “Criterios de justicia para la asignación de recursos médicos escasos en situaciones de pandemia”, *Veritas: revista de filosofía y teología*, n. 49, 2021, p. 58.

¹⁸⁴ Giraldo Acosta, M., del Río López, A. y García Cano, B., *op. cit.*, p. 3.

¹⁸⁵ Romero González, R. C., *op. cit.*

Por otra parte, la priorización de la supervivencia como criterio de asignación es discutible en tanto que una sociedad puede preferir priorizar determinados valores antes que ella, sobre todo cuando se habla del pronóstico de supervivencia a largo plazo. Así, esta lógica y priorización contrasta frontalmente con el humanitarismo, pues, desde este punto de vista, “toda persona en estado de máxima gravedad merece recibir el tratamiento vital que corresponda”¹⁸⁶.

Una de las consecuencias de la priorización por supervivencia podría ser una discriminación indirecta por razón de edad. Mientras que el criterio de la edad puede ser un criterio de asignación pretendido en función de los valores que proteja la sociedad, admitir su aplicación de manera indirecta, sin ningún tipo de justificación, es cuestionable en tanto que discriminatorio. En este sentido, durante la pandemia de COVID-19, el Ministerio de Sanidad proscribió la utilización de criterios que priorizaran por razones discriminatorias por ser contrarios al artículo 14 de la Constitución española y, a modo de ejemplo, utilizó la limitación de un tratamiento en función de la edad como criterio discriminatorio¹⁸⁷. Además, añadió el Ministerio en su informe que todos los pacientes deberán ser atendidos en las mismas condiciones, atendiendo a criterios clínicos y no discriminatorios¹⁸⁸, y es que así se establece en nuestro ordenamiento jurídico¹⁸⁹. En este sentido, la actividad de los médicos en ejercicio debe regirse por el Código de deontología médica elaborado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos¹⁹⁰, conforme a su artículo 1.1. Este establece en su artículo 4.2 que “el médico debe atender con la misma diligencia y solicitud a todos los pacientes, sin discriminación alguna”¹⁹¹.

En atención a lo anterior, si se excluye de manera sistemática en función del pronóstico, cabe pensar que los pacientes de mayor edad sean los que como norma general vayan a resultar excluidos. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha reconocido que

¹⁸⁶ Ministerio de Sanidad del Gobierno de España, *op cit.* p. 7.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 9.

¹⁸⁸ *Id.*

¹⁸⁹ Entre otros: artículo 6 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (BOE 5 de octubre de 2011); artículo 3.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE 29 de abril de 1986); artículo 2.a) de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (BOE 29 de mayo de 2003).

¹⁹⁰ Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, *op cit.*

¹⁹¹ *Id.*

la distinción por edad puede ser una circunstancia discriminatoria¹⁹², al igual que no serlo si concurre una justificación que cumpla determinados requisitos¹⁹³.

Dicha justificación podría basarse en la imprevisibilidad derivada de la propia emergencia, pues como tradicionalmente en nuestro ordenamiento jurídico se exonera o atenúa la responsabilidad producto de una obligación en atención a la imprevisibilidad del supuesto –véanse los supuestos de caso fortuito—, podría plantearse cierta flexibilidad en la primacía de este criterio con motivo de esta. En los sistemas de triaje extrahospitalario dicha flexibilidad resulta hasta cierto punto necesaria, pues se deben tomar decisiones *in situ*, en tanto que las consecuencias de la emergencia son amplias y variadas. La inmediatez de la situación hace que tenga que ser el personal sanitario quien lo haga en ese momento; es decir, debe llevarse a cabo después de que tenga lugar el suceso, por la imprevisibilidad de las consecuencias derivadas del mismo.

No obstante, tras la COVID-19, en situaciones equiparables, priorizar sin justificación en función de la supervivencia no estaría justificado, porque la necesidad de una asignación ya es previsible. Esta pandemia ha permitido que se esté más preparado para futuras situaciones asimilables. Así, la imprevisibilidad en el futuro puede afectar al abastecimiento de los hospitales con respecto al tratamiento específico que se necesite, pero no a la necesidad de asignación de los tratamientos escasos. Es decir, para supuestos asimilables a la pandemia de COVID-19, la consecuencia ya es previsible: se tiene que tomar la decisión de a qué persona excluir. Por esta razón, en el caso de estudio, desde un punto de vista logístico, nada impide que existan unos criterios previstos *ex ante* para decidir a quién asignar el tratamiento, lo cual, como ya se sostuvo, presenta mayores garantías para los pacientes.

Por las razones expuestas, los sistemas de triaje “clásicos” no son adecuados para que el personal médico resuelva el problema presentado.

¹⁹² Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 37/2004, de 11 de marzo [versión electrónica – base de datos LA LEY 963/2004]. Fecha de última consulta 20/03/2023.

¹⁹³ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 29/2012, de 1 de marzo [versión electrónica – base de datos LA LEY 963/2004]. Fecha de última consulta 20/03/2023.