



LAS NEGLIGENCIAS
MÉDICAS

© Ricardo De Lorenzo
© Nexus Médica Editores
Passeig d'Amunt, 38. 08024 Barcelona

D.L. M-11280-2007
Imprime: Gráficas ENAR
Solicitado Soporte Válido

“Esta obra se presenta como un servicio a la profesión médica. El contenido de la misma refleja las opiniones, criterios, conclusiones y/o hallazgos propios de sus autores, los cuales pueden no coincidir necesariamente con los del Grupo Bristol-Myers Squibb. Algunas de las referencias que, en su caso, se realicen sobre el uso y/o dispensación de productos farmacéuticos pueden no ser acordes en su totalidad con la correspondiente Ficha Técnica aprobada por las autoridades sanitarias competentes, por lo que aconsejamos su consulta.”



LAS NEGLIGENCIAS MÉDICAS

D. Ricardo de Lorenzo y Montero

Abogado.

Socio-Director del Bufete De Lorenzo Abogados.

Académico correspondiente honorario

de la Real Academia Nacional de Medicina



LAS NEGLIGENCIAS MÉDICAS



1. Introducción	6
2. Clases de responsabilidad en las negligencias médicas	8
La responsabilidad penal	9
La responsabilidad civil	9
La responsabilidad administrativa o patrimonial de las Administraciones Públicas	10
La responsabilidad disciplinaria	10
Responsabilidad deontológica	10
3. La responsabilidad en el ámbito civil: los deberes médicos	11
Actuación antijurídica del agente	11
Culpa o dolo	12
El daño producido	12
La relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño	12
El incumplimiento de otros deberes por parte del profesional sanitario, y no sólo de la "lex artis ad hoc", como causa determinante de la exigencia de responsabilidad	12
4. La responsabilidad en el ámbito penal: los delitos y las faltas	19
Referencia al Código Penal de 1995	21
Homicidio	21
Cooperación e inducción al suicidio	22
Aborto	23



Lesiones	26
Manipulación genética	27
Detenciones ilegales	30
Omisión del deber de socorro y denegación de auxilio	31
Descubrimiento y revelación de secretos	33
Suposición de parto	35
Falsedades	36
Intrusismo	37
Liberación de energía nuclear o elementos radiactivos	37
5. La responsabilidad penal del médico por imprudencia	38
Delitos y faltas de imprudencia	39
Jurisprudencia	41
6.- La responsabilidad patrimonial	43

1 LAS NEGLIGENCIAS MÉDICAS

Introducción

En los últimos tiempos los problemas derivados de la responsabilidad médica, como consecuencia de lo que la doctrina y la jurisprudencia han calificado como negligencias médicas, se han situado en un lugar preeminente tanto en la jurisprudencia como en la doctrina científica. No es un fenómeno propio de nuestro país, más bien es la consecuencia lógica del perfeccionamiento de los servicios sanitarios de los países desarrollados en los que se ha producido un salto cualitativo de la medicina liberal a la medicina pública socializada.

El contacto de los pacientes con el Sistema Nacional de Salud está presidido, en el momento actual, por una cierta conflictividad. Son muchos los estudios que se han dedicado a este tema y, con toda probabilidad, los que se dedicarán en lo sucesivo.

Hasta 1975, aproximadamente, las relaciones entre los profesionales sanitarios y los pacientes se producían sin una especial confrontación. Pero, a partir de esta fecha se produce un incremento de las reclamaciones que contribuye al enrarecimiento de los ambientes donde se llevan a cabo las funciones sanitarias. Aunque existan algunas discrepancias a la hora de objetivar las causas de tal proceder, se pueden señalar, como más significativas, las siguientes:

1. Los progresos realizados por la Ciencia Médica y, en particular, los derivados de la tecnología sanitaria, a lo que hay que añadir el moderno ejercicio de la medicina en equipo y el carácter multidisciplinar de la ciencia sanitaria, que contribuyen a dotarla de complejidad y, por lo tanto, a aumentar el riesgo.
2. La configuración de los servicios sanitarios como bienes de consumo, olvidándose de los peligros que siempre entrañan dichas relaciones.
3. Los cambios de mentalidad de los pacientes.

Hasta la primera mitad del siglo XX se puede decir que la regla general era la resignación ante los problemas de la vida, el sufrimiento o la muerte. Pero hoy en día existe otra mentalidad, que se traduce, en ocasiones, en la investigación de la conducta del profesional sanitario que sirva de base para la exigencia de responsabilidad profesional.

2

Clases de responsabilidad en las negligencias médicas

Genéricamente pueden distinguirse las siguientes clases de responsabilidad como consecuencia de las negligencias en las que incurran los profesionales sanitarios:

- 1.- Penal.
- 2.- Civil.
- 3.- Administrativa o patrimonial de las Administraciones Públicas.
- 4.- Disciplinaria.
- 5.- Deontológica.

Con carácter previo al examen de cada uno de los distintos tipos de responsabilidad por las negligencias en las que incurran los profesionales sanitarios conviene poner de manifiesto las siguientes ideas introductorias:

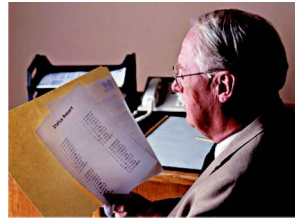
- Habida cuenta de la importancia de los bienes jurídicos en conflicto (la salud y la vida) en el caso de la responsabilidad de los profesionales sanitarios conviene rechazar, de entrada, un falso esquema: aquél que entiende que la relación médico-paciente debe desembocar en la curación. Por el contrario, debe ponerse de manifiesto que la obligación que incumbe a los profesionales sanitarios es la de prestar los cuidados que sean conformes con el estado de la ciencia en el momento en que se preste la asistencia.
- Una consecuencia obligada de lo dicho es que, en la mayor parte de las intervenciones sanitarias, la obligación del facultativo es, técnicamente, una obligación de medios y no una obligación de resultados. Es decir, el profesional se compromete a poner a disposición del paciente todos sus conocimientos en la tarea de curar o aliviar, pero no contrae el compromiso de obtener la curación en todo caso.
- Todavía se puede dar un paso más, afirmando que el fracaso o error del profesional sanitario no es siempre equivalente a responsabilidad, desde el momento en que la Ciencia Médica no es una Ciencia Exacta, y que el médico tiene el compromiso permanente de actualizar sus conocimientos, ya que su responsabilidad se exige con arreglo a los conocimientos del momento en que se juzguen.

La responsabilidad penal

La responsabilidad penal surge cuando se comete un delito o una falta (infracción grave o leve). El principal problema que se plantea en esta jurisdicción es la exigencia de responsabilidad por imprudencia, de la que nos ocuparemos más adelante. En el ámbito penal las Administraciones Públicas o las Sociedades Médicas Privadas para las que trabajen, en su caso, los profesionales sanitarios, sólo son responsables civiles subsidiarios. Para poder indemnizar, evitando los embargos de los profesionales sanitarios, ha de acreditarse que éstos últimos no tienen bienes con que hacer frente a sus responsabilidades y que la lesión causada es una consecuencia directa del funcionamiento de los Servicios Públicos. Por tanto, en dicha condición de responsables civiles subsidiarios, los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas no pueden pagar antes de que los profesionales sanitarios condenados en una resolución judicial se queden sin bienes. Sólo después, la Administración o Sociedad Médica Privada podrá pagar lo que reste para alcanzar la indemnización fijada judicialmente.

La responsabilidad civil

Hablar de responsabilidad civil en el ámbito de los profesionales sanitarios es, fundamentalmente, tanto como tener que hacer frente a una indemnización. Por lo demás, la responsabilidad civil puede derivarse de un contrato (enfermo que solicita los servicios de un médico) o sin que exista un contrato entre el médico y el paciente (la llamada responsabilidad extracontractual), como ocurre en el caso de los servicios prestados por los médicos de los Servicios de Salud, que no convienen ningún contrato con el asegurado o beneficiario, sino que se hallan vinculados por una relación jurídica casi-funcionarial con dichos Servicios de Salud.



La responsabilidad indemnizatoria es solidaria, tanto entre los que hayan intervenido en la producción del daño, como en relación con la Administración o Empresa para la que trabajen (por ejemplo, el Servicio Madrileño de Salud o una Empresa privada de prestación de servicios sanitarios). Esto quiere decir que el que se sienta perjudicado puede exigir la responsabilidad en su totalidad de cualquier profesional o de todos ellos conjuntamente y, del mismo modo, pueda exigirla de la Administración Pública o empresa correspondiente (que son responsables solidariamente, esto es, por la totalidad).



La responsabilidad administrativa o patrimonial de las Administraciones Públicas

Esta responsabilidad se basa en que las Administraciones Públicas deben indemnizar cuando producen un daño con ocasión del funcionamiento (normal o anormal) del servicio público sanitario.

Es una responsabilidad directa de la Administración, que no involucra al profesional sanitario. En consecuencia, se trata de una responsabilidad objetiva, esto es, sin culpa, bastando demostrar el daño y el enlace causal.

Sólo se excluye la fuerza mayor (acontecimiento externo e inevitable como, por ejemplo, un terremoto), pero no el caso fortuito (acontecimiento interno e imprevisible). En último extremo, la Administración puede exigir lo que haya pagado, si los profesionales sanitarios hubieran incurrido en dolo, culpa o negligencia grave.

La responsabilidad disciplinaria

Esta responsabilidad surge porque los profesionales, muchas veces, no actúan de forma independiente, sino que trabajan para alguna Administración Pública o para alguna empresa.

Tal responsabilidad hay que remitirla al cuadro de infracciones y sanciones que se encuentra en cada una de las zonas o sectores correspondientes (en el ámbito de la función pública, en el ámbito del Estatuto Marco del Personal Estatutario, o, en último extremo, en el seno del Estatuto de los Trabajadores).

Responsabilidad deontológica

La responsabilidad deontológica de los profesionales sanitarios surge como consecuencia de la incorporación obligatoria de los mismos a los respectivos Colegios Profesionales, rigiéndose por sus disposiciones específicas.

3

La responsabilidad

en el ámbito civil:

los deberes médicos

Para que exista la responsabilidad civil se tienen que producir una serie de requisitos en relación con el acto médico, que enumeraremos a continuación:

Actuación antijurídica del agente

Esto significa que alguien obra de forma ilícita, que no quiere decir antijurídica. No estaremos en presencia de una actuación ilícita cuando exista una causa de justificación. Por ejemplo, es clara la inmunidad del médico para causar al paciente las lesiones que sean necesarias para un correcto tratamiento y habrá que admitir que su actuación es lícita cuando obre en virtud de un estado de necesidad, que supone que el daño causado al paciente es menor que el que se trata de evitar.

“...es clara la inmunidad del médico para causar al paciente las lesiones que sean necesarias para un correcto tratamiento...”



Culpa o dolo

El dolo supone una actuación voluntaria y deliberada de dañar a otro. Esto es, para nuestros efectos equivale a una actuación intencional. Cuando alguien obra con conocimiento y voluntad decimos que obra dolosa o intencionalmente. En cambio, la culpa supone una actuación negligente que, en el ámbito de la culpa médica, supone la falta de diligencia o de previsión que acarrea la infracción de alguno de los deberes médicos, que después veremos. La norma de conducta para exigir la responsabilidad es la correspondiente a un profesional. Esto quiere decir que el médico debe obrar conforme a la "lex artis", que es una expresión empleada por nuestro Tribunal Supremo y que deriva de nuestro Código Civil. La formulación puede hacerse de la siguiente manera: dar al enfermo, como ha dicho la jurisprudencia francesa, los cuidados conscientes, atentos y, salvo circunstancias excepcionales, con arreglo a los datos y conclusiones actuales de la ciencia. Se observará la importancia que adquieren los peritos para determinar la diligencia debida al buen profesional sanitario.

El daño producido

La actuación ilícita, interviniendo dolo o culpa, ha de producir un daño. Éste es un concepto muy amplio donde se entienden incluidos toda clase de perjuicios, no solamente los materiales, sino también los morales (por ejemplo, el sufrimiento causado por la muerte de un hijo para un padre o una madre).

La relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño

El último requisito para que se aprecie la existencia de responsabilidad civil es la relación de causalidad que supone un nexo de unión entre la actuación u omisión del profesional sanitario y el resultado dañoso.

El incumplimiento de otros deberes por parte del profesional sanitario, y no sólo de la "lex artis ad hoc", como causa determinante de la exigencia de responsabilidad

Además de la delimitación conceptual de la "lex artis ad hoc" ya vista (forma normal de actuar de un médico con arreglo a una circunstancia dada) existen otras causas de exigencia de la responsabilidad civil del médico, basadas en el incumplimiento de otros deberes distintos por parte del mismo. Como tales pueden considerarse los siguientes:



“...La exigencia del consentimiento informado supone dar preeminencia, al principio de autonomía de la persona...”

- Consentimiento informado.
- Secreto profesional.
- Conocimiento, habilidad y medios técnicos.
- Continuidad en el tratamiento.
- Asistencia y consejo.
- Intervención obligatoria.
- Emisión de certificados.
- Diagnóstico, prescripción y tratamiento.
- Obligación de resultados.

Consentimiento informado

La exigencia del consentimiento informado supone dar preeminencia, en el campo del Derecho Sanitario, al principio de autonomía de la persona. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre lo define como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”. En concreto, dispone dicha Ley que *“toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información previa, haya valorado las opciones propias del caso”*.

En consecuencia, el consentimiento exige la previa información (se puede decir que se consiente hasta donde se informe)

concibiéndose también la información de forma amplia. En particular la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reconoce el derecho de los pacientes a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Se regula también en dicha Ley el derecho de los pacientes a negarse al tratamiento excepto cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley y cuando exista riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización.

El secreto profesional

Destaca, a propósito del secreto profesional, la carencia de una regulación general en nuestro derecho positivo. La Ley Básica de Autonomía del Paciente y de los Derechos de Información y Documentación Clínica protege la intimidad así como el carácter confidencial de los datos referentes a la salud del paciente, sin que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley. Además establece, por lo que se refiere a la historia clínica, que el paciente tiene derecho de acceso a la misma, así como los facultativos, como instrumento fundamental para la adecuada asistencia del paciente.

En concreto, la violación del secreto profesional por parte de los médicos no estaba contemplada en el Código Penal de 1973

“...el vigente Código Penal, sanciona, al profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona...”



como un delito específico (a diferencia de lo que ocurría con otras profesiones, como los Abogados y los Procuradores). No obstante, dicho Código Penal sancionaba al funcionario público que revelase los secretos de que tuviera conocimiento por razón de su oficio, tipificándose un delito concreto cuando el funcionario público descubría los secretos de un particular. Pues bien, según reiterada jurisprudencia, los farmacéuticos, médicos y enfermeras de la Seguridad Social, a los efectos penales, tenían la consideración de funcionarios públicos. En conclusión, podían incurrir en los delitos antes mencionados. En cambio, el vigente Código Penal parte de una posición distinta y sanciona, como veremos después, al profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona. Por otro lado, los médicos tienen el deber de denunciar (la excepción sólo ampara a abogados, procuradores o eclesiásticos) y el deber de declarar, estableciéndose aquí la excepción sólo para abogados, eclesiásticos o funcionarios cuando no pudieran declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuvieran obligados a guardar.

En el ámbito civil, según la Ley, constituye intromisión ilegítima la revelación de datos privados de una persona o familia, conocidos a través de la actividad profesional y oficial de quien lo revela, si bien no se aprecia intromisión ilegítima cuando se autorice por ley o cuando se otorgue consentimiento expreso.

Conocimiento, habilidad y medios técnicos

A la obligación de conocimiento ya nos hemos referido al principio (necesidad de un conocimiento actualizado). La habilidad es una consecuencia de la Ciencia Médica, que es además una técnica y un arte.

La obligación de medios técnicos supone un material adecuado para el diagnóstico, en correcto estado de funcionamiento y en función de la rama o especialidad que se profese. El problema límite que aquí se puede plantear es la abstención de actuar, cuando no se tienen los medios adecuados, salvo en situaciones de urgencia.

Obligación de continuidad en el tratamiento

Bajo este apartado se comprenden todos los problemas relativos a la responsabilidad del médico en caso de abandono del enfermo y el problema de la atención médica continuada, en relación con las ausencias justificadas o no del médico. La regla general es, naturalmente, la del no abandono del tratamiento hasta que se encargue otro médico, salvo culpa del paciente.

Obligación de asistencia y consejo

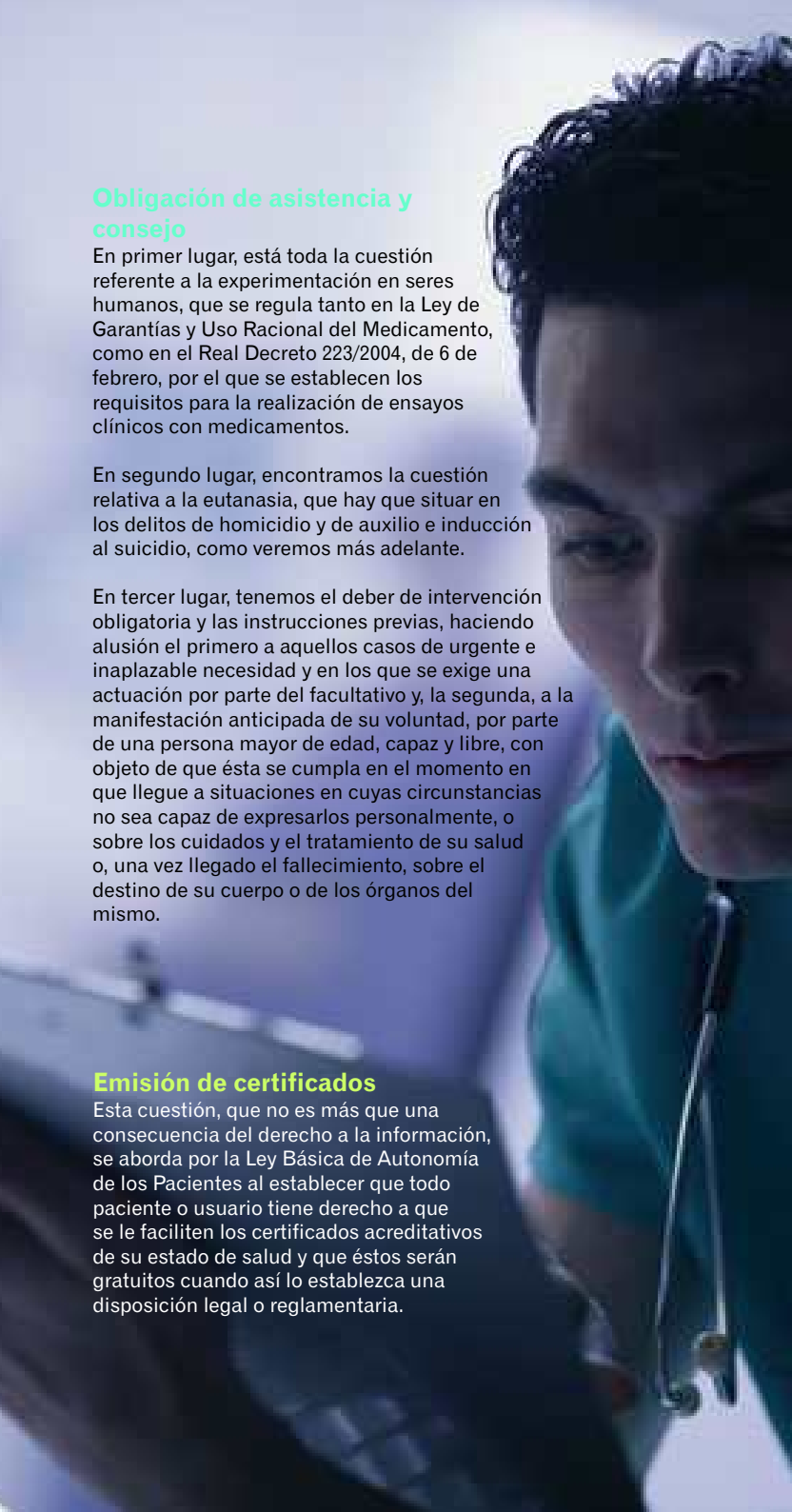
En primer lugar, está toda la cuestión referente a la experimentación en seres humanos, que se regula tanto en la Ley de Garantías y Uso Racional del Medicamento, como en el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se establecen los requisitos para la realización de ensayos clínicos con medicamentos.

En segundo lugar, encontramos la cuestión relativa a la eutanasia, que hay que situar en los delitos de homicidio y de auxilio e inducción al suicidio, como veremos más adelante.

En tercer lugar, tenemos el deber de intervención obligatoria y las instrucciones previas, haciendo alusión el primero a aquellos casos de urgente e inaplazable necesidad y en los que se exige una actuación por parte del facultativo y, la segunda, a la manifestación anticipada de su voluntad, por parte de una persona mayor de edad, capaz y libre, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, o sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo.

Emisión de certificados

Esta cuestión, que no es más que una consecuencia del derecho a la información, se aborda por la Ley Básica de Autonomía de los Pacientes al establecer que todo paciente o usuario tiene derecho a que se le faciliten los certificados acreditativos de su estado de salud y que éstos serán gratuitos cuando así lo establezca una disposición legal o reglamentaria.



Obligación de diagnóstico, prescripción y tratamiento

Es, desde luego, la más importante y compleja obligación del médico y conforma los deberes propiamente médicos. Es aquí donde se establecieron los límites al principio de responsabilidad. Por ejemplo, el error de diagnóstico que no genera responsabilidad si no es inexcusable. A este respecto, nuestra jurisprudencia define el error inexcusable como aquél de notoria gravedad o aquellas conclusiones absolutamente erróneas a las que un médico normal no habría llegado. O bien, aquel diagnóstico a la ligera, que se realiza sin practicar las comprobaciones o exámenes requeridos en cada caso. Por último, en esta obligación es donde se formuló la tesis de la no ingerencia en controversias científicas por parte de los juristas y de los órganos judiciales. Es evidente, por lo demás, que las circunstancias excepcionales, tales como las urgencias, pueden disminuir o extinguir la posible responsabilidad.

Síntesis jurisprudencial en el ámbito de la responsabilidad médica civil

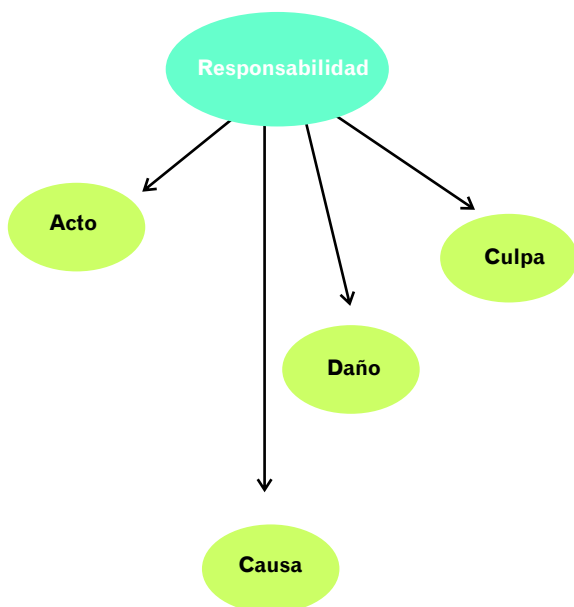
La doctrina del Tribunal Supremo ha venido matizando la responsabilidad exigible a médicos y otros profesionales sanitarios al declarar:

- Que en los supuestos de responsabilidad, por infracción de los deberes profesionales, no es de generalizada aplicación la inversión de la carga de la prueba.
- Que en la conducta de los profesionales sanitarios queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere, como se ha dicho, la inversión de la carga de la prueba, admitida por la Sala Primera del Tribunal Supremo para los daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa ya que a la relación causal, material o física, ha de sumarse el reproche culpabilístico.
- Que la obligación contractual o extracontractual del médico y, más en general la del personal sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultados sino una obligación de medios, lo que comporta, no una obligación de curar al enfermo, sino de proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia, atendándose al principio de la llamada "*lex artis ad hoc*", o módulo rector de todo el arte médico, como principio director en esta materia, al proclamar que la actuación de

los médicos debe regirse por esa “*lex artis ad hoc*”, es decir , en consideración al caso concreto en que se produce la actuación o intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional.

- Se entiende la “*lex artis ad hoc*” como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la Medicina (ciencia o arte médico), que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital para el paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal requerida.

En resumen, la responsabilidad que examinamos precisa de la concurrencia de los elementos que la integran (sintéticamente reducidos a los de acto – culpa – daño – causa), desterrándose para estos casos la responsabilidad objetiva e inversión de la carga de la prueba, y lo que es más importante, que el paciente, titular de la acción que se ejercita, pruebe cumplidamente la relación o nexo de causalidad entre la conducta del agente y el resultado, y además, la de la culpa del médico.



4

La responsabilidad

en el ámbito civil:

los delitos y las faltas



Ya hemos hablado anteriormente de los delitos y las faltas y, a efectos introductorios, podemos decir que el delito es una acción, antijurídica, típica, culpable y punible.

Definición:

El delito es un acto humano realizado por acción u omisión. Esto deja fuera los acontecimientos fortuitos y ajenos al obrar humano.

Ese **acto humano** tiene que ser contrario a una norma jurídica, que es lo que quiere decir antijurídico. **La acción ha de ser típica**, esto es, no basta que sea contraria a una norma. No toda acción antijurídica constituye delito. Es preciso que la acción se encuadre en un tipo legal, en una figura de delito. La antijuricidad tiene que estar tipificada, esto es, descrita en una conducta que no deje lugar a dudas y con la finalidad de no causar indefensión. Ha de ser **imputable a dolo** (intencionalidad) **o a culpa** (imprudencia o falta de cuidado). Esto es lo que quiere decir culpable en sentido amplio. Por último, ha de ser **punible**, esto es, la acción u omisión, el acto humano, ha de estar sancionado con una pena, pues de lo contrario no existe el delito.

Cuando se habla de responsabilidad penal en el ámbito médico, se hace referencia al estudio de unas figuras delictivas que están relacionadas con las profesiones sanitarias. En tal sentido, se puede hacer referencia a las siguientes:

- Homicidio.
- Cooperación e inducción al suicidio.
- Aborto.
- Lesiones.
- Manipulación genética.
- Detenciones ilegales.
- Omisión de socorro y denegación de auxilio.
- Descubrimiento y revelación de secretos.
- Suposición de parto.
- Falsedades.
- Intrusismo.
- Liberación de energía nuclear o de elementos radioactivos.
- La imprudencia médica.

A todos ellos nos vamos a referir a continuación, si bien hay que hacer notar que se dedicará más atención a aquellos tipos delictivos que consideramos puedan ser más importantes desde un punto de vista práctico.

Referencia al Código Penal de 1995

El vigente Código Penal tiene como objetivo la adaptación de los preceptos penales a los valores de la Constitución. En lo que aquí interesa se pueden destacar las siguientes características del mismo:

- a) Utilización frecuente de la pena de inhabilitación especial, como veremos más adelante (por ejemplo, en el caso de muerte o lesiones importantes por imprudencia grave, que abarca de tres a seis años, - muerte – o de uno a cuatro años – lesiones importantes – cuando se produzcan por imprudencia profesional, siendo éste el supuesto más frecuente entre los profesionales sanitarios). Ha de tenerse en cuenta que la pena de inhabilitación especial priva al penado de la facultad de ejercer la profesión durante el tiempo de la condena. Esto quiere decir que, cuando la privación es importante, en razón del tiempo establecido, en ocasiones puede obligar al cambio de actividad.
- b) Disminución de las penas privativas de libertad en relación con el Código Penal anterior. Si bien hay que tener en cuenta que, en la actualidad, no se pueden redimir penas por el trabajo (un día de pena por dos de trabajo, como ocurría con el Código Penal de 1973), por lo que, en definitiva, la rebaja de las penas privativas de libertad es relativa.
- c) La regla general, en las condiciones establecidas en la Ley, es la suspensión de las penas privativas de libertad inferiores a dos años, dando, en consecuencia, un importante margen a los profesionales sanitarios.

Homicidio

El bien jurídico protegido con el delito de homicidio es la vida humana independiente, desde el nacimiento hasta la muerte. Se discute cuándo comienza esa vida humana independiente, pudiendo considerarse, a tal efecto, que es necesaria la total separación del claustro materno, evidenciada con el corte del cordón umbilical. Como es lógico, la protección de la vida humana acaba con la muerte real de la persona. Y esta es también una cuestión discutida en el momento presente, ya que no basta el cese de la respiración o de los latidos del corazón, al no ser estos datos definitivos. Un criterio actual (recogido en la Ley de Extracción y Transplantes de Órganos) es el que toma como base el cese de actividad cerebral, demostrable mediante un encefalograma.

En relación con esta figura delictiva (o con el auxilio o inducción al suicidio) suele hablarse de los problemas que plantea la eutanasia en el mundo del derecho. Sobre esta cuestión puede decirse que se considera totalmente lícita en nuestro derecho la mitigación del dolor que no produce un acortamiento verificable de la vida (conocida como **eutanasia pura**). También se considera generalmente lícito el alivio del dolor o sufrimiento, aunque indirectamente produzca como efecto secundario, no querido, un acortamiento de la vida (**eutanasia activa indirecta**). Se admite también la lícitud de la **ortotanasia** (paciente que sufre, incurable, que rechaza un tratamiento o medidas que sólo van a conseguir prolongar la vida por cierto tiempo, de forma más o menos artificial, sin volver a un estado de salud aceptable). Por último, se ha precisado que para que la conducta omisiva sea atípica debe tratarse de un tratamiento extraordinario, no curativo y cuya única finalidad sea el alargamiento artificial de la vida en el supuesto de una enfermedad con pronóstico infausto o de muerte presente a corto plazo. Y, más aun, que hay que distinguir tal situación del encarnizamiento terapéutico, en el sentido de que no debe comenzar o continuar un tratamiento cuando el enfermo explícita y conscientemente así lo pida, en los casos en que la situación es fatal en cuanto al resultado e intolerable.

En relación con estas cuestiones, el vigente Código Penal ha introducido, a propósito, la cooperación e inducción al suicidio, una figura privilegiada, remitiéndome al respecto a las consideraciones que se efectúan al efecto en el siguiente apartado.

Cooperación e inducción al suicidio

Bajo la anterior definición recoge nuestro Código Penal tres figuras delictivas diferentes:

- a) **Inducción:** Ha de tratarse de una inducción directa y eficaz; que lleve al paciente a quitarse la vida (prisión de cuatro a ocho años).
- b) **Cooperación al suicidio:** En este caso, la conducta consiste en cooperar con actos necesarios al suicidio de una persona, realizando actos que no sean los de matar (prisión de dos a cinco años).
- c) **Auxilio ejecutivo al suicidio:** Se trata de cooperar hasta el punto de ejecutar la muerte del que no quiere vivir más. En este caso se condena con una pena más grave, que es la prisión de seis a diez años.

Desde el punto de vista doctrinal se ha venido planteando si deben tenerse en cuenta motivaciones humanitarias y piadosas como acortar sufrimientos y dolores. Por otro lado, se ha puesto de relieve que no debe ser lo mismo matar a alguien contra su voluntad que matarlo con su consentimiento. En atención a tales consideraciones, nuestro Código Penal dispone que el que causare o cooperare activamente, con actos necesarios directos, en la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a lo señalado para la cooperación o el auxilio ejecutivo (de dieciocho meses a tres años).

Aborto

Lo que se protege en el caso del aborto (lo que técnicamente se llama bien jurídico protegido) es la vida humana independiente y la conducta tipificada en aquella acción que se dirige a producir la muerte del feto. Con carácter general, el aborto es un delito y sólo en tres casos, que veremos más adelante, ha sido objeto de despenalización. La prohibición abarca a médicos, matronas, practicantes y personas en posesión de títulos sanitarios.

Los tres casos despenalizados fueron regulados a través de la Ley Orgánica 9/85, de 5 de junio, y son conocidos como la indicación terapéutica, la indicación ética (violación) y la indicación eugenésica (graves taras).

a) La indicación terapéutica

En este caso se trata de evitar un grave peligro para la vida o la salud física de la embarazada, cuando así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia, por riesgo vital para la gestante, puede prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

b) La indicación ética (violación)

En este caso se exige que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiera sido denunciado.

c) La indicación eugenésica (graves taras)

En este caso se parte de la presunción de que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas del centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

En los tres casos se requiere que el aborto se practique por un médico, o bajo su dirección en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada.

Clasificación

Comentario

Aborto sin consentimiento de la mujer

Se equipara a la violencia, la amenaza o el engaño.

Aborto con consentimiento de la mujer, fuera de los casos permitidos por la Ley

Tipo privilegiado

Se aplica a la mujer que produjere un aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la Ley

Aborto por imprudencia grave

La embarazada no será penada a tenor de este precepto



El médico o el profesional sanitario, en su caso, puede ampararse en la objeción de conciencia para no llevar a cabo el aborto, salvo los casos de urgencia. Dicha objeción es aplicable directamente al formar parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica o religiosa. No es, pues, necesaria una regulación más detallada, aunque desde luego sea deseable. En definitiva, es un derecho del personal sanitario que actúe de una manera directa en la realización del acto abortivo.

Los supuestos de aborto penalizados, es decir, los que siguen siendo delito en el Código Penal, pueden clasificarse según se muestra en la tabla.

Pena

Pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años.

Prisión de uno a tres años e inhabilitación especial de uno a seis años, en los mismos términos que la anterior.

Prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.

Arresto de doce a veinticuatro fines de semana, si bien, cuando fuere cometido por imprudencia profesional, se impondrá, asimismo, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años.

Lesiones

Son conductas que afectan directamente a la salud física o mental y a la integridad corporal. De las variadas cuestiones que plantea el Código Penal vamos a ocuparnos aquí de tres aspectos concretos con relación a las mismas:



1. La distinción entre el delito y la falta.

Para el Código Penal existe delito siempre que las lesiones requieran para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, si bien la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considera tratamiento médico.

2. El consentimiento en las lesiones. Como regla general el consentimiento del lesionado no impide que estemos en presencia de un delito, aunque la pena se rebaja en uno o dos grados. Como excepción, sí es relevante el consentimiento, y no hay delito por tanto, cuando se trata de curar, en el caso de los trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual.

En concreto, el Código Penal declara que no es punible la esterilización de una persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica, cuando aquella haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.

3. Clasificación. Las lesiones se clasifican en tres tipos, según su gravedad:

a) Tipo genérico: el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o salud física o mental, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o el seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

Pena de prisión de seis meses a tres años.

Se castigará con pena menor cuando el hecho descrito sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido (arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de tres a doce meses).

b) Pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, provocación de la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad o una grave enfermedad somática o psíquica.

Prisión de seis a doce años.

Pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal o producción de deformidad.

Prisión de tres a seis años.

c) Imprudencia grave con resultado de lesiones anteriores.

A su vez cabe distinguir aquí en:

Lesiones de tipo genérico. **Arresto de siete a veinticuatro fines de semana.**

Pérdida o inutilidad de miembro principal. **Prisión de uno a tres años.**

Pérdida o inutilidad de órgano o miembro principal. **Prisión de seis meses a dos años.**

En todos los casos de imprudencia, cuando las lesiones fueren cometidas por imprudencia profesional, se impondrá, asimismo, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, por un período de uno a cuatro años.

- **Lesiones al feto.** El Código Penal prohíbe causar al feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica.

Pena de prisión de uno a cuatro años y, además, inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

- **Lesiones al feto por imprudencia grave.** Pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana. Si los hechos se hubieran cometido por imprudencia profesional, se impondrá, asimismo, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, por un período de seis meses a dos años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

Manipulación genética

Los delitos relativos a la manipulación genética constituyen una innovación del Código Penal vigente, fruto de la honda preocupación doctrinal sobre estas cuestiones.

Pueden clasificarse según vemos en la tabla.

Tipo de manipulación	Descripción
Alteración del genotipo	"Los que con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves manipularen genes humanos de manera que se altere el genotipo"
Alteración del genotipo por imprudencia grave	
Ingeniería genética para producir armas biológicas	"La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas exterminadoras de la especie humana"
Fecundación Irregular de óvulos	"Fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto de la procreación humana"
Clonación	"La creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza"
Reproducción asistida sin consentimiento	"Practicar reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento"

Pena

Prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de empleo, cargo público, profesión u oficio de siete a diez años.

Multa de 6 a 15 meses e inhabilitación especial de 1 a 3 años.

Prisión de 3 a 7 años e inhabilitación especial de siete a diez años.

Prisión de 1 a 5 años e inhabilitación especial de seis a diez años.

Las mismas penas que en la figura anterior.

Prisión de 2 a 6 años e inhabilitación especial de uno a cuatro años.
*Se requiere en este caso la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.
Cuando sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciarlo el Ministerio Fiscal.*





Detenciones ilegales

Se protege aquí la libertad deambulatoria, esto es, la capacidad del ser humano de fijar por sí mismo su situación en el espacio físico y, en consecuencia, se castiga la conducta de encerrar o detener a otro privándole de su libertad. Desde el punto de vista práctico, en lo que se refiere al Derecho Sanitario, los problemas se plantean en el ámbito de la psiquiatría, como consecuencia de los certificados médicos para internar a una persona en un establecimiento psiquiátrico. La Ley de Enjuiciamiento Civil admite el internamiento del presunto incapaz por razones de urgencia, dando cuenta antes al juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas (artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Omisión del deber de socorro y denegación de auxilio

Se protege aquí la solidaridad humana bajo diferentes formas, que dan lugar a otras tantas figuras delictivas:

Omisión del deber de socorro personal

La solidaridad se proyecta aquí sobre la vida y la integridad física y la conducta consiste en no socorrer a una persona que se halle desamparada

o en peligro manifiesto o grave, cuando puede prestarse sin riesgo propio ni de tercero (multa de tres a doce meses). Basta el simple conocimiento de una persona en tal situación (por ejemplo, médico requerido que no acude al lugar del accidente). No se distingue, por lo demás, entre personal sanitario y no sanitario.

Omisión de la petición de socorro

“En las mismas penas incurrirá el que impedido de prestar socorro no demanda con urgencia auxilio ajeno”.

Omisión de socorro a víctima de accidente

Caso de accidente fortuito. **Prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses.**

Caso de accidentes por imprudencia. **Prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses.**

Basta con darse a la fuga para que exista el delito. Es preciso la existencia de peligro grave y manifiesto y el desamparo de la víctima. Por eso, si la víctima ya estaba muerta o acuden otras personas a atenderla, no existe delito.



Omisión de socorro por profesionales sanitarios

El Código Penal vigente ha introducido este delito específico, que no existía en el Código Penal anterior, cuyo ámbito subjetivo son los profesionales sanitarios. Se describe así: *“El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas”*.

Penas: las anteriormente referidas en su mitad superior, además de inhabilitación especial de empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años.

Se trata, pues, de un delito específico, que sanciona la mera inactividad del profesional sanitario en las condiciones tipificadas por el Código Penal y que ha de ser enjuiciado por el Jurado, con lo que se agrava su trascendencia social, además de la pena.

Denegación de auxilio

Incorre en este delito el funcionario público (el médico lo es a los efectos del Código Penal) que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que está obligado por razón de su cargo, para evitar un delito u otro mal, se abstuviese de prestarlo sin causa justificada (multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años).





Descubrimiento y revelación de secretos

El vigente Código Penal, a diferencia del anterior, incluye dentro del apartado citado una serie de conductas que pueden afectar a los profesionales sanitarios. Veamos cuáles son:

1.- Divulgación de los secretos de otra persona por profesionales. En esta figura penal se recoge, por tanto, la protección penal del secreto médico. Se describe así: *“El profesional que, con incumplimiento de una obligación de sigilo o reserva, divulgue secretos de otra persona”*.

Pena: prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial de dos a seis años.

Dentro del término *“profesional”* hay que comprender a todas las personas encuadradas en el arte de curar, incluyendo profesionales de la medicina o enfermería, así como los odontólogos y los farmacéuticos.

Divulgar los secretos de otra persona es tanto como comunicarlos a un tercero, que no los conoce ni tiene por qué conocerlos. Dicha divulgación ha de hacerse con incumplimiento de la obligación de sigilo o reserva, esto es, sin que exista causa justificada para la revelación del secreto.

No existe incumplimiento de la obligación de sigilo o reserva cuando el propio interesado autoriza la divulgación, si bien debería mantenerse el secreto cuando afecte a dos o más personas y la revelación pueda perjudicar a cualquiera de ellas. Se pueden citar algunas causas de exoneración de la obligación de guardar secreto, como son:

- a) **La obligación de denunciar.** Así lo establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal al referirse al profesor de Medicina,

Cirugía o Farmacia cuando tuviere relación con el ejercicio de una actividad profesional, obligando a denunciar determinados hechos delictivos.

- b) **Obrar en virtud de un estado de necesidad.** Se citan como tales el médico que debe dar parte de la enfermedad infecciosa de su paciente al otro miembro de su familia; el facultativo que advierte al director de un colegio de la existencia de una enfermedad contagiosa en el mismo, o el médico que pone en conocimiento del dueño de una casa el padecimiento de una sirvienta.
- c) **Las enfermedades de declaración obligatoria,** en cuanto tal actividad es necesaria por razones epidemiológicas y de salud pública.
- d) **La defensa del médico** en causa penal por homicidio o lesiones culposas, ya que la defensa del facultativo entraña un interés superior al deber de secreto.

2.- Revelación de secretos ajenos por razón del oficio o relaciones laborales. *“El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales”.*

Pena: prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Se observará que aquí no se trata ni se refiere a profesionales.

3.- Delitos que protegen la intimidad de los datos objeto de tratamiento automatizado. Como tales hay que referirse a los siguientes:

- a) *“El que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro, que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado”.*
Pena: prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.
- b) *“Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero”.* Esta hipótesis puede plantear los supuestos de acceso *“por cualquier medio”*, sin autorización, a la historia clínica de un paciente.
- c) *“Si los hechos descritos en los apartados anteriores afectan a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión,*

creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad, se impondrán las penas previstas en su mitad anterior”.

En los delitos relativos al descubrimiento y revelación de secretos es necesaria la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, salvo en los casos de menores, incapaces o desvalidos, en que puede denunciar también el Ministerio Fiscal. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, si bien el Juez puede no admitirlo en el caso de menores o incapacitados.

Suposición de parto

Los subtipos delictivos son los siguientes:

Suposición de parto.

Pena: prisión de seis meses a dos años.

Alteración de la paternidad.

Las mismas penas al que ocultare o entregare a terceros un hijo, para alterar o modificar su filiación.

Sustitución de un niño por otro.

Pena: prisión de uno a cinco años.

Sustitución en centro sanitario.

“Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en Centros sanitarios o sociosanitarios por imprudencia grave de los responsables de la identificación y custodia”.

Pena: prisión de seis meses a un año.

Figura agravada. Cuando lo lleven a cabo el educador, facultativo, autoridades o funcionario público. A la pena anterior hay que añadir la de inhabilitación especial de dos a seis años. A efectos de este artículo el término “facultativo” abarca a médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o sociosanitaria.



Falsedades



1.- Falsificación de certificados.

Se sanciona al facultativo que librare certificado falso.

Pena: multa de tres a doce meses.

2.- Autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad.

- a) Alterando un documento en alguno de sus requisitos o elementos de carácter esencial.
- b) Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error en su autenticidad.
- c) Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.
- d) Faltando a la verdad en la narración de los hechos.

Pena: prisión de tres a seis años e inhabilitación especial de dos a seis años.

3.- Falsedad de autoridad o funcionario público cometida por imprudencia grave.

Pena: multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año.

Intrusismo

La conducta consiste en ejercer actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente.

Pena: multa de seis a doce meses.

Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial, que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para un ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, la pena será de multa de tres a cinco meses.

Esta nueva especificación podría abrir la puerta al intrusismo entre especialidades médicas, aplicándose una pena menor.

Si el culpable, además, se atribuyere públicamente la cualidad profesional amparada por el título referido, la pena será la de prisión de seis meses a dos años.

Téngase en cuenta, por último, que los actos de curanderismo, con prácticas supersticiosas, oraciones, imposiciones de manos, etc., no son propias de la profesión sanitaria y por ello no parece que puedan incluirse entre los actos de intrusismo.



Liberación de energía nuclear o elementos radiactivos

“Liberar energía nuclear o elementos radiactivos que pongan en peligro la vida o la salud de las personas o sus bienes, aunque no se produzca explosión”.

Pena: prisión de 15 a 20 años e inhabilitación especial de 10 a 20 años.

Perturbar el funcionamiento de una instalación nuclear o radiactiva. Prisión de 4 a 10 años e inhabilitación especial de 6 a 10 años.

Exposición a radiaciones ionizantes. “El que exponga a una o varias personas a radiaciones ionizantes que pongan en peligro su vida, integridad, salud o bienes, será sancionado con la pena de prisión de 6 a 12 años e inhabilitación especial de 6 a 10 años”. Hechos anteriores por imprudencia grave. Pena inferior en grado.

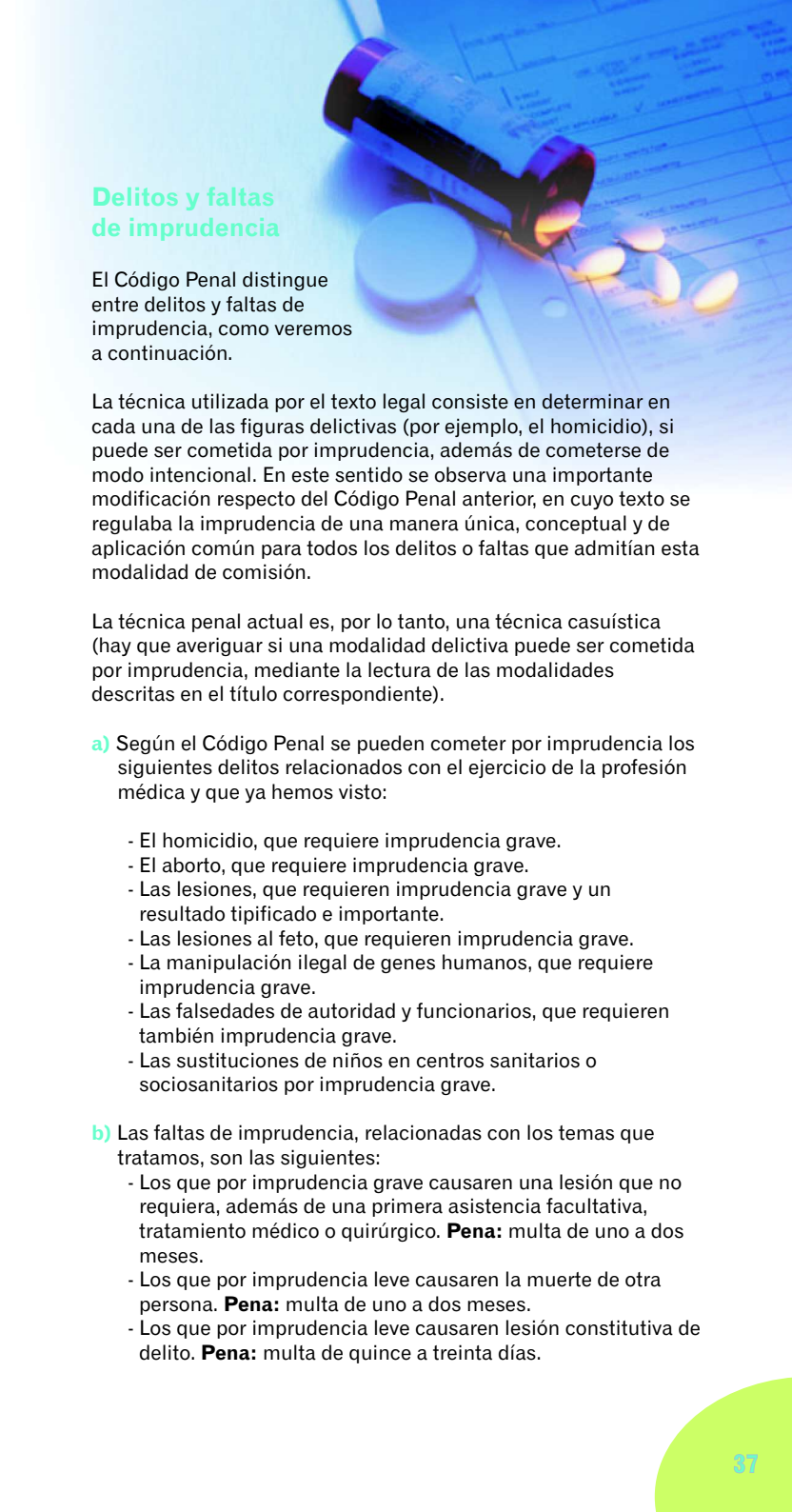
5

La responsabilidad penal del médico por imprudencia

Como es sabido, los actos delictivos pueden ser dolosos, esto es, intencionales, o culposos, es decir, realizados por imprudencia o negligencia. Nos ocuparemos a continuación de estos últimos, que, en la práctica son los que se suelen producir con mayor frecuencia en el ámbito del Derecho Sanitario.

Sus requisitos son los siguientes:

- 1.- Una acción u omisión, consciente y voluntaria, pero no intencional.
- 2.- Que el acto se ejecute sin adoptar aquellas cautelas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales (por ejemplo, conducir a gran velocidad en una calle concurrida).
- 3.- El resultado dañoso debe ser previsible para el que actúa. La previsibilidad se aprecia teniendo en cuenta los factores siguientes:
 - El hecho que se realiza: ha de ser previsible conforme a las experiencias de la vida cotidiana (por ejemplo, lanzar piedras al aire en lugar de mucha concurrencia).
 - La personalidad del agente, su cultura: el deber de evitar presupone el poder evitar. Se imputa, pues, el resultado dañoso al que podía preverlo (por ejemplo, al cirujano falto de experiencia que emprende una delicada operación quirúrgica, o al maquinista daltónico que ejerce habitualmente su profesión).
- 4.- Relación de causa a efecto entre el acto inicial y el resultado.



Delitos y faltas de imprudencia

El Código Penal distingue entre delitos y faltas de imprudencia, como veremos a continuación.

La técnica utilizada por el texto legal consiste en determinar en cada una de las figuras delictivas (por ejemplo, el homicidio), si puede ser cometida por imprudencia, además de cometerse de modo intencional. En este sentido se observa una importante modificación respecto del Código Penal anterior, en cuyo texto se regulaba la imprudencia de una manera única, conceptual y de aplicación común para todos los delitos o faltas que admitían esta modalidad de comisión.

La técnica penal actual es, por lo tanto, una técnica casuística (hay que averiguar si una modalidad delictiva puede ser cometida por imprudencia, mediante la lectura de las modalidades descritas en el título correspondiente).

a) Según el Código Penal se pueden cometer por imprudencia los siguientes delitos relacionados con el ejercicio de la profesión médica y que ya hemos visto:

- El homicidio, que requiere imprudencia grave.
- El aborto, que requiere imprudencia grave.
- Las lesiones, que requieren imprudencia grave y un resultado tipificado e importante.
- Las lesiones al feto, que requieren imprudencia grave.
- La manipulación ilegal de genes humanos, que requiere imprudencia grave.
- Las falsedades de autoridad y funcionarios, que requieren también imprudencia grave.
- Las sustituciones de niños en centros sanitarios o sociosanitarios por imprudencia grave.

b) Las faltas de imprudencia, relacionadas con los temas que tratamos, son las siguientes:

- Los que por imprudencia grave causaren una lesión que no requiera, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. **Pena:** multa de uno a dos meses.
- Los que por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona. **Pena:** multa de uno a dos meses.
- Los que por imprudencia leve causaren lesión constitutiva de delito. **Pena:** multa de quince a treinta días.

Las faltas descritas sólo se persiguen mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Los que abandonaren jeringuillas, en todo caso, u otros instrumentos peligrosos, de modo o con circunstancias que pudieran causar daño a las personas o contagiar enfermedades, o en lugares frecuentados por menores: Pena: arresto de tres a cinco fines de semana o multa de uno a dos meses.

Actividades sin seguro obligatorio

Los que realizaren actividades careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil que se exigieren legalmente para el ejercicio de aquéllos. Pena: de uno a dos meses.

a) Terminología

El Código Penal alude sólo a la imprudencia y a la imprudencia profesional, a diferencia del anterior texto, que hablaba de imprudencia, impericia y negligencia. En todo caso, ha de entenderse que tales expresiones hacen referencia a la asunción de un riesgo excesivo, un riesgo no permitido, y haber infringido con ello unos deberes de cuidado (imprudencia); y, más específicamente, a la falta de los conocimientos necesarios para actuar, a la falta de habilidad, a la ineptitud, la no posesión de la capacidad requerida, en último término (impericia); o a la no aplicación de esos conocimientos y habilidad, cuando se poseen (negligencia).

b) Clases de imprudencia

El Código Penal distingue entre imprudencia grave e imprudencia leve, a diferencia del Código Penal anterior que clasificaba las imprudencias en temeraria, simple con infracción de reglamentos y simple sin infracción de reglamentos. Por imprudencia grave ha de entenderse lo mismo que por imprudencia temeraria, en los términos que veremos más adelante según la jurisprudencia.

c) La inobservancia del deber de cuidado

Es un elemento difícil y complejo, pero fundamental, si bien no aparece precisado en el Código Penal, valorándose por el Juez (lo que se denomina un tipo delictivo abierto). Se basa en dos elementos: el cuidado necesario en la relación de que se trate (la profesión médica, en nuestro caso) y su comparación con la acción ejecutada (transfusión sanguínea o intervención de huesos largos, por ejemplo).

El deber de cuidados es objetivo y no subjetivo. Esto quiere decir que se exige un nivel mínimo de capacidad necesaria, por debajo del cual debemos abstenernos de actuar. Por otro lado, el deber objetivo impone un resultado previsible y se averigua mediante el

procedimiento de sustitución, esto es, se compara con la actuación que hubiera llevado a cabo otro profesional médico en idénticas circunstancias y antes de que se produjera el resultado. Esto es lo que se conoce como “lex artis ad hoc” (la forma normal de actuar en la profesión médica, según las circunstancias).

La “lex artis” admite pues, variaciones según los casos (medios de los que se dispone, mayores o menores posibilidades, ámbito rural o urbano, actuación normal o urgente, existencia o no de normas reglamentarias que lo delimitan... generalista o especialista, etc.). El deber de cuidado ha adquirido, ahora una gran complejidad, merced a la medicina en equipo. Para solucionar este problema se acude al denominado principio de confianza, que parte del principio de la responsabilidad personal (cada uno responde de aquello que está dentro de sus funciones), pero que hace responsable a otro u otros cuando se den cuenta de la conducta impropia de un miembro del equipo, y no actúan con diligencia para evitar el daño. Además, hay que tener en cuenta los deberes especiales del director del equipo (organización, coordinación, distribución de tareas, selección).



Jurisprudencia

Se puede sintetizar de la siguiente manera:

- No se incrimina el error científico, ni el de diagnóstico, salvo que cuantitativa y cualitativamente sean inexcusables, esto es, de extrema gravedad (por ejemplo, no hacer las comprobaciones

mínimas según la lex artis o formular un diagnóstico a la ligera). Tampoco constituye delito la falta de extraordinaria pericia o de cualificada especialización.

- La culpabilidad radica en la evitabilidad del comportamiento causante del resultado lesivo.
- No pueden generalizarse reglas inamovibles, sino que hay que estar al caso concreto.
- El ojo clínico es un don instintivo de imposible valoración y que en ocasiones puede provocar temeridad, cuando se



pone en tal facultad una ciega confianza, prescindiendo de comprobaciones objetivas elementales (análisis clínicos, radiología, etc.).

- Tiene declarado el Tribunal Supremo, en cuanto al examen directo y personal, que su falta no sólo es contraria a una norma de la profesión médica, sino a los aspectos más primarios socio – culturales, que exigen un actuar previo y determinado.
- Si las deficiencias del material o el instrumental médico existente no son imputables o no consta que lo fueran a los facultativos, no existe imprudencia.
- La imprudencia temeraria es el olvido de las precauciones exigidas por la más vulgar prudencia, esto es, la omisión de las precauciones o cautelas más elementales, y que, a veces, se describe como una conducta de inexcusable irreflexión y ligereza. La imprudencia simple es la omisión de la diligencia media acostumbrada.

6

La responsabilidad patrimonial

Hoy en día, no cabe duda, la Administración, a través de sus autoridades y agentes a su servicio y mediante múltiples mecanismos, se encuentra presente en las más diversas parcelas del actuar humano. Es más, puede decirse que en la sociedad actual no existe campo donde de una u otra forma no se encuentre presente, bien actuando directamente, bien mediatamente, esto es, por medio de mecanismos de intermediación, representación, participación o acción prestacional.

De ahí que para sujetar al poder público al imperio de la ley, para que la Administración, en el vasto campo a que se ciñe su actuación, se ajuste y acomode al ordenamiento jurídico, no bastan los controles judiciales de legalidad, ni tampoco los controles extrajudiciales de naturaleza política y social. En definitiva, se trata de establecer mecanismos de control frente a las eventuales extralimitaciones del poder público, garantizando así los derechos de los administrados.

La responsabilidad de la Administración (en nuestro caso, la Sanitaria) descansa sobre bases objetivas. No se precisa para su declaración culpa ni intención del profesional causante del daño, bastando que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley; es decir, en tanto en cuanto no exista una causa de justificación, una norma o una Ley que imponga como jurídicamente querido el daño sufrido. A la hora de justificar el por qué de esa responsabilidad son varios los fundamentos que se han venido manteniendo tanto por la doctrina científica como por la legislación reguladora, o por los tribunales. Entre ellos destaca la responsabilidad por riesgo.

En efecto, la responsabilidad de la Administración derivada del riesgo que provoca su actuación en las múltiples esferas y campos en los que interviene, apareció ya recogida en la Exposición de Motivos de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, primer cuerpo legal que regula con carácter general la institución jurídica de la responsabilidad patrimonial.

El principio de la responsabilidad por riesgo atiende a la idea de que no es justo que el particular que sufre un perjuicio en su patrimonio a consecuencia del actuar de la Administración, vea recaer sobre él mismo una situación de desventaja en evidente desigualdad con respecto a los demás administrados. Es preciso, pues, que esa desventaja, ese quebranto que el particular nada ha hecho para merecerlo, sea repartido entre la colectividad. Esta postura atiende a la “socialización del riesgo”. En la medida en que la Administración actúa en múltiples ámbitos y se extiende a todo tipo de servicios, la propia dinámica de su actividad genera o puede generar situaciones de riesgo que producen concretos resultados lesivos. El riesgo creado debe ser repartido entre toda la colectividad, a modo de “caja social”, como especie, idea o sistema de seguro colectivo, lo que se justifica cuando la Administración actúa en defensa de los intereses generales lesionando para ello intereses particulares. Si la colectividad se beneficia de la actuación de la Administración, justo es, por tanto, que también resarza colectivamente al particular que no sólo no ha disfrutado de ese beneficio colectivo, sino que ha visto disminuido su patrimonio a consecuencia de esa actividad.

No obstante, el criterio de la socialización de los riesgos no puede constituir un concepto ilimitado que abarque todo tipo de situaciones y circunstancias. El instituto de la responsabilidad patrimonial resulta extraordinariamente casuístico, y precisamente por ello, la jurisprudencia se resiste a establecer principios generales. De ahí que también aporte otro rasero acotando y poniendo límites al principio: “no cabe considerar que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad de éstos, por el hecho de que ejerzan competencias en la ordenación de un determinado sector o sea necesaria su autorización, porque, en caso contrario, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”.

Puede decirse que este criterio es el que más se aproxima a las posiciones doctrinales más rigoristas a la hora de declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración y el que, según ellas, debería prevalecer. Para un sector de la doctrina, las Administraciones Públicas no sólo deberían responder objetivamente de los riesgos generados por sus actividades en la medida en que leyes especiales igualmente aplicables a los particulares así lo dispongan, de tal modo que una responsabilidad general de las Administraciones Públicas por los casos fortuitos provenientes de cualquier ámbito de actuación de la Administración sólo debería dar lugar a mecanismos de

protección ligados a la idea de “seguridad social”, lo que atiende, también, a principios de justicia social.

Presupuestos de responsabilidad



Presupuestos necesarios para dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración son los siguientes:

- Hecho o acto imputables a la Administración a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.
- Lesión sufrida por los particulares y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.
- Relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión causada.
- Ausencia de fuerza mayor.

Hechos o actos imputables a la Administración

La legislación vigente (Ley 30/1992, de 26 de noviembre y su normativa de desarrollo) exige que la lesión causada a los particulares debe ser consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

De este precepto resulta que lo determinante es que el hecho o acto de que se trate se integre en el seno de la organización administrativa. Los parámetros empleados por el Tribunal Supremo a la hora de delimitar qué se entiende por servicio público son amplios, comprensivos tanto de la acción como de la omisión, material o jurídica, es decir, de un hacer positivo o negativo; en este último caso, la conducta omisiva vendrá determinada, normalmente por una “culpa in omitendo”, derivada de una pasividad o de la falta de prevención o de la adopción de medidas encaminadas a evitar o paliar el daño.

Así pues, el Tribunal Supremo, en diversas sentencias, identifica el servicio público “con toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso con la omisión o pasividad, con resultado lesivo, cuando la Administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de un determinado modo”. Más ampliamente, se hace referencia a “la gestión administrativa en general”, a la “actividad administrativa”, al “giro o tráfico administrativo” o, por último, al “hacer y actuar de la Administración”.

Lesión sufrida por los particulares y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar



La responsabilidad patrimonial de la Administración se construye en nuestro ordenamiento con carácter objetivo, lo cual determina que la misma tendrá lugar, en su caso, con abstracción de todo juicio de culpabilidad en el agente que, actuando por cuenta de la Administración, ocasiona el daño.

Como ha declarado repetidas veces la jurisprudencia: “da lo mismo que el funcionamiento sea normal o anormal y que el concreto agente se comporte adecuada o improcedentemente, porque esa objetivación del deber de responder conlleva a que su determinación se ha de hacer con absoluta independencia

de todo juicio de intencionalidad o culpabilidad de aquél”. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1997, “el punto clave para la exigencia de responsabilidad no está, pues, en la condición de normal o anormal del actuar administrativo, sino en la lesión antijurídica sufrida por el afectado y que éste no tiene el deber jurídico de soportar, por lo que la antijuricidad desaparece cuando concurre una causa justificativa que legitime el perjuicio, “un título que imponga al administrado la obligación de soportar la carga” o algún precepto legal que imponga al perjudicado el deber de sacrificarse por la sociedad”.



La Ley 30 /1992, de 26 de noviembre, dispone en su artículo 141.1 que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. La Ley es, pues, el instrumento que determina cuándo el particular debe soportar el daño. Más, en realidad, este presupuesto no deja de contener un principio de difícil materialización en el terreno de las realidades prácticas. En efecto, si utilizando una formulación positiva el particular debe soportar el daño cuando existe una causa de justificación,

resulta evidente que la Ley no contempla casuísticamente todos los supuestos en que pueden existir causas de justificación.

En los casos de actuaciones médicas conforme a la *lex artis* que, no obstante, pueden dar lugar a responsabilidad ¿dónde está o puede estar o situarse la causa de justificación? La respuesta no puede sino tener una formulación negativa: en todo caso y siempre que la Ley no establezca una causa de justificación habrá lugar a responsabilidad.

La relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión causada

La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece como principio de responsabilidad el que la lesión "sea consecuencia" del funcionamiento de los servicios públicos. Así pues, se requiere una relación de causa a efecto entre el acto y el resultado.

El concepto de relación causal no es sencillo, y de ahí que la jurisprudencia se resista a fijarlo o definirlo apriorísticamente con el carácter general dada su complejidad, remitiendo, como pauta general, al caso concreto. El criterio dominante se atiene a la idea de causalidad adecuada entre acto y resultado lesivo. Las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1998 y 16 de febrero de 1999 sostienen que el orden causal "se reduce a fijar



qué hecho o condición puede ser considerado como relevante en sí mismo para producir el resultado final como presupuesto o “conditio sine qua non”, esto es, un acto o hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia de otro anterior”.

Pero, como ha señalado la jurisprudencia, esa condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar el evento o resultado tomando en consideración todas las circunstancias, esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o no idóneos y los absolutamente extraordinarios.

Ausencia de fuerza mayor

Tanto la Constitución Española (artículo 106.2) como la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, excluyen de indemnización los daños en cuya causación intervenga fuerza mayor. Por lo tanto, el caso fortuito no exime de responsabilidad. Con carácter general, la jurisprudencia viene acotando el concepto de fuerza mayor en el sentido que se expone en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1997, que sitúa el acento en el carácter externo del evento: “la fuerza mayor es un concepto jurídico que debe quedar ceñido, como reiteradamente ha repetido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al suceso que esté fuera del círculo del obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuere inevitable, como guerras, terremotos, etc.”.

Acerca de la disimilitud de los puntos en conexión y divergencia entre caso fortuito y fuerza mayor, encontramos en la Sentencia

del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1999 una clara exposición de los perfiles de una y otra figura. Como esa sentencia expone, fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes:

- **Caso fortuito:** "En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad, indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: 'falta de servicio que se ignora'); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización"
- **Fuerza mayor:** "En la fuerza mayor, en cambio, hay indeterminación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir, aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio".

