



FACULTAD DE DERECHO
MÁSTER UNIVERSITARIO DE ACCESO A LA
PROFESIÓN DE ABOGADO

TRABAJO FIN DE MASTER

**“La Imprudencia médica: Análisis típico y Jurisprudencial
tras la Ley Orgánica 1/2015”**

Autor: Sergio Manzano Martínez

Tutor: Carlos García Valdés

ENERO 2018

RESUMEN

El presente trabajo tiene por finalidad el análisis de la imprudencia profesional en el ámbito sanitario, mediante el cual se analizaran los aspectos fundamentales para entender mejor la responsabilidad que todo profesional de la salud tiene a la hora de llevar a cabo su trabajo, el consentimiento del paciente y su problemática, el buen hacer del profesional de la salud a la hora de poner en práctica sus habilidades médico- sanitarias y sus consecuencias penales con una comparativa entre cómo se trataba la imprudencia antes y después de la reforma de la Ley 1/2015. Todo ello englobado desde un punto de vista jurisprudencial que ira aportando verosimilitud a todos los supuestos que se plantearan y con un pequeño, pero no menos importante vistazo a lo que otros países tienen que decir sobre este tema.

ABSTRACT

The present work takes as a purpose the analysis of the professional recklessness in the sanitary area, by means of which the indispensable aspects were analyzed to understand better the responsibility that quite professional of the health has at the moment of carrying out his work, the assent of the patient and his problematics, the good one to play the role of the professional of the health at the moment of putting into practice his medical - sanitary skills, his penal consequences with the comparative one between how the recklessness was treating itself before and after the reform of the Law 1/2015. All that included from a jurisprudential point of view that ire contributing verisimilitude to all the suppositions that were appearing and with the small one, but not less important glimpse to what other countries have to say on this topic.

PALABRAS CLAVE

Imprudencia

Imprudencia profesional

Lex Artis

Consentimiento del paciente

Médico Paciente

Ley Orgánica

KEY WORDS

Recklessness

Professional recklessness

Lex Artis

Assent of the patient

Doctor Patiente

Organic Law

ABREVIATURAS

Art/ arts. Artículo/ artículos

CC Código Civil

CP Código Penal

F.J. Fundamento jurídico

LGSS Ley General de la Seguridad Social

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TS Tribunal Supremo

Ed. Edición

Edit. Editorial

BOE Boletín oficial del Estado

Idem. Lo mismo

INDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	5
II.	La Imprudencia Médica: Rasgos generales.....	7
	1. Conceptos médico-legales	
	2. Relación Médico-Paciente	
	3. Exclusión de la Antijuricidad: El Consentimiento del paciente y la Lex Artis	
III.	El Origen de la imprudencia profesional.	28
IV.	Análisis típico y Jurisprudencial de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.....	31
V.	Análisis típico y Jurisprudencial tras la Ley Orgánica 1/2015.....	39
VI.	Derecho Comparado.....	44
VII.	Conclusiones.....	47
VIII.	Bibliografía.....	50
IX.	Lista de Webs consultadas.....	51

I. INTRODUCCIÓN

El tema de mi trabajo se centra en la evolución que ha tenido la imprudencia profesional a lo largo de sus diferentes regulaciones en los distintos Códigos penales en nuestro país, sin perder de vista la base y características de la imprudencia.

La imprudencia médica se puede tratar de diversas formas pudiendo entrar a valorar un amplio abanico de conceptos y supuestos que este tema ha dejado a lo largo de la historia en nuestra jurisprudencia. Pero es importante acotar este campo tan amplio y quedarnos con aquellos supuestos más importantes y de mayor controversia social para hacer de este trabajo algo más conciso y relevante.

En primer lugar, es importante definir el tema del trabajo “La Imprudencia médica: Análisis típico y Jurisprudencial tras la Ley Orgánica 1/2015”. El art. 115 LGSS define la imprudencia profesional como “aquella que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira por la repetición de unos mismos actos”. Este artículo llevado al mundo sanitario, conlleva una buena actuación del profesional de la salud a la hora de ejercer su trabajo.

Es importante señalar que la imprudencia del médico no solo abarca el fallo humano a la hora de realizar una operación o un mal diagnóstico, sino también en los momentos iniciales y previos a cualquier tipo de tratamiento. Esos primeros pasos entre el paciente y el médico son igual de importantes que cualquier otro momento de la vida médica del paciente, ya que de este primer análisis saldrán aquellos puntos de interés para el profesional sobre el estado del paciente.

Desde una buena relación, pasando por una correcta valoración profesional del paciente hasta una operación adecuada, son algunos de los aspectos en torno a los que gira la relación médico-paciente.

Pero sin duda, dos de los aspectos más importantes para valorar la imprudencia profesional del médico es por un lado el consentimiento del paciente y por otro la lex artis del profesional de la salud.

Todos estos temas están englobados dentro de la imprudencia médica y de los cuales hablare más adelante para sentar las bases de mi trabajo antes de hablar de la Ley Orgánica 1/2015 y la gran reforma que ha supuesto en el mundo penal en relación con mi

trabajo. De esta forma fijare como ha cambiado esta gran reforma aspectos importantes del Código penal.

También hablare de los orígenes de la *imprudencia profesional* en nuestra legislación y los cambios significativos que han ido sucediéndose a lo largo de los años, hasta llegar a las últimas reformas del Código penal.

Esta tipificación de la imprudencia profesional en nuestro Código Penal se tendrá como base para compararla con la imprudencia en otros países del mundo, donde analizare el Código Penal de países como Alemania, Chile etc... y la jurisprudencia sobre este tema en Estados Unidos.

II. La Imprudencia Médica: Rasgos generales.

1. Conceptos médico-legales:¹

Es apropiado clarificar una serie de conceptos para sentar las bases sobre aquellos términos que deben fijarse desde un principio, para no generar ningún tipo de duda en los próximos apartados del trabajo.

Dolo Civil	El artículo 1269 señala que: “Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho” y el artículo 1270, dice que: “Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios”.
Dolo Penal²	El dolo se puede definir como la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo. Debe, en consecuencia, darse una correspondencia entre la parte objetiva y subjetiva del hecho, de forma tal que el autor debe saber y querer las circunstancias del tipo objetivo.
Responsabilidad	La responsabilidad, es la obligación de estar a las consecuencias jurídicas, predeterminadas por ley formal con carácter de orgánica, que el

¹ GARCIA BLÁZQUEZ MANUEL; MOLINOS COBO JUAN J., Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica, Edit. Comares, Granada, 1997

² AGUILERA TÉLLEZ ABEL., Derecho Penal Parte General, Edit. Edisofer, Madrid 2015

	<p>Ordenamiento señala como consecuencia de la realización de un hecho, comisivo u omisivo, que reviste los caracteres de punible.³</p> <p>“Son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices”. (art. 27 CP)</p>
Imprudencia	<p>El delito imprudente supone la realización de acciones peligrosas que se realizan, sin ánimo de lesionar el bien jurídico, pero por falta de cuidado o diligencia debida causa su efectiva lesión.</p>
Negligencia	<p>El artículo 1104 del CC define la negligencia como: “La omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.</p>
Impericia	<p>La impericia es la falta de experiencia o de práctica en cualquier sector, se refiere usualmente a las tareas laborales las cuales se realizan. Esta genéricamente determinada por la insuficiencia de conocimiento para la atención del caso que se presume y se consideran adquiridos, asistimos es la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada.</p>

³ Enciclopedia jurídica (en línea) <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/responsabilidad-criminal/responsabilidad-criminal.htm> (consulta 6 de marzo de 2016).

2. La relación médico paciente

La Relación médico paciente consiste en el deber del profesional de la medicina de informar del modo más claro, completo, detallado e integral posible sobre los procedimientos tendientes al restablecimiento de la salud.

El médico y el paciente son los factores indispensables que la provocan y cada uno de ellos aporta a la misma sus características de personalidad, vinculadas con la enfermedad y propiciando que cada relación tenga características generales y a la vez, muy particulares.”

Es importante entonces conocer las características de la relación médico- paciente, que se comportan de forma irrepitable en cada vínculo del médico con cada uno de sus pacientes.

En primer lugar, es importante analizar las características propias del enfermo, las cuales debe tener en cuenta el médico, para decidir de qué forma se relacionará con el paciente.

Es muy importante que el medico conozca el “cuadro interno de la enfermedad”, es decir, la percepción subjetiva que tiene el paciente de su enfermedad y su entorno.

Otro aspecto para considerar en las características que, del enfermo, el médico debe valorar, es la relación que este establece con su enfermedad.

En este sentido, nos podemos encontrar con una gran variedad de pacientes. Por un lado, aquellos que aceptan su enfermedad y actúan en correspondencia con las orientaciones del médico, otros que le dan excesiva importancia, convirtiéndola en su principal preocupación, otros que no le dan ningún tipo de importancia y siguen con su vida normal, sin cumplir las prescripciones médicas y por ultimo otro tipo de pacientes que utilizan su enfermedad para llamar la atención o no cumplir sus obligaciones cotidianas.

Otro aspecto imprescindible para tratar en las características del enfermo y al que se ha hecho referencia indirectamente, es la frustración a los conflictos que se observan y que tienen una repercusión en su conducta y en su estado de salud. El medico será cauteloso para conocer la situación que atraviesa su paciente y muy respetuoso en cuanto a la manera de ayudarlo a buscar una solución, sin hacer juicios ni criticas de su comportamiento.

La relación médico-paciente debe ser próxima e intensa, enmarcada en un ambiente de respeto y afecto mutuo que trascienda de lo estrictamente profesional para abarcar, con la misma intensidad e interés, la dimensión humana del enfermo y su entorno familia. El médico debe actuar como un amigo y confidente indispensable.

Sería importante, antes de terminar este capítulo, hablar de la entrevista médica. Mediante de ella se produce la relación médico-paciente y el tener en cuenta sus etapas y como deben manejarse, es imprescindible para que la relación sea eficaz y se logren los objetivos del paciente y del médico.

Las funciones de la entrevista pueden ser, Obtener información del entrevistado, facilitar información al entrevistado y modificar ciertos aspectos de la conducta del entrevistado

La entrevista médica tiene varias fases o etapas:

1. La recepción
2. La identificación
3. El interrogatorio
4. El examen físico
5. Los exámenes complementarios
6. El diagnóstico y establecimiento del plan
7. La despedida

B. Tipos de relaciones:⁴

I. Relación humana: Entre el médico y paciente se establece una comunicación personal de entrada, donde personalidad, modales, educación, normales sociales, etc.... de uno y otro van a constituir el primer punto de presintonía para un ulterior entendimiento.

II. Relación profesional: La relación profesional es la comunicación entre dos partes, paciente y médico, donde el primero busca en los conocimientos del segundo, un

⁴ 5 GARCIA BLÁZQUEZ MANUEL; MOLINOS COBO JUAN J., Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica, Edit. Comares, Granada, 1997

tipo de beneficio, generalmente con fines diagnósticos o curativos, o más especialmente administrativos (certificaciones, por ejemplo).

III. Relación de fe: En el uso de la relación médico-paciente la fe hay que entenderla como la creencia, confianza ciega surgida de la razón, la experiencia o simplemente el instinto hacia el profesional de la salud.

IV. Relación jurídica: El médico e obliga, con una obligación, hasta cierto punto de medios, de asumir el compromiso de hacer las cosas por el bien del enfermo, con la debida diligencia, para conseguir la curación hasta donde sea posible, sin asegurar nada más allá de lo razonable. Es decir, se deduce un vínculo obligacional en el que puede ver una relación contractual.

V. Relación contractual: El carácter contractual hay que entenderlo como de servicios o de obra, con diferentes repercusiones médicas y legales. El acto médico terapéutico, es decir el destinado a curar, sería un acto de servicio, en

el que el medico nunca puede comprometerse a obtener un resultado final ideal de curación.

VI. Relación extracontractual: Surge cuando entre paciente y médico o centro hospitalario no hay concierto de voluntades ni consentimiento. La mayor parte de las veces el acto médico no tendrá naturaleza de contrato, sino que será consecuencia de la prestación de un servicio público. En los supuestos de responsabilidad medica derivada de la asistencia sanitaria pactada, concurren el carácter contractual y el extracontractual.

3. La exclusión de la antijuridicidad: el consentimiento del paciente y la lex artis.

Antes de hablar de los dos temas más importantes de este apartado como son “el consentimiento del paciente” y la “lex artis” es conveniente hablar del concepto de antijuridicidad.

La antijuridicidad es aquel desvalor que posee un hecho típico contrario a las normas del Derecho en general. Es lo contrario a Derecho, por lo tanto, no basta que la conducta encuadra en el tipo penal, se necesita que esta conducta sea antijurídica, considerando

como tal, a toda aquella definida por el ordenamiento, no protegida por causas de justificación.

La antijuricidad precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica. Para ello, la conducta ha de ser típica, antijurídica y culpable, es otro de los elementos estructurales del delito.

En cuanto a las causas de exclusión de la antijuricidad⁵, “las leyes penales no solamente se integran por normas de carácter imperativo o prohibitivo, sino que también existen otras de índole permisivo, al estar en presencia de estas aparecen las causas de justificación⁶, con las que desaparece la posibilidad de estar ante la antijuricidad y en lugar de obtener una conducta injusta, encontramos un comportamiento plenamente justificable, siendo inconcuso que no estemos ante un tipo penal objetivo”.

Para estar en presencia de una causa de exclusión de la antijuricidad es preciso que se reúnan elementos de carácter subjetivo, como el conocimiento de la situación por parte del sujeto activo, así como el alcance de su reacción, con el fin de evaluar de la manera debida su comportamiento y determinar si es justificable.

I. Consentimiento del paciente

1. Concepto y caracteres

La actividad médica supone por definición una injerencia en el ámbito de privacidad del individuo. Según el artículo 4.1 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, “Los pacientes tienen derecho 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”.

“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 prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso⁷”.

⁵ PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL., La Antijuricidad (en línea), <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/44/9.pdf> (consulta 8 de abril de 2016)

⁶ Las causas de exclusión de la antijuricidad también se denominan causas de justificación.

⁷ Artículo 8 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.

El artículo 3 de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, define el consentimiento del paciente como: “el prestado libre y voluntariamente por el afectado para toda actuación en el ámbito de su salud y una vez que, recibida la información adecuada, hubiera valorado las opciones propias del caso”.

Otro artículo importante a tratar para comprender mejor el consentimiento informado es el artículo 2 de la Ley 41/2002, el cual fija unos derechos y conceptos básicos a la hora de tratar el consentimiento del paciente como en su apartado primero, el cual habla de “La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica”. Su apartado segundo habla del previo consentimiento de los pacientes o usuarios, por escrito en los supuestos previstos en la Ley, el apartado tercero de que el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente y por ultimo su apartado cuarto fija que todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley.

“La aplicación de un tratamiento médico no consentido por el paciente puede dar lugar a un delito de lesiones, en caso de daños, o a un delito de coacciones en su defecto. En los casos en los que el consentimiento se haya obtenido mediante engaño, estaremos ante un vicio de la voluntad”⁸.

Como ejemplo de esto, la STS 2316/2015 refleja un claro supuesto de falta de consentimiento al llevarse a cabo una intervención quirúrgica realizada con anestesia epidural, sin el previo consentimiento del demandado y de privarle del derecho a elegir.

“El médico debe informar al paciente de los efectos secundarios e incompatibles que pueden derivar del tratamiento. También de las medidas necesarias para que la enfermedad evolucione favorablemente y de la disminución de sus facultades para determinados trabajos. En caso de negativa a someterse a una intervención, ha de prevenirle del peligro que supone la negativa e indicarle las consecuencias. En

⁸ HERNÁNDEZ GARCÍA TOMÁS., Elementos de Derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis, Edit. Edisofer, Madrid, 2002.

enfermedades contagiosas debe informar a los familiares y, por supuesto, al propio paciente”⁹.

“La información médica debe estar dirigida a la formación de la voluntad del paciente, a fin de que mediante el procedimiento intelectual sepa lo que van a consentir. El contenido de la información médica debe abarcar, al menos, dos fases:

a) De diagnóstico: ya sea esta una exploración dirigida a completar el diagnóstico, ya sea con vistas al tratamiento que el facultativo estime adecuado para la curación o alivio de la afección sufrida por el paciente.

b) De tratamiento: información dirigida a explicar la necesidad y finalidad del tratamiento y “las consecuencias previsibles si no se lleva a cabo”.

El artículo 10.1 de la Ley 41/2002 habla de la información básica que tiene que proporcionar el médico al paciente, previa a la prestación por parte de este del consentimiento: “El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

d) Las contraindicaciones.

Por otro lado, nos podemos encontrar con “varias clases de consentimiento:

a) Consentimiento presunto: Es aquel que se pide a los familiares de un paciente, sobre todo en casos de urgencias, para que manifiesten que es lo que saben ellos de lo que hubiera querido hacer el paciente.

b) Consentimiento no debidamente informado: No habría responsabilidad penal, pero sí civil si hubiera daños.

⁹ HERNÁNDEZ GARCÍA TOMÁS., Elementos de Derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis, Edit. Edisofer, Madrid, 2002.

c) Consentimiento viciado, equivalente a engaño, que genera responsabilidad, como si no hubiera habido consentimiento informado”¹⁰.

El consentimiento se puede dividir en una serie de elementos de vital cumplimiento para su validez. Empezando por que existan dos partes (paciente y facultativo), que el paciente tenga capacidad (no podrán prestar consentimiento los menores no emancipados, ni los locos, dementes, ni los sordomudos que no sepan escribir. Que exista voluntad consciente y libre del paciente, que sea manifestado de forma expresa o tácita y concordancia entre la voluntad interna y la declarada

“Otro de los requisitos que debe cumplir el consentimiento del paciente para que pueda reconocérsele su completa validez es que la declaración de voluntad que emite se refiera expresamente al acto médico que se le va a practicar. Con ello se trata de excluir la validez de declaraciones de voluntad genéricas para legitimar actos específicos”¹¹.

La STS 6034/2012 nos habla de esta falta de adecuación al caso concreto, haciendo juicios genéricos en el caso de una mujer embarazada.

Por otra parte, el consentimiento debe ser actual, respondiendo a las preferencias actuales del enfermo en el momento en el que se trata de realizar el acto médico.

También hay que hablar de la ausencia de presiones externas e internas como libre expresión del consentimiento del paciente. “Con las primeras se hace referencia a la exigencia de que el paciente no esté sometido a presiones que, desde el exterior, condicionen el sentido de su voluntad. Con lo segundo, la ausencia de vicios internos, se trata de garantizar que el enfermo no se encuentre en una situación de desconocimiento de los datos relevantes para expresar de forma responsable su negativa o asentimiento a la intervención de que se trate”¹².

“Entre las causas más frecuentes que pueden y suelen viciar el consentimiento se encuentran:

¹⁰ HERNÁNDEZ GARCÍA TOMÁS., Elementos de Derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis, Edit. Edisofer, Madrid 2002.

¹¹ RIVERO GÓMEZ M^ª DEL CARMEN., La responsabilidad penal del médico, Edit. Tirant lo Blanch tratados, Valencia, 2008.

¹² Idem

- a. Presiones de tipo médico, técnico o administrativas como, por ejemplo: “Si no se decide a operarse ahora tendrá que volver nuevamente a lista de espera y puede tardar unos años...”, creando una coacción o presión sobre el paciente.
- b. Falta de información adecuada y comprensible.
- c. Exigencia de firmar un documento en blanco
- d. Exigir al enfermo la aceptación bajo amenaza de darle alta voluntaria en caso contrario.
- e. Obligarlo a decidir en un espacio de tiempo demasiado corto y bajo un estado emocional poco apropiado para hacer el adecuado uso de inteligencia y voluntad.
- f. No darle otras alternativas, cuando si las hay”¹³.

En cuanto a la forma del consentimiento, según el artículo 8.2 de la Ley 41/2002, “El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

En lo que respecta al título de responsabilidad por el que deba responder el médico, ya sea por ausencia de la misma o por vicios relevantes en su proceso de formación, son dos, básicamente, los posibles puntos de referencia que vienen en consideración: los delitos de lesiones, por un lado; y los delitos que tutelan la libre formación de voluntad, por otro.

2. Límites al consentimiento del paciente

Ahora toca hablar de aquellos límites al consentimiento como criterio legitimador de la actividad médica, donde existen casos en los que la actuación del médico en contra del consentimiento del paciente, puedan considerarse lícitos.

“Pueden identificarse en primer lugar, determinados supuestos en los que claramente no es el consentimiento el presupuesto legitimador de la actividad médica. Es lo que sucede en relación con los casos de tratamientos médicos obligados, como ocurre

¹³ GARCIA BLÁZQUEZ MANUEL; MOLINOS COBO JUAN J., Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica, Edit. Comares, Granada, 1997

con las campañas de vacunaciones obligatorias, que precisamente justifican su carácter por la protección prioritaria de la salud pública frente a la voluntad del individuo”¹⁴.

El artículo 9.2 a) de la Ley 41/2002 fija los términos de esta justificación de la actividad médica a la hora de actuar sin el consentimiento del paciente por motivos de salud pública: “Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley.

Como, por ejemplo, la STS 6645/2012, en cuyo caso, nos encontramos “ante la administración de una vacuna antigripal con una finalidad de salud pública, previamente determinada en planes anuales, controlada internacionalmente, a los efectos de poder reducir el impacto de una epidemia de gripe en determinados colectivos considerados de riesgo”.

Otro límite surge en torno a “ámbitos problemáticos tan distintos como el de los sujetos menores de edad o que padecen alteraciones en su salud psíquica, el de los enfermos que se hallan en estado de inconsciencia, así como en los supuestos de renuncia del paciente al tratamiento, bien sea por sus creencias religiosas, por simple miedo al mismo o incluso por manifestar tendencias suicidas”¹⁵, supuestos que veremos en el siguiente apartado con más detenimiento.

Esta otro límite tiene su base en el artículo 9.2 b) de la Ley 41/2002 el cual señala que: “Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento: b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”.

Otro límite reside en el artículo 9.5 de la Ley 41/2002: “La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones

¹⁴ RIVERO GÓMEZ M^a DEL CARMEN., La responsabilidad penal del médico, Edit. Tirant lo Blanch tratados, Valencia, 2008.

¹⁵ HERNÁNDEZ GARCÍA TOMÁS., Elementos de Derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis, Edit. Edisofer, Madrid, 2002.

especiales de aplicación. 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”.

Por último hay que tener en cuenta la renuncia del paciente a recibir información, que estará limitada como señala el artículo 9.1 de la Ley 41/2002 por “la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso”. Pero cuando el paciente exprese su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad.

3. Casos de responsabilidad penal por falta de consentimiento del paciente¹⁶:

A. La imposibilidad de prestar el consentimiento: el estado de inconsciencia del paciente

Los supuestos que en este apartado se plantean, son aquellos en los que el enfermo se encuentra inconsciente en el momento en que se contempla la necesidad de la intervención y el mismo no ha manifestado previamente su voluntad para la operación.

El artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, dispone que: “Cuando, debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico a favor de la salud de la persona afectada”.

Se trataría de determinar “si el titular del bien jurídico afectado por la conducta típica” habría “consentido en su realización de haber tenido conocimiento de los hechos y hubiera podido consentir”. La ponderación de los intereses objetivos, por un lado y la indagación a la voluntad del paciente, por otro, representan así las dos grandes líneas de solución del conflicto”.

“A la vista de lo anterior, es posible concluir que deben concurrir tres circunstancias:

- Una situación de riesgo grave e inminente para la integridad física y psíquica del enfermo.
- Que no sea posible conseguir su autorización.

¹⁶ RIVERO GÓMEZ M^ª DEL CARMEN., La responsabilidad penal del médico, Edit. Tirant lo Blanch tratados, Valencia, 2008.

- Y que, debido a la urgencia o el desconocimiento, no sea posible recabar el consentimiento por representación de los representantes legales del paciente o de las personas que por lazos familiares o personales están legitimados por el art. 9.3.a) para prestarlo”¹⁷.

Como ejemplo, señalar un caso de la Sala penal el Tribunal Supremo alemán en la Sentencia de 4 de octubre de 1999, donde se enjuicia la responsabilidad de los ginecólogos a la hora de llevar a cabo una esterilización durante una cesárea, la cual fue rechazada por la paciente anteriormente a la operación, pero que los médicos aun así llevaron a cabo ya que durante la intervención observaron que la mujer presentaba un desgarro de útero y decidieron realizar la esterilización. El Tribunal fijó que no existía consentimiento presunto, debido a la ausencia de la urgencia de la intervención.

B. El consentimiento en casos de menores de edad o incapaces

El artículo 155 del Código penal sienta las bases de este consentimiento, al señalar que: “No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

Por su parte, el artículo 156 CP nos habla de aquellos casos en el que el acto médico consista en un trasplante de órganos, esterilización y cirugía transexual, siendo válido, “salvo que el consentimiento se haya obtenido de forma viciada, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales”.

Por todo esto, hay que centrarnos ahora en el Artículo 9.3 de la Ley 41/2002, el cual fija el consentimiento por representación en estos casos: “Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

¹⁷ Sancho Gargallo Ignacio., Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado (en línea) http://www.indret.com/pdf/209_es.pdf (consulta 2 de Abril de 2016).

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

El apartado cuarto del mismo artículo, señala que: “Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación”.

Otros preceptos a tener en cuenta en estas situaciones, son los artículos 6 y 7 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina.

El Artículo 6 nos habla de la protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento, señalando en los casos de los menores de edad que “sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo” o en su apartado segundo, que: “Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley”.

En cuanto a las personas incapaces, fija en su apartado tercero que: “Cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, una autoridad o una persona o institución designada por la Ley”.

La STS 1169/2016, nos habla de la ausencia de consentimiento en caso de personas incapaces, en este caso por una mujer que padece alzhéimer: “La incapacidad para prestar el consentimiento por parte de quien padece demencia senil da lugar a la inexistencia de consentimiento, lo que genera la nulidad de pleno derecho del acto dispositivo. No es un vicio del consentimiento, sino que éste último es inexistente; no estamos en el supuesto previsto en el artículo 1.300 del Código Civil [...], pues no hay

vicio alguno que afecte al consentimiento emitido, como sucede en los casos de error, dolo, violencia e intimidación, sino en un supuesto de ausencia de consentimiento. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo, como se aprecia en la STS de 19 de noviembre de 2004”.

C. La negativa del paciente al tratamiento en los casos de urgencia

En este caso, se ponen de manifiesto aquellos supuestos en los que el paciente se niega a recibir el tratamiento en casos de urgencia.

El Artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, señala que. “Cuando, debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico a favor de la salud de la persona afectada”.

“Dada la diversidad de riesgos que puede conllevar la falta de intervención resulta conveniente distinguir a efectos expositivos dos grupos distintos de casos:

- Casos en los que el bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la negativa del paciente al tratamiento es su salud o integridad física:

“Si bien es verdad que toda lesión o menoscabo de la integridad física conlleva la posibilidad más o menos remota de que el curso causal de la enfermedad acabe poniendo en peligro la vida, se tratan en este apartado los supuestos en que dicho riesgo de muerte no es actual ni inminente, de tal modo que la eventual negativa del enfermo a la terapia que precisa solo compromete su estado de salud. Aquí se incluyen casos, por ejemplo, como el del paciente que se niega a ser intervenido de un quiste”.

- Supuestos en los que la negativa del paciente se traduce en una situación de peligro para su vida:

“Se tratan en este apartado los supuestos en los que la oposición del paciente a recibir el tratamiento que necesita le coloca en una situación de riesgo inminente de pérdida de su vida:

- a) Casos en los que el paciente rechaza el tratamiento que necesita pese a no desear la muerte:

“Se refiere a la problemática de los Testigos de Jehová, surgiendo las dificultades allí donde el paciente ya ha entrado en una relación asistencial con el médico y, una vez que este prescribe la transfusión, aquel manifiesta su negativa a someterse a la misma. Estos supuestos no solo se dan entre los Testigos de Jehová, sino en otros casos como las huelgas de hambre”.

Vale de ejemplo señalar, la STS 6493/2009, la cual trata de un caso muy mediático como es el de las transfusiones de sangre en el caso de los Testigos de Jehová, un claro supuesto de paciente que rechaza un tratamiento que necesita pese a no desear la muerte.

b) Supuestos en los que el paciente tiene voluntad de poner fin a su vida:

“En este caso se plantea el tratamiento de aquellas personas en los que el propósito del sujeto es poner fin a su vida, negándose por ello a recibir la asistencia médica que precisa. Son, en definitiva, los casos en los que el paciente que se niega al tratamiento delata una actitud suicida, como aquellos casos de quien hubiera fracasado en su intento de causarse la muerte y se negase a recibir asistencia médica”.

4. Casos en los que la paciente es una mujer embarazada

Este apartado trata de aquellos supuestos en los que hay que tomar en consideración si prevalece antes la voluntad de la mujer embarazada a la hora de decidir sobre su propio cuerpo cuando esa decisión repercute sobre la salud y vida del feto.

“Aunque la variedad de supuestos que pueden presentarse es realmente variada, sus contornos problemáticos pueden sintetizarse en torno a dos grandes grupos de casos:

Por un lado, los casos en los que la mujer embarazada solicita la práctica de una prueba que no está médicamente indicada y que puede repercutir de forma negativa sobre la salud o vida del feto. Las dificultades se presentan en los casos en que el juicio ponderativo que realice el médico entra la necesidad de la prueba para la madre, por un lado, y los eventuales daños que pueda causar al feto, por otro, arroje como resultado que la realización de aquella deba considerarse desaconsejada para este y pese a ello, la madre insista en la práctica de la misma.

“Se hace referencia a aquellos en los que la práctica de la prueba no resulta imprescindible para la vida o salud de la madre, bien porque el peligro que amenaza a la misma no es muy grave, bien porque la práctica de esa prueba puede posponerse sin mayores dificultades a un momento posterior al parto”.

El artículo 157 del Código penal señala que: “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro 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 dos a ocho años”. Lo que hace evidente la inclusión en el ámbito penal de aquellos casos en el que el profesional realice, a solicitud de la embarazada, la prueba que acabe lesionando al feto.

¿Pero ese comportamiento del médico puede estar justificado por el consentimiento de la embarazada? Parece que no, ya que “basta pensar que en el precepto la protección penal encara directamente los intereses del feto como tal, sin dejar su protección a la elección del criterio de la mujer embarazada. No hay mejor prueba de ello que el hecho de que el legislador tipifique los ataques que la propia embarazada realice al feto de forma dolosa. De forma especialmente clara resulta esa irrelevancia del consentimiento de la mujer en un ámbito distinto, el del aborto.

El artículo 144 y ss. del Código penal, castigan las conductas de aborto realizadas por tercero tanto de forma dolosa como imprudente, con o sin consentimiento de la mujer embarazada.

Por otro lado, nos encontramos con aquellos casos en que la embarazada rechaza una prueba que resulta beneficiosa o que, al menos, evita daños o riesgos para el feto. Este supuesto se divide en dos ramas:

a) Casos en que la negativa se refiere a un tratamiento que se orienta de forma directa a evitar riesgos para la vida o salud del feto o a mejorar dicho estado de salud:

“Las dudas que se plantean en este apartado se refieren a casos como cuando el médico aconseja la práctica de una prueba de amniocentesis como método de diagnosticar una posible enfermedad del feto, o cuando el médico aconseja a la embarazada la toma de un medicamento beneficioso para el feto o una intervención sobre el feto que requiere introducir un endoscopio a través del abdomen de la madre”.

“Ahora en efecto, la conducta del médico motivada por la consiguiente negativa de la madre se traduce, no en un hacer, sino en una mera pasividad, en la omisión del

tratamiento que estaba indicado [...], teniendo que demostrar ciertos requisitos, entre ellos que el médico se encontraba en una posición de garantía respecto al bien jurídico lesionado o puesto en peligro; en este caso, la vida o la integridad del feto [...]. Si la mujer rechaza el tratamiento, el médico no está obligado a actuar en contra de su voluntad”:

“La conducta de la mujer que se opone a la práctica de la prueba podrá ser castigada, cuando en su negativa pueda descubrirse una actitud dolosa que cumplimente las exigencias de tipicidad subjetiva de aquel delito”.

b) Casos en que el rechazo o negativa de la mujer se debe a un tratamiento necesario para la vida o salud de la madre y con ello, de forma indirecta, para el feto

En este caso, la responsabilidad en que pudiera incurrir el médico en los casos en los que el riesgo se refiriese de forma exclusiva a la salud de la mujer no presentaría demasiados problemas, ya que no puede interferir en la voluntad de la embarazada, al igual que en el caso anterior.

También existe impunidad en caso de la mujer, “porque en la medida en que el rechazo al tratamiento que a ella misma le beneficia responde la mayoría de las veces a una actitud de confianza en la no producción del riesgo”.

IV. LEX ARTIS¹⁸

“En el caso de los médicos, la jurisprudencia ha definido la *lex artis* como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina -ciencia o arte médica- que tienen en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, y en su casos, de la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria- para calificar dicho acto conforme a la técnica normal requerida (STS 4237/2007, de 16 de abril)”.

“En materia sanitaria el criterio de la *lex artis ad hoc*, como requisito adicional y específico, se apoya en que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, pues el médico no garantiza la curación del enfermo. De esta forma, los profesionales de la salud están obligados a prestar atención sanitaria a los enfermos mediante la adopción de cuantas medidas diagnósticas y terapéuticas conozca la ciencia

¹⁸ SARDINERO CARLOS., La imprudencia profesional ante la profunda reforma del Código Penal (en línea), <http://sardineroabogados.com> (consulta 7 de Abril de 2016).

médica y se hallen a su alcance, pero no se comprometen, en ningún caso, a la obtención de un resultado satisfactorio”.

Para actuar conforme a la Lex Artis y por lo tanto que no exista responsabilidad alguna, el médico deberá tener los conocimientos necesarios y exigibles para poder ejercer la medicina sin ningún tipo de problema o error, lo contrario llevaría al enfermo a agravar su dolor con peligro y grave riesgo para su salud y vida.

“En principio, podríamos decir que el cuidado debido se configura como un concepto objetivo y normativo, así, la acción prohibida tiene que ser constatada por el juez mediante el criterio de la falta de observación del cuidado necesario en el tráfico”.

“Sin embargo, el concepto del cuidado que exige el concreto desarrollo de la práctica médica no está exento de debate en la doctrina científica y los problemas surgen en el momento de perfilar los límites del deber objetivo de cuidado, cuya infracción tiene que ver con el desvalor de la acción, la antijuridicidad o ilicitud, en la asistencia sanitaria”.

La doctrina ha venido sosteniendo que es discutible el criterio en el que se pone de manifiesto, que a mayor experiencia, pueda ser exigida una mayor diligencia, ya que ello supondría admitir que a un médico con escasa experiencia se le debería de exigir un menor cuidado en el cumplimiento de sus tareas.

“Consecuentemente, la lex artis comporta un determinado grado de previsión y pericia íntimamente asociado a la competencia y, en consecuencia, a la experiencia del profesional que se debe ajustar a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, criterio general descrito, de un modo sumamente acertado en el artículo 1.104 del Código Civil”.

“Y es que a la hora de valorar si la actividad médica se ha acomodado a la lex artis se debe proceder a un juicio ex ante, es decir, teniendo en cuenta las habilidades del facultativo y el estado de la ciencia en el lugar y en el momento de la aplicación de la asistencia sanitaria”.

Lo profesionales deben renovar y actualizar sus conocimientos constantemente, y utilizar todos los medios diagnósticos a su alcance que crean adecuados, sabiéndolos interpretar y utilizar en beneficio de su paciente. Utilizarán el tratamiento indicado y nunca el contraindicado, con conocimiento de los efectos del mismo y vigilando al

enfermo en su aplicación, sin olvidar su criterio personal como mejor conocedor del enfermo

“No obstante, por norma general, la responsabilidad médica procederá cuando en el tratamiento y en el traslado de la información al paciente se incide en conductas descuidadas de las que resulta un proceder irreflexivo”.

Como ejemplo de infracción de la *lex artis*, se puede coger de referencia la STS 2039/2014, en la cual: “Doña Esmeralda, de 30 años de edad, contrató la práctica de una intervención estética abdominoplastia y que a resultas de la intervención sufrió una lesión cerebral irreversible de encefalopatía hipoxica isquémica. Y aunque el acto anestésico es, por sí mismo, generador de un riesgo para la vida e integridad física del paciente y como tal es ajeno a la previa dolencia originadora de la intervención quirúrgica, lo que impide confundir la simplicidad de una determinada afección que se trata de solventar con la intervención quirúrgica, que puede ser sencilla y no comportar riesgos para la salud del paciente, con la anestesia, sea general o regional, que comporta en sí misma un riesgo evidente pese a los progresos alcanzados en los últimos años y la consiguiente disminución de los riesgos en su aplicación. Pero lo que la recurrente omite es que la condena se produce no tanto por la existencia de un daño desproporcionado puesto que hay una causa que lo justifica, sino por el incumplimiento de las obligaciones propias de la responsabilidad demandada, o lo que es lo mismo, no estamos ante un riesgo propio de la anestesia, sino ante una incorrecta colocación del tubo de respiración endotraqueal y consiguiente vulneración de la *lex artis* propia del médico anestesista, como con acierto se razona en la sentencia, con base en la pericial médica y prueba documental”.

En cuanto al fundamento legal para la valoración de la *Lex Artis* se obtiene a través de los peritajes médicos. El juez recabara informes de aquellos profesionales, que tengan conocimientos técnicos y científicos sobre el paciente en concreto para establecer si el médico actuó bien o no de conformidad con la *Lex artis*, es decir, si faltó o no al deber objetivo de cuidado

“Cuanto más fácil le hubiera resultado al médico advertir la situación de riesgo no permitido más imprudente será la conducta, grado que se considerará más elevado cuanto más digno de protección sea el bien jurídico protegido por la norma infringida”.

“No obstante, la dificultad en esta labor se resuelve caso por caso, no sin debate, por lo que su valoración ya resulta bastante laboriosa como para que, ahora, se añada semejante modulación de imprudencia; nos referimos a la grave, menos grave y leve”.

La STS 1083/2016 nos presenta un caso en el que “el 3 de febrero de 2010, a la edad de setenta y siete años de edad, la recurrente fue sometida a una infiltración epidural lumbar para el control del dolor en la Fundación Jiménez Díaz. El siguiente día

6 de febrero, sufriendo una importante pérdida de sensibilidad en los miembros inferiores, quedando en situación de incapacidad absoluta para cualquier tipo de actividad.

La sentencia impugnada, aunque si fija que existe relación entre la operación y la posterior lesión de la paciente, señala que no hubo vulneración de la lex artis, ya que el médico actuó debidamente y que tenía los conocimientos y la experiencia necesaria para no poner en duda que actuó con la suficiente garantía de que la operación saliese correctamente.

III. El Origen de la imprudencia profesional en el Código penal español.¹⁹

En este apartado voy a hacer una breve referencia a los orígenes en nuestra legislación de la *imprudencia profesional*, antes de entrar a analizar la reforma de 1995 y de 2015.

La imprudencia profesional²⁰ fue introducida por primera vez en la legislación española a través del Decreto de 23 de diciembre de 1944 por el que se aprueba y promulga el Texto Refundido de CP de 1944, conforme a la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944. Dos son los elementos característicos de la imprudencia profesional contemplada en el párrafo 5º. Del art. 565 CP 1944. Por una parte, se trata de una agravación de la pena básica, aplicable únicamente a los profesionales de la conducción, pues se impone cuando las lesiones o la muerte se ocasionen con un vehículo a motor. Por otra parte, la agravación consiste en una cualificación de la pena privativa de libertad prevista para el delito común.

“Una de las principales dificultades interpretativas del precepto derivaba de la oración disyuntiva *impericia o negligencia profesional*. A este respecto, cabían dos interpretaciones: la primera, una interpretación gramatical, según la cual en el párrafo precitado se establecían dos conceptos legales separados, de un lado la impericia –que podía ser cometida también por cualquier conductor no profesional- y de otro la negligencia profesional en sentido estricto. La segunda interpretación partía de la tesis de la sinonimia de los conceptos de imprudencia, impericia y negligencia, reservándose la agravación a los casos de profesionalidad estricta, criterio que era predominante en la jurisprudencia”.

“Se inicia pues una consolidación construcción jurisprudencial que distingue entre *imprudencia profesional*, la cual descansa en la impericia, que tanto puede encontrar su fundamento en la ignorancia como en la ejecución defectuosa del acto requerido profesionalmente, e *imprudencia del profesional*, como la imprudencia común cometida por el profesional en el ejercicio de su oficio”.

“Dicha distinción tuvo como fundamento variar una doctrina jurisprudencial anterior que atendía para la agravación exclusivamente el carácter profesional del autor,

¹⁹ LERMA GUIASOLA CRISTINA, “La imprudencia profesional”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005

²⁰ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ VIRGILIO, “Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias”, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2012.

eliminado de este modo el carácter de responsabilidad objetiva implícito en la negligencia profesional. Dicha restricción se encuentra fundada en la acepción adjetiva del vocablo profesional; así, considerando que el último párrafo del art. 565 hablaba de impericia o negligencia profesional y no del profesional”.

“En suma, la presentación en la práctica de supuestos de negligencia profesional de gravedad diferente motivó que el Tribunal Supremo restringiera la aplicación del parr. 5º del art. 565”.

Con dicha distinción el TS ya no se veía obligado a considerar que existía una imprudencia profesional, siempre y cuando la imprudencia fuese llevada a cabo por alguien en el ejercicio de su profesión.

“A su vez, atendiendo a las críticas doctrinales acerca de la restricción de la imprudencia profesional al sector automovilístico, en el texto punitivo revisado de 1963 se amplió la agravación a todas las profesionales. Pese a ello se dio la paradoja de que los delitos culposos cometidos por vehículo a motor estaban regulados en la Ley de Uso y Circulación de Vehículos a Motor de 1962, la cual no recogía tipos agravados en relación con la imprudencia profesional; de suerte que en la práctica la agravación del art. 565 se aplicaba a todas las imprudencias profesionales, excepto a las cometidas en el ámbito del automóvil. Fue con la reforma de CP de 1967 cuando se incorporaron al texto legal todos los delitos contra la seguridad del tráfico”.

El Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de CP, conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, así como posteriormente la LO 8/1983, de 25 de junio, que introduce reformas urgentes en el CP, no modifican en absoluto el art. 565 CP 1944.

“Hay que esperar a la LO 3/1983, de 21 de junio, de actualización del CP, para encontrarse con una nueva redacción del art. 565 CP 1944/1973, que no afectó el ámbito de la imprudencia profesional, mientras que la de 21 de junio de 1989, además de cambiarla de ubicación dentro del art. 565, configuró la imprudencia profesional como una especie de la imprudencia temeraria, limitando su ámbito de aplicación a los supuestos de producción de muerte o lesiones tipificadas como delito pasando las imprudencias simples a ser consideradas como faltas”.

“Ahora bien, la praxis jurisprudencial no ha sido uniforme en la apreciación de la imprudencia profesional, dando un tratamiento desigual a supuestos valorativamente equivalentes. Esa divergencia de fallos ante casos similares ha llegado a ser reconocida por el propio Tribunal Supremo, afirmando que la distinción entre imprudencia profesional e imprudencia del profesional 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”.

“Lo cierto es que esa ausencia de uniformidad jurisprudencial se deriva precisamente de las dificultades prácticas en la apreciación de la distinción, máxime en aquellos sectores altamente tecnificados, donde resulta difícil deslindar el actor estrictamente técnico de las normas de cuidado comunes”.

“Asimismo, si atendemos a los criterios que, según la doctrina jurisprudencial, caracterizan la imprudencia profesional y que supuestamente justifican la agravación de la pena en relación a la imprudencia común, éstos son diversos, ambiguos y, en ciertos casos, hasta contradictorios”.

“Así, el incremento de penalidad correspondía, en algunos casos, a un plus de antijuricidad, consecutivo a la inobservancia de la *lex artis*, fundamentado en el mayor reproche penal que supone el incumplimiento extraordinario de las cautelas propias de la actividad profesional. Siguen este criterio, entre otras, las SSTs de 23 de octubre de 2001, de 26 de febrero de 2001, de 8 de noviembre de 1999, de 25 de mayo de 1999 y de 3 de octubre de 1997”.

“Otras veces el Alto Tribunal vinculó la culpa profesional a la existencia de un plus de culpa (STS 21 de febrero de 1986)”.

“Por último, en otras ocasiones el Tribunal Supremo ha vinculado la imprudencia profesional y su incremento punitivo al incumplimiento de deberes propios y específicos derivados del ejercicio de determinadas profesiones. (STS 5 de julio de 1989)”.

IV. Análisis típico y Jurisprudencial de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal²¹.

Tras analizar el origen de la imprudencia profesional a lo largo de la historia en nuestro Código penal, ahora toca centrarnos en dos leyes más recientes, que centran el tema de mi trabajo.

Antes de entrar a analizar los cambios que han surgido tras la Ley Orgánica 1/2015, toca analizar la Ley Orgánica 10/1995 que sienta las bases de varios aspectos importantes de la imprudencia profesional sanitaria.

En el CP de 1995 podemos encontrar un catálogo de preceptos que de forma más o menos directa inciden en la actividad médico-sanitaria. Los tipos penales en los que se contemplan conductas que son realizadas por los profesionales sanitarios se pueden sistematizar en cuatro grupos²².

“En primer lugar, dispersos a lo largo del texto legal nos encontramos con una serie de artículos que aparecen configurados, atendiendo a la literalidad del precepto, como delitos comunes, cuando en realidad solo podrán ser cometidos por profesionales sanitarios, debido al nivel de conocimientos técnicos y científicos exigidos, así como el equipamiento material requerido para llevar a cabo esas conductas. En este grupo se incluyen los delitos relativos a la manipulación genética, rúbrica bajo la que se desarrolla el Título V, que abarca los arts. 159 a 162 CP”.

“En un segundo grupo podemos incluir aquellos delitos en los que se contempla una cualificación de la pena cuando la conducta es cometida por un profesional sanitario. Así, el art. 222 CP prevé para los delitos de suposición de parto, alteración de la filiación del menor, o de su estado o condición, además de las penas señaladas en los artículos que lo preceden, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio cuando sea realizada, entre otros, por facultativos, señalando que “a los efectos de este artículo, el término facultativo comprende los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria”.

²¹ LERMA GUIASOLA CRISTINA, “La imprudencia profesional”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005

²² RODRÍGUEZ VÁZQUEZ VIRGILIO, “Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias”, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2012.

“Un tercer grupo estaría formado por delitos especiales, en los que el sujeto activo sólo puede serlo un profesional sanitario. En este caso, el legislador se refiere expresamente a este profesional, tipificando como delitos conductas que son llevada a cabo por estos sujetos. Destaca en este grupo el art. 196 CP, en el que se recoge el delito de denegación de asistencia sanitaria”.

“Además de éstos, existen otros tipos que pueden ser cometidos por los profesionales sanitarios en el desempeño de sus funciones, es decir, conductas que están relacionadas directamente con el ejercicio de su profesión. Así, en este cuarto grupo se incluiría el delito de descubrimiento y revelación de secretos cuando recaigan en datos referidos a la salud de una persona, contemplado en el art. 197 CP y en el art. 199 CP. Por último, hay que citar en el art. 403 CP, en el que se tipifica el delito de intrusismo”.

“El Código Penal de 1995 incorpora una sustancial novedad en cuanto a la regulación de la imprudencia punible, institucionalizando un sistema de incriminación cerrada o específica de los delitos imprudentes, de acuerdo con lo dispuesto en su art. 12: *“Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley”*. De modo que, sólo cuando una determinada conducta contiene una previsión específica que sancione la imprudencia, ésta podrá ser castigada penalmente, conforme al principio de mínima intervención”.

La Ley Orgánica de 1995 diferencia entre dos tipos de imprudencia, por un lado, la imprudencia grave y por otro lado la leve, las cuales sustituyen a los términos de imprudencia temeraria e imprudencia simple. También elimina el uso de la palabra culpa, utilizando en exclusiva el termino imprudencia.

“El texto legal de 1995, mantuvo la imprudencia profesional en algunos tipos imprudentes de su Libro II (arts. 142.3, 146, 152.2, 158 Párr. 2, 159.2), si bien, a diferencia de la regulación anterior, se suprime la distinción entre *impericia o negligencia profesional*, eludiendo cualquier referencia a la impericia. No obstante, la modificación más importante de la imprudencia profesional se situó en su penalidad, dejando inalterada la pena de prisión respecto de la imprudencia común, más añadiendo a ésta una pena de inhabilitación especial de duración dependiente de los bienes jurídicos afectados. Con todo, la regulación de la imprudencia profesional continua planteando interesantes interrogantes: así, surgió la duda de si la distinción que venía realizando la jurisprudencia entre *imprudencia profesional e imprudencia del profesional* resultaba adecuada tras la

aprobación del texto punitivo de 1995. La doctrina jurisprudencial sigue asumiendo en algún caso las mismas pautas de diferenciación. No obstante, en alguna resolución el Tribunal Supremo reconoció la dificultad en la práctica de percibir la distinción entre culpa del profesional y culpa propiamente profesional”.

Cabía asimismo plantearse, de acuerdo con la previsión de la pena de inhabilitación especial, cuál era la razón de ser del castigo específico de la imprudencia profesional. ¿La configura el legislador como una imprudencia más grave o se trata de una imprudencia específica por la infracción de especiales deberes atinentes a su profesión?

“Por lo demás, dado que la mencionada pena de inhabilitación está prevista para el ejercicio de *profesión, oficio o cargo*, habría que analizar si la imprudencia profesional se limitaba o no únicamente a los casos de imprudencias cometidas por profesionales en sentido estricto, esto es, si el concepto de profesional debe enfocarse desde una perspectiva meramente formal o darle un alcance sustantivo o material”.

“Atendiendo al sistema de la imprudencia que establece el Código Penal de 1995, el castigo de ésta se limita, en términos generales, a los supuestos de imprudencia grave, con la excepción de la imprudencia leve tipificada en los arts. 621.2 (homicidio) y 621.3 (lesiones), que únicamente puede dar lugar a una falta”.

“La imprudencia grave venía equiparándose de forma absoluta por parte de la doctrina, a la antigua imprudencia de temeraria, no pareciendo que daba tener mayor trascendencia el cambio de denominación. Así, se describió la gravedad o temeridad de la imprudencia como la no observación de las más elementales reglas de cuidado o como la omisión de la diligencia más elemental. De ese modo serían constitutivas de este delito aquellas infracciones en las que mediar una dejación de los más elementales deberes de cuidado, y como consecuencia, se produzca el resultado típico”.

“Si observamos los términos de diferenciación reconocidos por el Tribunal Supremo entre las diversas clases de culpa, se puede apreciar asimismo la equiparación entre la imprudencia grave y la temeraria. Así las cosas, los Tribunales aplicaban pues para la determinación de la imprudencia grave los baremos desarrollados para la caracterización de la imprudencia temeraria. Con todo, la caracterización de la imprudencia grave en los términos expuestos no implica que pasemos por alto que la gravedad constituye un concepto jurídico indeterminado y, por ende, como término

normativo su protección obliga al juez a graduar las características de la ofensa para decidir después si el hecho es grave”.

“A partir de estas premisas debe añadirse como, en valoración de la gravedad de la imprudencia juega un papel relevante, de un lado, la transcendencia de los bienes jurídicos puestos en peligro o lesionados por la acción imprudente y, de otro lado, la gravedad de la infracción del deber cometido. La imprudencia será grave cuando la relación entre la utilidad social del fin perseguido por el autor y el peligro de lesión de bienes jurídicos exista una notoria desproporción. Asimismo, la gravedad del incumplimiento de las normas de cuidado es tanto mayor cuanto mayor es el rango de los bienes jurídicos que aquellas pretendan proteger”.

“Pues bien, de acuerdo con su regulación, podemos afirmar que la denominada imprudencia profesional no constituye una categoría autónoma, sino que es una suerte de imprudencia grave, caracterizada por un especial régimen jurídico: la previsión de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, cumulativa a la pena de privación de libertad”.

“Se ha llegado a plantear a este respecto si en el ámbito profesional los casos de imprudencia leve quedaban despenalizados, por cuanto en su art. 621, en la regulación de las faltas imprudentes, no se castigaba expresamente supuestos de imprudencia profesional; sin embargo, esta posibilidad ha sido mayoritariamente rechazada por la doctrina desde diversos argumentos. Entendemos, con el parecer mayoritario, que la falta de su previsión en la imprudencia leve conduce a que tanto la imprudencia común como la profesional, cuando se estimasen leves, se sancionarían por igual, sin cualificación para el caso de la profesión”.

“Obviamente resultaría absurdo que la imprudencia profesional agravara la pena cuando se trata de delitos y en las faltas estuviera exenta de pena; ello conduciría a una inexplicable discriminación de los particulares que cometieran una imprudencia en su actuación, frente al profesional que quedara exento. El profesional responderá pues por imprudencia leve, puesto que también en esos casos se infringe el deber de cuidado”.

“Desde distintos razonamientos jurídicos, se ha intentado justificar la previsión diferenciada de la imprudencia profesional en nuestro sistema penal vigente. El debate acerca de la necesidad de su mantenimiento en el texto punitivo, conlleva el plantearse cuál es la razón de ser de la imprudencia profesional, esto es, cual es la razón que

fundamenta el que al profesional se le aplica una pena que no se aplica a otros sujetos que incurren igualmente en imprudencia grave”.

“Parece que el fundamento se basa en consideraciones de política-criminal las que conducen al legislador español, a seguir manteniendo en el Código Penal de 1995 la imprudencia profesional como modalidad agravada, sin que existían diferencias de carácter sustancial con la imprudencia genérica. En concreto, la opinión de aquellos que sitúan el fundamento de la imprudencia profesional en la confianza cualificada que los destinatarios de los servicios depositan en el profesional; dicha confianza se entiende cualificada desde el momento que el profesional asume un tratamiento, una técnica o un servicio, en virtud del conocimiento y dominio de una materia”.

“En suma, entendemos que la imprudencia profesional no supone una imprudencia más grave, no implica, en términos objetivos, una mayor gravedad en la actuación negligente, sino que se trata de una imprudencia específica, ligada a la exigencia de medidas de cautela profesional al ciudadano en cuya actividad confía el ordenamiento, para la salvaguarda de determinados bienes jurídicos”.

“Asimismo, la nueva redacción legal ya no habla de impericia sino, en todo caso de imprudencia profesional, de forma que entendemos que en ésta tiene cabida cualquier actuación negligente en el ámbito profesional –ya sea por falta de preparación, por ignorancia, por falta de advertencias de riesgos..., etc... Considero pues que la imprudencia profesional constituye una imprudencia cometida en el seno de una actividad profesional, relacionada con la desatención de las medidas de cautela profesional que requiere el ordenamiento jurídico. La imprudencia sanciona pues la falta de la diligencia debida, esto es, la imprudencia en el ámbito de la actividad profesional, teniendo en cuenta que ese ámbito requiere de una atención específica”.

“El legislador de 1995 ha suprimido la agravación de la pena de prisión por la producción de muerte o lesiones por negligencia profesional, prevista en el anterior Código Penal, pena que incluso podía elevarse en uno o dos grados, a juicio del tribunal, cuando el mal causado fuese de extrema gravedad. El nuevo sistema impone, constatada la imprudencia profesional, una pena de inhabilitación especial de duración dependiente del resultado producido, cumulativa a la pena privativa de libertad correspondiente”.

“Para algunos autores dicha regulación de la imprudencia profesional ha supuesto una atenuación de la penal, si bien otros califican tal atenuación de aparente, dependiendo

de la duración de la pena de inhabilitación, en función de los bienes jurídicos afectados. En esta dirección algunos autores consideran que la pena se ha agravado, básicamente por el periodo de inactividad en que se sume el profesional en su campo laboral”.

“Íntimamente ligado a la discusión reflejada, el debate doctrinal se centra en torno a la determinación de la naturaleza jurídica de la inhabilitación, discutiéndose en primer término, si se trata de una pena o de una medida de seguridad. Atendiendo a su carácter obligatorio, de acuerdo con FEIJOO SÁNCHEZ, parece que se puede concluir que estamos ante una penal. En esta dirección CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, en relación al delito de aborto, estiman que, desde la óptica de la prevención, esta pena fundamenta mejor la modalidad imprudente, desde una visión tuteladora de la salud de la embarazada”.

“De acuerdo con la actual regulación de la imprudencia profesional, la pena no se agrava cuantitativamente, sino que se añade a la del tipo correspondiente una pena de inhabilitación. La imposición de esta pena adicional de inhabilitación refuerza la tesis que niega que el contenido de injusto o la culpabilidad sea mayor en imprudencia profesional. La pena adicional de inhabilitación cumple pues una función de prevención especial en la imprudencia profesional”.

“De todos modos, se ha afirmado como, desde consideraciones preventivo-especiales hubiera resultado suficiente con la aplicación de la regla general del art. 56 CP, precepto que permite la aplicación como pena accesoria de la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, si estos hubieran tenido relación directa con el delito cometido. No obstante, esta propuesta presenta como principal inconveniente el que, en la mayoría de casos la pena de prisión impuesta al profesional negligente será suspendida, de ahí que por ese motivo consideramos que el legislador ha preferido que la pena de inhabilitación especial tuviera una duración independiente”.

Centrándome en el alcance de dicha inhabilitación, se ha afirmado que dicha pena permite aislar temporalmente al sujeto de la actividad que desarrollaba cuando cometió el delito. Esta afirmación no es del todo exacta si tenemos en cuenta que el Código Penal de 1995 especifica claramente la clase de inhabilitación especial que se impone, a diferencia del Código anterior, donde era frecuente una referencia genérica a la inhabilitación, teniendo el Juez que concretar su contenido en el caso particular. “De

forma que, si bien cuando lo que se impone es una inhabilitación especial para profesión u oficio (art. 45 CP) si se le está privando temporalmente al profesional del ejercicio de la actividad que venía desarrollando, las consecuencias no son las mismas cuando la pena que debe imponerse es una inhabilitación especial para empleo o cargo público, prevista en determinados supuestos que, si bien no son sancionados en el Código Penal como imprudencia profesional, sí entendemos lo son materialmente, como más adelante se expondrá. Dicha pena supone la privación definitiva del empleo o cargo en que recayere (art. 42 CP), pese a que, transcurrido el tiempo de la condena, el penado pueda volver a acceder por la vía legalmente prevista al empleo o cargo afectado por la condena. La inhabilitación especial para empleo o cargo público afecta pues, no a su ejercicio, sino a su derecho y sus efectos son definitivos, en cuanto que se extingue la relación del empleo o cargo sobre el que recae la condena. Es quizás por ese motivo por el que, en este caso, es considerada como pena única y principal”.

“Hay que fijarse también en las graves consecuencias que arrastra la pena de inhabilitación para el profesional que la sufre, al someterse a un periodo de inactividad que puede apartarlo definitivamente de su ámbito laboral. En este sentido, la posibilidad de rehabilitación y reinserción social, prevista por el constituyente en el artículo 45.2 CE como uno de los fines a los que aspiran las penas, resulta francamente difícil. Quizás la exigencia legal de la actualización de los conocimientos o de las habilidades técnicas propias de la profesión, antes de volver al ejercicio profesional, sea una de las fórmulas que podrían en estos casos, sino eliminar, al menos suavizar los efectos perniciosos del alejamiento y exclusión del mercado laboral o profesional”.

“Una última cuestión básica queda por analizar: el ámbito personal de la imprudencia profesional. A este respecto, considero que el concepto de profesional, como calificativo de la imprudencia, debe enfocarse desde una perspectiva sustantiva o material – en el sentido de que lo relevante es el desempeño habitual de la profesión- y no desde un criterio meramente formal, según el cual resulta suficiente el título acreditativo, aunque no desempeñara la profesión con habitualidad. La negligencia profesional supone pues la falta de diligencia debida en un determinado sector profesional. Es más, el hecho de que el legislador no ha limitado la imprudencia profesional a los profesionales en sentido estricto, sino que la inhabilitación especial se amplió al oficio industria o comercio avala esta postura”.

“El Tribunal Supremo viene utilizando en la actualidad un criterio mixto en la apreciación de la imprudencia profesional: estar en posesión del título oficial y, además, ejercer la profesión habitualmente como medio de vida”.

“Se entiende pues que, sujeto activo de un delito cometido por imprudencia profesional podrá serlo cualquier persona que lleva a cabo una imprudencia grave en la actividad laboral que desarrolle de forma habitual y continuada, esto es como medio de vida. En consecuencia, no es requisito sine qua non el estar en posesión de una titulación específica para apreciar una imprudencia profesional, sino que basta con que ejerza una actividad profesional peligrosa, bien sin la preparación técnica que la misma requiere, bien aplicando indebidamente sus conocimientos por falta de esmero, atención o diligencia exigible”.

En cuanto a la diferenciación entre el delito y la antigua falta, hasta la promulgación y entrada en vigor de la 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, de forma muy escueta podemos afirmar que la diferencia entre el delito y la extinguida falta se realizaba en atención a las siguientes consideraciones que se regían, a su vez, bajo los criterios de conducta/resultado:

- a) Constitutivas de delito de lesiones imprudentes:
 - Artículo 152 CP, las lesiones graves por imprudencia grave que se encuentran tipificadas en los artículos 147.1, 149 y 150 CP.
- b) Constitutivas de falta de lesiones imprudentes:
 - Lesiones graves (que serían constitutivas de delito) por imprudencia leve, artículo 621.3 CP
 - Lesiones menos graves, artículo 147.2 CP, por imprudencia grave, artículo 621.1 C.
- c) Conducta atípica:
 - Lesiones menos graves y leves por imprudencia leve se consideraban atípicas, por lo que su comportamiento era competencia de la jurisdicción civil o, en su caso, contencioso administrativo.

IV. Análisis típico y Jurisprudencial tras la Ley Orgánica 1/2015²³

La modificación más importante desde el punto de vista cuantitativo, por lo que a la responsabilidad profesional se refiere, ha venido dada por la desaparición de las faltas, lo que ha exigido adecuar un gran número de artículos que hacían referencia a la dualidad delito o falta, sencillamente objetivo de eliminar cualquier mención a las faltas penales, verdadero motivo del alcance y extensión de la reforma acometida.

En efecto, se suprimen las faltas que históricamente se regulan en el Libro III del Código Penal, si bien algunas de ellas se incorporan en el Libro II del Código reguladas como delitos leves, pero la reducción del número de faltas -delitos leves en la nueva regulación que se introduce- viene orientada, señala el legislador, por el principio de intervención mínima del Derecho penal, no por los compromisos internacionales; cuestión más que criticable porque tal principio no exigía esta reforma.

Con esta decisión se pretende facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles, lo que sorprende bastante porque lo único que se consigue es una derivación de asuntos a otros órdenes jurisdiccionales que no presentan en la actualidad mayor agilidad procesal.

La nueva reforma reconduce las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia profesional leve hacia la jurisdicción civil o, en su caso, al contencioso administrativo, de manera que únicamente van a resultar constitutivos de delito el homicidio y las lesiones por imprudencia profesional grave, así como el homicidio y las lesiones por imprudencia profesional menos grave que formaran parte del “catálogo” de delitos leves. La reforma ofrece una nueva y más que difícil distinción entre la imprudencia grave, menos grave y leve.

Así, esta fórmula dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche y que, al mismo tiempo, permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código penal. En fin, si antes ya era difícil distinguir entre la leve y la grave, ahora aparece una nueva

²³ SARDINERO CARLOS., La imprudencia profesional ante la profunda reforma del Código Penal (en línea), <http://sardineroabogados.com> (consulta 25 de Noviembre de 2017).

modulación de la imprudencia denominada menos grave que será constitutiva de delito leve.

Leve sí, pero delito que antes era falta y cuyo plazo de prescripción pasará de los seis meses que existía para las faltas, al año para estas novedosas infracciones.

Además, si bien el Preámbulo de la Ley, que no es Derecho positivo, se refiere a la imprudencia leve como supuesto excluido de responsabilidad penal, lo cierto es que, a continuación, ningún artículo la menciona por lo que alguien podría pensar que se incluye en la menos grave. Desde luego, la problemática está servida, pero, sea como fuere, resultará sumamente difícil distinguir el concepto de imprudencia menos grave de la grave y de la supuesta leve. Estas circunstancias hacen que hoy, más que nunca, debamos debatir sobre el concepto y alcance de la imprudencia profesional.

La nueva reforma del Código penal, si bien ha modificado el escenario al despenalizar las faltas no ha cambiado la estructura de conducta y resultado. A partir de su entrada en vigor, el artículo 152 CP será el encargado de la tipificación de las lesiones imprudentes.

Este precepto convierte en típica, como antes, la imprudencia grave con resultado grave en su apartado primero:

1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado, en atención al riesgo creado y el resultado producido:

1.º Con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses, si se tratare de las lesiones del apartado 1 del artículo 147.

2.º Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149.

3.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratare de las lesiones del artículo 150.

Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años.

Si las lesiones se hubieran causado utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a cuatro años.

Aunque el artículo 152.1 CP dice castigar las lesiones descritas en los artículos anteriores, entre los que se encontraría el artículo 147.2 CP, en atención al riesgo creado y el resultado producido, a continuación, únicamente tipifica los resultados muy graves entre los que se encuentra tal precepto.

Por lo tanto, la imprudencia grave que cause lesiones menos graves, a las que se refiere el artículo 147.2 CP, es ahora una conducta atípica, pues la imprudencia grave generará responsabilidad penal únicamente si causa las lesiones de los artículos 147.1, 149 y 150 CP, lo que favorece, en cierta medida, al médico o enfermero que por imprudencia grave causa lesiones de menor gravedad. Y el apartado segundo se encarga de tipificar la imprudencia menos grave con resultado grave:

2. El que por imprudencia menos grave causare alguna de las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150 será castigado con una pena de multa de tres meses a doce meses.

Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.

Si las lesiones se hubieran causado utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de tres meses a un año.

El delito previsto en este apartado sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En consecuencia, a partir de su entrada en vigor, las lesiones graves por imprudencia menos grave (antes incluida en la llamada leve) ya no serán constitutivas de falta y sí de delito, con la salvedad de que, en tales casos, se han reducido las conductas típicas a los supuestos de extrema gravedad, a los que se refieren los artículos 149 y 150 CP.

En mi opinión, esto desfavorece al médico o enfermero que pasará a ser sancionado por una falta a ser por un delito que, aunque se denomine leve, posee una connotación de mayor sanción social y un plazo de prescripción también mayor.

Las lesiones menos graves por imprudencia menos grave no merecen reproche penal para el actual legislador. En cuanto a los homicidios por imprudencia, el artículo 142 CP ha recibido la siguiente redacción:

1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a seis años.

Si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años.

2. El que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de multa de tres meses a dieciocho meses.

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses.

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de tres a dieciocho meses.

El delito previsto en este apartado sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En este caso, conductas que antes eran constitutivas de falta por vía del artículo 621.2 CP –homicidio por imprudencia leve- podrían ser consideradas tras la reforma como un delito leve castigado con pena de multa.

Por ello, una conducta imprudente y contraria a las más elementales normas de cuidado no lleva aparejada responsabilidad, ni penal ni civil, si de la misma no se deriva daño alguno, como tampoco supone responsabilidad sanitaria la presencia de un daño que no tenga relación con la conducta indebida llevada a cabo por el facultativo. Nos referimos a la estrecha relación de causalidad que se exige entre la conducta del médico y el resultado dañoso, de forma que debemos determinar si la conducta imprudente causó el resultado, que requerirá el matiz de la imputación objetiva del resultado.

Finalmente, en atención a dichas explicaciones no parece acertado cuando el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de forma excesivamente aventurada y poco reflexiva, manifiesta que “En nuestro Derecho no existe una diferencia cualitativa entre delitos y faltas. Las diferencias son puramente formales, por el carácter que la ley otorga a una u otra infracción, o cuantitativa en atención al tipo de pena que se les impone”.

Efectivamente, la Ley no puede sostener que las diferencias entre delito y falta, son, únicamente formales y, a la vez, complicar más todavía la situación y dejar a los operadores jurídicos la difícil labor de distinguir la imprudencia grave, de la menos grave o de la leve para en atención a estos conceptos jurídicos indeterminados y al resultado producido, aplicar el Derecho, porque la complejidad de esta tarea dará una no menos grave sensación de inseguridad jurídica, que no beneficia ni a los pacientes ni a los profesionales de la medicina.

VI. Derecho Comparado

Cogiendo como base nuestro artículo 142 CP, el cual hace referencia al homicidio imprudente: “El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años y el que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de multa de tres meses a dieciocho meses”, hare una comparativa con varios países del mundo.

Empezando por Chile, su artículo 490 señala que:

“El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas, será penado:

1º Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios, cuando el hecho importare crimen.

2º Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando importare simple delito”.

Y más concretamente, su artículo 491 en relación a los profesionales de la salud señala que: “El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior”.

En estos artículos del Código penal Chileno se aborda la responsabilidad del profesional de la salud calificando varios tipos de culpa: imprudencia temeraria, “negligencia culpable” en el desempeño de la profesión y mera imprudencia o negligencia, siendo en todos estos casos, la pena es la misma.

Importante señalar que de acuerdo a su artículo 56, la reclusión o relegación menor comprende una pena de 61 días a 3 años.

En cuanto a lo que dice sobre este tipo de delitos imprudentes el Código Penal Alemán, hay que tener en cuenta dos artículos:

Por un lado, su artículo 229 trata sobre las lesiones corporales de carácter culposo, señalando que:

“Quien por imprudencia cause la lesión corporal de otra persona, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa”.

También hacer referencia al artículo 228 que trata sobre el consentimiento, en comparativa a lo tratado en el anterior apartado: “Quien efectúe una lesión personal con consentimiento del lesionado, entonces solo actúa antijurídicamente, cuando el hecho a pesar del consentimiento vaya en contra de las buenas costumbres”.

En cuanto al Código Penal francés, es su artículo 222-19, el que trata la imprudencia al fijar que: “El hecho de causar a otro, en las condiciones y según las distinciones previstas en el artículo 121-3, por torpeza, imprudencia, descuido, negligencia o incumplimiento de una obligación de seguridad o de prudencia impuesta por la ley o el reglamento, una incapacidad laboral total durante más de tres meses será castigado con dos años de prisión y multa de 30.000 euros”.

Y también señala que: “En caso de violación manifiestamente deliberada de una obligación especial de seguridad o de prudencia impuesta por la ley o el reglamento, las penas se elevarán a tres años de prisión y a 45.000 euros de multa”.

Por su parte, en Estados Unidos²⁴ el tema de la imprudencia profesional en el ámbito de los profesionales de la salud es más complejo.

La negligencia médica es un área especializada del Derecho de daños, y sólo en los casos de error grosero que evidencie un desconocimiento manifiesto de los principios que gobiernan la praxis médica, podrá intervenir el Derecho penal. Por ello, la sanción penal al profesional de salud es un caso de excepcional aplicación en el sistema norteamericano.

La responsabilidad del profesional de salud bajo el sistema norteamericano tradicionalmente se ha concentrado en las cortes de cada Estado pues cada uno tiene su propia normativa al respecto. Las cortes federales conocerán casos de responsabilidad médica solo en circunstancias excepcionales como cuando: dentro del proceso está involucrada una clínica financiada por el gobierno federal, cuando existe

²⁴ Asociación Nacional de Clínicas y Hospitales Privados del Ecuador (ACHPE) ; Informe sobre responsabilidad penal médica en Ecuador (en línea)
http://achpe.org.ec/aportes/achpe_codigo_integral_penal.pdf (consulta 19 de Abril de 2016).

complejidad en determinar la nacionalidad del paciente o si llegase a alegarse la violación de un derecho constitucional por negligencia médica. En estas situaciones, las cortes federales tendrán competencia para conocer casos que envuelvan responsabilidad médica.

Aun cuando esto suceda, los jueces de las cortes federales aplicarán la ley de cada estado para resolver la controversia. No existe un código federal o una ley nacional que trate sobre la responsabilidad médica. Cada Estado lo regula a través de sus disposiciones contenidas en la normativa referente al Derecho de daños.

Por todas estas razones, es muy difícil encontrar casos en los que las cortes del sistema federal hayan resuelto casos relacionados con negligencia médica que puedan considerarse precedentes de aplicación general a todos los Estados.

VII. Conclusiones

Primera.- Considero que la relación médico paciente es uno de los temas más importantes de la vida medica del enfermo, ya que si desde un primer momento no hay una relación cordial y de confianza entre el profesional y el paciente, puede que a la larga surjan complicaciones por falta de entendimiento.

Segunda.- Para que haya antijuricidad es necesario que el autor tenga conocimiento de la situación, así como el entendimiento del alcance de su reacción, con el fin de evaluar de la manera debida su comportamiento y determinar si es justificable.

Tercera.- Considero que cualquier paciente tiene total y absoluto derecho a negarse a cualquier tratamiento que el profesional de la salud le recomiende, salvo en aquellos casos previstos en la ley.

Cuarta.- La voluntad del paciente para no someterse a un tratamiento es un derecho básico y casi impenetrable del que cualquier ciudadano debe gozar y el cual debe prevalecer sobre el debate moral del médico sobre si debe primar la voluntad del paciente o lo correcto para su salud.

Quinta.- Considero que debe haber ciertos supuestos en los que el consentimiento no debe actuar como presupuesto legitimador de la actividad médica, como puede ser el caso de tratamientos médicos obligados, como las campañas de vacunaciones obligatorias por tener un carácter de protección prioritario de la salud pública frente a la voluntad del individuo.

Sexta.- Es importante y de vital importancia que todos los conocimientos de las que disponga el médico, sean aplicados a cada caso concreto de forma variable y no con parámetros únicos, ya que cada caso es diferente y la falta de adecuación a un caso concreto puede suponer una negligencia clara.

Séptima.- La voluntad actual del paciente es preferencia absoluta en el momento en el que se trata de realizar el acto médico.

Octava.- Cuando el paciente exprese su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad.

Novena.- Considero que la única razón por la que el derecho a la información sanitaria se debe llevar a un segundo plano y ocultársela parcialmente al paciente es cuando se dé la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica que su conocimiento por parte del enfermo pueda perjudicar su salud de modo grave.

Décima.- En aquellos casos en los que se dé una situación de urgencia y que no pueda obtenerse el consentimiento adecuado por parte del paciente, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico a favor de la salud de la persona afectada.

Undécima.- Considero que cuando un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante. Y en los casos en los que los padres o representantes legales se opongan, se pondrá en conocimiento de la autoridad judicial para pedir que autorice la operación.

Duodécima.- Considero que el paciente debe ser libre de poder rechazar un tratamiento si ello conlleva la más que probable muerte del mismo.

Decimotercera.- En el caso de la mujer embarazada, considero que debe prevalecer la salud del feto ante la negativa de la mujer a someterse a algún tipo de tratamiento, si ello conlleva un grave peligro para el feto.

Decimocuarta.- Los profesionales de la salud están obligados a prestar atención sanitaria a los enfermos mediante la adopción de cuantas medidas diagnósticas y terapéuticas conozca la ciencia médica y se hallen a su alcance, pero no se comprometen, en ningún caso, a la obtención de un resultado satisfactorio.

Decimoquinta.- Considero que para actuar conforme a la Lex Artis el médico deberá tener los conocimientos necesarios y exigibles para poder ejercer la medicina sin ningún tipo de problema o error, ya que de lo contrario llevaría al enfermo a agravar su dolor con peligro y producir un grave riesgo para su salud.

Decimosexta.- Incurrir en una conducta imprudente quien, de modo no intencionado, infringe el deber de cuidado que personalmente le era exigible.

Decimoséptima.- La nueva reforma 1/2015, que si bien ha hecho desaparecer las faltas, no ha cambiado su estructura.

Decimioctava.- A partir de la entrada en vigor de la reforma 1/2015, las lesiones graves por imprudencia menos grave ya no serán constitutivas de falta y sí de delito, con la salvedad de que, en tales casos, se han reducido las conductas típicas a los supuestos de extrema gravedad

Decimonovena.- Considero que una conducta imprudente no lleva aparejada responsabilidad, ni penal ni civil, si de la misma no se deriva daño alguno, como tampoco supone responsabilidad sanitaria la presencia de un daño que no tenga relación con la conducta indebida llevada a cabo por el facultativo.

Vigésima.- La responsabilidad penal no busca resarcir o compensar a la víctima del delito, sino más bien, una vez concretada en una pena que se impone al sujeto que ha delinquido, se orienta a la resocialización del mismo procurando que éste no vuelva a cometer otro hecho delictivo. La responsabilidad civil, por su parte, busca resarcir al titular del bien jurídico lesionado, ofreciéndole una compensación económica por el daño que el hecho delictivo le provocó.

Vigésimo primera- El Código Penal de 1995 incorpora una sustancial novedad en cuanto a la regulación de la imprudencia punible, institucionalizando un sistema de incriminación cerrada o específica de los delitos imprudentes.

Vigésimo segunda- El legislador de 1995 ha suprimido la agravación de la pena de prisión por la producción de muerte o lesiones por negligencia profesional, prevista en el anterior Código Penal.

Vigésimo tercera- La nueva reforma reconduce las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia profesional leve hacia la jurisdicción civil o, en su caso, al contencioso administrativo, de manera que únicamente van a resultar constitutivos de delito el homicidio y las lesiones por imprudencia profesional grave, así como el homicidio y las lesiones por imprudencia profesional menos grave

VIII. Bibliografía

LERMA GUIASOLA CRISTINA, *La imprudencia profesional*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ VIRGILIO, *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2012.

GARCIA BLÁZQUEZ MANUEL; MOLINOS COBO JUAN J., *Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica*, Edit. Comares, Granada, 1997

AGUILERA TÉLLEZ ABEL., *Derecho Penal Parte General*, Edit. Edisofer, Madrid 2015.

RIVERO GÓMEZ M^a DEL CARMEN., *La responsabilidad penal del médico*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

HERNÁNDEZ GARCÍA TOMÁS., *Elementos de Derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis*, Edit. Edisofer, Madrid, 2002.

FUENTES BARDAJÍ, D y ZABALA GUADALUPE, J.J., *La responsabilidad sanitaria*, Editorial Aranzadi Thompson, 2009.

XII. LISTA DE WEBS CONSULTADAS (CAMBIAR FECHAS DE PAGINAS WEBS)

ENCICLOPEDIA JURIDICA (en línea)

<http://www.encyclopediajuridica.biz14.com/d/responsabilidad-criminal/responsabilidad-criminal.htm> (consulta 6 de marzo de 2016).

MARIA ANTONIETA RODRIGUEZ ARCE., La relación médico-paciente (en línea), http://newpsi.bvs-psi.org.br/ebooks2010/en/Acervo_files/Relacion_medico-paciente.pdf (consulta 10 de marzo de 2016).

PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL., La Antijuricidad (en línea), <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/44/9.pdf> (consulta 8 de abril de 2016).

SANCHO GARGARLLO, IGNACIO., Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado (en línea); http://www.indret.com/pdf/209_es.pdf (consulta 2 de abril de 2016).

SARDINERO CARLOS., La imprudencia profesional ante la profunda reforma del Código Penal (en línea), <http://sardineroabogados.com> (consulta 7 de abril de 2016).

Delitos de lesión o de resultado. Lesiones imprudentes. (En línea) <http://www.antonioquadros.com/penal/lesionesImpProf.htm> (Consulta 15 de abril de 2016).

Asociación Nacional de Clínicas y Hospitales Privados del Ecuador (ACHPE); Informe sobre responsabilidad penal médica en Ecuador (en línea) http://achpe.org.ec/aportes/achpe_codigo_integral_penal.pdf (consulta 19 de abril de 2016).

GALLERO RUESTRO, SERGIO, Introducción al Derecho Sanitario: Responsabilidad penal y civil de los profesionales sanitarios. Oviedo, 2003. (en línea) <http://www.chospab.es/calidad/archivos/Comisiones/CHistoriasClinicas/formacion/doc/introduccionDerechoSanitario.pdf> (consultada 25 de abril de 2016).

NOTICIAS JURIDICAS: <http://noticias.juridicas.com>

- Código Civil: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.html

- Código Penal: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.html
- Ley Orgánica 1/2015: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439