

Trabajo de Fin de Grado:

Tratamiento jurisprudencial de la denominada negligencia médica. Delimitación de supuestos.



Universidad
Zaragoza

Alumna: Riba Torres, Ana Marta

Director del TFG: Mateo Ayala, Eladio José

ÍNDICE:

I. INTRODUCCIÓN	PÁG. 5
II. LEX ARTIS	PÁG. 7
III. LA RESPONSABILIDAD POR NEGLIGENCIAS MÉDICAS	PÁG. 9
1. RESPONSABILIDAD CIVIL	PÁG. 11
2. LEY DE CONSUMIDORES Y USUARIOS	PÁG. 11
3. RESPONSABILIDAD EN EL ORDEN ADMINISTRATIVO	PÁG. 12
4. RESPONSABILIDAD EN EL ORDEN PENAL	PÁG. 12
IV. LA IMPRUDENCIA PENAL EN EL ÁMBITO DE LAS NEGLIGENCIAS MÉDICAS.	PÁG. 13
1. DELIMITACIÓN DE LOS DELITOS IMPRUDENTES	PÁG. 13
2. LA IMPRUDENCIA PROFESIONAL	PÁG. 15
3. LAS NEGLIGENCIAS MÉDICAS	PÁG. 17
4. DELITOS IMPRUDENTES	PÁG. 21
4.1 Homicidio imprudente	PÁG. 21
4.2 Lesiones	PÁG. 21
4.3 Delitos de aborto y lesiones al feto	PÁG. 22
4.4 Rechazo consentido de tratamientos vitales y eutanasia.	PÁG. 23
V. DEBER DE CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE Y EL SECRETO PROFESIONAL	PAG. 25
VI. CONCLUSIÓN	PÁG. 27
VII. BIBLIOGRAFÍA Y LEGISLACIÓN	PÁG. 38

ABREVIATURAS UTILIZADAS:

Art: Artículo

Arts: Artículos

AP: Audiencia Provincial

CC: Código Civil

CP: Código Penal

FJ: Fundamento Jurídico

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LDCyU: Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios

LOPJ: Ley orgánica del Poder Judicial

Rec: Recurso

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

Las profesiones sanitarias conllevan actividades que se pueden encontrar sometidas a conflictos que deriven en responsabilidad debido a la especialidad de los bienes jurídicos que están en juego (Derecho a la vida, integridad física, moral, intimidad, etc).

Las transformaciones y avances que ha sufrido el ejercicio de la medicina, han provocado una mayor intervención sanitaria que supone la toma de decisiones y una mayor intervención médica.

La posición del personal sanitario, por tanto, se vuelve más complicada ya que debe tener pleno conocimiento de las técnicas y medios adecuados para cada intervención, además de proporcionar al paciente toda aquella información necesaria para que éste conozca el alcance de la actividad médica que se va a llevar a cabo.

Resulta necesario, tanto para los profesionales sanitarios como para los propios pacientes, conocer la responsabilidad que conllevan las diferentes actividades sanitarias, pues los bienes jurídicos que están en juego (vida e integridad física principalmente) constituyen los Derechos Fundamentales básicos de las personas.

La jurisprudencia sobre la materia fue escasa durante los años 60 y 70. Posteriormente, durante los años 80 y 90, se observó un aumento de sentencias relativas a la negligencia médica. Un factor por el cual la jurisprudencia antes no era tan abundante, es que tenían lugar un menor número de intervenciones y reclamaciones médicas.

A partir de la primera mitad del siglo XIX, el avance en el sector de los dispositivos y tecnología médica ¹, ha dado lugar a un notable aumento de las actuaciones médicas y, en consecuencia, de las reclamaciones realizadas por los pacientes, de manera que la mayoría de la jurisprudencia que se utiliza es reciente.

Por otro lado, también hay que tener en cuenta que la falta de jurisprudencia en el orden penal se debe en parte a que en muchas ocasiones la jurisdicción competente en esta materia es la correspondiente al orden civil y también la vía del orden contencioso-administrativo.

1. Por ejemplo: la creación de prótesis articulares eléctricas (1946), nuevos medios para neurocirugía (a partir de 1930), sistemas de circulación extracorporal (1953), etc.

En la actualidad, el Tribunal Supremo es el que constituye doctrina jurisprudencial, sin embargo, es común que las Audiencias Provinciales u otros órganos de nivel inferior sean los competentes en materia de responsabilidad por negligencia médica debido a dos motivos:

En primer lugar, el recurso de casación de sentencias dictadas en primera instancia ante el Tribunal Supremo es de carácter extraordinario, lo que supone que solo se puede interponer en los casos tasados establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el artículo 847 y 849², supuestos que se recogen para cumplir una **función nomofiláctica**, es decir, para asegurar una aplicación uniforme de la legalidad penal en todo el Estado, tal y como indica ARMENTA DEU³.

En segundo lugar, en atención al tipo de pena a la que dé lugar el delito, algunos de estos ilícitos no pasan a ser valorados por el Tribunal Supremo. En la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, se incorporó la posibilidad de interponer un recurso de apelación en segunda instancia penal en relación a aquellas sentencias dictadas en primera instancia, en procedimiento abreviado, por los Jueces de lo Penal conociendo de éstas la Audiencia Provincial (art. 216, 790 a 792 y 803 LECrim).

La apelación en relación a las sentencias dictadas mediante en procedimiento ordinario (sumario), por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, serán conocidas por los Tribunales de Justicia Superiores y la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional respectivamente (arts. 82.2 y 65.5 LOPJ).

En último lugar, las sentencias dictadas mediante enjuiciamiento rápido por los Jueces de lo Penal, y las dictadas por Juzgados de Instrucción por delitos leves, serán conocidas por la Audiencia Provincial (art. 82.1.2º LOPJ).

La responsabilidad legal del médico supone la obligación que se impone a todo profesional de reparar el perjuicio que haya ocasionado a un tercero, por haber cometido un acto ilícito o por abstenerse de ejecutar lo que la ley ordenaba en el ejercicio de su profesión. El problema, consiste en determinar cuando existe responsabilidad del profesional por sus actos. La respuesta que da la Jurisprudencia a este planteamiento, establece que tanto la obligación del médico consiste en proporcionar al paciente todos los cuidados que requiera y de los cuales disponga la medicina, y no

2. El recurso de casación quedará limitado a las infracciones de ley del art. 849 Lecrim, y excluyendo la posibilidad de recurso a las sentencias que no sean definitivas, y mediante la inadmisión del recurso por falta de interés casacional motivado por los componentes de la Sala.

3. ARMENTA DEU, T, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 8º edic., Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 329. La finalidad del recurso de casación es evitar una disparidad o divergencia de los criterios interpretativos entre los numerosos Tribunales penales y desigualdades de trato con base en una legalidad única.

la recuperación o cura del enfermo propiamente, ya que en la doctrina jurisprudencial la medicina es calificada como **“Ciencia de medios, no de resultados”** ⁴.

El objetivo de este trabajo va a consistir en identificar las actuaciones sanitarias que constituyen supuestos de negligencia médica y las consecuencias de ellos, con las correspondientes responsabilidades legales en las que puedan incurrir.

II. LEX ARTIS

Este concepto se encuentra definido jurisprudencialmente de la siguiente manera: “Como regla general todo acto médico practicado por facultativo o por cualquier otra persona integrada dentro del personal sanitario debe estar dirigido bien a la prevención de la salud, bien a la curación del enfermo mediante la aplicación del tratamiento médico o quirúrgico adecuado, atendidas las circunstancias específicas del caso concreto, en función del estado de la ciencia y técnicas médicas (“Lex Artis”)” ⁵.

La “Lex Artis ad hoc” recoge todas las distintas formas de actuar exigibles respecto del acto concreto en el cual se produce la intervención profesional, además de las circunstancias en las que se desarrolla el hecho y las posibles incidencias en lo que supondría una actuación profesional normal. De esta forma, la Lex Artis ad hoc comporta no sólo el cumplimiento formal de las técnicas, sino la aplicación de las mismas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención ⁶.

Se va a considerar que existe negligencia profesional siempre que la actuación de los facultativos médicos no sea ajustada a la Lex Artis. De esta forma, la vulneración de la Lex Artis daría lugar a la responsabilidad médica ¹.

4. STS 20 de noviembre de 2009 establece que la responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. La obligación del profesional médico es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, sino también a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias de la intervención.

5. Auto de la AP Toledo de 15 marzo 2011, FJ 1.

6. STS de 23 de mayo de 2006. La Lex Artis no se puede basar en reglas preventivas absolutas, dada la evolución de la ciencia médica, la variedad de tratamientos al alcance del profesional y el diverso factor humano sobre el que actúe, que obliga a métodos y atenciones diferentes, tal y como se indica en la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº3, Arrecife, de 9 de Julio de 2013.

1. El principio de Lex Artis es aplicable a todo profesional sanitario, es decir se aplica no solo a médicos sino también al resto de los facultativos y técnicos que forman parte del equipo médico (enfermeros, auxiliares sanitarios, etc).

El Tribunal Supremo, de forma general, ha establecido que, para que la responsabilidad tenga lugar, han de concurrir los siguientes tres requisitos: que la conducta del profesional sea **negligente**, que produzca un **daño** y que exista **relación causal** entre la conducta negligente y el daño ocasionado. La existencia de estos requisitos es necesaria para que se dé la responsabilidad (esta no se daría, por ejemplo, si se produce un daño pero el profesional sanitario no ha tenido una conducta negligente, pues faltan el primer y el tercer requisito)⁷.

En el Código de Deontología Médica⁸ se recogen “el conjunto de principios y reglas técnicas que han de inspirar y guiar la conducta profesional del médico”, tal y como se indica en el primer artículo del citado texto. En él se establecen las actuaciones básicas que constituyen la Lex Artis y que por tanto, van a ayudar a delimitar los supuestos de responsabilidad médica, de forma que “no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencia en el orden disciplinario, pues al contrario, (...) determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a los potestades públicas que la Ley delega en favor de los colegios (...)”⁹.

En el citado código, se define el concepto de **acto médico** desde dos puntos de vista diferentes; en primer lugar, como una vocación de servicio al ser humano y de la sociedad (arts. 5, 6 y 7 del Código) y en segundo lugar, como un mero prestador de servicios de salud, cuya calidad y grado de cumplimiento se ajustan a un contrato y/o los derechos de los usuarios de sus servicios.

El art. 5.4 determina que “ el médico jamás perjudicará intencionadamente al paciente.” y en el artículo 7 apartados 2 y 4, se establece lo siguiente:

“2.- El médico, principal agente de la preservación de la salud, debe velar por la calidad y la eficiencia de su practica [...]

4.- El médico ha de ser consciente de sus deberes profesionales para con la comunidad. Está obligado a procurar la mayor eficacia de su trabajo y el rendimiento óptimo de los medios que la sociedad pone a su disposición”.

El art. 16 indica que “la información al paciente no puede ser un acto burocrático, sino que debe ser asumida por el médico responsable”. Además, se explica que “el consentimiento se ofrecerá, de ordinario, verbalmente, con reflejo en el historial; y por escrito si hay un «riesgo significativo».”¹⁰.

7. STS de 5 de julio de 1991 y 4 de febrero 1992

8. Tal y como se indica en el preámbulo del Código de Ética y Deontología Médica , el primer código se promulgó en 1978 amparado por la Constitución de 1976. Este primer código fue actualizado en 1990 y 1999, que fue derogado por el vigente Código de 2011, promulgado por la Organización Médica Colegial de España.

9. STS 27 de diciembre de 1993, FJ 4, STS de 10 de diciembre de 1998, FJ 5 y STS de 17 de diciembre de 1998, FJ 6.

10. Respecto al consentimiento informado y el deber de información véase el apartado relativo al consentimiento

III. LA RESPONSABILIDAD POR NEGLIGENCIAS MÉDICAS

La entrada en vigor de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, establece la responsabilidad de las distintas profesiones sanitarias (arts. 46, 40.3.g, 4.8.e, 6.2.a, entre otros).

La jurisprudencia, en líneas generales, establece que “La responsabilidad médica deriva esencialmente de la **doctrina del resultado desproporcionado**, del que se desprende la culpabilidad del autor, (...)si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción”. Además se establece un requisito adicional para que se considere daño desproporcionado, consistente en que éste debe producirse en la órbita de actuación del profesional sanitario responsable^{11 12}.

De esta forma, el daño desproporcionado es aquél no previsto ni explicable, que se produce en la esfera de la actuación profesional, y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo el resultado por el principio de facilidad y proximidad probatoria. “Se le exige una explicación coherente acerca del por qué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia”¹³.

Es decir, la regla de responsabilidad por la que se rigen las actuaciones medicas es la de la **responsabilidad por culpa** y la **falta de diligencia** exigible, que en este caso se trata de una diligencia especializada (Lex Artis), no la ordinaria (la cual correspondería a aquella que tendría una persona siguiendo el patrón tradicional de un buen padre de familia).

informado del paciente, pág. 25.

11. STS de 31 de enero de 2003, STS de 26 de mayo de 2005, rec. 3971/1998 o la STS de 29 marzo de 2005 rec. 4112/1998, en la cual se aprecia culpa del pediatra que, ante la extrema gravedad del niño por insuficiencia respiratoria, ordena su ingreso en planta y no en la unidad de cuidados intensivos, pero absuelve al especialista en reanimación que se limitó a tratar al enfermo cuando fue requerido, sin que conste que hubiera aplicado técnicas inapropiadas a la situación.

12. STS de 23 de junio de 2005 aplicó esta doctrina, normalmente aplicable a intervenciones quirúrgicas o diagnósticas, a un supuesto de infección hospitalaria.

13. STS de 27 de diciembre de 2011, rec. N° 2069/2008 y 6 de junio de 2014, FJ 3.

Como ya se ha mencionado en la introducción, la obligación contractual profesional del médico consiste en un **obligación de medios**, es decir, tal y como afirma la jurisprudencia, consiste en proporcionar todos los cuidados necesarios al paciente en virtud de la ciencia, la Lex Artis, y las circunstancias del caso concreto, de forma que se niega que estemos ante una **obligación de resultado** ¹⁴.

Con respecto a lo dicho anteriormente, que tiene aplicación general, debe hacerse una diferenciación entre la **medicina necesaria** frente a la **medicina satisfactiva**. En el primer término, se entiende que la intervención médica consiste en curar o mejorar a un paciente (que en el ámbito civil correspondería al denominado arrendamiento de servicio), mientras que en la medicina satisfactiva, se acude a un profesional para obtener en condiciones de normalidad de salud, un resultado concreto y voluntario (que correspondería con un arrendamiento de obra) ¹⁵.

A diferencia de la medicina necesaria, en la medicina satisfactiva no es un requisito general la garantía de la obtención del resultado¹⁶, y se exige un mayor rigor en el deber de información al paciente. En el caso de la medicina satisfactiva, tendría lugar la aplicación de un régimen que se acercaría a la **responsabilidad objetiva** (y no a la responsabilidad por culpa), ya que en este supuesto se responde por la no obtención de un resultado, sin que entre en juego la culpabilidad ¹⁷.

14. STS de 25 de junio de 2003 y SAP de Alicante de 11 de octubre de 2011, JF 1.

15. STS de 25 de abril de 1994 o la STS de 21 de octubre de 2005 en la que se descarta, en primer lugar, que haya existido un "aseguramiento del resultado" por el médico a la paciente, el cual no resulta de la narración fáctica de la resolución recurrida, ni cabe deducirlo del hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética.

16. STS de 22 de noviembre de 2007 y la STS de 17 de junio de 2015, FJ 5, que establece que los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida.

17. STS 20 de noviembre de 2009, FJ 2, sobre un caso de fracaso de un tratamiento de fertilidad, en la que se aclara lo siguiente: "la persona que se somete a una determinada intervención o manipulación médica, sea de la naturaleza que sea (...). La realidad social y médica de la ginecología y de la medicina, en general, imponen soluciones distintas de tal forma que con independencia de que pueda existir una clara actividad médica tendente a subsanar unas patologías concretas, (...), no es posible mantener en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice".

1. RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad civil consistirá en la asunción de las consecuencias de un daño, mediante una compensación económica. Así, el perjudicado puede actuar mediante la vía contractual o la extracontractual de forma alternativa o subsidiaria, cuando, tal y como afirma la jurisprudencia: “el hecho causante del daño sea al mismo tiempo, incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro”.¹⁸.

Puede darse responsabilidad civil de tres tipos:

1. Responsabilidad civil contractual

Deriva del incumplimiento de las cláusulas contractuales establecidas. El contrato va a vincular al facultativo sanitario y al paciente, bien sea con motivo de una intervención realizada en un centro privado o desde uno público (1101 CC).

2. Responsabilidad civil extracontractual. Es aquella que no deriva de la ejecución de un contrato, sino que se ha producido al margen de una relación contractual cuando exista cualquier género de culpa o negligencia (1902 CC).

3. Responsabilidad civil mediata o inmediata subsidiaria en el proceso penal. Ésta se encuentra regulada en el Código Penal, en el que se establece como consecuencia de la imputación de una imprudencia profesional médica. Así, además de la propia cuestión penal, está la cuestión civil para reparar daños mediante una indemnización (art. 116 y siguientes CP).

2. LEY DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

La responsabilidad sanitaria incluida dentro del Derecho del consumo, es aquella existente en relación al consumidor (de productos) y al usuario (de servicios). En el ámbito sanitario estamos ante un **régimen de usuarios**.

Hay que tener en cuenta que la jurisprudencia más reciente establece que la aplicación de la LDCyU solo tendrá lugar en los casos sobre aspectos funcionales del servicio y no alcanzar a los perjuicios imputables directamente los actos médicos. De esta forma, los perjuicios causados por los servicios sanitarios (o a los aspectos organizativos) se regirán en virtud de los preceptos de la legislación de consumidores, pero a los actos médicos les son aplicables sus propias reglas de imputación de responsabilidad ¹⁹.

18. SSTS de 22 de febrero de 1991 o 24 de marzo de 2001.

19. STSS de 4 de marzo de 2013 22 de mayo de 2007, 7 de mayo de 2007, rec. 1871/2000, 19 de octubre de 2007, rec. 3107/2000, 5 de diciembre 2007, rec. 4252/2000.

Como regla general, las prestaciones de servicios se rigen por las reglas principales de protección de los usuarios recogido en el Derecho de contratos, y si en el caso concreto el perjuicio producido se encuentra previsto en el propio contrato, será éste el que sea de aplicación²⁰. Por otro lado, en cada ámbito sectorial los servicios suelen tener regulación propia (administrativa y civil), en la que se analiza un supuesto concreto de responsabilidad, y que en este caso es la responsabilidad sanitaria.

3. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Regulado en la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo y Ley Orgánica 6/1998 de 13 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en virtud de las cuales se aplicara el procedimiento judicial contencioso-administrativo a las reclamaciones derivadas de la actuación del personal al servicio de las administraciones públicas, es decir, dentro del sistema público de salud (ley 29/1998, artículo 2.e)²¹.

4. RESPONSABILIDAD PENAL

La responsabilidad penal, en comparación con el resto de responsabilidades en las que puede concurrir el facultativo médico (administrativa, civil y la responsabilidad contenida en la LDCyU), va a resultar la más relevante por las posibles consecuencias para el profesional sanitario (pena de prisión, inhabilitación, etc)²².

El derecho penal, de forma general, será de aplicación en virtud de tres principios materiales exclusivos de esta materia: se rige por el **principio de mínima intervención**, es decir, solo interviene en casos donde sea estrictamente necesario, tiene **carácter fragmentario**, protegiendo los bienes jurídicos solamente de las formas más graves de agresión, y el **principio de mínima ratio**, por el cual el derecho penal solo resulta de aplicación cuando las otras vías jurídicas no sean suficientes (civil y contencioso-administrativa).

20. Véase el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, arts. 82 y sig.

21. STS de 25 de septiembre de 2007: responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por nacimiento de un niño cuyo parto fue asistido sólo por una comadrona, presentando lesiones neurológicas graves causadas por sufrimiento fetal.

22. Además de las mencionadas responsabilidad civil, penal y administrativa, también se puede tener en una cuenta responsabilidad de carácter subjetivo que es la responsabilidad moral. La diferencia con el resto radica en que ésta no se encuentra regulada.

Para que concurra responsabilidad penal, el hecho delictivo, desde el punto de vista objetivo y técnico, debe constituir una acción u omisión típica, antijurídica y culpable:

Además de que la acción sea ejecutada por un ser humano, es decir derivada de un comportamiento por acción u omisión, ha de estar prevista y descrita exactamente (**tipificada**) en la norma penal, es decir, el Código Penal o leyes penales especiales.

Una vez constatada la tipicidad del hecho delictivo, la acción debe ser contraria al ordenamiento jurídico (**antijurídica**).

La **culpabilidad**, por último, es un juicio que se realiza respecto al posible culpable en concreto, en virtud de sus características personales. La culpabilidad puede ser dolosa o imprudente, diferenciándose, a grandes rasgos, en que cuando hay dolo ha habido una actuación consciente y voluntaria, con el fin de conseguir el resultado, mientras que en la conducta imprudente la actividad del facultativo no va encaminada a la realización del resultado pero se ha omitido la diligencia debida, produciéndose un perjuicio.

IV. LA IMPRUDENCIA PENAL EN EL AMBITO DE LAS NEGLIGENCIAS MÉDICAS

1. DELIMITACIÓN DE LOS DELITOS IMPRUDENTES

El Código Penal regula los tipos agravados por imprudencia profesional (artículos 142, 146 y 152CP). Para que se dé el tipo de lo injusto por los delitos de acción por imprudencia de cualquier tipo (**grave o leve**) deben concurrir un conjunto de requisitos recogidos jurisprudencialmente, que son ²³:

1. La existencia de una **acción u omisión involuntaria**.
2. La **inobservancia** (o infracción) **del cuidado objetivamente debido** ²⁴.
3. La creación de un **riesgo previsible** y el resultado de un daño gravoso o lesivo. Si no tuviera lugar un **resultado lesivo**, la acción constituiría un incumplimiento en materia civil ²⁵.

23. STS 29 de febrero y 23 de mayo de 1996, STS 14 de febrero, 8 de mayo y 3 de octubre de 1997, 19 de julio de 2002, FJ 1, 22 de febrero de 2005, SAP de 14 de mayo de 2014 y AP de 27 de abril 2001, FJ 2.

24. STS de 23 de octubre de 2001 recoge un supuesto de delito de homicidio a un ginecólogo y un anestesista que no cumplieron una elemental norma de cuidado a observar en una operación de cesárea, consistente en vigilar un efecto previsible de la misma, como puede ser la pérdida de sangre, para detenerlo antes de que la situación se agrave.

25. SSTs 28 junio 1957, 19 junio 1972, 15 marzo 1976.

4. El resultado lesivo debe ser consecuencia necesariamente de la inobservancia del cuidado objetivamente indebido, y además el resultado ha de ser de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado infringida.

La doctrina exige mayoritariamente, además de la concurrencia de la relación de causalidad, la presencia de lo que se conoce como relación de antijuridicidad, que supone una conexión más íntima entre acción y resultado que la mera relación de causalidad, consistente en que el resultado se haya producido como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido, así como que la norma lesionada por la acción contraria al deber de cuidado persiguiera precisamente la evitación del resultado acaecido en el caso concreto²⁶.

Es decir, se debe demostrar que el resultado no se habría producido en el caso de que no se hubiera incumplido la norma de cuidado.

Dicho en otras palabras, debe de existir una **relación de causalidad** entre dicho resultado dañoso y la infracción del deber de cuidado, y este nexo causal debe ser directo, completo e inmediato, así como eficiente y sin interferencias ²⁷.

5. La **ausencia de intencionalidad** de causar el resultado lesivo, sin finalidad maliciosa en el ejercicio profesional, ya que de forma contraria nos encontraríamos ante un delito doloso.

De esta forma, en el delito por imprudencia, el facultativo en ningún momento prevé la posibilidad de que su actuación pueda producir un resultado lesivo para el paciente, o en el caso de que lo prevea, la posibilidad de que ocurra sea mínima o simplemente que no ocurra, y sin intencionalidad de causar el resultado lesivo.

Por otro lado, la imprudencia está constituida por un **elemento psicológico**, consistente en el poder y facultad humana de previsión y que se traduce en la posibilidad de conocer y evitar el evento dañoso, y por otro lado, un **elemento normativo** que constituye la infracción del deber de cuidado²⁸.

En el tipo subjetivo, la estructura se encuentra integrada por “la ausencia de intención o voluntad con respecto al resultado dañoso [...] pudiendo presentar esta parte subjetiva del tipo dos formas

26 Véase ROMEO CASABONA C., *El médico ante el Derecho*, Ministerio de Sanidad y Consumo-Secretaría General Técnica (Servicio de Publicaciones), Madrid, 1985, pp. 84 y ss.

27. SSTS de 17 de febrero de 1969, 10 de febrero de 1972, 19 de diciembre de 1975, 22 de febrero de 2005 y 15 de abril de 2002. La STS de 29 de octubre de 1994, FJ 1, confirma la sentencia absolutoria de la Audiencia estimando que «no existe relación de causalidad entre la conducta de los acusados y el resultado producido» ya que «no se puede precisar si de haberse detectado antes el inicio de la gangrena se hubiera podido salvar la pierna de la enferma o, en su caso, la amputación podría haberse practicado conservando una mayor parte del miembro afectado».

28. SSTS 5 de marzo de 1974 y 4 de febrero de 1976.

[...]la **culpa inconsciente**, en la cual se infringe voluntariamente el deber de advertir el riesgo y la **culpa consciente**, en la que se infringe de la misma manera el deber de evitar el riesgo advertido”²⁹.

2. LA IMPRUDENCIA PROFESIONAL

La **imprudencia profesional** aparece en aquellos supuestos en que se han omitido los conocimientos específicos que sólo tiene el sujeto por su especial formación, de forma que los particulares no tienen este deber especial ya que carecen de los debidos conocimientos para actuar en el ámbito de los profesionales³⁰.

De esta forma, la imprudencia profesional será considerada como una imprudencia grave porque tiene lugar la transgresión de deberes, pero no se considera cualificada por la condición profesional del sujeto, es decir, “La profesión en sí misma no constituye en materia de imprudencia un elemento agravatorio ni cualitativo —no quita ni pone imprudencia, se ha dicho—, pero sí puede influir, y de hecho influye, para determinar no pocas veces la culpa o para graduar su intensidad”. Si el perjuicio causado no se produce por impericia, ignorancia o vulneración de la Lex Artis, no podrá hablarse de imprudencia profesional, sino de una imprudencia grave no profesional. De esta forma, la imprudencia profesional es una imprudencia grave cualificada por el desconocimiento o inaptitud profesional³¹.

Así, la jurisprudencia distingue entre la “**culpa del profesional**” y la “**culpa profesional**”. La primera de ellas constituye la imprudencia del profesional en el acto médico, y la segunda, la culpa profesional, es aquella derivada de la impericia, la mala formación, o la ignorancia profesional del médico o personal sanitario³², aunque, bien es cierto que, al ser unos límites muy difusos los que diferencian ambos conceptos, hay una parte de la doctrina que opta por no tenerlos en cuenta, ya que sino se encontrarían resoluciones en sentencias sobre supuestos de hecho muy similar con soluciones opuestas³³.

29. STS 23 de octubre de 2001.

30. SAP de Sevilla de 17 de mayo de 2004.

31. STS 8 de junio de 1994.

32. SSTS de 5 de noviembre de 1990, 28 de septiembre de 1992, 26 de abril de 1994, 23 de octubre de 2001 y 29 de octubre de 1994, FJ 2.

33. SSTS de 14 de septiembre de 1990 y de 29 de octubre de 1994, entre otras, los límites entre la «culpa del profesional» y la «culpa profesional» son indecisos y confusos, por lo que un relevante sector de la doctrina española se muestra disconforme con su mantenimiento y aboga por su supresión. También en la STS de 8 de mayo de 1997, FJ 5, el Tribunal Supremo afirma que «es un tema difícil que ha dado lugar a que la jurisprudencia no haya seguido una línea uniforme que deslinde, en cada caso concreto, ambas modalidades de culpa delictual».

Respecto a la **graduación de la imprudencia**, la jurisprudencia establece que “la gravedad de la imprudencia se determina, desde una perspectiva objetiva o externa, con arreglo a la magnitud de la omisión del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor (...). Ha de computarse también la importancia o el valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: cuanto mayor valor tenga el bien jurídico amenazado menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado”³⁴.

Por otro lado, desde una perspectiva subjetiva, para diferenciar la imprudencia grave de la leve “ha de atenderse al grado de poder de previsión (“**poder saber**”) y al grado de la infracción del deber de cuidado (“**deber evitar**”)”³⁵.

Es decir, “la gravedad de la imprudencia se dilucidará por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto”, de forma que en la imprudencia grave “la previsibilidad del evento sea notoria y esté acompañada de una omisión de las más elementales precauciones” diferenciando, en función de lo explicado anteriormente:

- Imprudencia grave, cuando ha tenido lugar la omisión de aquel cuidado diligente mínimo o básico que se debe realizar, de forma que la previsibilidad del evento sea notoria y esté acompañada de una omisión de las más elementales precauciones³⁶.
- Imprudencia leve, cuando se omita el cuidado que cualquier persona debe poner de forma ordinaria para ejecutar un hecho que pueda perjudicar a otra persona. Es necesario recordar que tras la reforma del Código Penal realizada en 2015, constituyen lo que se denomina un delito leve (antiguas faltas).

Por ejemplo, en distintas sentencias en las que se trata la desatención por parte del médico anestesista de sus deberes, la STS de 1 de diciembre de 1989 establece que “el hecho de no preocuparse en examinar con la debida atención el monitor y comprobar constantemente lo que reflejaba su pantalla, que le proporcionaba la señal electrocardiográfica indicadora del estado del paciente, representa una imprudencia temeraria profesional, porque es precisamente la *lex artis* la que se eludió totalmente por el procesado, teniendo en cuenta que un profesional medio hubiera podido y debido captar en virtud de sus conocimientos la realidad del peligro”.

Mientras que, por otro lado, las SSTS 4 de septiembre de 1991, 16 de octubre de 1992 y 7 de julio de 1993, coinciden en su resolución, considerando la actuación del facultativo médico no como imprudencia profesional, sino como imprudencia temeraria, ya que, tal y como se afirma en la primera de las sentencias mencionadas en su FJ 2, “la conducta del anestesista no comporta una imprudencia común, sino una omisión plenamente intencional y consciente de sus más inexcusables obligaciones”. Esto se debió a que el anestesista en cuestión no conectó el aparato monitor de control electrocardiográfico y además se ausentó del quirófano para atender otra operación en el mismo centro sanitario. La sentencia aclara que “La conducta del anestesista, calificada de temeraria, no merece tal agravación (refiriéndose a la agravación por el hecho de ser un profesional) que aproximaría la sanción demasiado al paralelo doloso y así lo entendió con toda corrección el Tribunal de instancia”.

34. SAP Madrid de 8 mayo 2014.

35. STS 29 de octubre de 1994, FJ 2, 30 de mayo de 1988, 14 de septiembre de 1990 y 17 de noviembre de 1992.

36. STS 3 de octubre de 1997.

Se considera imprudencia leve aquella en la que se puede eliminar la calificación de imprudencia temeraria (grave) porque ha existido una actuación diligente previa, pero sin embargo no ha existido una mayor profundidad en el estudio de los datos aportados para realizar las actuaciones pertinentes, produciéndose un perjuicio leve ³⁷, o bien por no preceder a un traslado inmediato de un paciente al servicio correspondiente tras una intervención previa ³⁸.

- Imprudencia profesional, por ineptitud o ignorancia de las reglas de la profesión sanitaria. En otras palabras, supone el olvido u omisión de las precauciones, cuidados y atención más elementales y, que se traduce, en el caso de la culpa médica profesional, en una impericia inexplicable y fuera de lo corriente ³⁹.

3. LAS NEGLIGENCIAS MÉDICAS

La negligencia médica consiste en la inobservancia de las reglas de dicha profesión sanitaria, que constituyen un conjunto de normas de actuación marcadas por lo que se conoce, en términos jurídicos, como Lex Artis, constituida por todas aquellas directrices de especial cuidado de los bienes jurídicos en juego que deben respetar los profesionales sanitarios. De esta forma, el incumplimiento de la Lex Artis, supone la comisión de una **negligencia médica** por la cual habrá una mayor antijuridicidad, y la reprochabilidad será mayor ⁴⁰.

En el ámbito de la negligencia médica también hay que tener en cuenta que para la determinación de la responsabilidad médica se deben estudiar siempre las **situaciones concretas** y específicas sin basarse en generalizaciones, y que, por otro lado, se excluye del ámbito penal la falta de pericia cuando esta sea de naturaleza extraordinaria o excepcional ⁴¹.

37. STS de 9 de marzo de 2000, FJ 1 en el que un paciente falleció por asma bronquial pero la medico, la cual no era la medico de cabecera del paciente, pregunto sobre las posibles alergias del paciente supliendo las diligencias que descartan la imprudencia grave, pero la medico estaba obligada a inquirir con mayor profundidad sobre los datos esenciales relativos a un paciente para ella hasta entonces desconocido, motivo por el que existe una imprudencia leve.

38. STS de 24 de noviembre de 1997, en el que se determina una imprudencia de carácter leve(delito leve) por parte de un médico anestesista que tras una parada cardíaca «no procedió inmediatamente al traslado de la paciente a un centro de cuidados intensivos, donde pudieran proporcionarle a la niña la correcta ventilación con el suministro de oxígeno preciso para evitar o paliar al menos el posible daño cerebral».

39. SAP Madrid 8 de mayo de 2014 y STS de 3 de octubre de 1997 y STS de 25 de mayo de 1999, FJ 4, en la que el Tribunal Supremo entiende que la actuación de un medico que no tuvo en consideración una elemental norma de cuidado en el caso concreto supuso no solo la inobservancia de la norma de cuidado, sino que ademas se adoptó un comportamiento radicalmente opuesto lo indicado en la Lex Artis, en el caso de un médico que no suministró oxígeno a un paciente recién operado y aun entubado e incapaz de respirar por si solo.

40. SSTS de 1 de diciembre de 1989, de 8 de mayo y de 3 de octubre de 1997, 23 de octubre de 2001 y de 27 de marzo de 2002 y Auto AP de Madrid de 23 de mayo de 2009, FJ 1.

41. SSTS de 1 de diciembre de 1989, 29 de febrero de 1996, 3 de octubre de 1997, 25 de mayo de 1999, 29 de noviembre de 2001 y 6 de julio de 2006, FJ 5.

Respecto a los **errores en el diagnóstico, o los errores científicos**, jurisprudencialmente se establece que “los simples errores científicos o de diagnóstico no pueden ser objeto de sanción penal, a no ser que sean de magnitud tal que de modo evidente se aparten de lo que hubiera detectado cualquier médico de nivel y preparación similar y con semejantes medios a su alcance”, es decir, siempre que la equivocación no sea inexplicable, de forma que no tiene ninguna justificación razonable esa forma de actuar. Solo se establecería responsabilidad subjetiva en el caso de que en el acto médico se incumpliera la Lex Artis ⁴².

De esta forma, para que efectivamente se de la imprudencia médica “no cabe incriminar como delito el simple error científico o diagnóstico equivocado, salvo cuando cualitativa o cuantitativamente resulte de extremada gravedad ⁴³.

Un supuesto especial de imprudencia médica sería el sucedido a manos de los **médicos de guardia**, especialmente en la denominada medicina de urgencia, donde el facultativo médico debe actuar en unas condiciones en las que no es posible una atención continuada de los pacientes a los que esta atendiendo, sino que la actuación se realiza en el momento con los medios e información que el profesional sanitario tenga en ese momento, por lo que el médico “no puede ni debe estar constantemente al lado de uno (de los pacientes), sino prescribir el tratamiento que estime adecuado y acudir cuando las personas encargadas del tratamiento le comuniquen síntomas de anormalidad o reclamen su presencia” ⁴⁴.

42. STSS de 3 de octubre de 1997 y de 30 de marzo de 2012. La STS de 20 de diciembre de 1990 confirma la absolución de un médico de prisiones por un error de diagnóstico que produjo la muerte del paciente, «al haber detectado sólo un catarro que afectaba a las vías respiratorias bajas, cuando, además, existía en el paciente un proceso tuberculoso, del cual no sospechó, sin que (...) en atención a los medios de que disponía en su consulta de la prisión (...), pueda entenderse que hubo negligencia en su comportamiento profesional», o la STS de 13 de noviembre de 1992, FJ 2. Otro ejemplo es la STS de 20 de febrero de 1991 que supuso la condena de un médico como autor de delito de lesiones por un delito de imprudencia temeraria cometido por imprudencia profesional ya que en lugar de seccionar el conducto cístico se realizó en la salida del conducto hepático desencadenando una ictericia iatrogénica, de forma que hubo impericia generadora de graves consecuencias producidas por los errores en la operación.

43. STS de 24 de marzo de 2005, en la cual se rechaza la existencia de un error de diagnóstico en el examen de un paciente respecto del cual se omitieron pruebas porque no presentaba un cuadro que aconseja la práctica de otras comprobaciones.

La STS de 24 de noviembre 2005 rechaza la existencia de un error de diagnóstico ya que ha de partirse de sí el médico ha realizado o no todas las comprobaciones necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en el momento. Realizadas las comprobaciones necesarias, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todos los exámenes exigibles.

Otro ejemplo son las SSTS de 25 de mayo de 1999, FJ 4, y la de 15 de enero de 1990, en la cual se entiende que concurre responsabilidad del médico por imprudencia por la muerte de una paciente a la que no diagnosticó un cuadro de eclampsia a pesar de que presentaba los síntomas y, como consecuencia de ello, no tomó las medidas procedentes para instaurar un tratamiento adecuado.

44. STS 1 de marzo 1990.

En cuanto a los **actos terapéuticos, asistencia médica, o intervenciones**, se aplica con el mismo mecanismo el principio de responsabilidad subjetiva para determinar si ha existido negligencia o se trata de un delito imprudente, demostrando entonces que efectivamente ha habido una infracción de la Lex Artis ⁴⁵.

Para posibles omisiones de precauciones en la **administración de medicamentos**, sera “contraria a la diligencia propia del acto médico (y, por tanto, constitutiva de conducta negligente) conocer los efectos negativos para la salud de la paciente vinculados al tratamiento aplicado y no adoptar las medidas oportunas” ⁴⁶.

En la responsabilidad derivada del uso de **productos defectuosos** hay que diferenciar dos supuestos diferentes: Por un lado los defectos de información en prospectos (por ejemplo, por no indicar los efectos adversos), en cuyo caso la responsabilidad correspondería al laboratorio fabricante del producto. Por otro lado, estarían los productos defectuosos como las prótesis, siendo calificados como defectuosos aquellos que “no responden a la seguridad que cabe legítimamente esperar de su uso por falta de comprobación en el momento de la puesta en circulación de la falta de toxicidad o peligrosidad” ⁴⁷.

Otro supuesto especial que constituye un comportamiento contrario a la Lex Artis es aquel en el que se actúa de acuerdo al conjunto de actuaciones y normas técnicas, pero sin embargo hay un **error en el órgano** sobre el que se tiene que actuar, de forma que se interviene sobre otro miembro incorrectamente. En este caso la actuación es gravemente negligente ya que no se toma la más mínima precaución respecto a identificar el órgano o miembro sobre el que se debía operar, habiendo bastado con consultar el historial clínico del paciente, el cual tienen siempre a su disposición, por lo cual se produce una agresión a la integridad corporal de forma injustificada, no consentida e innecesaria ⁴⁸.

45. STS de 19 de julio de 2005, en la que se absuelve al profesional médico de toda responsabilidad por las secuelas derivadas de lesiones del feto fundándose en la falta de prueba de su imputación a la asistencia médica recibida por la madre durante el embarazo, o STS de 27 de mayo de 2004, sobre el fallecimiento como consecuencia de paro respiratorio irreversible por shock hipovolémico por hemorragia abdominal intraperitoneal, tras haber acudido a la doctora con dolores abdominales. El TS considera que la doctora asistió conforme a la Lex Artis, al realizar cuatro exploraciones, examen de rayos X de tórax y abdomen, y electrocardiograma.

46. STS de 8 de febrero de 2006, o STS de 12 de febrero de 2004, FJ 4, sobre un joven que comenzó sano un tratamiento de acné acaba padeciendo una diabetes irreversible. El TS declara la grave negligencia de los médicos al no realizar un seguimiento de los análisis periódicos de glucosa. Por otro lado, la determinación de los daños y perjuicios atiende a la gravedad de la negligencia y no sólo al daño producido.

47. STS de 6 de junio de 2012 y STS de 9 de diciembre de 2010, FJ 6.

48. STS de 26 de febrero de 2001, FJ 3 en la que se condena un cirujano y a su ayudante instrumentista por practicar una artroscopia en la rodilla equivocada. Se afirma que «los acusados actuaron con absoluta omisión del mínimo deber

El mismo criterio resultaría en el caso de que el error no recayera en el órgano sobre el que hay que actuar sino que se trate de un **error sobre el tipo de intervención médica**. Un ejemplo sería realizar una operación quirúrgica de vasectomía en lugar de una cirugía por fimosis ⁴⁹.

Otro supuesto distinto es el constituido por las **actuaciones de un MIR** (Médico Interno Residente), en cuyas intervenciones debe valorarse la existencia de responsabilidad en función de si ha tomado decisiones con el consentimiento del médico titular o si estaba autorizado para tomar tal decisión, menospreciando elementales deberes de cautela, y la capacidad del médico residente para afrontar medidas técnicas oportunas ante situaciones de emergencia que se hubieran podido superar⁵⁰.

Un supuesto especial de responsabilidad penal es el derivado por la **intervención médica llevada a cabo en equipo**, derivada de aquellos tratamientos u operaciones en las que varios facultativos con conocimientos especiales en distintas fases del proceso, que participan en conjunto para garantizar el éxito de la intervención (por ejemplo, el cirujano, el cardiólogo, los enfermeros, etc).

La determinación de responsabilidades entre el cirujano y el anestésista se basa en los **principios de confianza y horizontalidad** en la división del trabajo, de forma que cada miembro del equipo, se considera con el nivel de formación y de conocimiento adecuado, cada uno en su especialidad, de forma que se complementarán a la hora de la intervención, dividiéndose el trabajo y teniendo cada uno sus propias funciones, confiando en que el otro va a actuar de forma diligente en todo momento, sin que exista una dependencia jerárquica⁵¹.

De esta manera, si algún miembro del equipo actúa de forma negligente, el resto no es responsable de los errores del otro, salvo que hubiera conocimiento del error y se tolere, consiente o permita la situación peligrosa, en cuyo caso no responderá por la negligencia ajena, sino por su conducta propia, es decir, por el carácter omisivo de su conducta ya que va a ser determinante para la ejecución de un resultado típico del delito que se trate ⁵².

de cuidado al que obliga la Lex Artis a la que debían haber ajustado su actuación».

49. SSAP de Valladolid de 18 de abril 2001 y de Sevilla de 14 de julio 2003, en la cual se afirma que << se ha producido una lesión que requiere para su restablecimiento, con independencia de que se recobre la funcionalidad del conducto, tratamiento quirúrgico, por lo que es indudable que se ha provocado una lesión o menoscabo en la integridad física del perjudicado>>.

50. STS de 28 de diciembre de 1990, en el que un médico residente aplica a un paciente una anestesia general que posteriormente derivó en una grave insuficiencia respiratoria, sin que el procesado lograra hacer frente a la situación, destacando el atrevimiento por parte del acusado que confirma la temeridad en la actuación.

51. STS de 9 de diciembre de 2010 y SAP de Barcelona de 12 de mayo de 2000.

52. STS 4 de septiembre de 1991.

Ademas, se condena por igual resultado al director del hospital, por permitir la realización de la negligencia, cuando en el supuesto de hecho concreto éste tenga conocimiento de la falta de diligencia ⁵³.

4. DELITOS IMPRUDENTES

4.1. Homicidio imprudente:

Se habrá cometido un delito de homicidio por imprudencia grave, regulado en el tercer párrafo del artículo 142.1 CP, cuando concurren los siguientes requisitos:

- La realización de una acción finalista que infrinja el cuidado objetivamente debido o por no tener el cuidado y diligencia mas elemental que adoptaría una persona media. ⁵⁴
- La producción de un resultado de muerte.
- La relación de causalidad entre la actuación que infringe el cuidado objetivamente debido y el resultado de muerte.
- Imputación objetiva del resultado imprudente a la acción imprudente.

En el apartado 1 del citado artículo, además de los elementos típicos mencionados, se regula impericia profesional, siendo la pena prevista para este tipo agravado, además de la prisión de uno a cuatro años, que corresponde por comisión de un delito de homicidio por imprudencia grave, la *“inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años.”*

4.2. Delito de lesiones:

Para que tenga lugar el delito de lesiones, se debe dar como elemento delimitador un resultado de lesión, la cual debe requerir necesariamente tratamiento medico o quirúrgico posterior a la primera asistencia medica, tal y como indica el artículo 147.1 CP.

53. Sin embargo, algunas sentencias divergen en lo citado anteriormente, como en la SAP de Toledo de 26 de abril de 2004, en la que se establece que “en las intervenciones quirúrgicas ya no se actúa aisladamente, sino en un amplio equipo, que en su actuación -la de cada miembro individual del equipo- es independiente, si bien la responsabilidad y dirección final están en manos del cirujano, por lo que a él le alcanza esa supervisión final”.

54. STS 22 de febrero 2005 y STS 21 de mayo 2003.

El delito de lesiones por negligencia medica se encuentra actualmente tipificado en el artículo 152.1 CP. En este artículo se recoge el supuesto agravado del delito de lesiones por imprudencia profesional, delito al cual se le añaden las penas accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a cuatro años.

Dicha agravación no se aplica por el solo hecho de que el autor de la conducta imprudente sea un profesional, sino que lo que se reclama es la desatención de los deberes de cuidado específicos que le venían impuestos como profesional (Lex Artis) para la evitación del resultado concreto ⁵⁵.

En el mismo artículo 152.2 CP se regula el delito leve por lesiones por negligencia médica.

4.3. Delitos de aborto y lesiones al feto

En primer lugar, para determinar la concurrencia de los delitos de aborto o de lesiones al feto, se debe diferenciar en que **momento el feto pasa a ser considerado un humano nacido**, pues entonces ya nos encontraríamos en un caso de homicidio o lesiones. De esta forma, se considera que el nacimiento del niño se produce con el inicio de las labores del parto ⁵⁶, al entender que “el comienzo del parto pone fin al estadio fetal”, es decir, será considerado ser humano aunque continúe en el seno materno siempre y cuando se hayan iniciado las labores del parto.

En la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo se prevé la adopción de un conjunto de medidas en el ámbito sanitario y regula la interrupción voluntaria del embarazo siempre que se cumplan determinadas circunstancias, con el objetivo de que se protejan los derechos de la mujer y de la vida prenatal.

En principio, la **interrupción del embarazo** a petición de la mujer constituye una causa de atipicidad, pues la vida fetal es un bien jurídico de titularidad de la mujer hasta la decimocuarta semana. Transcurrido este periodo, la acción sería típica pero se prevé la posibilidad de interrumpir el embarazo si se cumplen determinados requisitos que constituirán una causa de justificación (por ejemplo, en caso de graves anomalías en el feto (Artículo 15.a) y b) de la Ley 2/2010).

En ambos casos se exigen como requisitos necesarios que se practique por medico especialista, en un centro sanitario y con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer.

55. HERNÁNDEZ GARCÍA, J, en la obra de QUINTERO OLIVARES, G., *Compendio de la Parte Especial de Derecho Penal*, 1º edic, Thomson Reuters, Pamplona, 2016, p. 84.

56. STS de 22 de enero de 1999.

En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, la ley 41/2002, vigente tras la reforma aplicada por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, establece en el artículo 9.5 que la interrupción voluntaria del embarazo se rige por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

Además, para la **interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada** judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.

Otro supuesto de hecho es el del aborto practicado por un médico cuando **no concurren los requisitos legales exigidos** para llevar a cabo el aborto. Se debe tener en cuenta que estos no serían supuestos de imprudencia médica en sentido estricto, sino que se trata de un error del facultativo médico, en el cual existe la creencia errónea de que se cumplen los requisitos legales para la intervención, que sería distinto del caso en el que la paciente solicita al médico directamente la práctica del aborto sin tener en cuenta los requisitos legales.

Por otro lado, el delito de lesiones al feto por imprudencia profesional regulado en el artículo 158 CP, supone la imposición, además de la pena de prisión o multa establecida en el artículo 157 CP, la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión.

4.4. Rechazo consentido de tratamientos vitales (homicidio consentido, cooperación al suicidio) y eutanasia

Para que tenga lugar el tipo del **homicidio consentido** (artículo 143.3 CP), en primer lugar se debe analizar la existencia de la capacidad para consentir la propia muerte, y se ha de examinar que en el caso concreto el sujeto posea capacidad de decisión, es decir que encuentre en unas condiciones adecuadas para comprender la trascendencia de dicha decisión ⁵⁷.

57. En caso de la drogodependencia, ésta presenta una gran oscilación respecto a la apreciación de la imputabilidad, que puede variar desde la plena exención, pasando por la semiexención y la atenuante. En este caso la voluntad del drogodependiente que quiera quitarse la vida no bastaría por sí sola para calificar la conducta del auxiliador. QUINTERO OLIVARES, G., *Compendio de la Parte Especial de Derecho Penal*, 1º edic, Thomson Reuters, Pamplona, 2016, p. 63.

En la **cooperación al suicidio** (artículo 143.2 CP), ésta debe de ser dolosa en todo caso, es decir, orientada conscientemente a ayudar al que se suicida a que realice su propósito, sin que sea posible hablar de imprudencia en la cooperación, y por lo tanto no se puede incluir dentro del concepto de imprudencia médica ⁵⁸.

La **eutanasia** (artículo 143.4 CP) constituye un supuesto muy debatido entre las personas que defienden el derecho a tener una muerte digna frente a aquellos que rechazan este poder de decisión. La eutanasia se clasifica, atendiendo a la situación sanitaria del sujeto pasivo y al modo en que tiene lugar desde un punto de vista temporal, en tres tipos de eutanasia⁵⁹:

La eutanasia terminal es aquella en la que la medicina únicamente se limita a retrasar el momento de la muerte, sin capacidad para asegurar la vida. Es decir, aquí la eutanasia consiste en no prolongar el proceso irreversible que conducirá a la muerte en los enfermos terminales.

La eutanasia paliativa alude a supuestos en el que el suministro de analgésicos para mitigar graves sufrimientos produce la aceleración de la muerte. Éste tipo tiene lugar, cuando afecta a personas con afecciones incurable y permanentes.

La eutanasia cualitativa, por último consiste en la producción de modo inmediato y directo la muerte del agonizante mediante comportamientos activos.

Si el resultado se lleva a cabo sin consentimiento del paciente la cuestión se desplaza al ámbito del homicidio, constituyendo una ayuda ejecutiva al suicidio, ya que no se cumplirían los requisitos del artículo 143.4 CP relativos a la eutanasia.

Aquí hay que tener en cuenta que se puede dar el caso de un error medico al interpretar incorrectamente que la voluntad del paciente era terminar con su vida, y no simplemente terminar con su sufrimiento. En este supuesto se trataría de un error vencible, puesto que el consentimiento no era expreso ni indubitado, de las palabras no se deduce como única la interpretación que realiza el medico⁶⁰. En ese caso, el facultativo médico será responsable de un delito de homicidio imprudente del artículo 142.1 CP en virtud de lo establecido en el artículo 14 CP.

Otro supuesto es el de la **negativa a recibir transfusiones sanguíneas**, que en la mayoría de los

58. Véase QUINTERO OLIVARES, G., *Compendio de la Parte Especial de Derecho Penal*, 1º edic, Thomson Reuters, Pamplona, 2016, p. 64.

59. Véase VIZUETA FERNANDEZ, J., *Lecciones de derecho penal parte especial*, 2º edición, Facultad de Derecho-Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2014, p.55

60. SAP de Tarragona de 5 de marzo de 2009.

casos se debe a motivos religiosos por parte de los testigos de Jehová. El problema consiste en optar entre llevar a cabo la transfusión, que sería lo que se debería de hacer en virtud de la Lex Artis , o bien, no realizar la transfusión, respetando la libertad de culto del paciente, pero con la posibilidad de que se produzca un resultado perjudicial para su salud. Aquí habrá que diferenciar entre dos casos, según si **el paciente es adulto o menor de edad**.

En el caso de los **testigos de Jehová**, la jurisprudencia con el tiempo ha ido reconociendo el derecho de los pacientes a decidir el tratamiento que desean seguir, aunque de éste se derive un perjuicio para la salud del paciente ⁶¹.

En el caso de que el paciente sea un **menor de edad** y sus padres o representantes legales no autoricen la transfusión de sangre, el medico podrá practicarla si existe un grave peligro para la vida del menor o bien acudir al juez para que este lo autorice cuando no haya tal urgencia⁶². Esto mismo también sería de aplicación en los casos de desconexión de mecanismos de soporte vital.

V. DEBER DE CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE Y EL SECRETO PROFESIONAL (Secreto médico).

El consentimiento del paciente es un requisito necesario para determinar la legitimidad de de una actuación medica siendo una de las fases previas necesarias para que las actuaciones sean validas⁶³.

El **derecho a la información asistencial** se recoge en el art.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica. La obligación de informar recae sobre el profesional médico⁶⁴. Jurisprudencialmente se establece que “para que el consentimiento prestado por éste sea eficaz, es preciso que se trate de un consentimiento prestado con conocimiento de causa⁶⁵. Para ello se requiere que se comuniquen al cliente o paciente, entre otros aspectos, los riesgos y complicaciones que podrían surgir⁶⁶.

61. AP de Vizcaya de 6 de julio de 2001 y STS de 27 de junio de 1997.

62. STS de 27 de junio de 1997.

63. Artículos 3 y 8 de la ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, en el artículo 2 apartados 2, 3 y 6 Véase también el artículo 12.1 del Código de Deontología Médica.

64. STS de 12 de enero de 2001.

65. SAP 308/2007 de 16 mayo.

66. STS de 2 de julio de 2002.

Se remarca especialmente este deber en “casos de medicina no estrictamente necesaria”, como sería en el caso de medicina satisfactoria o voluntaria, (por ejemplo cirugía estética), en los que se exige un mayor rigor en el deber de información⁶⁷.

Respecto a los **menores de edad**, se considera al mayor de 16 años con capacidad suficiente para tomar decisiones sobre su salud⁶⁸ tal y como se indica en el artículo 10.6 de la ley 41/2002. Sin embargo, para determinados casos “la opinión del menor será más o menos determinante en función de edad y grado de madurez”, y si se trata de un menor de 16 años el médico está obligado a solicitar el consentimiento, y si tiene entre 16 y 17 años bastará con tener en cuenta su opinión⁶⁹.

Respecto a la información en **actos médicos curativos**, “no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revisten una gravedad extraordinaria, de acuerdo con la Ley 41/2002⁷⁰.”

Para el **consentimiento**, “la exigencia de la constancia escrita de la información tiene mero valor “ad probationem”, garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente”⁷¹.

La **responsabilidad por falta de consentimiento informado**, con carácter general, tendrá lugar en toda intervención médica en la que no exista el consentimiento del paciente, aunque ésta sea conforme a la Lex Artis, y dará lugar a indemnizaciones en las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa. Otro supuesto distinto que también conllevaría responsabilidad profesional sería aquella intervención médica en la que exista la falta de información, hecho que directamente establece la invalidez del consentimiento, lo que supone que la actuación médica en este caso sea contraria a la Lex Artis⁷².

El consentimiento expreso será prescindible en el supuesto recogido en el artículo 9.2.b) de la ley

67. STSS de 19 de junio de 2007, rec 2047/2000 y 21 de octubre de 2005.

68. En el anterior Código de Deontología Médica de 1999, no se recogía el concepto de menor mayor de 16 años, y se consideraba minoría de edad la indicada en el Código civil, 18 años, siendo la opinión del menor un factor que tendría más o menos relevancia dependiendo de la edad y grado de madurez del menor.

69. En el caso de aborto, hay que recordar que la vigente Ley Orgánica 11/2015 establece la obligatoriedad para que las mujeres de entre 16 y 18 años cuenten con el permiso padre, madre, personas que ostenten la patria potestad o tutores legales.

70. STS 17 de abril de 2007.

71. STS 22 de septiembre de 2010.

72. STS de 16 de diciembre de 1997.

41/2002, porque exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización.

Los supuesto de vulneración del **secreto profesional (secreto médico)** dan lugar a responsabilidad penal (artículo 199 CP)pero también suponen responsabilidad desde el ámbito disciplinario de la profesión medica. Aquí se recogen los delitos que derivan de la responsabilidad penal medica por el **acceso y revelación de los profesionales médicos de datos contenidos en las historias clínicas** de los pacientes. Estos conllevaran responsabilidad siempre que el acceso a la información se haya realizado sin autorización del paciente y sin que existiera ningún tipo de relación asistencial ni motivo profesional, de forma que la conducta se consuma sin necesidad de que posteriormente haya un perjuicio para el paciente⁷³.

La mencionada ley 41/2002 reitera el deber de guardar secreto y añade la obligación de los facultativos médicos y personal sanitario de denunciar los delitos de los que tengan conocimiento en ejercicio de su profesión y de testificar cuando resulte necesario.

VI. CONCLUSIÓN:

1. La profesión medica conlleva el trabajar constantemente sometido a un alto grado de responsabilidad tanto por la complejidad de la materia y el conocimiento que deben tener y adquirir los médicos durante su carrera profesional, como por las posibles consecuencias en caso de errores en sus intervenciones. El hecho de que los bienes jurídicos que estén en juego sean los mas importantes del ordenamiento jurídico (Derecho a la vida, a la integridad física, etc), es una clara muestra de ello, pues no son simples normas jurídicas, sino que también constituyen normas sociales, de convivencia.
2. La relevancia de este tipo de supuestos hace que resulte necesaria una detallada legislación y una jurisprudencia desarrollada para diferenciar los diferentes casos que se dan y poder determinar cuando ha existido una mala praxis medica, por que la responsabilidad medica siempre ha existido, ya que los médicos han respondido en mayor o menor medida a lo largo de la historia, pero en la actualidad la existencia de normativa especifica facilita y controla el ejercicio profesional del colectivo medico. Es por ello que ha sido inevitable la aparición

73. STS de 30 de diciembre de 2009.

de la Lex Artis, que será la que marque las pautas para la actuación del facultativo médico en función del caso concreto.

3. El problema de definir las pautas de actuación exigibles respecto de un acto médico es que pueden variar según la opinión de cada profesional y cada circunstancia concreta, es decir, no existen unas reglas preventivas absolutas por el constante avance del campo sanitario y la propia inexactitud de la ciencia médica en numerosas ocasiones, y aquí es el juez el que debe determinar si la actuación del médico respecto del paciente ha sido correcta.

4. La responsabilidad de los profesionales sanitarios se da cuando se cree haber infringido la mencionada Lex Artis, cuando haya habido una conducta negligente del médico, y se haya ocasionado un daño necesariamente como consecuencia de ese error en la actuación médica. Además el daño debe ser valorado discrecionalmente por los tribunales, en los cuales el demandado como regla general tiene el deber de acreditar o presumir la existencia de culpa o negligencia del médico, y la existencia del nexo causal entre el hecho objetivo demostrado y el daño efectivamente producido.

5. El incremento de las demandas por mala praxis médica ha dado lugar a la conocida como “medicina defensiva”, utilizada por los profesionales de la medicina, consistente en la realización de procedimientos médicos innecesarios e incluso a veces injustificados con vistas a un posible enfrentamiento judicial futuro con el paciente. Es evidente que esta situación afecta a la relación entre médico y paciente, y por ello se debe reducir en la medida de lo posible. Una posible solución es mediante el desarrollo de la “medicina preventiva”, consistente en fomentar las actividades de promoción y protección de la salud, reduciendo la probabilidad de aparición de enfermedades o controlando su progresión.

VII. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES:

1. ALMELA VICH, C., “La responsabilidad penal del médico y del cirujano”, *Revista del Poder Judicial*, nº. 48, 1997, pp. 235-266
2. ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 8º edic., Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 325
3. Código de Deontología Médica, Guía de Ética Médica de la Organización Médica Colegial de España (2011)
4. DIEZ FERNANDEZ, J.A., “El nuevo Código de Ética Médica: la supervivencia de la Deontología en el marco legislativo actual”, *Diario La Ley*, nº 7975, 2012, pp 5-22
5. Fernández de Sevilla Morales, M., “Los profesionales frente a las reclamaciones por negligencias profesionales”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, 2007, pp. 56-62
6. GRATACOS GÓMEZ, N., “La imprudencia en el nuevo código penal. Especial referencia de la imprudencia profesional y la inhibición especial para el ejercicio de una profesión, oficio o cargo”, *Revista Derecho y Salud*, vol.5, nº1, 1997, pp. 62-75
7. QUINTERO OLIVARES, G., *Compendio de la Parte Especial de Derecho Penal*, 1º edic, Thomson Reuters, Pamplona, 2016, p. 84
8. LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*. Trivium, 1988, Madrid, pp. 426 y 427
9. MONTERROSO CASADO, E.: Diligencia médica y responsabilidad civil. Consultada en 6 de marzo de 2016, en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/Diligencia%20Medica%20y%20R.%20Civil.PDF>
10. ROMEO CASABONA C., *El médico ante el Derecho*, Ministerio de Sanidad y Consumo-Secretaría General Técnica (Servicio de Publicaciones), Madrid, 1985, pp. 84 y ss
11. URRUELA MORA, A., “Tendencias actuales de la jurisprudencia española en materia de negligencia medica”, *Revista de Derecho Penal*, nº34, 2011, pp. 35-74
12. VIZUETA FERNANDEZ, J., *Lecciones de derecho penal parte especial*, 2º edición, Facultad de Derecho-Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2014, p.30, p.61-64, p. 55-56
13. VALLS LLORET, J.D., “La responsabilidad civil por negligencia médica”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, nº 15, 2005, pp. 15-24
14. XIOL RIOS, J.A., (2012): Derecho sanitario en la jurisprudencia e la Sala primera del Tribunal Supremo. Consultada en 2 de marzo de 2016, en <http://www.aeds.org/XIXCongreso/docs/Juan%20Antonio%20Xiol%20Rios.pdf>

LEGISLACIÓN:

15. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
16. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
17. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
18. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil