

ESTUDIOS sobre la RESPONSABILIDAD SANITARIA

Un análisis interdisciplinar

**Eugenio Llamas Pombo
(Director)**



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

LA LEY
Temas

© Wolters Kluwer España, S.A., 2014
Edita: LA LEY
Edificio La Ley
C/ Collado Mediano, 9
28231 – Las Rozas (Madrid)
Tel.: 902 42 00 10 – Fax: 902 42 00 12
<http://www.laley.es>

1.ª edición: noviembre 2014

ISBN: 978-84-9020-300-2
Depósito Legal: M-30117-2014

Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de Wolters Kluwer España, S.A., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL PERSONAL

Nieves SANZ MULAS
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

SUMARIO:

1. EL PERSONAL SANITARIO Y EL DERECHO PENAL
 - 1.1. La judicialización de la medicina. Las cifras
 - 1.2. Factores que inducen a las reclamaciones
 - 1.3. Consecuencias: la medicina defensiva y la proliferación de protocolos
 - 1.4. Las reclamaciones médicas y la vía penal
2. EL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE COMO PRESUPUESTO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA
 - 2.1. Delineamientos generales
 - 2.2. Las posibles responsabilidades penales por falta de consentimiento o vicios en el mismo
 - 2.3. El consentimiento presunto en situaciones de extrema urgencia: el estado de necesidad y la comisión por omisión
3. LA IMPRUDENCIA SANITARIA COMO BASE DE RESPONSABILIDAD PENAL
 - 3.1. La imprudencia sanitaria y la infracción de las reglas de la *lex artis*
 - 3.2. El deber objetivo de cuidado como presupuesto
4. LA ACTIVIDAD SANITARIA Y LOS DELITOS CONTRA LA SALUD Y LA INTEGRIDAD CORPORAL
 - 4.1. Delito o falta de lesiones imprudentes (arts. 152 y 621.3 CP)
 - 4.2. La salud del feto y el delito de lesiones fetales (arts. 157 y 158 CP)
5. LA ACTIVIDAD SANITARIA Y LOS DELITOS CONTRA LA VIDA

- 5.1. Delito o falta de homicidio imprudente (arts. 142 y 621.2 CP)
- 5.2. El delito de eutanasia (art. 143.4 CP)
- 5.3. El consentimiento de la embarazada y el delito de aborto
- 6. LA PROTECCIÓN PENAL DE LA LIBERTAD DE DECISIÓN. EL TRATAMIENTO MÉDICO ARBITRARIO Y EL DELITO DE COACCIONES (ART. 172.1 CP)
- 7. CONCLUSIONES VALORATIVAS

1. EL PERSONAL SANITARIO Y EL DERECHO PENAL

1.1. La judicialización de la medicina. Las cifras

De todas las profesiones liberales, las sanitarias⁽¹⁾ quizás son las que con más frecuencia suscitan la intervención de las instancias judiciales, y entre ellas del Derecho penal, debido a su relación directa con los dos bienes jurídicos más importantes: la vida y la salud⁽²⁾, aunque tampoco podemos obviar otros, como la intimidad, igualmente relevantes⁽³⁾. Los errores y negligencias, que en otras profesiones no salen del ámbito corporativo, o como mucho disciplinario, para el personal sanitario pueden constituir una fuente cada vez más abundante de procesos penales. Procesos en los que, como resultado, y junto a la correspondiente indemnización, se pueden imponer sanciones penales que van desde la multa y la inhabilitación profesional hasta la prisión⁽⁴⁾.

Porque hoy en día la responsabilidad del personal sanitario o, al menos, las posibilidades de su exigencia, ya son una realidad, tanto en el orden administrativo y civil como —y eso es lo preocupante— en el penal, y ello va creciendo con el paso de los años. Un proceso expansivo que, como consecuencia lógica, ha conllevado la toma de conciencia en torno al catálogo de derechos del paciente. A una «supervisión jurídica» de todas las activi-

-
- (1) El término sanitario debe entenderse aquí como inclusivo para abarcar tanto a la Medicina, Cirugía en sus diversas especialidades, así como para las profesiones auxiliares de Practicantes, Matronas y Enfermeras, y en general de Asistencia sanitaria.
 - (2) ROMEO CASABONA, C.M., «Evolución del tratamiento jurídico-penal de la imprudencia del personal médico-sanitario», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 13, agosto 2007, pág. 215.
 - (3) URRUELA MORA-ROMEO MALANDA, «Tendencias actuales de la jurisprudencia española en materia de responsabilidad penal médica», en *Revista de Derecho penal* (www.reforma-penal.es/wp-content/uploads/2011/11/resmedica.pdf), pág. 36.
 - (4) MUÑOZ CONDE, F., como prólogo al libro GÓMEZ RIVERO, C., *La responsabilidad penal del médico*, 2.ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 15.

dades médicas encaminadas a la curación del enfermo, incluyendo la exploración, diagnóstico y pronóstico, sin los que será imposible proceder al tratamiento indicado para su caso en concreto.

De las demandas judiciales (civil, administrativa y penal), un 30% de los casos surgen por fallecimiento y el 70% por lesiones o secuelas. Entre los motivos de las reclamaciones: problemas relacionados con el tratamiento, como complicaciones o malos resultados (57%); problemas con el diagnóstico (28%); accidentes (9%); problemas relacionados con la organización (4%) y con la información (2%). El 85% de los siniestros se producen en el hospital, un 13% en Centros de salud, un 1% en centros concertados y un 1% en Servicios Especiales de Urgencia. Las áreas asistenciales que originan más reclamaciones son Urgencias (27%) y Quirófano (25%), incluyéndose en este apartado las complicaciones en la cirugía, destacando también las áreas de consulta (20%) y Hospitalización (19%), y el resto en Sala de Partos (3%), Servicios Centrales (2%) y Otros (4%)⁽⁵⁾. Las especialidades que, en términos absolutos, aparecen con mayor frecuencia son: Traumatología (14,35%); Medicina de Familia y General (13,03%); Ginecología (11,71%)⁽⁶⁾; Cirugía (7,03%); Medicina de Urgencia, entendida como aquella en la que los médicos prestan sus servicios en la puerta de urgencias del hospital (6,73%); Oftalmología (4,2%); Medicina Interna (4,14%); Pediatría (3,12%); Urología (2,94%) y otras (4,62%)⁽⁷⁾.

De su parte, los médicos son los profesionales más reclamados con un 90,41% del total, seguido por el personal de enfermería con un 6,31% si comparte responsabilidad con el médico, y de un 2,63% si es el único implicado. Entre los diagnósticos que con más frecuencia originaron reclamaciones, el principal es el de complicación de una intervención o procedimiento diagnóstico (destacando las lesiones de nervios u órganos, infecciones postquirúrgicas y hemorragias, entre las complicaciones de intervenciones qui-

(5) HERNÁNDEZ GIL-HERNÁNDEZ MORENO, *Claves de la responsabilidad legal del médico en España*, Master Line, Madrid, 2006, pág. 25.

(6) Son interesantes al respecto, los datos arrojados por un estudio llevado a cabo en 2007 por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia basado en una encuesta realizada a más del 40% de los 5.500 profesionales que en ese momento había en nuestro país; en concreto, el estudio se realizó sobre 2.107 profesionales de esta especialidad. Se trata del colectivo que recibe más denuncias, hasta el punto de que uno de cada tres ginecólogos ha sido objeto en los últimos diez años de, al menos, una reclamación. Según dicho estudio, en más del 40% de los casos analizados faltaba el consentimiento del paciente. *Vid.*, en GÓMEZ RIVERO, C., *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pág. 20, nota 2.

(7) HERNÁNDEZ GIL-HERNÁNDEZ MORENO, *Claves de la responsabilidad legal del médico en España*, op. cit., pp. 26 y 27.

rúrgicas; y la colangiografía endoscópica tras los procedimientos diagnósticos), seguidos de fracturas, del infarto agudo de miocardio y de patología vascular cerebral. Entre los procedimientos quirúrgicos más frecuentes, se citan las cesáreas, las intervenciones de útero y trompas, las intervenciones sobre articulaciones y columna vertebral y la extirpación de catarata. Finalmente, la cirugía estética es la especialidad médica con una relación intervención/fracaso más alta⁽⁸⁾.

En la memoria de la Asociación El Defensor del Paciente (ADEPA)⁽⁹⁾, correspondiente al año 2013, se afirma el aumento considerable de negligencias médicas, producto de la política austera de recortes llevada a cabo por la mayoría de las Comunidades Autónomas, lo que tuvo como resultado que la ADEPA recibiera 14.307 denuncias (525 casos más que en 2012). Motivo principal: la pérdida de calidad asistencial, dado que los profesionales, pese a intentar hacer su trabajo lo mejor posible, se encuentran sobrecargados. Se les ha restringido sus salarios, cuentan con menos recursos y soportan una severa presión. Resultado de su cansancio laboral es la deshumanización de la sanidad que incide claramente en el bienestar del paciente.

Puestos a desglosar las cifras, llegaron a la ADEPA 798 casos de personas fallecidas por presunta negligencia médica (106 más que en 2012). Los casos más habituales se produjeron por *mala praxis*: intervenciones mal realizadas, altas precipitadas, atención deficiente, infecciones hospitalarias, retrasos en ambulancias, etc. Pero la principal razón se debió al error de diagnóstico y a la pérdida de oportunidad terapéutica como consecuencia de la falta de medios por los recortes sanitarios. 315 casos fueron de personas que se sometieron a una intervención de cirugía plástica, reparadora o estética, con resultado insatisfactorio. De su parte, 149 bebés nacieron con alguna discapacidad, por partos llevados de forma inadecuada o con fórceps, causando secuelas como sufrimiento fetal, parálisis cerebral o braquial, etc. 77 personas fallecieron por no enviar a tiempo a una ambulancia, o porque la respuesta fue tardía con más de una hora de retraso. 66 pacientes murieron por infección hospitalaria. 93 casos de estado de discapacidad en pacientes después de una intervención quirúrgica (9 más que en el 2012). 101 casos de afectadas por depilación láser. 59 casos de contagiados por hepatitis C. Y 31 casos de intervención láxik (oftalmología) con mal resultado, secuelas o pérdida de visión⁽¹⁰⁾.

Sea como fuere, sólo el 5,9% de los casos resueltos judicialmente finalizan en sentencias condenatorias. El porcentaje de fallos contrarios a los profesionales sanitarios asciende al 10% en la vía civil, que es en la que se

(8) *Ibidem*, pág. 27.

(9) <http://www.negligenciasmedicas.com>.

(10) <http://www.negligenciasmedicas.com>

tramitan la mayor parte de las quejas de los pacientes, y del 4% en la penal, donde lo habitual es que se archiven las causas. El 50% de los expedientes se abren, de media, 168 días después de que haya tenido lugar el acto médico reclamado⁽¹¹⁾.

1.2. Factores que inducen a las reclamaciones

El apreciable incremento de las reclamaciones no tiene, ni mucho menos, su origen en la creencia de que actualmente nos situemos frente a una peor medicina, es evidente que la medicina cada día es mejor. El origen está en otras fuentes de lo más diverso⁽¹²⁾:

— Una de ellas es, sin duda, la mayor información de los usuarios, aunque no siempre correcta, y que muchas veces obedece a manifestaciones de una sociedad frustrada y reivindicativa, cada vez más exigente, que reacciona sin contemplaciones cuando hay diferencia entre lo que se espera (que es mucho más de lo que la Medicina puede dar) y el resultado obtenido. Y es que cuando la prensa se mueve, moviliza masas, y el populismo es una tentación inevitable de los medios de comunicación, tan fácil de hacerse en esta materia. En definitiva, hay mayor información y conocimientos biomédicos de la ciudadanía en general, frente a la desinformación que los pacientes atribuyen a sus médicos⁽¹³⁾.

Sin duda, se han modificado los parámetros de relación entre médico y paciente, pasando de ser, en palabras de VILLACAMPA «tuitiva y de confianza a ser de desconocimiento mutuo y de exigencia, por parte del cliente, de calidad, e incluso de resultados, en la prestación de servicios»⁽¹⁴⁾. Esto es, la relación médico-paciente ha dejado de ser una relación basada en la confianza del segundo en las habilidades y conocimientos del primero, para convertirse en una relación jurídica, propiciada por los grandes —y cada vez más despersonalizados— centros asistenciales.

(11) HERNÁNDEZ GIL-HERNÁNDEZ MORENO, *Claves de la responsabilidad legal del médico en España*, *op. cit.*, pág. 28.

(12) *Ibidem*, pp. 34 y ss.

(13) *Ibidem*, pág. 233.

(14) VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 10, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 27.

— Otra causa a tener en consideración, es la fácil obtención de dinero, por el conocimiento de la existencia de seguros de cobertura, y la realidad de una legislación mal definida y una jurisprudencia no uniforme. Se trata, por tanto, de una importante fuente de ingresos para abogados y procuradores, e incluso para peritos médicos.

Válganos, sino, con nombrar algunas sentencias ⁽¹⁵⁾: 100 millones al omitirse el CI por secuelas de una laminectomía lumbar (STS Sala de lo civil, 10 mayo 1999); 834.249 euros por una negligencia médica más una pensión vitalicia anual de 44.942 euros (Sentencia Juzgado de lo Penal núm. 1 de Sevilla 6-11-2001); condena a un ginecólogo a mantener a un niño tras una ligadura de trompas fallida (Tribunal de Venecia, 25-9-2002); 100 millones de pesetas impuestas a un obstetra por no presentar la Historia Clínica completa teniendo como consecuencia secuelas derivadas de un sufrimiento fetal (STS Sala de lo Civil (Recurso 1761/1997); El SAS paga 438.000 euros por no informar de una infección prenatal por CMV en la 8.ª semana de gestación, lo que impidió optar por el aborto terapéutico legal (Acuerdo extrajudicial 30-06-2003); 781.315 euros impuestos a un médico por omitir una prueba de ph fetal con lo que se omitió una cesárea que estaba indicada terapéuticamente (SAP Madrid 10-10-2003); condena de 793.60 por no atajar un sufrimiento fetal (STSJ en vía administrativa, 10-1-2005); condena a la Administración a pagar 480.809 euros por realizar una punción lumbar que causó la minusvalía a una paciente (STSJ Valencia en vía administrativa, 19-4-2005); pensión vitalicia de 2.000 euros al mes por sufrimiento fetal, además de 120.000 euros (Sentencia TSJ Valencia en vía administrativa, 23-11-2005).

Una apuesta por la denuncia, con origen muchas veces en el asesoramiento e, incluso, inducción a la misma por profesionales y asociaciones, contrarias a los profesionales médicos. De igual modo, y en consecuencia, es una importante fuente de ingreso para las Compañías aseguradoras, que incrementan en gran escala el número de pólizas de cobertura de responsabilidad y la cuantía de las mismas.

Junto a la contratación individual de seguros por parte de los distintos profesionales, las negociadas por los propios colegios profesionales, e incluso la utilización de éstos por parte de centros privados, llama la

(15) *Ibidem*, pp. 35 y ss.

atención que las propias administraciones públicas acudan también al seguro privado como garantía de riesgo. Una de las posibles explicaciones es que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, difícilmente se puede sostener con cargo exclusivo a fondos públicos ⁽¹⁶⁾.

— También se pueden individualizar razones directamente relacionadas con el moderno ejercicio de la Medicina, pues hoy en día se trabaja con métodos más agresivos y con mayor riesgo, aunque también con mayor potencialidad curativa, que en otros tiempos.

Es lo que ULSENHEIMER ha catalogado como el círculo vicioso de la medicina actual, la paradoja a ésta inherente que cabría resumirse en «cuanto mayor es el progreso médico, las posibilidades médicas, más elevado es el estándar, paralelamente más restrictivas son las medidas de cuidado y las normas de cuidado, con lo que es mayor el peligro de su lesión y el riesgo de su responsabilidad» ⁽¹⁷⁾.

El mayor rendimiento de nuestra actual Medicina viene acompañado por la posibilidad de defectos, sobre todo relacionados con la actual estructura de trabajo en equipo —basado en el principio de confianza— ⁽¹⁸⁾. De acuerdo con ROMEO CASABONA, «el médico intuitivo, habilidoso, individualista, ha ido cediendo paso al técnico, experto, que se integra en el engranaje de la estructura sanitaria —principalmente hospitalaria—, que es capaz de analizar y valorar una serie de datos cada vez más precisos y complejos sobre su paciente, que requiere un material e instrumentos paulatinamente más sofisticados e imprescindibles, que debe hacer uso, cada vez con más frecuencia, de las aportaciones de la Biofísica, Bioquímica, Biología molecular, Farmacología, Ingeniería sanitaria, Informática, etc.» ⁽¹⁹⁾. En este contexto, los profesionales sanitarios se han visto obligados a centrarse en una especialización cada vez más reducida en su campo de acción, pero más profunda. Y ello a su vez ha conducido a que los diversos profesionales deben trabajar juntos en el diagnóstico o el tratamiento de enfermedades, que pueden estar mal coordinados y

(16) *Ibidem*, pág. 28.

(17) *Ibidem*, pág. 28.

(18) De interés al respecto, VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Responsabilidad penal del personal sanitario*, *op. cit.*, pp. 139 y ss.

(19) ROMEO CASABONA, C.M., «Evolución del tratamiento jurídico-penal de la imprudencia del personal médico-sanitario», *op. cit.*, pág. 216.

controlados, o cuya actividad simultánea o sucesiva puede hallarse mal planificada⁽²⁰⁾.

— Finalmente, se puede decir que la Medicina ha sido «víctima de su propio éxito». Su arrollador avance, con un gran incremento del índice de éxito en los tratamientos actuales, genera grandes expectativas en los pacientes, lo que unido a la imperante cultura del bienestar actual, nos lleva a soportar mal el fracaso⁽²¹⁾; o lo que es lo mismo, no aceptamos la desventura (en este contexto, enfermedad y/o muerte), y creemos que todo se puede, o se podría, haber solucionado —un fallo coyuntural—⁽²²⁾.

1.3. Consecuencias: la medicina defensiva y la proliferación de protocolos

Todos estos intereses repercuten negativamente en otras esferas. En principio, y sobre todo, en el prestigio y la economía de los médicos, secundariamente en la Administración Sanitaria, y a la larga, en la propia organización y servicios de la misma, al tener que invertir grandes cantidades en indemnizaciones⁽²³⁾.

En la actividad médica diaria, las consecuencias son también muy fáciles de individualizar, y que HERNÁNDEZ GIL y HERNÁNDEZ MORENO⁽²⁴⁾ sintetizan del siguiente modo: una excesiva preocupación por el cumplimiento de estándares y protocolos; exigencia exhaustiva e incondicional de conformidad y consentimiento; custodia de documentos e historias clínicas, que puedan servir para futuras defensas; exceso de exploraciones y métodos de diagnóstico complementarios, todo lo cual procura estrés e inhibición en el ejercicio profesional; «peloteo» de enfermos; inhibición ante casos de riesgo, lo que resta espontaneidad y libertad para tomar decisiones; aumento de listas de

(20) VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Responsabilidad penal del personal sanitario*, op. cit., pág. 27.

(21) *Ibidem*, pág. 27.

(22) HERNÁNDEZ GIL-HERNÁNDEZ MORENO, *Claves de la responsabilidad legal del médico en España*, op. cit., pág. 17.

(23) Esto ha conllevado que en diversas ocasiones los médicos españoles hayan denunciado una campaña de desprestigio de su profesión, añadiendo que la publicación de los errores médicos puede crear una opinión artificiosa entre los usuarios, insistiendo en las malas condiciones de trabajo y haciendo un llamamiento a la Administración. *Vid.*, en MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, 3.ª edic., Colex, Madrid, 1997, pp. 29 y ss.

(24) HERNÁNDEZ GIL-HERNÁNDEZ MORENO, *Claves de la responsabilidad legal del médico en España*, op. cit., pág. 37.

espera; encarecimiento enorme de las prestaciones sanitarias; y, en conjunto, una indudable merma de eficacia de los servicios.

Esto es, los médicos tratan de defenderse ante posibles denuncias judiciales, procurando eludir o derivar los casos de riesgo diagnóstico o terapéutico, utilizando toda clase de medios complementarios (análisis, exámenes, radiografías, *scanners*, etc.), o bien renuncian a la utilización de determinadas técnicas por los riesgos que pueden conllevar y que le pueden ser imputados⁽²⁵⁾. Es la conocida como «medicina defensiva» y que tiene como consecuencia el que la actividad médica quede un tanto «encorsetada», entorpeciendo la relación fluida de médico a enfermo, además de encarecerse enormemente el ejercicio, al exigirse toda clase de exploraciones y medios complementarios, aumentándose con ello las listas de espera⁽²⁶⁾.

A todo ello, y no menos importante, se debe añadir el estrés y perjuicios que causa al enfermo el hecho de tener que contarle todos los riesgos a que está sometido, pues los verá con enorme preocupación (cuando no con terror), a veces tan grande que le hacen olvidar sus deseos de someterse a las citadas operaciones o prácticas diagnósticas⁽²⁷⁾.

En la actualidad, en definitiva, existe una verdadera obsesión por protocolos de consentimiento informado amplísimos, sin individualización de riesgos, que se presentan al paciente momentos antes de ser anestesiado o sometido a una intervención o a una prueba, como si de hojas publicitarias se tratara y sin explicación alguna. Pero, ¿hasta qué punto no se encuentran los enfermos prácticamente coaccionados a seguir adelante con el curso de los acontecimientos? La jurisprudencia, en este sentido, viene considerando nulo el consentimiento informado prestado a las puertas del quirófano⁽²⁸⁾. Si bien, de otra parte, es una constante en numerosas sentencias absolutorias que el cumplimiento de los protocolos constituye un aval del conocimiento por parte de los facultativos de los riesgos, las complicaciones y la evolución previsible, así como de la medida de la atención y diligencia adoptada por los mismos en presencia de los riesgos que normalmente se asumen⁽²⁹⁾.

(25) MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, op. cit., 32.

(26) HERNÁNDEZ GIL-HERNÁNDEZ MORENO, *Claves de la responsabilidad legal del médico en España*, op. cit., PÁG. 171.

(27) *Ibidem*, pág. 37.

(28) *Ibidem*, pág. 173.

(29) *Ibidem*, pág. 237.

Los protocolos clínicos se pueden definir como una ayuda explícita para el médico en el proceso de decisión clínica al reducir el número de alternativas diagnósticas y terapéuticas entre las que se ha de elegir, hasta hacerlas en muchos casos únicas. Con ello se buscaría, por tanto, reducir el alto grado de incertidumbre clínica que acompaña a las decisiones médicas, y en consecuencia, de proporcionar un cierto grado de seguridad técnica al médico que se ajusta a su contenido⁽³⁰⁾. Sin embargo, para MARTÍN LEÓN, estos documentos adolecen de algunos defectos como⁽³¹⁾: implican un cierto menoscabo del principio de autonomía científica y técnica que preside la actuación de los profesionales sanitarios, o de la libertad clínica; no constituyen verdades absolutas ni únicas, pues la Medicina es una ciencia en la que continuamente se está redefiniendo lo que es científicamente correcto, y que no suele presentar un único método sino varios; carecen de carácter vinculante, no pasan de ser simples orientaciones o recomendaciones dirigidas a los profesionales sanitarios; su carácter inevitablemente genérico les impide dar una respuesta exacta a los supuestos concretos; y la enorme profusión en la elaboración de protocolos en la actualidad, puede acabar provocando lo que, precisamente, se quería evitar: el aumento de la incertidumbre en la toma de decisiones diagnósticas y terapéuticas, al existir diversos protocolos con soluciones diferentes para el tratamiento de una misma patología y clase de pacientes.

Para VILLACAMPA, sin embargo, la observancia de las prescripciones contenidas en los protocolos debería constituir presunción *irus tantum* de observancia del cuidado, al margen de aquellos supuestos en que el contenido del protocolo es obsoleto, lo que, ya de por sí, desacredita su condición de indubitado. Y es que la importancia que este tipo de instrumentos ha alcanzado en la comunidad ética, a juicio de esta autora «obliga a tenerlos en cuenta como fuentes de positivización del estándar técnico, sin perjuicio de su complementación a través de la prueba pericial, pero sin que ésta pueda sustituir por lo general el valor de aquéllos»⁽³²⁾.

1.4. Las reclamaciones médicas y la vía penal

De las distintas responsabilidades que se le pueden exigir al profesional sanitario, sin duda la que mayor «respeto» impone es la penal. Y es que términos como prisión, inhabilitación, multa o banquillo son bastante significativos⁽³³⁾.

(30) MARTÍN LEÓN, «Lex artis y protocolos médicos», en MORILLAS CUEVA, L., (Dir.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 477.

(31) *Ibidem*, pp. 477 y 478.

(32) VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Responsabilidad penal del personal sanitario*, op. cit., pág. 113.

(33) HERNÁNDEZ GIL-HERNÁNDEZ MORENO, *Claves de la responsabilidad legal del médico en España*, op. cit., pág. 54.

El castigo penal de las conductas médicas, claramente imprudentes y con relevantes resultados lesivos, es algo relativamente reciente, pues anteriormente apenas existían sentencias condenatorias por el ejercicio de una *mala praxis médica* ⁽³⁴⁾. Ahora bien, y en palabras literales de GÓMEZ RIVERO, «la quiebra del viejo dogma de la irresponsabilidad del médico, que durante tanto tiempo inspiró la medicina como tributo a su primitiva comprensión como tarea sacerdotal o sagrada, tuvo lugar mediante la paulatina asunción de la responsabilidad sanitaria en el orden civil» ⁽³⁵⁾. Y esto porque la pretensión de la parte perjudicada —el paciente y/o sus familiares—, suele traducirse en la mayoría de las veces en la reclamación de una indemnización. Además, si durante mucho tiempo la función del médico había determinado la ausencia de su responsabilidad jurídica, el tránsito de este modelo hacia otro de responsabilidad no podría darse acudiendo directamente al orden penal, sino que se reclamaba recurrir en primera instancia a un orden, el civil, al que son ajenas las notas de violencia y, por ello, de intervención mínima, propias del modelo punitivo ⁽³⁶⁾.

Es por todo ello, que hasta la década de los 90 no comienza a hablarse de responsabilidad penal médica. Y son dos las razones de tan importante paso ⁽³⁷⁾. La primera, la de la conciencia social en torno a que también en el ejercicio de la medicina se implican los bienes jurídicos fundamentales del Derecho penal (la vida y la salud) y, por ello, también en ese ámbito hacen acto de presencia intereses públicos que van más allá de la mera dimensión contractual y resarcitoria propia de un modelo estrictamente privado. Y la segunda, el talante con el que los jueces y tribunales penales encaran esas nuevas pretensiones condenatorias que se les plantean, tanto a la hora de apreciar la gravedad de la infracción de las normas de cuidado, para poder hablar de responsabilidad penal; como a la hora de extender dicha responsabilidad no sólo a las infracciones que tienen como consecuencia un resultado lesivo, sino también a otras conductas que de modo amplio se pueden calificar como contrarias al buen ejercicio de la medicina; de forma singular, la falta o deficiencias de información al paciente.

Sea como fuere, no podemos dejar de advertir un cierto uso «adulterado» de esta vía, puesto que se utiliza con más frecuencia de la que se debiera,

(34) MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, op. cit., pág. 23.

(35) GÓMEZ RIVERO, C., *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pág. 19.

(36) *Ibidem*, pp. 19 y 20.

(37) *Ibidem*, pág. 20.

dado que supone un medio rápido, cómodo y eficaz para obtener una suma de dinero como indemnización individual. Y todo ello debido a la lentitud de los tribunales contenciosos. Además, en vía penal se consigue una prueba pericial que sería muy difícil de obtener si se litigara en la vía civil o en la contenciosa, porque no es usual que los médicos analicen la actuación de otro colega que se encuentre en entredicho.

Si bien antes eran excepcionales las condenas penales contra médicos, en la actualidad cada vez es más frecuente encontrar resoluciones judiciales en las que la falta penal se va consolidando como vía de condena por ausencia de diligencia médica. Parece ser que los tribunales están ampliando el ámbito de la falta penal para incluir conductas que antes —ahora es imposible— podían reconducir a una demanda civil. La explicación es clara: la falta no acarrea para el médico más que una pena de multa, pero permite declarar la indemnización, como si de un juicio civil se tratase, con lo que se protege al paciente⁽³⁸⁾. En definitiva, y a título de ejemplo: condena por retraso en la descompresión de un yeso (STS 5 mayo 1989); un año de prisión y tres de inhabilitación por omitir una prueba diagnóstica básica (Juzgado de lo Penal núm. 23 Madrid, 11-10-2001); condena por no actuar con diligencia ante un tumor de mama que exigía extirpación (SAP Madrid, 18-6-2003); condena penal por no operar ante un diagnóstico de riesgo (SAP Coruña, 12-9-2003), etc.⁽³⁹⁾

Lo normal, por tanto, es que en la gran mayoría de los casos se proceda inicialmente por la vía penal, donde sin duda alguna se siguen criterios de responsabilidad subjetiva. La jurisdicción penal es gratuita, o poco más, aporta un informe pericial médico forense, asegurándose así un perito normalmente competente e imparcial, y además permite desmenuzar el caso y contar con todos los datos que supone la instrucción del mismo (historia clínica completa, declaraciones de imputados y testigos), y que de todos modos siempre van a ser un punto de partida muy útil para el demandante, que va orientado sobre las posibilidades de que no prospere la demanda, para, en caso contrario, abandonar el caso o seguir las vías civil y administrativa⁽⁴⁰⁾.

El problema se plantea respecto a la persona encargada de informar como perito. En nuestro país esta tarea la suelen cumplir los médicos forenses adscritos a los diferentes juzgados y tribunales, junto, en su caso, a la prueba pericial suplementaria solicitada por alguna de las partes. Estos facultativos, sin embargo, en la mayoría de

(38) HERNÁNDEZ GIL-HERNÁNDEZ MORENO, *Claves de la responsabilidad legal del médico en España*, op. cit., pág. 174.

(39) *Ibidem*, pp. 174 y ss.

(40) *Ibidem*, pág. 177.

los casos no tienen experiencia clínica, ni necesariamente especialidad, por lo que pueden verse obligados a emitir un informe, por ejemplo, sobre la correcta ejecución de un *by-pass* coronario, una intervención de amigdalitis o un tratamiento oncológico de radio o quimioterapia, entre un sinnón de posibles tratamientos o dolencias. Este es el motivo por el que cada vez hay más profesionales del derecho que exijan la especialización de la forensía⁽⁴¹⁾.

Y es que la responsabilidad penal del personal sanitario no es siempre fácil de determinar. Más del 80% de los procesos iniciados por vía penal no llega a juicio. Las querellas penales se caen usualmente por su propio peso, ya que los jueces cada vez son más conscientes de que el error de diagnóstico no es censurable en vía penal. Además, al tradicional corporativismo (si bien cada vez menor)⁽⁴²⁾, se añaden dificultades como: la prueba de la causalidad y la imputación objetiva y subjetiva de un determinado resultado (generalmente muerte o lesión) a una determinada actuación del profesional sanitario⁽⁴³⁾.

En todo caso, conviene aclarar que con la expresión frecuentemente utilizada de «Derecho penal sanitario», no se pretende aludir a un Derecho penal distinto, sino a una simple calificación fijada en la peculiar naturaleza del objeto que se pretende tutelar (del mismo modo que cuando se habla de «Derecho penal administrativo», «Derecho penal económico» o «Derecho penal de la circulación»). Se trata, en definitiva, de identificar los delitos vinculados a la actividad sanitaria, al menos de las figuras más relevantes, tanto desde el punto de vista de la importancia de los bienes jurídicos que se protegen, como desde la perspectiva de su trascendencia práctica.

(41) VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Responsabilidad penal del personal sanitario*, op. cit., pág. 104. En sentido similar, HERNÁNDEZ GIL-HERNÁNDEZ MORENO, *Claves de la responsabilidad legal del médico en España*, op. cit., pp. 146 y ss.

(42) Parece ser que el corporativismo va disminuyendo, antes podía existir proteccionismo médico en los centros sanitarios en que trabajan los facultativos a la hora de facilitar historias y referir los hechos (tardanza, desorden, equívocos, poca claridad, etc.), pero ahora la *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LO 29/1998, de 13 de julio)* obliga a la Administración a remitir la integridad de toda la documentación médica, incluido un índice que recoja el contenido de todos los documentos médicos, e incluso contempla la posibilidad de imponer sanciones económicas y depurar responsabilidades penales a través del Ministerio Fiscal al responsable de remitir la historia clínica en caso de retraso injustificado o si falta parte de la historia. Todo ello, sin duda, dificulta cualquier proteccionismo solidario de clase. *Vid.*, en HERNÁNDEZ GIL-HERNÁNDEZ MORENO, *Claves de la responsabilidad legal del médico en España*, op. cit., pág. 260.

(43) MUÑOZ CONDE, F., como prólogo al libro GÓMEZ RIVERO, C., *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pág. 17.

2. EL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE COMO PRESUPUESTO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA

2.1. Delineamientos generales

El consentimiento del paciente, y con él el deber de información por parte del médico, es el pilar sobre el que pivota la actividad sanitaria, y así lo plasma de forma clara 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*⁽⁴⁴⁾.

La práctica de la Medicina supone, en la generalidad de los casos, operar sobre la salud de la persona y, en algunos supuestos una merma de su integridad corporal. Sin embargo, si estamos ante una *praxis* correcta, la irresponsabilidad del médico no puede quedar supeditada al éxito o fracaso de su actividad, no se trata de sancionar el fracaso; lo determinante debe ser la conducta, la forma de ejercer o poner en práctica el tratamiento, y siempre teniendo en cuenta el consentimiento del paciente. Esto es, el actuar médico precisa de una legitimación, ya que siempre significa una intromisión en la esfera jurídica del paciente.

El enfermo no sólo tiene derecho a que no se le apliquen técnicas o a que no le sometan a prácticas descuidadas que pueden producirle una lesión o la muerte, el enfermo es ante todo un sujeto pleno de derechos, entre los que se encuentra el respeto de su *voluntad* o de su *intimidad*, y con ellos, de su propia *dignidad*⁽⁴⁵⁾. Con todo ello se trata, en definitiva, de proteger la libertad del enfermo en cuanto presupuesto legitimador de cualquier actuación médica. Ahora bien, hablar de libertad en el ámbito de la Medicina supone reconocer que la misma adquiere tintes peculiares, pues el recurso al profesional sanitario es en sí misma una situación de pérdida de libertad.

Desde que el paciente «confiesa»⁽⁴⁶⁾ al médico sus síntomas —y con ello aporta datos íntimos respecto a sus hábitos alimentarios, sexuales, de ocio, etc.— hasta que se somete al tratamiento prescrito —con el que se afecta su

(44) URRUELA MORA-ROMEO MALANDA, «Tendencias actuales de la jurisprudencia española en materia de responsabilidad penal médica», *op. cit.*, pág. 37.

(45) GÓMEZ RIVERO, C., *La responsabilidad penal del médico*, *op. cit.*, pp. 144 y ss.

(46) De sumo interés al respecto del deber de secreto médico, GÓMEZ RIVERO, C., *La protección penal de los datos sanitarios. Especial referencia al secreto profesional médico*, Comares, Granada, 2007; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, *op. cit.*, pp. 323 y ss.; FERNÁNDEZ PANTOJA, P., «El delito de revelación y divulgación

integridad física—, se ve implicada como en ninguna otra labor la esfera íntima y personal del individuo⁽⁴⁷⁾. Porque, de acuerdo con GÓMEZ RIVERO, «no hay límite mayor a la libertad del ser humano que el estado de enfermedad»⁽⁴⁸⁾. Un estado que reduce, e incluso anula, nuestra libertad tanto para realizar los grandes proyectos vitales como para llevar a cabo los pequeños actos de la vida cotidiana⁽⁴⁹⁾.

En este contexto, la libertad en sentido material ni existe ni puede existir. En esas condiciones, lo único que el Derecho puede ofrecer al paciente es una libertad en sentido formal; esto es, la garantía de que, pese a todas esas limitaciones y condicionamientos fácticos, todo exista porque así lo desea el enfermo. Es por ello, y en definitiva, que tanto el origen de la asistencia sanitaria, como la realidad de cada una de las fases por las que atraviesa, sólo son legítimos si hay un acto de voluntad del enfermo. Un acto de consentimiento—que cabría definir como «autorización o permiso para que se haga algo»⁽⁵⁰⁾ que, de este modo, se convierte en la espina dorsal de la relación médico-paciente⁽⁵¹⁾. Una voluntad, por tanto, que si no existe o está viciada puede conllevar responsabilidades jurídicas para el personal sanitario. Dentro de esas responsabilidades también están las penales.

2.2. Las posibles responsabilidades penales por falta de consentimiento o vicios en el mismo

La principal causa de imprudencia sanitaria es la falta de información al paciente (cerca del 70% de los casos)⁽⁵²⁾; cifra que sin duda demuestra la gran importancia que se da a este factor como generador de *mala praxis* sanitaria,

de secretos en el ámbito sanitario», en MORILLAS CUEVA, L., «Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica», en MORILLAS CUEVA, L., (Dir.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 289 y ss.; GÓMEZ TOMILLO, M., «Límites al deber de secreto médico y Derecho penal», en *Revista General de Derecho penal*, 12, 2009.

(47) GÓMEZ RIVERO, C., *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pág. 35

(48) *Ibidem*, pág. 22.

(49) *Ibidem*.

(50) MORILLAS CUEVA, L., «Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica», op. cit., pág. 82.

(51) GÓMEZ RIVERO, C., *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pág. 23.

(52) Suponen el 65,7% de los casos según los Colegios Oficiales de Médicos, y el 71% según los Colegios Oficiales de Abogados. *Vid.*, en HERNÁNDEZ GIL-HERNÁNDEZ MORENO, *Claves de la responsabilidad legal del médico en España*, op. cit., pág. 230.

con la consecuente interposición de denuncias. Unas denuncias por falta de información, y debidas, precisamente, y como ya hemos adelantado, al mayor conocimiento que, a través de los medios de comunicación, tienen los usuarios de sus derechos (hasta un 80.6%)⁽⁵³⁾. El mantenimiento, por tanto, de una información continua y puntual de todo aquello que va aconteciendo a lo largo del proceso clínico, conlleva una relación fluida entre el personal sanitario y el enfermo y evitaría un gran número de denuncias⁽⁵⁴⁾. Pese a ello, en la práctica sanitaria se asiste a una importante despersonalización de la asistencia (sobre el 50 %), asumida incluso por los médicos, lo que indica la conciencia de tal déficit⁽⁵⁵⁾.

De lo que se trata, por tanto, es de identificar aquellos casos en los que el acto sanitario no está legitimado por no existir el previo e ineludible consentimiento del paciente, o porque éste estaba viciado. Porque la falta de información, o el que ésta se facilite de forma deficiente y/o inexacta, conllevará un vicio en el posterior consentimiento otorgado por el paciente que lo convierte en inválido (que equivale a inexistente). Supuestos que por su especial gravedad pueden generar responsabilidad penal.

Pero, ¿cuáles son esos delitos por los que podría responder el personal sanitario y por qué? Normalmente, son dos los puntos de referencia: los delitos de lesiones y los delitos que tutelan la libre formación de la voluntad. A ellos nos remitimos en su tratamiento posterior, adentrándonos ahora en los supuestos en que dicho consentimiento se presume ante circunstancias excepcionales.

2.3. El consentimiento presunto en situaciones de extrema urgencia: el estado de necesidad y la comisión por omisión

2.3.1. El consentimiento presunto

En determinados supuestos, muy comunes de otra parte, el sanitario se encuentra en situaciones límites en las que es imposible esperar a recabar el consentimiento del paciente o de sus familiares o representantes legales. Situaciones en que la espera puede implicar un peligro para la vida de ese paciente, o porque simplemente se desconoce su identidad y hay que actuar de forma urgente (ej., accidentado de tráfico que llega inconsciente y para

(53) *Ibidem*, pág. 233.

(54) *Ibidem*, pág. 230.

(55) *Ibidem*, pág. 231.

salvarle la vida es necesario realizar una intervención quirúrgica urgente, o paciente al que en plena intervención se descubre la necesidad de realizarle una operación diferente a aquella para la que consintió, pero que se encuentra bajo los efectos de la anestesia e inconsciente y los familiares están ilocalizables)⁽⁵⁶⁾.

Son supuestos, en definitiva, en los que se presume un consentimiento que justifica la actividad médica llevada a cabo sin el previo consentimiento. Ahora bien, por tratarse precisamente de presunciones, de la necesidad de realizar un juicio hipotético del paciente para presuponer si habría o no consentido a la intervención, es por lo que en nuestro código penal se acude a otra figura mucho más concreta y perfectamente definida legalmente: el estado de necesidad⁽⁵⁷⁾, basado en la ponderación estricta y objetiva de los intereses puestos en conflicto.

2.3.2. *El estado de necesidad en la actividad sanitaria. Requisitos*

El estado de necesidad se regula en el art. 20.5⁽⁵⁸⁾, y se trata de una figura que, traída al ámbito sanitario, justifica la intervención sanitaria sin el previo consentimiento del paciente, por tratarse de una situación extrema denominada «situación de necesidad». Esto es, el sanitario se encuentra ante una auténtica encrucijada: si espera a recabar el consentimiento del paciente, o de sus familiares, corre un grave peligro la vida del paciente o de terceras personas, y si interviene estaría actuando contra su libertad de elección, por actuar sin su previo consentimiento. Se trata, en definitiva, de un conflicto o colisión de bienes jurídicos, en que la salvación de uno supone el sacrificio de otro: la vida del paciente o de terceros, por un lado, y su libertad para decidir si quiere o no ser intervenido o tratado, por otro. En cualquier caso, la situación de riesgo viene dada por la urgencia en el actuar. Su apreciación

(56) MORILLAS CUEVA, L., «Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica», *op. cit.*, pág. 117.

(57) *Ibidem*, pág. 119.

(58) Art. 20 CP: «Está exento de responsabilidad criminal: (...) 5.º. El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber siempre que concurren los siguientes requisitos:
Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.
Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.
Tercero. Que el necesitado no tenga por su oficio o cargo la obligación de sacrificarse».

no dependerá de la mayor o menor gravedad del riesgo, sino de que no admita demora⁽⁵⁹⁾.

Sea como fuere, para que la intervención sanitaria en estos casos quede justificada, y por tanto exenta de cualquier responsabilidad penal, es necesario que se den tres requisitos:

— *Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar*: el sanitario necesariamente debe comparar el mal causado y el mal evitado. Y para ello, no basta con comparar los bienes jurídicos en conflicto (ej., vida y libertad), sino que se deben ponderar todos los intereses en juego; esto es, se trata de una valoración integral del hecho, que comparativamente debe ser menor que el hecho evitado⁽⁶⁰⁾.

En este sentido, y por ejemplo, un médico no podrá alegar estado de necesidad si, para salvar la vida de un joven paciente, extirpa un riñón a otro que carece de posibilidades de salvarse, pero lo hace sin su consentimiento. Si aquí nos contentáramos con comparar el bien jurídico lesionado (salud) y el bien jurídico salvado (vida), nos habríamos dejado en el tintero el fondo valorativo de la cuestión que es éste: el mal evitado no puede eludirse empleando medios tan lesivos como el utilizado por ese médico; a los ojos del ordenamiento, su acción ha causado un mal mayor que el evitado, porque no sólo lesiona la salud, sino incluso la dignidad que como persona merece el paciente moribundo.

— *Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto*: el que intenta alegar estado de necesidad, no

(59) Según el art. 9.2.a) y b) de la Ley 41/2002, 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación clínica: «Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento en los siguientes casos: a) Cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la LO 3/1986, se comunicará a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas. 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».

(60) Esto es, habrá que tener en cuenta el conjunto de circunstancias: el valor de los bienes, entidad de los daños materiales e ideales producidos, o esperables, proximidad y gravedad del peligro, importancia funcional de los bienes afectados, grado de idoneidad de la acción salvadora, insustituibilidad del daño producido y, por último, si el peligro proviene o no de la parte sobre la que recaiga la lesión.

puede colocarse de forma intencional en dicha situación para luego justificar su conducta. En el ámbito sanitario los problemas pueden originarse en torno al derecho/deber de información, ¿hasta qué punto puede el médico ampararse en el estado de necesidad cuando el riesgo es probable o previsible? Esto es, si el sanitario sabe que, probablemente por el padecimiento del sujeto, y previsiblemente dadas sus concretas circunstancias, puede aparecer dicha situación de urgencia, y asume el tener que actuar sin la voluntad del paciente, realmente está prescindiendo de su consentimiento. Por tanto, si provoca unas lesiones responderá por las mismas, si bien con la pena atenuada por la presencia de la eximente incompleta de estado de necesidad (pero no estará exento completamente de pena, porque faltaría este requisito).

— *Que el necesitado no tenga por su oficio o cargo obligación de sacrificarse*: en cuanto a la posibilidad de que el sanitario se ampare en el estado de necesidad para salvar su propia salud o vida, debemos recordar que el sanitario viene obligado, por el ejercicio de su profesión, a correr determinados riesgos (ej., el contagio). Tanto en la sanidad pública como en la privada, el sanitario acepta el riesgo que para sus propios intereses pueda suponer el ejercicio de su profesión. Luego, la falta de asistencia, por ejemplo, a pacientes infecciosos, no podrá ser amparada por la eximente de estado de necesidad, ya que existe el deber jurídico de correr el riesgo, exponiéndose al contagio.

Ahora bien, ese deber de sacrificio no puede ser absoluto, y desde luego cesará cuando el riesgo para la propia vida o salud del sanitario supere el ámbito del sacrificio inherente a su profesión; esto es, no debe confundirse con la obligación absoluta de sacrificarse hasta el extremo de perder la vida. En cualquier caso, no se trata de un requisito de carácter esencial, lo que significa que de no concurrir, si bien no se eximiría completamente de pena, ésta sí disminuiría.

2.3.3. *La responsabilidad del sanitario por no evitar el resultado. La comisión por omisión y su posición de garante*

La responsabilidad del sanitario también se puede dar por «no hacer», o lo que es lo mismo, por no evitar un resultado que estaba en obligación de evitar y podía haber evitado. En estos casos, el sanitario respondería por las lesiones o la muerte consiguiente, en comisión por omisión; esto es, con la misma pena que si lo hubiera hecho directamente.

Ej. Cirujano que practica una incisión en el vientre de su paciente para llevar a cabo una operación quirúrgica y luego omite practicar las suturas precisas para llevar a buen término la operación, con la consecutiva hemorragia y muerte del paciente. En este supuesto, el cirujano respondería por dicha muerte en comisión por omisión.

Ahora bien, para responder en comisión por omisión, es necesario demostrar que el sanitario ocupa una *posición de garante* respecto del paciente (art. 11 CP)⁽⁶¹⁾. Y los supuestos que nos podemos encontrar son:

— La posición de garante existe siempre que el sanitario se compromete expresamente a tratar al paciente.

— Cuando el sanitario realiza un previo acto de injerencia, con lo que pone en peligro al paciente, situación que lo convierte en su garante (ej., médico de urgencia que abandona al enfermo tras comenzar a realizar los primeros auxilios, etc.)⁽⁶²⁾.

No debemos tampoco olvidar que hay supuestos en los que la posición de garante no desaparece pese a la negativa del paciente. Es lo que sucede en situaciones especiales como las huelgas de hambre o la negativa a transfusiones de sangre de los Testigos de Jehová. Cuando la decisión del paciente en estos casos se traduce en una situación de riesgo inminente de pérdida de su vida, el sanitario estará obligado a actuar, de tal forma que si no lo hace podría responder por homicidio en comisión por omisión —con idéntica pena que si lo hubiera matado con sus propias manos—. Fuera de estos casos, allí donde el paciente pueda, y quiera, evitar cualquier tipo de prestación sanitaria, debe anular totalmente los vínculos que en su día fundamentaron

(61) Art. 11 CP: «Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».

(62) En estos casos, los supuestos más discutidos son los del *médico de guardia* y *médico rural* ¿su condición les convierte con carácter general en garantes de los pacientes que demanden su auxilio? En principio, tienen un deber legal de actuar basado en el estado de necesidad (médico de urgencia) o de carencia de otros profesionales alternativos (médico rural). De este modo, la situación de riesgo que origina el médico cuando se niega a atender al paciente, es consustancial a las situaciones de monopolio y urgencia en la prestación médica, dado que asumieron legalmente tal deber. Por el contrario, se trataría de una simple omisión del deber de socorro, por ejemplo, cuando el médico de forma particular decide poner su consulta en un paraje perdido de la sierra. *Vid.*, en GÓMEZ RIVERO, C., *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 147 y ss.

esa relación de «garantía» del sanitario para con su vida o salud, decayendo con ello cualquier responsabilidad por la no actuación de éste.

En todo caso, y no sobra el recordarlo, el compromiso del sanitario no sólo se refiere a curar o sanar la dolencia que se le ha confiado, sino también a paliar los sufrimientos del paciente derivados de la misma. De ahí que su responsabilidad puede surgir, no sólo en los casos en que omita una terapia curativa, sino también en aquellos otros en los que no dispensa al enfermo los medicamentos que aliviarían o eliminarían su sufrimiento.

3. LA IMPRUDENCIA SANITARIA COMO BASE DE RESPONSABILIDAD PENAL

3.1. La imprudencia sanitaria y la infracción de las reglas de la *lex artis*

Los supuestos de muerte o lesiones causadas de forma intencional (dolosa) por el personal sanitario son muy excepcionales⁽⁶³⁾, pues la labor de los profesionales de la medicina está basada, precisamente, en el juramento hipocrático de buscar siempre la sanación del paciente⁽⁶⁴⁾. Por ello, la imprudencia es la forma de culpabilidad que suscita mayor interés en el ámbito sanitario, y también es ahí donde radica el temor de los médicos y sanitarios: el miedo a que en su ejercicio profesional se produzca un ligero descuido, una bajada de la guardia que desencadene un resultado fatal, con la correspondiente exigencia de responsabilidad penal y civil o reparatoria, de modo semejante a como ocurre en el descuido del automovilista⁽⁶⁵⁾. De hecho, los delitos imprudentes, referidos a homicidios, abortos, lesiones y menoscabos al feto, constituyen la práctica totalidad de las denuncias, querellas y reclamaciones presentadas.

La gama de posibilidades al respecto son de lo más variado⁽⁶⁶⁾: por *error de diagnóstico* (STS 22-1-99: condenó a un ginecólogo a inhabilitación y a 30 millones de multa por error diagnóstico inexcusable, al diagnosticar a una embarazada de 38

(63) Si bien también hay casos de tratamientos sin finalidad curativa como: tratamientos para aumentar el rendimiento de los deportistas (doping), aborto por motivos económicos o eutanasia. *Vid.*, en VALLS PRIETO, J., «Bienes jurídicos protegidos en intervenciones médicas», en MORILLAS CUEVA, L., (Dir.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, op. cit., pág. 27.

(64) *Ibidem*.

(65) MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, op. cit., pág. 19.

(66) HERNÁNDEZ GIL-HERNÁNDEZ MORENO, *Claves de la responsabilidad legal del médico en España*, op. cit., pp. 114 y ss.

semanas un cólico nefrítico sin apercibirse del inicio del parto); *por falta o realización defectuosa de pruebas complementarias* (SAP Madrid, 12-5-2005: condena a un cirujano por omitir la prueba prescrita por un radiólogo y con ello retrasar el diagnóstico de un cáncer de mama); *por alta hospitalaria indebida* (Juzgado de lo Penal núm. 1 Sevilla, 6-11-2001: condena al médico a pagar 834.249 euros en el supuesto en que una paciente que sufrió contracciones y expulsó el tapón mucoso, motivo por el que acudió a una clínica privada, donde una matrona tras examinarla telefoneó al ginecólogo para comunicarle que el feto estaba encajado y por ello se habían producido desgarros, que no había contracciones pero que seguía expulsando el tapón mucoso. El médico, sin personarse en la clínica, y valorando únicamente lo que la matrona le dijo, autorizó dar el alta. Una vez en casa, persistían los síntomas, por lo que ingresó en urgencias donde se le practicó una cesárea por sufrimiento fetal. El niño nació con graves secuelas); *por seguimiento postoperatorio incorrecto* (STS 25 noviembre 1980: condena por imprudencia profesional al cirujano que se despreocupa del origen de una infección tetánica); *por maniobra quirúrgica incorrecta* (Juzgado de lo penal núm. 2 Santiago de Compostela, 14-7-2004: pena de cárcel e inhabilitación por extirpar el riñón sano); *por olvido de material quirúrgico* (SAP Barcelona, 12-12-2005: enfermera condenada por la oclusión intestinal derivada del olvido de retirada de una gasa quirúrgica); *por resultado quirúrgico insatisfactorio sobre todo en lo relacionado con la cirugía estética* (SAP Guadalajara, 11-6-2003: condena a un estomatólogo por realizar de modo defectuoso un blanqueamiento de dientes, debiendo responder también por los daños causados al paciente derivados del tratamiento aplicado); *errores de prevención* (Juzgado de lo Penal núm. 2 Sevilla, 13-4-2004: condena a un ginecólogo a un año de inhabilitación especial por prescribir a una paciente una prueba de contraste sin realizar antes un estudio previo que descartara la existencia de infecciones, con lo que habría detectado hidrosalpinx en la trompa izquierda, lo que produjo peritonitis); *por retrasos en la lista de espera* (Juzgado de lo Penal núm. 1 de Badajoz, 14-10-2005: condena penal por el retraso de cuatro meses en la administración de radioterapia a un paciente); *utilización de medios materiales inadecuados* (SAP Valladolid, 22-7-2002: condenó a una ginecóloga por imprudencia penal leve a pesar de que su actuación clínica fue ajustada a la *lex artis*, pero no avisó con antelación al cuadro médico para adelantar la cesárea y evitar graves secuelas al feto).

Esto es, en las demandas de responsabilidad al personal sanitario, nos encontraremos sobre todo ante conductas imprudentes por *mala praxis* médica. Una imprudencia que será graduada de modo que: si es *grave*, generalmente constituirá delito; y si es *leve*, no pasará de ser una falta o

incluso puede ser impune⁽⁶⁷⁾. Por tanto, en este tipo de conductas, no importa tanto el daño causado como el grado de descuido o de impericia mostrado por el personal sanitario⁽⁶⁸⁾. El punto de partida: si cumplió o no la *lex artis*.

Porque en la práctica profesional sanitaria, como en cualquier otra, existen normas o reglas que se consideran necesarias para el desarrollo de la actividad, tales como la realización de pruebas, adopción de tratamientos, cuidados y pautas, científicamente consideradas como adecuadas o necesarias, y que son fruto tanto de la experiencia como de las innovaciones y avances científicos, etc.⁽⁶⁹⁾. Su finalidad: la curación o mejoramiento del paciente con el menor riesgo derivado posible.

Son principios básicos asentados jurisprudencialmente respecto a la culpa médica⁽⁷⁰⁾: «Por lo general el médico no asume una obligación de resultados, sino de medios o servicios, esto es, prestar y proporcionar al enfermo los medios destinados a reponer la salud, según el estado de la ciencia médica y de la *lex artis* (SSTS 15-11-93, 4-3-93)»; «Los errores de diagnóstico, salvo los errores groseros o graves, no entrañan responsabilidad, y en menor medida responsabilidad penal» (SSTS 21-11-96, 21-4-92); «la pericia que ha de contar el médico ha de ser la ordinaria, en ningún caso es exigible que sea de orden extraordinario» (STS 4-7-99); «no existen verdades universales, debiéndose huir de generalizaciones inmutables» (STS 5-7-99); «el elemento normativo de la imprudencia médica, es decir, la infracción del deber de cuidado, o bien el olvido de las reglas de la *lex artis*, ha de ser evaluado no aislando el acto desencadenante del daño, sino tomando en consideración de manera ponderada todas las circunstancias concurrentes a la acción» (STS 5-5-89).

Ciertamente, el paciente no puede exigir al personal sanitario la garantía de su curación, pero sí puede y debe exigirles que, conforme a los conoci-

(67) En consecuencia, la graduación de la imprudencia es absolutamente esencial, pues el que se califique como delito o falta tiene enormes repercusiones penales, aunque la responsabilidad civil sería la misma. Por un delito se puede detener y por una falta no, por un delito se puede ir a prisión y por una falta no, por un delito quedan antecedentes penales y por una falta no, etc.

(68) HERNÁNDEZ GIL-HERNÁNDEZ MORENO, *Claves de la responsabilidad legal del médico en España*, op. cit., pág. 60.

(69) Otros deberes serían: actualizar sus conocimientos, observar la evolución del paciente, prever los efectos secundarios o contraindicaciones de los fármacos que prescribe, estudiar las condiciones orgánicas del paciente, comunicarle con prudencia su diagnóstico en caso de enfermedades graves, remitirle o pedir ayuda a otros especialistas cuando así aconseje la situación, comunicar las instrucciones oportunas a sus colaboradores, ponderar los *pros* y *contras* de la terapia que va a aconsejar al paciente, etc. *Vid.*, en GÓMEZ RIVERO, C., *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pág. 346.

(70) HERNÁNDEZ GIL-HERNÁNDEZ MORENO, *Claves de la responsabilidad legal del médico en España*, op. cit., pág. 45.

mientos del momento y las posibilidades a su alcance, hagan todo lo que esté objetivamente indicado para su sanación, informándole previamente de todos los pormenores para tomar la correspondiente decisión⁽⁷¹⁾. El médico no puede hacer nada más, ni puede exigírsele que haga nada más⁽⁷²⁾. De hecho, y como nos recuerda MARTÍNEZ-PEREDA⁽⁷³⁾, tampoco debemos olvidar que el índice de errores médicos es muy bajo frente al gran número de actos que llevan a cabo.

Si pese a actuar agotando todo el arsenal de medios y posibilidades a su alcance, y seguir escrupulosamente las reglas de la *lex artis*, el médico no consigue curar al paciente, o incluso si éste empeora, el Derecho no tiene nada que decir al respecto⁽⁷⁴⁾. La posible responsabilidad jurídica sólo empieza allí donde el médico contraviene las pautas mínimas de conducta que le son exigibles, esto es, cuando contraviene la *lex artis*; y lo normal es que ello obedezca a una actitud de descuido, dejadez del profesional sanitario en la realización de sus tareas: unas veces por el defecto de la rutina; otras por circunstancias puntuales que merman su capacidad (cansancio, falta de concentración, etc.) o por circunstancias tan variadas como la confianza en la actuación de otros, la sobrevaloración de sus capacidades, etc.⁽⁷⁵⁾ Aquí es donde cabe hablar de actuación imprudente o descuidada, y en consecuencia de posible responsabilidad penal.

En cualquier caso, la mera infracción de la *lex artis* no puede llevar, sin más, a mantener el carácter delictivo de la conducta. Porque no se trata de valorar únicamente resultados, habrá que demostrar que la infracción de la norma de cuidado ha creado un riesgo no permitido, que a su vez se ha concretado en el resultado. Porque a quien actúa de forma descuidada, creando un riesgo para la salud, pudiendo y debiendo conocer la adecuación de la acción para producir el resultado lesivo, se le deberán imputar sólo aquellos resultados que le fueran cognoscibles⁽⁷⁶⁾. Esto es, el médico responderá sólo por aquellas consecuencias que, en el momento de realizar la acción creadora de riesgo, debiera conocer como derivados de ella.

(71) GÓMEZ RIVERO, C., *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pág. 329.

(72) *Ibidem*, pág. 330.

(73) MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, op. cit., pág. 31.

(74) GÓMEZ RIVERO, C., *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pág. 330.

(75) *Ibidem*.

(76) *Ibidem*, pág. 337.

3.2. El deber objetivo de cuidado como presupuesto

Dentro de la estructura del delito imprudente, la infracción del deber objetivo de cuidado constituye el contenido de injusto para la mayoría de la doctrina⁽⁷⁷⁾. Esto es, mientras en los delitos dolosos el sujeto conoce la creación de un peligro para un bien jurídico, y hacia él dirige la acción; en los imprudentes, a pesar de que el riesgo es cognoscible, el sujeto o bien lo ignora o bien confía en evitar el resultado (distinción con el dolo eventual)⁽⁷⁸⁾. Ahora bien, el código penal no contempla regla alguna en torno a los presupuestos en los que surja la responsabilidad del médico por su actuación negligente, si bien suele ser mayoritario el reconocimiento de que las conductas imprudentes rotan en torno a la infracción del deber de cuidado⁽⁷⁹⁾. Pero, ¿cómo se valora este dentro de la actividad sanitaria?

Se entiende por vulneración del deber de cuidado, la actividad realizada por el sanitario cuando se compara con la conducta que habría seguido un facultativo medio en una situación semejante con similares conocimientos y actitudes⁽⁸⁰⁾. Esto es, todo médico que trate a un paciente, la enfermera que ejecute las prescripciones del facultativo, el técnico que repare o mantenga un aparato o instrumento sanitario, deberán observar unas pautas mínimas generales de conducta para evitar incurrir en la infracción penal, como deber de cuidado objetivo. Este criterio nos permite obtener un nivel mínimo de cuidado o de capacidad necesarios por debajo de los que el agente debe abstenerse de actuar⁽⁸¹⁾.

Ahora bien, y como no podría ser de otra manera, hay que tener en cuenta las circunstancias concretas⁽⁸²⁾ y la relatividad de la propia ciencia médica, por lo que en la práctica a la hora de constatar si se ha infringido el deber objetivo de cuidado, no basta sólo con la contravención de una regla técnica,

(77) *Ibídem*, pág. 338.

(78) Al respecto de la diferencia entre dolo eventual e imprudencia en la actividad sanitaria, es de interés BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., «El dolo en la actividad sanitaria con resultado de lesiones o muerte del paciente. El problema del dolo eventual», en MORILLAS CUEVAS, L., (Dir.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil o administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, op. cit., pp. 121 y ss.

(79) GÓMEZ RIVERO, C., *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pág. 337.

(80) HERNÁNDEZ GIL-HERNÁNDEZ MORENO, *Claves de la responsabilidad legal del médico en España*, op. cit., 41.

(81) ROMEO CASABONA, C.M., «Evolución del tratamiento jurídico-penal de la imprudencia del personal médico-sanitario», op. cit., pág. 224.

(82) MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, op. cit., pág. 39.

o de las prescripciones de deontología médica; ni siquiera el cumplimiento de los protocolos médicos en los que se plasman las directrices o recomendaciones actualizadas. Esto es, habrá de tener en cuenta las circunstancias concurrentes, de modo que sólo a través de su ponderación conjunta puede emitirse un juicio en torno a si se actuó correctamente o no. Los extremos que el juez deberá tener, por tanto, presentes son, según GÓMEZ RIVERO⁽⁸³⁾: la relevancia del bien jurídico afectado en comparación con las posibilidades de éxito del tratamiento; la comprobación en torno a la necesidad o no de emplear métodos no convencionales de la *lex artis*; la urgencia de la intervención; su grado de complejidad; las circunstancias de lugar y tiempo en que se realiza; los medios disponibles a su alcance; el grado de especialización que debería tener el médico, sus conocimientos y capacidades especiales⁽⁸⁴⁾; y, en definitiva, cuantos extremos pudieran venir a modular el grado de exigibilidad de una conducta diferente.

Es también importante la fase de tratamiento sobre la que recaiga la conducta, pues obviamente es más fácil errar en la fase de diagnóstico, dada la dificultad que a veces plantea identificar con certeza la enfermedad pese a todas las pruebas realizadas. Ahora bien, si se trata de un error extremadamente burdo, hasta el punto de que no se le diagnostica la verdadera enfermedad, y con ello se ve alterada su salud física, o se le diagnostica algo que no padece, dañando su salud psíquica, cabría hablar de delito de lesiones⁽⁸⁵⁾.

En definitiva, la determinación del deber de cuidado requerirá tener en cuenta el grupo profesional al que pertenece el sujeto, pues no puede ser valorado de la misma manera una práctica habitual, sin urgencias, que aquella en la que se debe intervenir ante una situación de necesidad; el deber de actualización; las circunstancias concretas de lugar y tiempo, en cuanto a los medios de que dispone y el estado de los conocimientos científicos en ese momento; y los especiales conocimientos del autor. Si el médico no está lo suficientemente preparado para ese tratamiento o intervención, deberá requerir la intervención o colaboración de otros profesionales, infringiendo en caso contrario el deber de cuidado, al elevar el riesgo mediante la ejecución de una acción peligrosa. Si se produce el resultado lesivo, le será imputable puesto que dicho riesgo, así como la relación causal, le eran cognoscibles.

(83) GÓMEZ RIVERO, C., *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pág. 340.

(84) *Ibidem*, págs. 381 y ss.

(85) *Ibidem*, pág. 342.

Finalmente, podrá responder tanto por lo que hace negligentemente, como por lo que no evita, también negligentemente (comisión por omisión). Así la imprudencia podrá ser, sobre el pronóstico y diagnóstico, cuando el médico, por una infracción del cuidado debido, no se percata (advierde) del verdadero riesgo, o bien conociéndolo, se equivoca sobre las consecuencias. También cuando conociendo el riesgo no adopta las medidas adecuadas para la curación, o adoptándolas, lo hace de forma equivocada; bien por falta de precauciones, o incluso por una valoración errónea que le lleva a pensar en la falta de idoneidad de la acción salvadora. Por último, también es posible que la imprudencia verse sobre la propia posición de garante, por considerarla finalizada erróneamente, equivocarse sobre el alcance del deber, etc.

Sea como fuere, para saber ante qué delito nos podemos encontrar, debemos comenzar por identificar el bien jurídico lesionado con la actuación sanitaria; esto es, si el resultado es la muerte, el bien jurídico lesionado es la vida; si es la pérdida de visión de un ojo o la falta de movilidad de un brazo, sería la salud, etc. Un segundo e ineludible paso, sería demostrar si el sujeto actuó con intencionalidad, con lo que nos encontraríamos ante un delito doloso; o, por el contrario, el resultado lesivo es consecuencia de una actuación imprudente. Al respecto, los delitos a los que cabría hacer referencia en el ámbito sanitario son los siguientes.

4. LA ACTIVIDAD SANITARIA Y LOS DELITOS CONTRA LA SALUD Y LA INTEGRIDAD CORPORAL

4.1. Delito o falta de lesiones imprudentes (arts. 152 y 621.3 CP)

El delito de lesiones, por decirlo de alguna manera, es el delito «estrella» en el campo sanitario. El fundamento de la posible atribución de este delito sería el siguiente: si la actividad médica, en la medida en que incide sobre la integridad física del enfermo (ej., poner una inyección o un gotero, sacar una muestra de sangre, hacer una incisión para intervenir de cualquier dolencia, amputar un miembro gangrenado, extirpar un riñón, etc.), es subsumible siempre en un delito de lesiones, aquí el consentimiento actúa como causa de justificación. Un consentimiento siempre acompañado por un escrupuloso seguimiento de la *lex artis*.

Por tanto, cuando falta la conformidad del paciente, es clara la responsabilidad del sanitario por las lesiones provocadas. Porque cuando falta dicho consentimiento, se está incumpliendo la *lex artis*, y si a este hecho se le une

la producción de un resultado negativo para su integridad física o salud, entonces es evidente la responsabilidad del personal sanitario por las consiguientes lesiones imprudentes. De igual modo sucederá, cuando se incumple la *lex artis*, al infringir el deber objetivo de cuidado, y como consecuencia de ello se provoca un resultado lesivo para la salud del paciente.

Ahora bien, si la actividad médica se hace conforme a la *lex artis* y se consiguió la finalidad curativa, debe excluirse toda posibilidad de delito, aun con independencia de si faltó la información adecuada y con ella el consentimiento válido del afectado⁽⁸⁶⁾. Porque cuando éste no cuenta con toda la información necesaria para formar su voluntad, lo que se ve afectado es su capacidad de determinación, su libertad de decidir, y esto nada tiene que ver con el delito de lesiones. La imprudencia y, con ello, la responsabilidad por lesiones, existe o no en función del modo en que se realiza el acto médico, y eso en nada influye que el mismo estuviera o no consentido. Además, afirmar que se han producido lesiones cuando el enfermo se ha curado es un contrasentido.

Otra cuestión es que la intervención curativa se produzca de forma casual y accidental. Eso ocurrió, en el caso del médico cirujano e instrumentista ayudante de quirófano que realizaron una intervención sobre rodilla distinta a la que estaba dañada, a la que aprovechando la intervención le operaron el menisco. La Audiencia Provincial les absolvió por considerar que la intervención equivocadamente practicada constituyó un tratamiento médico curativo que no vulneraba la integridad física de la paciente. El TS, sin embargo, en Sentencia 308/2001, de 26 de febrero, mantiene la existencia de una negligencia al intervenir quirúrgicamente un miembro que no había sido sometido a examen ni diagnosticado de deficiencia, alteración o disfunción alguna que hiciera necesaria o conveniente la operación; y, desde luego, tampoco se obtuvo el consentimiento de la persona afectada para operar ese miembro, por mucho que con posterioridad se le apreciaran deficiencias que podrían haber aconsejado también su operación, por lo que el tratamiento objetivamente curativo lo fue de manera absolutamente casual y accidental y sin consentimiento de la paciente⁽⁸⁷⁾.

Esa imprudencia, sea como fuere, se graduará, y si es leve como mucho responderá por la falta de lesiones del art. 621.3⁽⁸⁸⁾ —multa de 10 a 30 días

(86) *Ibidem*, pág. 274.

(87) MORILLAS CUEVA, L., «Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica», *op. cit.*, pp. 111 y 112.

(88) Art. 621.3 CP: «Los que por imprudencia leve causaran lesión constitutiva de delito serán castigados con pena de multa de 10 a 30 días».

—, pero si es grave generalmente ⁽⁸⁹⁾ responderá por el delito de lesiones imprudentes del art. 152 ⁽⁹⁰⁾.

La línea de separación entre la imprudencia grave y la leve es difícil de determinar y debe resolverse en atención a las circunstancias del caso concreto. La calificación de la imprudencia conforme a uno u otro concepto habrá de hacerse atendiendo al contenido del desvalor de la acción, no del resultado que produzca, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en la situación concreta, y partiendo de indicadores como la importancia de los bienes afectados, la utilidad social de la conducta, la proporción estadística entre la acción realizada y el resultado producido, el grado de previsibilidad del riesgo, conocimientos y capacidades del autor, todo ello conjugado con la relatividad de la ciencia médica y con las circunstancias de tiempo, lugar o urgencia con que se practica la intervención ⁽⁹¹⁾. Para RUIZ VADILLO, actúa con imprudencia grave quien «actuando con olvido de los más elementales criterios de prudencia; es decir, de sensatez y equilibrio, haciendo caso omiso de los deberes de cuidado que ha de observar, atendidas las circunstancias de tiempo, de lugar, de situaciones y de personas, ejecuta un hecho que de mediar dolo, constituiría delito» ⁽⁹²⁾. Frente a ella la imprudencia simple se podría definir, transcribiendo a GÓMEZ RIVERO, «como aquella en que puede incurrir cualquier persona normal, esto es, la que por contraposición a la anterior, sería propia de una persona no gravemente descuidada» ⁽⁹³⁾.

En cualquier caso, si la imprudencia es grave, la penalidad dependerá del resultado lesivo específicamente ocasionado. De este modo, cabría diferenciar:

— Lesiones que requieren para su curación, además de una primera asistencia facultativa, un posterior tratamiento médico-quirúrgico: prisión

(89) Porque también podría responder por la falta del art. 621.1 que dice: «Los que por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en el apartado 2 del art. 147, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses».

(90) Art. 152 CP: «1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado:

1.º Con la pena de prisión de tres a seis meses, si se tratare de las lesiones del art. 147.1.

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

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

(91) GÓMEZ RIVERO, C., *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 377 y 378.

(92) RUIZ VADILLO, «Responsabilidad civil y penal de los profesionales de la medicina», en *Actualidad Penal*, 1994, pág. 509.

(93) GÓMEZ RIVERO, C., *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pág. 379.

de uno a tres años más inhabilitación para el ejercicio de la profesión de uno a cuatro años (art. 152.1.1.º y 3).

El que la lesión objetivamente requiera un tratamiento médico-quirúrgico, además de la primera asistencia facultativa, es lo que diferencia el delito de lesiones (arts. 147 a 152) de la falta de lesiones (arts. 617 y 621), con las consecuencias penales que ello conlleva. No se considera tratamiento médico la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión, sino toda actividad realizada por un profesional de la medicina encaminada a curar a una persona o evitar que se deteriore su salud. Por tratamiento quirúrgico, de su parte, se entiende toda actividad en la que interviene la cirugía; esto es, cuando para restablecer la salud no es bastante la administración de medicamentos, sino que es preciso intervenir sobre el sujeto con las manos (respiración asistida, boca a boca, masaje cardíaco, etc.) o con instrumento específico (una intervención quirúrgica). En definitiva, todo lo que exija una actividad curativa ulterior, o todo lo que ya desde el primer momento requiera un plan terapéutico a desarrollar en el tiempo, debe estimarse tratamiento y, por tanto, la lesión como delito.

— Lesiones que, además de requerir dicho tratamiento médico quirúrgico, causan la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica: prisión de uno a tres años más la inhabilitación anterior (art. 152.1.2.º y 3).

— Lesiones que, además de requerir dicho tratamiento médico-quirúrgico, causan la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal o la deformidad: prisión de seis meses a dos años, más la inhabilitación anterior (art. 152.1.3.º y 3).

En estos dos últimos supuestos, por tanto, hay que *diferenciar entre órgano o miembro principal* (art. 149) y *órgano o miembro no principal* (art. 150). A estos efectos, se considera órgano o miembro principal el que tiene una función esencial que no puede ser cubierta por ningún otro órgano o miembro de nuestro organismo, incluso si se tratase de órganos o miembros pares (ojos, oídos, riñones, pulmones, ovarios, testículos, etc.). En estos casos, los tribunales distinguen entre los que tienen una funcionalidad propia e independiente (pie, brazo, pierna, ojos, oídos o pulmones) y por tanto considera como principales, de aquellos que no las tienen (como testículos o riñones) y por tanto los considera no principales.

De igual modo, se debe *diferenciar entre deformidad grave* (art. 149) y *no* (art. 150). Para ello, hay que analizar su visibilidad, permanencia y el sentimiento de desagrado estético que produce en los demás (cicatrices, quemaduras, manchas en la pigmentación cutánea, pérdida de cabello o de masa corporal, cojera, etc.). Las características personales de la víctima (su profesión, edad, etc.) sólo se deben tener en cuenta a la hora de calcular la correspondiente responsabilidad civil (ej., una cicatriz en la cara se calificará siempre igual, como grave o no dependiendo de la longitud, zona, etc., y con independencia del trabajo de la víctima, de modo que si se trata de una modelo profesional tal hecho sólo se tendrá en cuenta para el cálculo de la correspondiente indemnización, en atención a los ingresos que dejó de percibir por la existencia de dicha cicatriz).

Finalmente, es necesario diferenciar la imprudencia profesional (sancionada en el art. 152.3 con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo) de la imprudencia del profesional. Culpa profesional es la imprudencia del profesional en el ejercicio de su actividad técnica o facultativa, lo que justifica el plus punitivo. Un *plus* asentado en el incumplimiento de los deberes propios del ejercicio de determinadas actividades o profesionales que presupone un evidente incremento de la culpabilidad⁽⁹⁴⁾.

Según la STS de 8 junio 1994, «la profesión en sí misma no constituye en materia de imprudencia un elemento agravatorio ni cualificativo —no quita ni pone imprudencia se ha dicho—, pero sí puede influir, y de hecho influye, para determinar no pocas veces la culpa o para graduar su intensidad. La primera modalidad surge cuando se produjere muerte o lesiones a consecuencia de impericia o negligencia profesional, equivalente al desconocimiento inadmisibles de aquello que profesionalmente ha de saberse; esta «imprudencia profesional», caracterizada por la transgresión de deberes de la técnica médica, por evidente inepticia, constituye un subtipo agravado caracterizado por un «plus» de culpa y no una cualificación por la condición profesional del sujeto, de suerte que a su lado conviven las modalidades comunes de imprudencia, la «culpa profesional sin impericia» en las categorías de temeraria y simple (ahora grave y leve), por el orden de su respectiva gravedad»⁽⁹⁵⁾.

(94) Ejemplos jurisprudenciales al respecto de las diferentes clases de imprudencia en las diversas especialidades sanitarias, se pueden encontrar en MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, op. cit., pp. 66 y ss.

(95) Vid., en GÓMEZ RIVERO, C., *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pág. 449.

4.2. La salud del feto y el delito de lesiones fetales (arts. 157 y 158 CP)

4.2.1. La conciencia de la necesidad de proteger la salud del feto: el caso Contergan

La exigencia del art. 147 CP de que la lesión o enfermedad se cause a otro, esto es, a una persona o ser humano con vida humana independiente, conlleva que los delitos de lesiones no se apliquen en los supuestos en los que el menoscabo de la salud se consumó antes del nacimiento⁽⁹⁶⁾. Y tampoco se podrían calificar como aborto, si el feto, finalmente nace y sobrevive. La evidencia de esta laguna, y la tremenda celeridad de los avances científicos, de los que derivan múltiples peligros para la salud humana desde el mismo momento de la concepción, demandaban una actuación legal urgente⁽⁹⁷⁾.

Si a ello le unimos la sensibilidad jurídica que esta materia despertó en la segunda mitad del siglo veinte y, más concretamente, en relación con la vulnerabilidad del feto, cuando acontece la catástrofe médica originada por la ingestión por miles de mujeres, durante el primer trimestre de embarazo, de un medicamento denominado Contergan⁽⁹⁸⁾, recetado como antiemético y sedante⁽⁹⁹⁾, es fácil entender el porqué de su inclusión como delito específico en nuestro CP.

El Contergan era un medicamento particularmente indicado para mujeres en sus primeras semanas de embarazo, pues combatía el malestar o las náuseas matutinas, aplacaba muchas otras molestias y ayudaba a conciliar el sueño. La farmacéutica alemana Grünenthal lo sacó a la venta en 1957 y sin receta, por considerarlo inocuo. Sin embargo, en 1958 se percibió en Alemania un aumento en el número de niños nacidos con grandes malformaciones, lo que en un principio se achacó a los ensayos nucleares de la Unión Soviética y Estados Unidos. Hasta 1960, el constante aumento de nacimientos problemáticos siguió relacionándose con las partículas radioactivas que se creía llegaban a las madres alemanas desde Siberia o el Pacífico. Sin embargo, una pediatra se percató del efecto nocivo de la talidomina que contenía el medicamento. La farmacéutica lo retiró del mercado un año después, pero ya era demasiado tarde para 10.000 recién nacidos en todo el mundo, la mitad de ellos alemanes. El

(96) *Ibidem*, pág. 516.

(97) RAMÓN RIBAS, E., «La protección penal de la vida y la salud del nasciturus», en BRANDARIZ GARCÍA-FARALDO CABANA (Coord.), *Responsabilidad penal del personal sanitario*, Netbiblo, Universidade da Coruña, 2002, pág. 72.

(98) Para un conocimiento exhaustivo de este famoso proceso, se recomienda la lectura de SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal, La ley*, 2011.

(99) RAMÓN RIBAS, E., «La protección penal de la vida y la salud del nasciturus», *op. cit.*, pág. 74.

40 % murió a edades muy tempranas, y al día de hoy viven en Alemania unas 2.500 personas víctimas del Contergan. Han tenido que pasar 50 años para que el jefe de Grünenthal se disculpara ante los afectados⁽¹⁰⁰⁾, muchos de los cuales todavía siguen esperando la correspondiente indemnización.

4.2.2. *Las lesiones al feto en el CP español*

Ante la evidente necesidad de crear *ex novo* una figura penal que protegiera la salud e integridad del no nacido, el CP de 1995 incluye los delitos de lesiones al feto dolosas (art. 157 CP) e imprudentes (art. 158 CP). Por tanto, y al igual que ocurre, como veremos, con el bien jurídico vida, en que se diferencia la vida de la persona ya nacida —y se habla de delito de homicidio— de la vida del feto —y se habla de delito de aborto—, lo mismo sucede con el bien jurídico salud: si se trata de la salud e integridad física de una persona ya nacida, hablamos de delitos de lesiones (arts. 147 y ss.); pero si se trata de la salud e integridad física de un feto, hablamos del delito de lesiones al feto (arts. 157 y 158).

Como consecuencia de ello, la actividad sanitaria que, llevada a cabo con intencionalidad —aunque sea con el consentimiento de la embarazada—⁽¹⁰¹⁾, provoque una lesión o enfermedad al feto que perjudique gravemente su desarrollo, o una grave tara física o psíquica, conllevará responsabilidad penal por un delito de lesiones dolosas al feto previsto en el art. 157 CP⁽¹⁰²⁾ —prisión de uno a cuatro años e inhabilitación para el ejercicio de cualquier profesión sanitaria de dos a ocho años—.

Si la conducta se lleva a cabo por imprudencia grave (la pena será menor (art. 158)⁽¹⁰³⁾ —prisión de 3 a 5 meses o multa de seis a 10 meses, más la

(100) EL PAÍS, 3 septiembre de 2012.

(101) La cual respondería también por este delito.

(102) Art. 157 CP: «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».

(103) Art. 158 CP: «El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco años o multa de seis a 10 meses.

Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto».

correspondiente inhabilitación de seis meses a dos años—. Obviamente, la embarazada que imprudentemente provoca tales lesiones no responderá penalmente por ello.

En definitiva, la protección del feto a efectos de estos delitos comienza desde el momento de la anidación del óvulo fecundado en el útero materno, y a partir de ese momento cualquier lesión al mismo será delito de los arts. 157 o 158 con independencia de la proximidad o lejanía con respecto al momento del parto. Pero, ¿a partir de qué momento puede decirse que la maniobra recae sobre el feto y cuándo lo hace ya sobre el producto del nacimiento, aplicándole en consecuencia los delitos contra la vida y la salud humanas independientes?⁽¹⁰⁴⁾

Para el TS⁽¹⁰⁵⁾ el comienzo del parto pone fin al estado fetal y ese comienzo surge con el período de dilatación y continúa con el período de expulsión, en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado. Si las maniobras lesivas se producen en ese instante, ya no se hablaría de lesiones al feto, sino de lesiones del art. 147 y ss. Una interpretación muy criticada por la doctrina⁽¹⁰⁶⁾ por entender que sólo tiene sentido en ordenamientos que no contemplan el delito de lesiones al feto, de tal forma que cuando la conducta no pueda ser reconducida al delito de aborto, la solución sería la impunidad. En nuestro CP, por tanto, donde sí se prevé el delito de lesiones al feto, una interpretación así desconoce el sentido mismo del tipo, pues excluiría de su ámbito toda lesión al feto que se produjera en un momento inminente al parto, ignorando así su razón de ser y el ámbito propio de aplicación que el legislador le atribuye a este delito⁽¹⁰⁷⁾.

(104) GÓMEZ RIVERO, C., *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pág. 518.

(105) Entre otras, STS de 22 enero 1999; STS 29 de noviembre de 2001; SAP Sevilla, 26 mayo 2008; SAP Santa Cruz de Tenerife, 30 septiembre 2008; Sentencia Juzgado de lo Penal n.º 14 de Madrid, de 7 julio 2006. Vid., en URRUELA MORA-ROMEO MALANDA, «Tendencias actuales de la jurisprudencia española en materia de responsabilidad penal médica», op. cit., pp. 56 y 57.

(106) GÓMEZ RIVERO, C., *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 522 y ss.

(107) En este sentido, SAP Murcia, de 1 marzo de 2000; SAP Vizcaya, de 25 de mayo de 1999, SAP Sevilla, 13 mayo 2002; SAP Sevilla 29 diciembre 2009.

5. LA ACTIVIDAD SANITARIA Y LOS DELITOS CONTRA LA VIDA

5.1. Delito o falta de homicidio imprudente (arts. 142 y 621.2 CP)

Junto a la salud e integridad corporal, el bien jurídico vida, por la propia esencia de la actividad sanitaria, es el que más veces se puede ver lesionado cuando ésta no se realiza con escrupuloso respeto a la *lex artis*. En consecuencia, si la muerte se produce pese a que el tratamiento médico-quirúrgico se llevó a cabo con finalidad curativa, y cumpliendo con todos los requisitos de la *lex artis*, estaríamos ante un supuesto exento de toda responsabilidad criminal. Ahora bien, en el mismo caso, pero sin actuar conforme a las exigencias de las *lex artis* (por ej., por inexistencia o vicio del consentimiento informado, o por inobservancia del deber objetivo de cuidado), derivaría, generalmente, en un delito de homicidio por imprudencia, si ésta es grave (art. 142.3)⁽¹⁰⁸⁾ —prisión de uno a cuatro años más inhabilitación para el ejercicio de la profesión de tres a seis años—, o una falta de homicidio por imprudencia, si ésta es leve (art. 621.2)⁽¹⁰⁹⁾ —multa de uno a dos meses—.

Finalmente, si pese a realizarse la actuación sanitaria con *mala praxis*, el resultado es curativo, obviamente no cabría hablar de homicidio (porque no se ha producido ninguna muerte) sino, como mucho, de lesiones o de un delito contra la libertad (coacciones), tal y como veremos más adelante.

5.2. El delito de eutanasia (art. 143.4 CP)

¿Es la vida un bien jurídico disponible? Como bien sabemos, con la tecnología de que disponemos actualmente, la vida se puede prolongar, o al menos parar el desenlace natural de la muerte, dependiendo de la decisión de un médico o de un familiar el que sea o no así ¿Qué ocurre después si esa situación se prolonga y la familia o el propio paciente no están de acuerdo en mantener la vida de ese modo? ¿El paciente puede disponer de su propia vida, pidiendo, si así lo desea, ayuda para morir al personal sanitario?

En nuestro Código penal no se castiga el suicidio (o mejor dicho, y por razones obvias, la tentativa de suicidio), y se atenúa la pena en las conductas de inducción al suicidio —prisión de cuatro a ocho años (art. 143.1)—, cooperación necesaria al suicidio —prisión de dos a cinco años (art. 143.2)

(108) Art. 142 CP: «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.

(109) Art. 621.2 CP: «Los que por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses».

— y el homicidio a petición —prisión de seis a diez años (art. 143.3)—⁽¹¹⁰⁾ ¿Pero qué ocurre en aquellos casos en que un enfermo que tiene una enfermedad grave e incurable, o que sufre padecimientos permanentes y difíciles de soportar, pide al personal sanitario que le ayude? En el Código penal español, cabría diferenciar entre eutanasia pasiva y eutanasia activa.

— La *eutanasia pasiva* consiste en no alargar de forma artificial la vida y es impune. Esto es, son aquellos supuestos en los que la Medicina, con los actuales conocimientos, sólo puede lograr retrasar el momento de la muerte, sin garantizar una vida que mantenga una mínima autonomía de las funciones vitales esenciales⁽¹¹¹⁾. Por tanto, no se castiga la no intervención sanitaria con actuaciones y tratamientos imprescindibles para mantener la vida, incluida la desconexión de los mecanismos externos artificiales (ej. respiradores artificiales, reanimadores, alimentación asistida, etc.). Tampoco se castiga la administración de medicamentos paliativos dirigidos a mitigar el dolor aunque ello suponga un acortamiento de la vida (también conocida como *eutanasia indirecta*)⁽¹¹²⁾.

— Lo único que se castiga, y que es lo que se denomina *eutanasia activa o directa* (art. 143.4)⁽¹¹³⁾, es la provocación directa de la muerte de quien te la pide por padecer la enfermedad y los sufrimientos descritos (ej., administrar a un enfermo terminal una inyección letal a petición de éste). Pero, incluso en estos casos, la eficacia del consentimiento del paciente es tal que la pena se rebaja de forma importante.

En contrapartida, y en coherencia con este prácticamente absoluto respeto a la voluntad del paciente, el aplazamiento del momento de la muerte,

(110) Art. 143 CP: «1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.

2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de otra persona.

3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte (...).».

(111) LEMA AÑÓN-BRANDÁRIZ GARCÍA, «Disponibilidad de la propia vida, eutanasia y responsabilidad penal: notas iusfilosóficas y jurídico penales», en BRANDARIZ GARCÍA-FARALDO CABANA (Coord.), *Responsabilidad penal del personal sanitario*, op. cit., pág. 44.

(112) De gran interés al respecto, ROMEO CASABONA, C.M., Aspectos jurídicos del tratamiento del paciente al final de la vida. Cuidados paliativos y limitación del esfuerzo terapéutico», en www.paliativossinfronteras.com/.../22_romeo.pdf.

(113) Art. 143.4 CP: «(...) El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los núms. 2 y 3 de este artículo».

en contra de su propio deseo, alargando con ello el proceso, puede suponer la comisión de un delito de coacciones (art. 172), por impedir con violencia el ejercicio del derecho a una muerte digna. En estos casos, el personal sanitario no puede limitarse a alegar que cumplía con su trabajo, porque dentro de las competencias del mismo no está el deber de prolongar la vida en esas circunstancias, sino de respetar el derecho del paciente a una muerte digna sin sufrimientos innecesarios⁽¹¹⁴⁾.

Se trata, sea como fuere, de un tema no exento de polémica, y que crea enorme inseguridad jurídica, tanto para el propio paciente como para su familia y el personal sanitario que debe atenderlo, que en muchas ocasiones no sabe a qué atenerse.

El llamativo contraste entre una mayoría de la opinión pública y la legislación penal no es una particularidad española, pues en todo el mundo se penaliza la eutanasia, y concretamente la eutanasia activa⁽¹¹⁵⁾. Las excepciones son pocas y conocidas, como es el caso de Holanda, donde desde octubre de 2001 está despenalizada cuando se cumplen determinados requisitos⁽¹¹⁶⁾. Algo similar ocurre en Bélgica⁽¹¹⁷⁾,

(114) MORILLAS CUEVA, L., «Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica», *op. cit.*, pág. 103.

(115) LEMA AÑÓN-BRANDÁRIZ GARCÍA, «Disponibilidad de la propia vida, eutanasia y responsabilidad penal: notas iusfilosóficas y jurídico penales», *op. cit.*, pág. 19.

(116) Los requisitos son: que el enfermo esté sometido a un sufrimiento insoportable sin perspectiva de mejora, que haya expresado de forma inequívoca su voluntad de morir y que el médico pida una segunda opinión a otro colega. También se incluye esta opción para los menores de edad. En el caso de niños entre 12 y 16 años, sus padres tienen la última palabra. Cuando tienen 16 y 17 años, la opinión del paciente es la que manda, y la de los padres es tenida en cuenta. De su parte, en cuanto a los menores de 12 años, la eutanasia está prohibida, salvo en lo concerniente al denominado «protocolo de Groningen» (2005) donde se regula el procedimiento a seguir para aplicar la eutanasia a recién nacidos, partiendo de que el grado de calidad de vida que se considera aceptable para justificar la eutanasia es un criterio subjetivo que depende de las distintas opiniones de padres y médicos. En cualquier caso, el protocolo exige como condiciones a la que supedita la legalidad de la eutanasia: que el recién nacido experimente un gran sufrimiento y sin esperanzas de mejora, que el pronóstico sea confirmado al menos por otro médico, y que ambos padres den su consentimiento informado. Todo esto tendrá que ser verificado por la Fiscalía.

(117) Según su ley del año 2002, puede solicitar la muerte asistida, mediante petición consciente, un adulto enfermo terminal o que padezca una dolencia que genere sufrimientos y dolor insoportables. Un médico ha de dar su consentimiento. Ahora bien, desde febrero de este año Bélgica se ha convertido en el primer país del mundo que permite la eutanasia infantil sin límite de edad, siempre que se demuestre que padecen un sufrimiento físico insoponible, su muerte a corto plazo es inevitable y la solicitud de una muerte asistida es repetida y consciente. Además, los médicos que asisten al menor de edad deben confirmar su capacidad de discernimiento y los padres deben certificar que no se oponen a su decisión. *Vid.*, en <http://www.elmundo.es/internacional/2014/02/13/52fd034d22601d70448b4580.html>

Luxemburgo⁽¹¹⁸⁾, Suiza⁽¹¹⁹⁾ y en algunos Estados norteamericanos como Vermont, Washington, Oregón⁽¹²⁰⁾, y Montana.

Porque la realidad lleva una dirección opuesta a lo que ley se empeña en prohibir. Tal y como demuestran los diferentes estudios de campo realizados, es creciente la práctica hospitalaria de «programar» las muertes de enfermos terminales limitando o cesando el tratamiento terapéutico en momentos en los que éste resulta inútil para su curación o sólo contribuye a incrementar y prolongar el sufrimiento de los pacientes. Y es que, la negación del problema, o la negativa a tratarlo explícitamente, contribuye a que todas estas prácticas si impongan por la fuerza de los hechos. Por la necesidad de dar respuesta a problemas reales y acuciantes, y donde los profesionales se ven muchas veces obligados a tomar decisiones y llevar a cabo conductas sin poder contar para ello con el respaldo y la legitimidad de las leyes⁽¹²¹⁾. Sería deseable por ello la regulación a nivel nacional⁽¹²²⁾, o al menos a nivel autonómico⁽¹²³⁾, de una Ley similar a las ya existentes en Comunidades Autónomas como Andalucía (*Ley 2/2010, de 8 de abril de Derechos y Garantías de la Dignidad de*

(118) En febrero de 2008, Luxemburgo se convirtió en el tercer país del mundo en despenalizar la eutanasia y el suicidio asistido, aprobando la ley sobre el derecho a una muerte digna. Para poder aprobarla, el Parlamento del país se vio obligado a limitar los poderes del Gran Duque Enrique I, quien se negaba a sancionar el entonces proyecto por razones de conciencia. *Vid.*, en <http://www.beevoz.com/2014/02/11/situacion-actual-europea-en-eutanasia-y-suicidio-asistido/>

(119) No está permitida la eutanasia activa, pero sí el suicidio asistido, incluso por personas que no sean médicos, siempre que «no existan motivos egoístas». El matiz es que se considera eutanasia activa, por ejemplo, una inyección letal, mientras que el suicidio asistido consiste, por ejemplo, en poner un vaso con veneno lo suficientemente cerca del enfermo como para que éste pueda bebérselo, como ocurrió en el caso de Ramón Sampederro. El suicidio asistido se deja en manos de ONG mediante diversos medios no médicos. La organización *Exit* acepta peticiones de suizos o residentes en Suiza, mientras que *Dignitas* acepta peticiones de suicidio asistido en personas de todo el mundo

(120) Desde 1998 se permite que los enfermos adultos a los que les queden menos de seis meses de vida puedan solicitar a sus médicos fármacos letales. Esta ley fue aprobada dos veces en referéndum y ha sido confirmada por la Corte Federal de Apelaciones (2004) y por el Tribunal Supremo de Estados Unidos (2006). Desde que entró en vigor ha sido utilizada en más de 200 casos de enfermos terminales.

(121) LEMA ANÓN-BRANDÁRIZ GARCÍA, «Disponibilidad de la propia vida, eutanasia y responsabilidad penal: notas iusfilosóficas y jurídico penales», *op. cit.*, pág. 26.

(122) Al respecto, el gobierno socialista elaboró un Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida (BOCG de 17 de junio de 2011) que no se convirtió en Ley por el cambio de gobierno tras las elecciones de noviembre de 2011.

(123) Un pequeño paso a nivel autonómico en esta dirección, podría considerarse el *Decreto 30/2007, de 22 de marzo, por el que se regula el documento de instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el Registro de Instrucciones Previas de Castilla y León* (BOCyL n.º 62, de 28 de marzo de 2007).

la Persona en el Proceso de la Muerte)⁽¹²⁴⁾, Aragón (Ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte)⁽¹²⁵⁾, o Navarra (Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte)⁽¹²⁶⁾.

Porque la forma en que cada uno decidimos enfrentarnos a la muerte no está en función sólo del dolor, sino de otros factores de tipo afectivo, psicológico, filosófico, religioso o moral, factores profundamente individuales e íntimos que, de acuerdo con LEMA AÑÓN y BRANDÁRIZ GARCÍA, «impiden determinar una forma única «correcta» de encarar la realidad de la muerte y merecen ser respetados *prima facie*»⁽¹²⁷⁾. Una cierta «reapropiación» de la experiencia de la muerte, que también contemple la posibilidad de controlar o determinar en la medida de lo posible el momento de la propia muerte. Por lo que se discute, en definitiva, no es sino el «derecho a la propia muerte»⁽¹²⁸⁾.

5.3. El consentimiento de la embarazada y el delito de aborto

5.3.1. La actual regulación y el sistema de plazos

En lo que a la regulación del aborto se refiere, como ya sabemos, contamos con la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE de 4 de marzo de 2010). Una Ley que da una relevancia inexcusable a la voluntad de la embarazada, permitiendo el aborto a petición de la mujer hasta las 14 semanas de gestación, y en supuestos tasados por causas médicas a partir de dicho plazo.

En caso de *aborto a petición*, además del consentimiento expreso de la embarazada, y de que se lleve a cabo por médico especialista o bajo su dirección, en centro sanitario público o privado acreditado, son tres los requisitos:

1. Que se le informe a la embarazada de sus derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad.

(124) BOJA, n.º 88, de 7 de mayo de 2010.

(125) BOE de 14 de mayo de 2011.

(126) BOE de 16 de abril de 2011.

(127) LEMA AÑÓN-BRANDÁRIZ GARCÍA, «Disponibilidad de la propia vida, eutanasia y responsabilidad penal: notas iusfilosóficas y jurídico penales», *op. cit.*, pág. 28.

(128) *Ibidem*.

2. Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, entre que se le dio la información necesaria y la realización de la intervención.

3. Tratándose de mujeres de 16 o 17 años, que se le informe de tal decisión al menos a uno de los representantes legales, salvo en caso de conflicto grave con peligro de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o situación de desarraigo o desamparo.

En caso de *aborto por causas médicas*, son cuatro los supuestos admitidos:

1. Hasta las 22 semanas de gestación, cuando exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada: se requiere un dictamen de médico especialista distinto al que practique la intervención.

2. Hasta las 22 semanas de gestación, cuando exista riesgo de graves anomalías en el feto: necesario dictamen de dos médicos especialistas distintos al que practique la intervención.

3. Sin plazo máximo, cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida: se requiere de dictamen de médico especialista distinto al que practique la intervención.

4. Sin plazo máximo, cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico⁽¹²⁹⁾.

En consecuencia, el aborto llevado a cabo con el consentimiento informado de la mujer, y cumpliendo los requisitos mencionados es impune. Diferente es si se realiza:

— *Sin consentimiento de la mujer y de forma intencionada* (art. 144)⁽¹³⁰⁾: prisión de cuatro a ocho años más inhabilitación para el ejercicio de cualquier profesión sanitaria o para prestar servicios de toda índole en

(129) Dicho comité clínico estará formado por un equipo pluridisciplinar integrado por dos médicos especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal y un pediatra. La mujer podrá elegir uno de estos especialistas. En cada Comunidad Autónoma habrá, al menos, un comité clínico en la red sanitaria pública. Confirmado el diagnóstico, la mujer decidirá sobre la intervención (art. 16).

(130) Art. 144 CP: «El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años. Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño».

clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, de 3 a 10 años.

— *Sin consentimiento de la mujer y por imprudencia grave* (art. 146)⁽¹³¹⁾: tres a cinco meses de prisión o multa de seis a diez meses, y si es por una negligencia sanitaria, también con la pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión de uno a tres años. En estos casos la mujer nunca responde por este delito cuando el aborto se produce por una imprudencia suya.

— *Con consentimiento de la mujer pero fuera de los casos permitidos por la ley* (art. 145)⁽¹³²⁾: el tercero que provoque el aborto responderá con una pena de uno a tres años de prisión más la inhabilitación correspondiente para el ejercicio de la profesión de uno a seis años. La pena se incrementa si el aborto se realiza fuera de un centro público o privado acreditado. La mujer en estos supuestos tiene una pena atenuada —multa de seis a 24 meses—. Las penas serán aun mayores, tanto para el que ejecuta el aborto como para la embarazada, si el aborto se produce a partir de las 22 semanas de gestación.

(131) Art. 146: «El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

Cuando el aborto fuera cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto».

(132) Art. 145 CP: «1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley será castigado con la pena de prisión de uno a tres 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 uno a seis años. El juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado.

2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses.

3. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se llevare a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación».

— *Con consentimiento de la mujer, en los casos permitidos por la ley, pero sin cumplir los requisitos señalados*⁽¹³³⁾ (art. 145 bis)⁽¹³⁴⁾: aquí el tercero responderá con multa de seis a doce meses e inhabilitación de seis meses a dos años. Pena que aumentará si el embarazo ha alcanzado ya las 22 semanas de gestación. La mujer no responde penalmente en estos casos.

5.3.2. *La por fin abandonada propuesta de reforma del gobierno y la evidente violación de los Derechos Humanos de las mujeres*

Hasta el pasado mes de septiembre ocupaba el centro de la polémica la reforma, anunciada por el gobierno, de la *LO 2/2010*. Una ley que, como hemos visto, recoge un sistema de plazos similar al que rige en la mayor parte de los países europeos⁽¹³⁵⁾, y que el actual gobierno se obstinaba en cambiar volviendo a una regulación más propia de tiempos que a la gran mayoría nos gustaría no tener que recordar.

(133) Los requisitos son: a) sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad; b) sin haber transcurrido el periodo de espera de un mínimo de tres días entre que se recibe la información y se lleva a cabo la intervención; c) sin contar con los dictámenes médicos necesarios dependiendo de la causa médica; d) intervención realizada fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. En este último caso, el juez podrá imponer una pena aún mayor.

(134) Art. 145 bis: «1. Será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que dentro de los casos contemplados en la ley, practique un aborto:

- a) Sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad;
- b) sin haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación;
- c) sin contar con los dictámenes previos preceptivos;
- d) fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. En este caso, el juez podrá imponer la pena en su mitad superior.

2. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas previstas en este artículo en su mitad superior cuando el aborto se haya practicado a partir de la vigésimo segunda semana de gestación,

3. La embarazada no será penada a tenor de este precepto».

(135) Excepto Malta, que prohíbe el aborto en todos los supuestos, e Irlanda, que sólo lo permite para salvar la vida de la madre; el sistema de plazos combinado con la posibilidad de aborto posterior en casos excepcionales, es el sistema adoptado en países como: Noruega, Suecia, Estonia, Letonia, Lituania, Dinamarca, Holanda, Bélgica, Alemania, República Checa, Eslovaquia, Hungría, Rumania, Bulgaria, Grecia, Italia, Austria, Suiza, Francia y Portugal. Mantienen el sistema de plazos en exclusiva: Finlandia, Gran Bretaña, Polonia, Chipre y Luxemburgo.

Si bien incluso en el momento de la retirada de la propuesta (motivada por cuestiones más electoralistas que de concienciación de los derechos y libertades de las mujeres) aún se desconocían todos los detalles, por las confusas y contradictorias explicaciones que hasta entonces se venían ofreciendo al respecto —ni tan siquiera se conocía el nombre de los expertos que asesoraban al, por entonces, Ministro de Justicia en esta materia—; sobre lo que no cabe duda alguna es que, de haberse materializado finalmente (amenaza que sigue latente en el futuro), supondría un inadmisibles retroceso en los derechos de las mujeres. Un ataque a su autonomía y a la capacidad de decisión sobre su propio cuerpo.

Con la reforma anunciada, la decisión última no estaría en manos de la mujer, que de esta manera se convertiría en una especie de instrumento al servicio de todavía no se sabe qué. Y todo ello pese a que, según el Consejo de Europa, el aborto es un derecho, la libertad de las mujeres para decidir sobre su cuerpo debe ser respetada, y los Gobiernos tienen que garantizar que la interrupción voluntaria del embarazo sea una práctica accesible y segura.

Se trataría, pues, de una clara involución que generará una situación de injusticia y desprotección, pues como demuestran los datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS) las leyes más restrictivas no disminuyen el número de abortos, pero sí elevan los riesgos para las mujeres al aumentar las intervenciones clandestinas⁽¹³⁶⁾. Y ello por no hablar de la condena a una maternidad no deseada de las mujeres con menos recursos, pues las demás podrán sortearlas viajando a otros países. Esto es, y al igual que sucediese hace 40 años, volvería a haber desigualdades entre las mujeres que se pudieran costear el viaje al extranjero y las que no; algo especialmente grave en momentos de crisis como el actual, donde las diferencias sociales y económicas se han disparado.

Sea como fuere, se trata de una decisión que no respondía —ni responde— a demanda social alguna, preocupada sin duda en muchas otras cuestiones, que no ésta, y que carece de cualquier soporte jurídico. Porque la tantas veces traída a colación sentencia del Tribunal Constitucional (STC 53/1985, de 11 de abril), como justificadora de la reforma que se plantea, ya por

(136) La OMS advierte que restringir el aborto sólo provoca más mortalidad materna. 47.000 mujeres mueren cada año en el mundo por interrumpir su embarazo de forma clandestina e insegura; la mayoría tienen lugar en África, Asia y América latina, por tratarse de países con leyes restrictivas en esta materia.

entonces dejaba claro que la protección del no nacido no reviste carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aún debe estar sujeta a limitaciones. Porque junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución también eleva a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona. Un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. Un principio que cuando se quiere concretar no puede ignorar el hecho obvio de la especialidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir.

De otra parte, la posibilidad de que la norma suprimiera o limitara severamente el supuesto de malformaciones graves supone poco menos que una aberración moral, y un evidente retroceso en los valores democráticos. El propio TC en la mencionada STC 53/1985 considera constitucional el aborto en estos supuestos, tildándolos de casos límite en los que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. Situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva.

Finalmente, alegar que la anunciada reforma respondía a la necesidad de reforzar el derecho a la maternidad, además de un insulto a la inteligencia, supone retomar una visión paternalista de la mujer, cuya supuesta vulnerabilidad no le permite hacer frente a quienes, en su caso, se pudieran oponer a su derecho a ser madre empujándole al aborto. La realidad es que volver a convertir el aborto a petición de la mujer en delito, no hace más que acrecentar la vulnerabilidad de las mujeres y envalentonar a quienes defienden posiciones ultracatólicas y antiabortistas.

El aborto es siempre un decisión difícil, y muchas veces sumamente dura, que debe ser respetada, sin añadir elementos que incrementen de forma injustificada tal sufrimiento. Y ello sin olvidar que es el único delito en el que

sólo pueden ser autoras las mujeres, algo que a muchos les imposibilita ni tan siquiera plantearse lo que debe suponer enfrentarse a tal decisión⁽¹³⁷⁾.

Nadie discute que hay que defender la vida, defender el derecho de la mujer a no continuar con su embarazo no va contra el derecho a la vida, sólo defiende también los derechos de la mujer embarazada, su integridad física y psíquica, su dignidad y su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Porque —en completo acuerdo con BOIX REIG— «el aborto no tiene ideología, es un problema íntimo y personal. Lo que sí tiene ideología, a veces en estado puro, es su regulación. Y en esas estamos»⁽¹³⁸⁾. La decisión de la mujer respecto a continuar o no con su embarazo nunca debe sustituirse por factores morales o ideológicos; y menos en un Estado que se proclama aconfesional y en el que se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1 CE).

En definitiva, la mujer, por el simple hecho de estar embarazada, no puede ser expropiada por el Estado de su propio cuerpo. La regulación del aborto, por tanto, debe dejarse como está, y la mujer debe tener siempre la última palabra pues la peculiar relación habida entre ella y el *nasciturus* hace que la decisión le afecte primordialmente a aquélla. Y eso, se tenga la ideología que se tenga, es incontestable.

6. LA PROTECCIÓN PENAL DE LA LIBERTAD DE DECISIÓN. EL TRATAMIENTO MÉDICO ARBITRARIO Y EL DELITO DE COACCIONES (ART. 172.1 CP)

Mientras el punto de mira de las lesiones es la preservación de la integridad física y la salud del sujeto, cuando falta el consentimiento del enfermo el bien jurídico lesionado será otro: el que atenta a la voluntad del paciente, trasladándose así el problema al ámbito de los delitos contra la libertad⁽¹³⁹⁾. No obstante, se hace muy difícil apreciar los requisitos típicos de los delitos contra la libertad, y que por lo general serán los del delito de coacciones (art. 172.1 CP)⁽¹⁴⁰⁾, dado que este delito exige que medie un acto de violencia

(137) BOIX REIG, J., «La regulación del aborto debe dejarse como está», EL PAÍS, 26 septiembre 2012.

(138) *Ibidem*.

(139) VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Responsabilidad penal del personal sanitario*, op. cit., pp. 69 y ss.

(140) Art. 172.1 CP: «El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados (...)».

sobre las personas, algo que muy raramente se dará en la práctica médica⁽¹⁴¹⁾. Por todo ello no es de extrañar el debate sobre la conveniencia de introducir un delito específico que contemple los atentados a la formación de libertad en el ámbito sanitario, de manera que cubra las lagunas de punibilidad.

La incorporación de este precepto, según GÓMEZ RIVERO⁽¹⁴²⁾, es necesaria. Porque, como afirma esta autora, está claro que, al menos en los casos más graves, en que el médico, por ejemplo, amputa un brazo o una pierna al enfermo sin consultarle sobre la intervención y sin concurrir razones de urgencia, representan un atentado a la libertad tan grave como los que inspiraron al legislador a incorporar al CP los distintos delitos contra la libertad. Ciertamente, hay que huir del riesgo de criminalizar en exceso la práctica médica, porque los médicos no pueden estar constantemente amenazados de acabar entre rejas, y la medicina no se puede convertir en una profesión heroica que sólo unos cuantos se atrevan a ejercer; pero no es menos cierto el temor de ir hacia una medicina defensiva en la que se priorice la seguridad del médico sobre la del paciente y, sobre todo, por encima del sentido humano que debe inspirar su modelo de relación. En todo caso, no se trataría de incorporar un delito especial propio, sin correspondencia con otros atentados del CP, sino de plasmar en el ámbito médico los atentados a la libertad, que por su especial gravedad, ya sanciona el Derecho penal.

Esto es, sería conveniente la incorporación de un delito de tratamiento médico arbitrario para evitar el defecto que de otra forma amenazaría con producirse⁽¹⁴³⁾. Y es que de este modo se impedirían los vacíos legales a que podría llegarse en aquellos casos en que la conducta médica representara un serio atentado a la libertad del paciente, y con ello no se trataría de criminalizar aún más la práctica médica, sino de impedir su reconducción forzada a otros expedientes que desorbiten su contenido de injusto⁽¹⁴⁴⁾.

Ejemplo de la tendencia expansiva hacia los delitos de lesiones de conductas que debieran realmente canalizarse a los delitos contra la libertad, es la STS 26

(141) GÓMEZ RIVERO, C., *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pág. 125.

(142) *Ibidem*, pp. 129 y 130. Del mismo modo, para MORILLAS CUEVA, tampoco es totalmente descartable «la posibilidad de un tipo específico que aclare la ambigua situación actual, que delimite los contornos entre los atentados a la vida o la salud y a la libertad personal, que fije, con todas las cautelas sobre la experiencia doctrinal y comparada, los requisitos y excepciones del consentimiento y que sirva incluso de modulación garantista». Algo similar a lo que hace el CP Portugués en sus arts. 155 y 156, donde regula las intervenciones y tratamientos médico-quirúrgicos arbitrarios. *Vid.*, en MORILLAS CUEVA, L., «Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica», op. cit., pp. 116 y 117.

(143) GÓMEZ RIVERO, C., *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pág. 131.

(144) *Ibidem*, pp. 131 y 132.

octubre de 1995, que condenó a un cirujano por delito de lesiones, el cual aprovechando que la paciente había sido sometida a una intervención de cesárea, le practicó una ligadura de trompas médicamente indicada (por el riesgo que para la mujer podía representar un nuevo embarazo) pero sin mediar el consentimiento informado de la paciente ni de sus familiares. Evidentemente, y así nos lo recuerda GÓMEZ RIVERO⁽¹⁴⁵⁾, en la medida en que la intervención estaba médicamente indicada, no es posible apreciar un delito de lesiones (al menos físicas) como hace la sentencia. Tal solución, a juicio de esta autora sevillana, se debe a la ausencia en nuestro CP de un delito que específicamente contemple el tratamiento arbitrario, ante lo cual, el Tribunal, en aras a evitar la impunidad, se inclina por apreciar un delito de lesiones físicas pese a que la intervención ha sido curativa⁽¹⁴⁶⁾.

Y es que los supuestos más comunes en la actividad sanitaria son los de consentimiento ineficaz por información insuficiente, consentimiento incompleto, falta de consentimiento por olvido del facultativo, y consentimiento conseguido mediante engaño, supuestos todos ellos que no cumplen con la exigencia de violencia del delito de coacciones. No es de extrañar,

(145) *Ibidem*, pág. 131.

(146) Como propuesta de lo que podría ser la redacción del delito de tratamiento arbitrario, la profesora GÓMEZ RIVERO formula la siguiente: «1. El profesional sanitario que con finalidad curativa, a sabiendas, someta a un enfermo a tratamiento médico sin su consentimiento aun cuando lo haga conforme a las reglas de la Ciencia médica, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a dieciocho meses siempre que concurra cualquiera de las circunstancias siguientes:

a) que se trate de un acto que comporte para el paciente consecuencias permanentes o irreversibles;

b) que la ignorancia del sujeto sobre la realidad de la intervención o sobre los extremos de la misma le lleve a desconocer los graves riesgos que el acto comporta para su vida o salud. En este supuesto, sin perjuicio de la responsabilidad por otros títulos delictivos a que dé lugar, los hechos sólo se castigarán si el riesgo que se ocultó al paciente se ha materializado en un resultado lesivo.

2. En los casos de especial gravedad el juez podrá imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, por un período de uno a cuatro años.

3. Los supuestos descritos en el apartado primero no serán punibles cuando concurran cualquiera de las siguientes circunstancias:

a) que se trate de evitar daños en la salud del paciente y éste no haya manifestado su deseo serio e inequívoco de que en ningún caso se le oculte información.

b) que se trate de la ampliación de una intervención ya iniciada cuya interrupción sería perjudicial para el paciente, se haya informado a los familiares y pueda presumirse el consentimiento de aquél.

4. Tampoco serán punibles los supuestos descritos en este artículo cuando pudiera probarse que una información adecuada no hubiese incidido en la decisión que de todas formas habría adoptado el paciente.

5. La actuación médica realizada sin el consentimiento del paciente se castigará conforme a los tipos de coacciones cuando no se realice con finalidad curativa». *Vid.*, en GÓMEZ RIVERO, C., *La responsabilidad penal del médico, op. cit.*, pp. 139 y 140.

por tanto, que en la práctica casi todas las condenas producidas por falta o deficiencia de información médica sean de carácter civil o administrativo⁽¹⁴⁷⁾, siendo realmente escasas las condenas por estos supuestos en la jurisdicción penal⁽¹⁴⁸⁾. Condenas penales que, cuando existen, generalmente se reducen a los casos de tratamientos contra la voluntad a miembros de determinadas confesiones religiosas en relación con las transfusiones de sangre (ej., Testigos de Jehová), a personas en huelga de hambre y, más recientemente, a los de detección del VIH⁽¹⁴⁹⁾.

7. CONCLUSIONES VALORATIVAS

Estamos en completo acuerdo con ROMEO CASABONA⁽¹⁵⁰⁾ respecto a que es necesario, y deseable, encontrar un equilibrio entre los intereses del personal sanitario y los de los pacientes cuando se haya producido un perjuicio por *mala praxis*, de modo que se siga manteniendo el necesario clima de confianza entre unos y otros. Esto es, la satisfacción de la lógica compensación por el daño sufrido, debe compatibilizarse con la no perturbación del trabajo diario y pacífico de los profesionales de la Medicina, con el fin de que estos puedan llevar a cabo, y de forma eficaz, su trabajo, y sin aumentar las tensiones a que ya se ven sometidos por la propia naturaleza y estructura actual de su labor.

Para ello, debe evitarse que se inserte en estos profesionales un sentimiento indebido de perturbación, a efectos de prevenir también el ejercicio de una medicina cada vez más defensiva, por ser igual de perjudicial para

(147) Entre otras, sírvanos como ejemplos: STS Sala de lo Civil (Recurso n.º 3558/1992) se establece que el médico está obligado a indemnizar el daño si no informó del riesgo y aun cuando su actuación hubiese sido correcta. Además en la sentencia se obliga al médico a probar que informó y, sobre todo, ante el incumplimiento de este deber impide alegar que se trataba de un riesgo imprevisible y, por tanto, inevitable. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Murcia, de 7 de junio de 2004, condenó por no informar en una operación de próstata. SAP Madrid, de 23 de junio de 2004, condena a una indemnización de 8.000 euros por dar una información incompleta. La Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Andalucía, en sentencia de 15 de julio de 2004, condena a indemnizar con 30.000 mil euros por mala información en una ligadura. El Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Madrid, en sentencia de 13 de septiembre de 2005, condena a un médico por no informar de un riesgo frecuente en una operación de blefaroplastia.

(148) MORILLAS CUEVA, L., «Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica», *op. cit.*, pp. 112 y 113.

(149) ASÚA BATARRITA, A., «Tratamiento curativo sin consentimiento del paciente y responsabilidad penal», en *JUNO*, vol. XL-XLVIII, n.º 1114, marzo de 1995, pp. 52 y 53.

(150) ROMEO CASABONA, C.M., «Evolución del tratamiento jurídico-penal de la imprudencia del personal médico-sanitario», *op. cit.*, pág. 251.

pacientes que para médicos y demás personal sanitario⁽¹⁵¹⁾. Y todo ello, siempre sin olvidar que la realidad de la Medicina actual poco o nada tiene que ver con la de otros tiempos, por lo que no nos queda sino que buscar soluciones adecuadas a las presentes circunstancias, pues de otro modo no serán efectivas.

Quizás la solución esté en retomar la máxima de Aristóteles respecto a eso de que «en el término medio está la virtud». Porque, si bien es cierto que ni la judicialización de la Medicina ni la exigencia por el ciudadano de que se cumplan sus derechos tiene vuelta atrás, no lo es menos el error de buscar la salida en el ejercicio de una Medicina cada vez más y más defensiva⁽¹⁵²⁾, con un sinfín de actos médicos y pruebas complementarias que nuestro raquítrico sistema sanitario difícilmente puede soportar. El riesgo y la incertidumbre son connaturales a esta ciencia, y los profesionales sanitarios deben convivir con ello, y también con las exigencias de responsabilidad por parte del ciudadano sobre el que se produzca un resultado no deseado, pero sin por ello «demonizarlo». Porque, de acuerdo sin ambages con el Doctor MORENO, «la grandeza, el privilegio, la satisfacción, el orgullo, el honor, la trascendencia, la humildad de ser médico, de poder curar, aliviar, consolar a los demás, es infinitamente superior a los posibles efectos no deseados de tal encomiable labor»⁽¹⁵³⁾.

(...) 3. Cuando las lesiones fueren cometidas por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de uno a cuatro años».

(...) 3. Cuando el homicidio fuere 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».

(151) *Ibidem*.

(152) MORENO, F., «La responsabilidad penal del médico», en Bol. SPAO 2012, 6(1), pág. 37. <http://www.spao.es/documentos/boletines/pdf-boletin-seccion-21-secciones-63654.pdf>

(153) *Ibidem*.