



**Universidad Internacional de La Rioja
Máster en el ejercicio de la abogacía**

LA RESPONSABILIDAD PENAL POR MALA PRAXIS MÉDICA

Trabajo fin de máster presentado por: Gonzalo Juan Fernández-Sambruno Claver

Titulación: Máster en el ejercicio de la abogacía

Área jurídica: Derecho Penal

Director/a: David Eleuterio Balbuena Pérez

Sevilla

10 de enero de 2018

Firmado por: Gonzalo Juan Fernández-Sambruno Claver

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "GJSC".

LA RESPONSABILIDAD PENAL POR MALA PRAXIS MÉDICA**ÍNDICE.**

1. Listado de abreviaturas y siglas	2
2. Resumen	3
3. Introducción.....	5
4. EVOLUCIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE MEDICINA Y EL DERECHO.....	6
5. EL TRATAMIENTO MÉDICO, SU CONCEPTO.....	9
a. Evolución histórica.....	9
b. El tratamiento médico curativo	13
c. Los tratamientos médicos no curativos	19
6. LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL SANITARIO EN LA ACTUALIDAD..	20
7. EL CONFLICTO EN LA ACTIVIDAD MÉDICA.....	22
8. ACTIVIDAD SANITARIA Y DERECHO PENAL ESPAÑOL, SU REGULACIÓN	25
a. La actividad sanitaria en el Código Penal.	25
b. El tratamiento médico curativo, su relevancia jurídico penal	30
c. La imprudencia en la actividad médico-sanitaria.....	32
i. El deber de cuidado. Concepto, generalidades y su particularidad en el ámbito de la medicina	32
ii. El deber de cuidado en el marco de la sanidad: la “ <i>Lex Artis</i> ”, su concepto, naturaleza y valor de la misma.....	34
d. La licitud del tratamiento médico a través del consentimiento	37
9. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICO PENAL, AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	41
10. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA TEMÁTICA	43
11. Conclusiones	45
12. Bibliografía	50
13. Fuentes jurídicas utilizadas	51

1. Listado de abreviaturas y siglas

a.C	Antes de Cristo
CP	Código Penal
d.C	Después de cristo
LBAP	Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LGS	Ley General de Sanidad
LOPS	Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias
LRHA	Ley de Reproducción Humana Asistida
LTO	Ley de Trasplante de Órganos
RD	Real Decreto
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

2. Resumen

LA RESPONSABILIDAD PENAL POR MALA PRÁXIS MÉDICA.

En este trabajo de fin de máster se puede encontrar cómo ha sido la evolución que ha experimentado la relación entre la medicina y el derecho a lo largo de la historia. Se profundiza en el concepto de tratamiento médico y las diferencias existentes entre el tratamiento médico curativo y el que no lo es. Se analiza cómo se encuentra en este momento la responsabilidad del profesional sanitario, así como la litigiosidad en este campo.

También se analiza cómo el CP recoge a la actividad sanitaria, qué relevancia jurídico penal tiene el tratamiento médico curativo, cómo se analiza la imprudencia en este ámbito y el papel que tienen el deber de cuidado, la *lex artis* y el consentimiento del paciente. Se analiza por último la autoría y participación a la hora de incurrir en un ilícito penal, para finalizar con un análisis jurisprudencial de la temática y una conclusión del mismo analizando todo lo planteado.

PALABRAS CLAVES: *lex artis*, consentimiento informado, tratamiento médico curativo, deber de cuidado, responsabilidad penal profesional.

Abstract

CRIMINAL LIABILITY FOR MEDICAL MALPRACTICE.

In this master's thesis, you can find out how the evolution of the relationship between medicine and law has evolved throughout history. It delves into the concept of medical treatment and the differences between curative medical treatment and that which is not. It is analyzed how the responsibility of the healthcare professional is at this moment, as well as the litigation in this field.

*It is also analyzed how the CP collects the health activity, what legal relevance has the medical curative treatment, how to analyze imprudence in this area and the role of the duty of care, the *lex artis* and the consent of the patient. The authorship and participation at the time of incurring in a criminal offense are analyzed, to finalize with a jurisprudential analysis of the subject and a conclusion of the same one analyzing all the raised thing.*

KEY WORDS: *lex artis*, informed consent, curative medical treatment, duty of care, professional criminal responsibility

Agradecimientos

No quería desaprovechar la oportunidad que me da este lugar del trabajo para agradecer a D. David Eleuterio Balbuena Pérez por su inestimable ayuda a la hora de dirigirme este Trabajo Fin de Máster, su entrega, su disponibilidad, su amabilidad, su paciencia y el trato recibido para poder concluir este trabajo. Al mismo tiempo no puedo dejar atrás la figura de Susana Pedrero Lagares por su apoyo, ánimo, aliento, comprensión, cariño, y paciencia que hay que tener con las personas que al mismo tiempo que trabajamos, investigamos quitándole tiempo en muchas ocasiones a quien más se lo merecen.

3. Introducción

El motivo de la elección sobre esta materia y concretamente sobre este tema tiene una doble vertiente, por un lado, el innegable interés de la ciencia médica, y por otro la importancia de ésta para el jurista, la cual llevaba a la incesante necesidad de abordar un tema de candente actualidad y de insontable practicidad en el ejercicio de la abogacía como es la responsabilidad penal por mala praxis médica.

Una vez establecido y analizado los motivos por lo que ha sido elegido este tema para la elaboración del Trabajo Fin de Máster, sabiendo el punto de partida se establecerán los objetivos y la metodología empleada para llegar a ellos.

Los objetivos que se han planteado al elaborar este trabajo, además de ver a grandes rasgos la responsabilidad penal por mala praxis médica, son encontrar y analizar la evolución que ha tenido la relación entre la medicina y el derecho, analizar pormenorizadamente y llegar a un concepto de tratamiento médico, ver cómo se encuentra la responsabilidad del profesional sanitario en la actualidad, encontrar una respuesta a la litigiosidad en este campo, desgranar la regulación penal española en esta materia, la relevancia jurídico penal del tratamiento médico curativo, ver el papel del deber de cuidado, la *lex artis* y el consentimiento informado, así cómo se individualiza la responsabilidad jurídico penal a través de la autoría y participación, con un colofón como broche al trabajo de un análisis jurisprudencial de la materia.

Será en las conclusiones donde se analizará las respuestas a todos esos interrogantes y donde se plasmará si se ha obtenido luz ante estos objetivos planteados, si por el contrario no se ha podido conseguir una respuesta única, o en qué estado se encuentra la cuestión ante esos objetivos que se han planteado.

La metodología a seguir será el método de investigación clásico, búsqueda y análisis de información en manuales, libros, revistas, bases de datos, páginas web, jurisprudencia, textos legislativos y monografías, de todo ello, el lector dispone de una bibliografía y fuentes jurídicas consultadas al final de este trabajo.

Una vez analizada toda la información se ha hecho un proceso de filtrado y análisis comparativo de toda la información para solo quedarse con lo que realmente era útil a la hora de incluirlo en este Trabajo Fin de Máster.

Posteriormente se le ha dado forma, de tal modo que pudiera tener una estructura organizada

para que llevara un hilo conductor desde su origen hasta las conclusiones en las que se da una aportación personal a lo que ya estaba previamente establecido.

A la hora de redactar y plasmar toda la información para favorecer el intercambio científico y poner a disposición de los demás investigadores toda la información que se ha manejado, y que quedará documentado los lugares de los cuales ha sido extraída dicha información, con el fin de que se pueda acudir a dichas fuentes en las que este trabajo ha sido inspirado, se ha seguido el modelo de citas y referencias UNE-ISO 690 Información y Documentación. Que son las directrices para referencias bibliográficas y de citas de recursos de información, promulgada en mayo de 2013 por la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR).

4. EVOLUCIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE MEDICINA Y EL DERECHO

Es inevitable en los tiempos que corren abordar una investigación en la que se intente casar a dos disciplinas tan importantes como son la medicina y el derecho, sin encontrar en diferentes tipos de obras de carácter técnico y doctrinal una frase que, aunque adopte diferentes formas, quiera decir exactamente lo mismo, y es que ha aumentado de forma notable la exigencia de responsabilidad a los profesionales sanitarios por los perjuicios ocasionados al paciente en el desarrollo de su profesión.¹

Esto hace ver la candente actualidad del asunto y que justifica de pleno haber elegido este tema como punto central de investigación del Trabajo Fin de Máster, al mismo tiempo que hace ver, que el problema de fondo del asunto, que es la exigencia de responsabilidad a los profesionales sanitarios, no es algo que atañe solo a esta época, sino que viene de antiguo, pese a que por las corrientes actuales se pueda llegar a pensar que es un asunto netamente de esta época.

Es por ello, que para ver la evolución que ha experimentado este problema que viene de lejos, se haga una retrospectiva a la historia de la medicina, viendo qué relación ha tenido el médico y el Derecho pudiendo ver por tanto la evolución del Derecho médico desde el principio de los tiempos hasta hoy.

¹ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. La Medicina ante el Derecho. En: FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO, MARCIAL PONS (ed.) *Responsabilidad Penal en el Ejercicio de Actividades Médico-Sanitarias*. Madrid: FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO, MARCIAL PONS (ed.), p.35

Hay que remontarse al Neolítico, allá por los años 10.000 y 5.000 a. C., donde al médico se le ve como a un sanador con poderes sobrenaturales a base, además, de hierbas medicinales, se accedía a la profesión de forma hereditaria y tiene una gran unión a lo religioso, por tanto, la posición que ocupaban era de prestigio, cobrando en algunas ocasiones por sus servicios, es esa unión a lo religioso y a la divinidad lo que exime de responsabilidad al médico que se traslada a los Dioses.²

Es en la Mesopotamia de los años 4.000 a 539 a. C. donde comienza a desligarse de lo divino la medicina, pasando a tener importancia la identificación de los síntomas y alejándose de la causa como una impureza moral, lo que lleva por tanto a la exigencia de responsabilidad al profesional.³

Es con el código de Hammurabi de 1800 a.C. donde se recoge y regula con trece artículos a la profesión médica, incluyéndose un apartado sobre las penas que podían ser impuestas al médico, a modo de ejemplo, el artículo 219 establecía lo siguiente: “*Si un médico ha tratado una herida grave al esclavo de un plebeyo con el punzón de bronce y lo ha matado devolverá esclavo por esclavo*”. Así podemos ver cómo se establecía la responsabilidad del médico en aquella época, siendo peor incluso en hombres libres cuyo castigo podía ser cortarles las manos.⁴

Muy parejo en tiempo, en el Antiguo Egipto, por 1.900 a.C. aparece la figura de médicos laicos con especialidad en patologías concretas, es esta especialización y rigor científico alejado de lo sagrado lo que conlleva una mayor responsabilidad para el médico.⁵

Pasando a Grecia, que fue la gran revolucionaria de la medicina, en los siglos VI a.C. a IV d. C. debido a que el Imperio Romano toma para sí toda esta disciplina griega, pasándose ya por completo a una medicina técnica y científica, dejando atrás lo mágico y lo divino. Destacan de este periodo Hipócrates siglo IV a.C., conocido como padre de la medicina, y Galeno siglo II d. C. que reúne todo el saber médico griego en su obra.⁶

² *Ibidem*, p.36

³ *Ibidem*, p.36 *in fine*

⁴ *Ibidem*, p.37

⁵ *Ibidem*, p.37

⁶ *Ibidem*, p.37 *in fine*

Entre estas dos culturas la Griega y la Romana no hay diferencia en el plano médico, una es la continuación de la otra, pero sin embargo, sí se aprecia una diferenciación en cuanto a lo jurídico en el plano de la responsabilidad, sin quitarle su importancia a los primeros que por ejemplo sentaron el Juramento Hipocrático, no es una norma propiamente de índole jurídica pero pese a su carácter ético ha tenido un peso importantísimo en la determinación de la responsabilidad del médico y hoy día sigue siendo la base deontológica para el ejercicio profesional de la medicina, Platón y Aristóteles recogen normas de responsabilidad en Grecia, mientras que el Derecho Romano las alberga en Instituciones y el Digesto.⁷

Se llega después, por lo tanto, a la Edad Media donde destacan los árabes Avicena y Averroes siglos X al XII d.C. y Maimónides siglo XII d. C., donde el avance de estos contrasta con la decadencia de la medicina en la Alta Edad Media siglos V al XI d. C. donde fueron los monasterios los que albergaron a esta disciplina con pocos avances científicos y un paso atrás en lo que a la figura del médico se trata volviendo a vincularse la medicina con la religión.⁸

Aun así, a los médicos seglares que estaban formados en una clase organizada a partir del siglo VIII d.C. les resultaban aplicables las *Leges Wisigothorum*. Esta decadencia de la medicina llega a su fin en el siglo XII con la creación de las universidades medievales, el legislador medieval no fue benévolos en materia de responsabilidad profesional siguiendo la línea de las *Leges Wisigothorum* se llevó a cabo el Fuero Juzgo, y aún más detallados los posibles errores profesionales del médico se encuentran en las Partidas.⁹

Pero para hablar de un auténtico proceso de profesionalización se tendrá que esperar hasta el siglo XIII en la Baja Edad Media, donde se está ante una secularización, ya que esa figura del médico dentro de la iglesia se erradica y es el momento de aplicar la razón a la hora de afrontar las enfermedades. Durante el Renacimiento que abarca los siglos XV y XVI hasta la Ilustración en el siglo XVIII estamos ante un proceso de formación universitaria con una profundidad inusual hasta entonces, nacen entonces las Cofradías y Colegios profesionales que se crean para paliar los déficits universitarios y así implementar la formación del médico.¹⁰

⁷ *Ibidem*, p.38

⁸ *Ibidem*, p.38 *in fine*

⁹ *Ibidem*, p.39

¹⁰ *Ibidem*, p.39 *in fine*

Es en el siglo XIX y en el XX donde la medicina se conforma con las señas de identidad que se mantienen hasta la actualidad y que son de un gran calado para el Derecho, dos de ellas son, por un lado, la aparición de las especialidades médicas y de otro los avances y el desarrollo técnico que generan por lo tanto una mayor expectativa social con respecto a la cura de enfermedades, lo que supone una mayor presión para el profesional en el ejercicio de su profesión. En cuanto a la regulación legal de la responsabilidad, al estar en la época de la codificación hace que las disposiciones legales concretas para la responsabilidad médica se extingan, quedando sometida la responsabilidad del médico a las normas generales destinadas a los demás ciudadanos y profesionales, si es cierto que la legislación penal sí recoge algunos delitos concretos para los que ejercen la medicina.¹¹

Importante incidencia tiene, a partir de la Primera Guerra Mundial (1914-1918), en la responsabilidad del médico el uso generalizado de la asistencia sanitaria, lo que conlleva un mayor volumen de asistencias y que estas se hagan con la mayor celeridad posible.¹²

Tras haber realizado una retrospectiva desde el comienzo de los tiempos hasta nuestros días de cómo ha ido evolucionando la responsabilidad del médico, ahora se pasará, para finalizar, a analizar concretamente la situación actual que se da en España.

El punto en el que se encuentra la situación, es un incremento espectacular de las reclamaciones y de las demandas judiciales contra los profesionales de la sanidad, y este es el punto de partida y el motivo para realizar este trabajo de investigación, en el que debido a esta razón se ha creado un marco propicio para la especialización y desarrollo por parte de los profesionales del Derecho y más concretamente aquellos que deseen desempeñar la abogacía como oficio en la defensa de los pacientes damnificados o por el contrario en la defensa de los profesionales sanitarios demandados.¹³

5. EL TRATAMIENTO MÉDICO, SU CONCEPTO

a. Evolución histórica

La medicina, por su objeto, que constituye y que conlleva la invasión del cuerpo humano, supone una de las profesiones en la que mayor riesgo corren bienes jurídicos fundamentales, como son la vida, la salud, la integridad física, o la libertad y por lo tanto dicho riesgo no

¹¹ *Ibidem*, p.40

¹² *Ibidem*, p.40 *in fine*

¹³ *Ibidem*, p.49

puede ser mirado para otro lado por el Derecho Penal como garante de los bienes jurídicos de mayor relevancia, que se ven afectados con asiduidad por los médicos en el día a día de su profesión, por su intromisión en el cuerpo y la mente de los pacientes dándose en muchas situaciones un menoscabo en la salud de estos.¹⁴

El tratamiento médico ocupa el lugar más importante para el ámbito jurídico penal dentro de las distintas actividades que puede desempeñar un médico. Pero ¿cuándo se puede hablar de tratamiento médico-quirúrgico? Para establecerlo se verá su evolución a lo largo del tiempo.¹⁵

Es muy extensa la cantidad de obras relativas al concepto de tratamiento médico desde el punto de vista de la doctrina penal, existiendo abundantes definiciones destacándose en cada una de ellas aquellos caracteres que han considerado sus autores oportunos.¹⁶

Desde finales del siglo XIX han sido muchos los autores que han definido el tratamiento médico, a continuación, se pasará a detallarlos:

STO OSS: “*La acción beneficiosa para la salud de la persona ejercida sobre su cuerpo*”. Y en sentido negativo “*Una acción no constituye tratamiento cuando no se realiza en interés de la salud y del bienestar corporal y psíquico de la persona sobre la que se actúa*”. Se ve por tanto la importancia para STO OSS de la finalidad curativa y que estos supuestos han de ser llevados a cabo por el médico dejando de lado a otro tipo de profesionales. Ha sido elogiado por la doctrina ya que su definición engloba la mayoría de supuestos que pueden hoy entenderse como tratamiento médico, con la única salvedad, que deja fuera el trasplante de órganos y las transfusiones de sangre, así como la experimentación científica.¹⁷

GRISPIGNI: “*Aquella modificación del organismo ajeno, realizada según las normas indicadas por la ciencia, para mejorar la salud física o psíquica de la persona o la belleza de la misma*”. Excluye los experimentos científicos sobre las personas vivas en su vertiente de experimentación pura, así como las intervenciones que se somete una persona en favor de otras, las no realizadas de conformidad con las normas de la ciencia o *lex artis* médica que

¹⁴ GUÉREZ TRICARICO, P. El Concepto de Tratamiento Médico. En: CIVITAS, THOMSON REUTERS (ed.) *El Tratamiento Médico Curativo y su Licitud: El Papel del Consentimiento del Paciente*. Pamplona: CIVITAS, THOMSON REUTERS (ed.), p.29.

¹⁵ *Ibidem*, p.30.

¹⁶ *Ibidem*, p.31 *in fine*.

¹⁷ *Ibidem*, p.32.

con posterioridad profundizaremos sobre ella. Esta definición se antoja muy restrictiva y no supone a efectos del Derecho Penal una definición de tratamiento médico, sino de tratamiento médico realizado correctamente, además se vería restringida según la doctrina penal española a aquellas intervenciones que supongan una modificación en el organismo, es decir se circunscribiría a tratamientos quirúrgicos, dejando por tanto fuera muchos mas tipos de tratamientos no invasivos. Dejando también, por lo tanto, fuera los primeros auxilios de las personas carentes de conocimientos médicos o aquellas acciones facultativas básicas como medicinar a un enfermo, seguimiento u observación, así como la prevención tan de moda en nuestros días y la prescripción de hábitos de vida, consejos terapéuticos o psicoterapia.¹⁸

MEZGER: “*la intervención sobre la persona de otro al objeto de mejorar la salud, siempre que pueda considerarse como medida adecuada, teniendo en cuenta el estado presente de nuestro saber*”. Es importante la precisión que incluye con respecto a que se ha de considerar el tratamiento como medida adecuada.¹⁹

SCHMIDT: “*Es aquel que responde a los siguientes requisitos:*

- 1) *Debe ser correcto en los criterios del saber y de la experiencia médica.*
- 2) *Debe ser indicado.*
- 3) *Tener una tendencia objetiva a la curación*
- 4) *Debe ajustarse a los criterios de la lex artis.*²⁰”

ENGISCH: “*Aquel que se realiza en beneficio de la salud de la persona, con aquella finalidad y de acuerdo con la lex artis*”.²¹

BLEI: Incluye dos elementos, el subjetivo y el objetivo “*Tratamiento curativo es aquel que se realiza subjetivamente con finalidad curativa y objetivamente bajo las reglas de la Medicina*”. Quedan fuera aquellos tratamientos que no se hagan en beneficio de la salud del

¹⁸ *Ibidem*, pp.33-36.

¹⁹ *Ibidem*, p.37.

²⁰ *Ibidem*, p.37 in fine.

²¹ *Ibidem*, p.38.

paciente, como la experimentación pura y aquellos que no se hagan con los estándares de la medicina, así como la medicina preventiva no sería contemplada.²²

CRESPI: “*Aquella acción llevada a cabo por parte de un médico en el ejercicio de su actividad profesional dirigida a favorecer las condiciones de vida de un ser humano vivo*”. Se incluyen las actividades no quirúrgicas, profilácticas, paliamiento del dolor, estéticas siempre que sean por un médico, por el contrario, excluye las actividades experimentales, salvo cuando sea para el diagnóstico y represente una cuestión indispensable para el mismo.²³

Si se centra el foco en lo que a España se trata, se puede detallar qué dice la doctrina española al respecto de tratamiento médico.

JIMÉNEZ DE ASÚA: Va mas allá de lo realizado por el profesional médico, abarcando así las actividades destinadas a curar, realizadas por personas sin conocimientos médicos, pero si con algunos conocimientos para poder llevar a cabo esa cura. “*Toda intervención en el organismo humano con fines de asegurar o restaurar la salud física de una persona o mejorar su aspecto estético, con el empleo de los medios adecuados*”.²⁴

RODRÍGUEZ DEVESA: “*Consiste en una serie de prescripciones procedentes de un facultativo a las que se somete el sujeto y que afectan o pueden afectar a su salud y a su integridad corporal*”. Aquí se ve la diferenciación de tratamiento médico curativo y tratamiento médico no curativo en la que se profundizará a continuación en este trabajo.²⁵

MUÑOZ CONDE: “*Una serie de prescripciones procedentes de persona autorizada a ello, o de acciones realizadas directamente por dicha persona sobre otra y que pueden afectar a la salud y a la integridad física de ésta*”. Para ambos autores representa una especial importancia la cualificación de la persona que realiza el tratamiento médico, ya que, a la hora de verse exentas de una responsabilidad penal, será con motivo de haberse desarrollado el ejercicio de la profesión de una forma legítima.²⁶

²² *Ibidem*, p.38.

²³ *Ibidem*, p.38 *in fine*.

²⁴ *Ibidem*, p.39 *in fine*.

²⁵ *Ibidem*, p.40.

²⁶ *Ibidem*, p.40 *in fine*.

²⁷ROMEO CASABONA: “A aquella actividad profesional del médico dirigida a diagnosticar, curar o aliviar una enfermedad, a preservar –directa o indirectamente– la salud o a mejorar el aspecto estético de una persona”. Con este planteamiento se abarcan casuismos que quedaban fuera para otras definiciones, o que aun estando dentro de ellas generaban alguna controversia con planteamientos de otros autores. También para esta voz autorizada “*Tratamiento médico es aquella modalidad de tratamiento médico-quirúrgico dirigida a eliminar, aliviar o disminuir los efectos de una enfermedad*”.²⁸

JORGE BARREIRO: Similar a ENGISCH establece que “*el tratamiento médico curativo tiene las siguientes notas o características fundamentales*”:

- a) *Finalidad curativa.*
- b) *Indicación objetiva del tratamiento médico para el fin curativo.*
- c) *La ejecución conforme a la lex artis.*²⁹

De todas las posturas expuestas se ha de decir que la planteada por CRESPI es la más completa e idónea para la resolución de las controversias doctrinales que esta presenta.³⁰

b. El tratamiento médico curativo

Se puede decir, que si hay algún elemento que defina qué función tiene la Medicina, es evidentemente y a grandes rasgos la de curar a las personas. Por lo tanto, el tratamiento médico curativo ha sido el eje desde el punto de vista del estudio jurídico penal, haciendo así posible con esta delimitación eximir de responsabilidad a la hora de imputar delitos contra la vida, la integridad corporal y la salud, incluso apartando el delito de lesión cuando se trata de tratamiento médico curativo. Se define como “*el conjunto de acciones llevadas a cabo principalmente por un médico en el ejercicio de su actividad profesional, en interés de la salud física o psíquica del paciente, objetivamente indicadas y ejecutadas de acuerdo con las reglas de la ciencia médica*”.³¹

²⁷ *Ibidem*, p.41.

²⁸ *Ibidem*, p.41.

²⁹ *Ibidem*, p.42.

³⁰ *Ibidem*, p.42.

³¹ *Ibidem*, pp.42-43.

A continuación, desgranando esta definición, se procederá uno por uno a analizar cada uno de sus elementos:

1º) LA CUALIDAD DE MÉDICO DE LA PERSONA QUE REALIZA EL TRATAMIENTO.³²

Una corriente establece que para la licitud jurídico penal es obligatoria la cualificación profesional, mientras que otro sector de la doctrina establece que lo que debe quedar delimitado es la actividad y la finalidad de la misma conforme a la *lex artis* mas allá de la cualificación del que la lleva a cabo, centrándose más en criterios materiales que en criterios subjetivos. Ahora bien, los que defienden el elemento subjetivo apoyan y basan su requisito en criterios de consideración social, criterios de garantía de su finalidad, o de la autorización que se otorga a estos profesionales de manera legal para el desempeño de su profesión.

Por el contrario, a aquellos que defienden la amplitud del concepto centrándose en la materialidad, ven como si esta postura se adopta, no sería necesario ampararse en criterios como el estado de necesidad, por ejemplo.

Se excepciona, a curanderos reputados por su praxis refrendada por la ciencia médica; intervenciones de escasa entidad como un familiar que suministra la medicación; enfermedades leves que la medicación ha sido indicada por el farmacéutico por no necesitar prescripción facultativa; o ante situaciones de necesidad como puede incluso ser un procedimiento quirúrgico, como una traqueotomía de urgencia ante la falta de oxígeno de una persona accidentada, y con difícil acceso de los medios de rescate de forma inmediata a la zona, como esto véanse torniquetes, suturas y cualquiera que sea necesaria en extrema urgencia y haya de practicarlo una persona con conocimientos escasos de la materia.

Pero no se puede desviar ni perder la consideración que, en la mayoría de circunstancias, es el médico el eje central donde báscula el tratamiento médico curativo, por ello ROMERO CASABONA hace realmente hincapié en la profesionalidad a la hora de abordar un tratamiento médico quirúrgico.³³

³² *Ibidem*, p.43-47.

³³ *Ibidem*, p.46.

Y si se ha recalcado la importancia y la necesidad de dicha profesionalidad, hay que establecer qué se entiende por médico o cirujano, que no es otra cosa que aquel facultativo titulado, siguiendo el tenor de las disposiciones legales vigentes que lo habilitan para el desempeño de la medicina o la cirugía.

La Real Academia Española lo establece como “*persona legalmente autorizada para profesar y ejercer la medicina*”.³⁴ Mientras que la Enciclopedia Jurídica española recoge “*el facultativo que se halla legalmente autorizado para profesar y ejercer la medicina, en virtud del título oficial correspondiente*”.³⁵

Especial consideración tienen los enfermeros, auxiliares sanitarios y estudiantes de medicina que actúan de diferentes formas bajo la dirección y supervisión del médico, o sin ella, en circunstancias de especial necesidad por ausencia de los mismos.

2º) LA FINALIDAD DE MEJORA, ASEGURAMIENTO O RESTABLECIMIENTO DE LA SALUD FÍSICA O PSÍQUICA.³⁶

Siempre se ha de estar al interés de la salud del paciente, el médico siempre ha de tener la firme voluntad de proteger la salud del paciente.

Así STOSS fue de los primeros en establecer al tratamiento médico de la siguiente forma “*la acción beneficiosa para la salud de la persona, ejercida sobre su cuerpo*”. “*El cirujano que trata con una operación a un paciente no daña su cuerpo o su salud y no quiere dañarlos. Todos sus esfuerzos van más bien dirigidos a mejorar al paciente y no a dañarle. El médico que emprende un tratamiento operatorio no ejerce actividad lesiva alguna del cuerpo ni daños para la salud: trata al paciente y no le maltrata*”.³⁷

MANTOVANI se encuentra en la misma corriente de pensamiento en la que la finalidad curativa es imprescindible para delimitar el concepto del tratamiento médico, la salud ha de

³⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2017. Diccionario de la lengua española. Madrid: Espasa. [consultado en 23/12/2017]. Acceso en: <http://dle.rae.es/?id=Ol43qKz|Ol6Jp7U>

³⁵ ENCICLOPEDIA JURÍDICA ESPAÑOLA. Seix.t. XII. Barcelona 1910. Voz “médico”

³⁶ GUÉREZ TRICARICO, P. El Concepto de Tratamiento Médico. op. cit. pp. 47-49

³⁷ *Ibidem*, p.48.

ser el fin máximo del tratamiento y sobre todo básico para la relación de confianza entre el facultativo y su paciente.³⁸

Ha de entenderse esta finalidad en un sentido amplio, ya que puede darse el caso de perseguir la curación de una enfermedad o simplemente quedarse en mitigar o aminorar el menoscabo de la salud que provoca la misma, es por ello que hay que incluir también por lo tanto aquellas actividades encaminadas al diagnóstico, observación y evolución del paciente, de la enfermedad que se trate en cuestión, y por supuesto las actividades de prevención ya que todas las citadas sirven como garante de la salud, sin tener que significar ninguna de ellas una invasión en el organismo del paciente ni un peligro para su integridad, ya que lo que realmente importa es que se intervenga en pro de la salud.

3º) LA INDICACION MÉDICA OBJETIVA.³⁹

Desde el primer tercio del siglo pasado, la doctrina penal con respecto a este asunto en cuanto a los delitos contra la salud y la integridad corporal ha establecido que para justificar el tratamiento médico no era suficiente con el elemento subjetivo como ya hemos explicado con anterioridad, sino que es necesario contemplar el elemento objetivo, por ello SCHMIDT estableció que el tratamiento médico “*debía presentar una tendencia objetiva a la curación, aseguramiento o restablecimiento de la salud humana*”. Es decir, que sea indicada.

Para MANTOVANI indicado es “*la idoneidad objetiva terapéutica del tratamiento médico quirúrgico*”. Es decir que la buena voluntad del médico no basta, sino que ha de ser de acuerdo con lo establecido según la ciencia médica.⁴⁰

Así de ello desprende ENGISCH “*Una operación resulta indicada, cuando es el único o el mejor medio para conservar la vida o restablecer la salud, el bienestar o la buena apariencia del paciente, y cuando por ese motivo puede llegar a ser efectuada*”. Es decir, habrá que sopesar en la balanza los pros, los contras, y una vez analizados estos, estaremos ante un tratamiento indicado si los beneficios superan siempre a los riesgos.⁴¹

³⁸ *Ibidem*, p.48.

³⁹ *Ibidem*, p.49.

⁴⁰ *Ibidem*, p.50.

⁴¹ *Ibidem*, p.50 *in fine*.

Habrá que analizar cómo seguiría la enfermedad si no se actuara, lo poco efectivo de otras terapias con menor riesgo, la premura de actuar, el lugar donde se va a desarrollar, la capacidad de la persona para recibir dicha actuación, los medios técnicos de los que se disponen, o la cantidad farmacológica administrable.

No se pueden dejar atrás los protocolos de actuación o en caso de patologías con poca existencia estar ante lo que otros profesionales hayan decidido ante dichas situaciones.

Por lo tanto, de todo lo expuesto se está a que siempre y en todos los casos, una intervención o invasión en el organismo debe suponer el mayor porcentaje de cura o mejora que el no haberlo hecho o que el haber optado por otras terapias más conservadoras.

Lo que sí hay que dejar claro, es que la idoneidad de un tratamiento ha de valorarse con anterioridad a la aplicación del mismo, es decir, que aunque al final de su aplicación el fin no fuera el perseguido, la tipificación de la conducta no se puede evaluar a posteriori, sino que lo que nos sirve para valorar y contemplar si se actuó de forma adecuada es la decisión tomada antes de aplicarlo, porque si esta es idónea con las reglas de la medicina estará salvaguardada pese a no haber, por los motivos que sea, conseguido el resultado perseguido desde un inicio.

MANTOVANI al hilo de esto destaca lo siguiente “*solo en caso de que un tratamiento que, a juicio de la ciencia médica, presente beneficios superiores a los posibles daños, se puede hablar de terapia y se puede afirmar que aquél se emprende efectivamente en interés del enfermo*”.⁴²

Más difícil es establecer grados de idoneidad, es decir establecer según la ciencia médica cual es el indiscutible tratamiento en ese caso determinado para evitar la muerte del paciente o conservarle su salud, y es que no es posible en este campo establecerlo con carácter absoluto o universal, dejando claro que en mucho de los casos una técnica no prevalece sobre otra, por ello ROMEO CASABONA⁴³ establece “*la libertad que tiene, en principio, el médico de aplicar una u otra medida, pues no existe en medicina, al ser una ciencia eminentemente experimental y evolutiva, un sistema cerrado y rígido de procedimientos y actuaciones. Es decir, hay libertad de orientación o de escuela*”. Esta libertad de la que se habla supone un

⁴² *Ibidem*, p.52.

⁴³ *Ibidem*, p.53.

gran problema para la objetivación que pretende el Derecho Penal, pero hay que entender que este no puede parar el avance de la ciencia médica.

Pero siempre se ha de estar para hablar de un tratamiento medicamente indicado a tres premisas ineludibles que son la necesidad, la idoneidad y la preferencia, así si cumple dichas características el abanico de posibilidades se abre y no queda tan encorsetado teniendo cabida, siempre que estén contrastadas científicamente, la medicina natural, la homeopatía, o las terapias alternativas, se ha de recordar la libertad del facultativo, pero con unas garantías científicas.⁴⁴

Por lo tanto, se ha de dejar claro que la valoración de la idoneidad no le corresponde al jurista, sino al médico, siendo la labor de aquel el cerciorarse que ese tratamiento elegido por este está dentro de la experiencia y objetivamente indicado con todas las particularidades que hemos desarrollado a lo largo de este punto.⁴⁵

Importante es señalar el papel de la ética y la deontología en esta cuestión ya que ayudan a complementar estas actuaciones. De ahí que sea importante subrayar el papel del consentimiento informado, en el que hay que detenerse pormenorizadamente en este trabajo más adelante, pero que resulta necesario apuntarlo en estas líneas, y es que, es importante la voluntad del paciente a la hora de decidir cuál es el tratamiento indicado, una vez él baraje y sopesa toda la información que le ha sido brindada y ofrecida por el facultativo. Es decir, tenemos que casar la libertad de terapia ya desarrollada, con los derechos de los pacientes, ya que la relación entre estos dos ha evolucionado y más si cabe en los países desarrollados en contra de la anterior concepción del derecho del profesional a desarrollar su profesión sin ningún tipo de cortapisas.⁴⁶ Algo de luz da sobre esta cuestión y nos ofrece CORCOY BIDASOLO⁴⁷ que subordina en caso de conflicto, el derecho del médico a su libertad de terapia al derecho del paciente.

⁴⁴ *Ibidem*, p.54.

⁴⁵ *Ibidem*, p.54 *in fine*.

⁴⁶ *Ibidem*, p.55.

⁴⁷ *Ibidem*, p.56.

4º) LA EJECUCIÓN DEL TRATAMIENTO CONFORME A LA *LEX ARTIS*.⁴⁸

Se hará una sucinta exposición, ya que se abordará este tema con una mayor profundidad en el punto 5.c.ii de este trabajo.

La *lex artis* es a posteriori de la indicación del tratamiento a aplicar, ya que mientras la indicación del tratamiento responde a una cuestión valorativa, la *lex artis* es cómo una vez tomada la decisión de cual tratamiento se va a llevar a cabo, desarrollarlo y desempeñarlo conforme a la ciencia médica.

Al igual que pasa con la indicación tampoco se puede hablar de una *lex artis* taxativa, sino que también se da una amplitud y no por ser métodos minoritarios de actuación se consideran contrarios a la *lex artis*.

c. Los tratamientos médicos no curativos

Responden a dos grandes bloques, los tratamientos médicos estéticos y aquellos que están en fase de experimentación.

1º) LOS TRATAMIENTOS MÉDICOS-ESTÉTICOS.⁴⁹

Es cierto que los tratamientos médico-estéticos han suscitado poco interés para el Derecho Penal a lo largo de la historia, pero debido al incremento de este tipo de intervenciones, cada vez se justifica menos esa despreocupación por esta disciplina del derecho hacia ellos.

Hay que hacer hincapié en que hay dos clases dentro de este grupo de intervenciones, la cirugía plástica y la cirugía reparadora a la cual sí se le ha concedido el rango de curativa.

Y esto es, porque mientras que por un lado la cirugía plástica solo persigue la belleza de personas que no presentan alteración en la salud, y que solo quieren tener un aspecto distinto, la cirugía reparadora sin embargo busca dotar de normalidad a un paciente que ya sea de forma congénita o a través de un accidente, o patología presenta una deformidad, y es en estos supuestos en los que se asimila a un tratamiento curativo ya que se persigue la restitución funcional o ayudar con el estado psíquico del paciente ante dicha deformidad.

⁴⁸ *Ibidem*, p.56.

⁴⁹ *Ibidem*, pp.66-67.

Así, también puede darse el caso que una persona no presente una deformidad, pero por cualquier razón dentro de su psique no le permite vivir en equilibrio y paz consigo mismo, y es entonces cuando esta intervención plástica o cosmética si se equipararía al tratamiento curativo.

Hay que señalar de manera contundente que la doctrina ha dejado bien claro, que si la finalidad no es curativa el deber de información de cara al paciente se agudiza.

2º) LOS TRATAMIENTOS MÉDICOS EXPERIMENTALES.⁵⁰

Debido al carácter experimental de la medicina y el crecimiento de la necesidad de investigación y profundización en enfermedades de gran repercusión en la sociedad, ha derivado en la necesidad de legitimar estas actividades como tratamiento.

Se puede diferenciar entre investigación terapéutica y otra investigación científica, la primera tiene como finalidad la curación del paciente y la segunda el objetivo es distinto al mantenimiento o recuperación de la salud del individuo.

Para este asunto será muy importante estar a lo establecido por el Código de Núremberg de 1947 y la Declaración de Helsinki de 1964 de la Asamblea Médica Mundial sobre experimentación biomédica en seres humanos modificadas por las asambleas celebradas con posterioridad hasta la de Hong-Kong en 1989.

6. LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL SANITARIO EN LA ACTUALIDAD

El estado actual se ha de basar en el incremento de reclamaciones ante los profesionales médicos.

Este trabajo se focaliza en España, debido que es donde se centra el marco de actuación como profesional del Derecho del estudiante del máster de acceso a la abogacía en este país, y lo que a su ejercicio inmediato concierne.

En España ha habido un aumento digno de mención en cuanto a reclamaciones se trata y a procedimientos judiciales abiertos por este motivo contra los profesionales de la salud, pero con distancia con respecto a países como EE. UU., Inglaterra o Suiza.⁵¹

⁵⁰ *Ibidem*, pp.68-70.

En los años sesenta es muy escasa la jurisprudencia y es en los años setenta cuando se aprecia un incremento, siendo los años ochenta donde hay un incremento importante en cuanto a responsabilidad médica en lo que a jurisprudencia se trata, ya desbordándose estos números en los últimos años.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ establece que “*las cosas han llegado a tal punto, que uno de cada cien facultativos es objeto de reclamación ante el juez, solicitando los médicos normas de asistencia para defenderse de las demandas judiciales. Desde 1986, 1.275 han sufrido alguna reclamación relacionada con su práctica asistencial. (...) Las reclamaciones contra los médicos se han disparado en los últimos nueve años. Concretamente durante 1987 se presentaron 127 denuncias contra facultativos, en claro contraste con el periodo comprendido de 1970 a 1980, que no llegaron a 50*”.⁵²

HAVA GARCÍA afirma “*no es, evidentemente, tarea del Derecho penal paliar las deficiencias constatadas en el sistema de sanidad español, pero quizás sí intentar aminorar el número de negligencias graves imputables a la sola actuación del médico, al menos cuando estas producen resultados especialmente lesivos. Y las estadísticas oficiales parecen demostrar que estos hechos suceden con mayor frecuencia de la esperada: en 1996, año en el que hubo 212.782.000 de consultas médicas, la línea de atención directa al ciudadano del ministerio de Sanidad y Consumo atendió casi 3.500 llamadas telefónicas, recibió 2.500 escritos y realizó más de 1.000 entrevistas personales de usuarios que tenían alguna queja relacionada con el sistema sanitario; del total de estas reclamaciones, un 27 por 100 se refería a supuestas deficiencias en la asistencia médica prestada*”.⁵³

A modo de conclusión se ha de decir que desgraciadamente no hay estadísticas en cuanto errores sanitarios, ya sea en centros asistenciales públicos como privados, pero es que igual pasa con respecto a las reclamaciones extrajudiciales y judiciales por motivos de negligencias médicas efectuadas por los pacientes afectados. El único informe oficial del que se dispone es el que elabora cada año el Defensor del Pueblo, y no proporciona sin embargo nada al respecto ningún otro organismo público oficial, y ese hecho nos impide dar luz a datos de una fiabilidad para su análisis y ver en qué situación real fiable se encuentra la situación, pudiendo

⁵¹ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. La Medicina ante el Derecho. op. cit. p. 49.

⁵² *Ibidem*, p.49.

⁵³ *Ibidem*, p. 50 *in fine*.

así silenciar al sensacionalismo aplastante en nuestros días con esta temática que colapsan los medios de comunicación y por ende a la opinión pública. Pero la realidad es que se está ante una explosión en la sanidad en lo que a procesos judiciales y reclamaciones se trata, o como se puede leer en este sector expresiones como “*crisis de mala praxis médica*” o “epidemia del error”.⁵⁴

Pero siendo honestos, si se hiciera un estudio preciso de la cuestión no daría unos datos demasiado desproporcionados, siendo mayores las responsabilidades que ocurren por negligencia que las denuncias que finalmente se presentan. En definitiva, que el incremento que venden no es del todo cierto si analizamos el número de operaciones que hay al año y la cantidad de profesionales que pertenecen al sector sanitario, los datos reales de reclamaciones como ya se ha dicho si cabe es menor al que por probabilidades debería existir ante unas cuestiones que comportan y conllevan tanto riesgo.⁵⁵

7. EL CONFLICTO EN LA ACTIVIDAD MÉDICA.

Como ya se ha podido apuntar en este trabajo de investigación, es innegable el aumento de la litigiosidad en cuanto a responsabilidad profesional contra los profesionales de la salud, por resultados infructuosos a la hora de llevar a cabo las terapias establecidas a los pacientes.⁵⁶

Esto lo que lleva a constatar es el cambio que se ha producido en esa conexión entre el facultativo y su paciente, que había antaño, en la que se constataba una jerarquía en la que el médico siempre quedaba por encima del paciente.

Es la realidad actual de cómo se encuentra la sociedad, la que delimita y ha otorgado gracias al avance del derecho una postura igualitaria entre los especialistas de la salud y el paciente, esto conlleva unos parámetros de calidad y de exigibilidad de responsabilidad si el fin obtenido no es el que se anhelaba.

Es cierto y se debe hacer hincapié en ello, que son más numerosas las sentencias en sede civil, social y contencioso-administrativa cuando se trata de sanidad pública.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 51-52.

⁵⁵ *Ibidem*, p.53.

⁵⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C. Litigiosidad en la Actividad Médica. En: EDITORIAL ARANZADI (ed.) *Responsabilidad Penal del Personal Sanitario. Atribución de Responsabilidad Penal en Tratamientos Médicos Efectuados por Diversos Profesionales*. Cizur Menor (Navarra): EDITORIAL ARANZADI (ed.), pp. 17-26.

Este trabajo se va a quedar al margen de analizar los conflictos de jurisdicción planteados, sí como lo está haciendo, dejar constancia de que existen y que también hay soluciones para ellos, pero no es una cuestión que se prioriza a la hora de hacer este trabajo de investigación más allá que la mera mención a título informativo, y evidentemente recalcar las diversas opciones y ante que jurisdicciones tienen la oportunidad de acudir los diferentes usuarios de los servicios asistenciales médicos para dirigir sus oportunas reclamaciones.

Pero la cuestión de las jurisdicciones que a priori es un tema de soslayo como ya se ha indicado revierte en su importancia en cuanto la posibilidad de trasladar o hacer extensibles las doctrinas de un orden jurisdiccional a otro.

Ver si es posible la objetivación de la responsabilidad penal con motivo de la objetivación en los demás órdenes jurisdiccionales si es objeto de este trabajo. Y se puede ver que la situación que se produce entre el orden civil y el orden penal es que el acceso a uno u otro de ellos depende más que nada por la voluntad del afectado que por la trascendencia o importancia de la infracción cometida o el fin acaecido. Lo que, si es cierto, que se dan una serie de circunstancias que hacen más “apetecible” el decantarse por la jurisdicción penal, como puede ser la circunstancia, que se dé, si el Ministerio Fiscal formula acusación, o se encuentra ante una responsabilidad civil directa de la compañía de seguros, como se puede ver en el artículo 117 del CP.⁵⁷

En este ámbito se dan maneras más concretas de aminorar la carga de la prueba de quien demanda, más allá de la Teoría del Riesgo, y esto viene dado porque dentro de la medicina existen dos tipos de supuestos, los que se consideran tratamientos médicos de medios y tratamientos médicos de resultado, los primeros se está ante un contrato de arrendamiento de servicios, mientras que los últimos hay que ceñirse a lo establecido para los contratos de obra, y es en este supuesto donde el demandante solo tiene que constatar o dejar patente que el resultado que se pactó en virtud de contrato no se ha cumplido, para que nazca la responsabilidad contractual sin más.

⁵⁷ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp. 33987-34058 [consultado 26 octubre 2017]. Disponible en: <https://boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

Además de todo ello la LGDCU⁵⁸ en sus artículos 26 y 28 establece la objetivización de la responsabilidad para las prestaciones médicas.

En los motivos del incremento de reclamaciones, se puede ir desde al cambio ya señalado de relación entre médico y paciente, donde una relación de cuidado y confianza ha pasado a ser una relación entre desconocidos y donde uno le exige al otro calidad y unos resultados determinados, y en esta variación es el paciente el que conoce y se encuentra respaldado por sus derechos.⁵⁹

También se ha de indicar como causa de este incremento las técnicas empleadas que son de mayor agresividad y más arriesgadas que en épocas anteriores, sin entrar a valorar que, pese a esta potencialidad de causar un daño, se le decanta la balanza porque tienen mayor capacidad para curar que las anteriores.

Otro motivo, es la necesidad hoy día de la aparición en escena para un mismo tratamiento de numerosos profesionales de la salud que han de coordinarse y trabajar en equipo, una mala coordinación o una mala gestión de esta situación puede conllevar a un resultado desafortunado.

En tercer lugar, han tenido tal tasa de buen fin los tratamientos actuales que las ilusiones generadas entre la comunidad de usuarios de los mismos han aumentado, con lo que el no conseguir el fin perseguido se lleva de peor forma si a otros en gran número les fue bien.

En cuarto lugar, no se puede dejar atrás a los medios de comunicación, ya que son el megáfono de los errores sanitarios, haciendo que sean más los litigios por estos motivos, ya que el afectado lo ve en los diferentes canales de comunicación y en ocasiones se decide a dar el paso, incluso en supuestos que no hay error, pero se encuentra abducido por estos grandes canales de presión como son los medios de comunicación.⁶⁰

⁵⁸ España. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 30 de noviembre de 2007, núm. 287, pp. 49181-49215 [consultado 1 noviembre 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-20555-consolidado.pdf>

⁵⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C. Litigiosidad en la Actividad Médica. En: EDITORIAL ARANZADI (ed.) *Responsabilidad Penal del Personal Sanitario. Atribución de Responsabilidad Penal en Tratamientos Médicos Efectuados por Diversos Profesionales*. Cizur Menor (Navarra): EDITORIAL ARANZADI (ed.), pp.26-28

⁶⁰ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. La Medicina ante el Derecho. op. cit. p.56.

En quinto lugar, cómo ha afectado a este asunto los cambios en cuanto la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España, dado que el proceso administrativo es largo y suelen darle la razón a la administración pública, se opta en la mayoría de casos si se es usuario de los servicios sanitarios públicos por acudir a la vía penal.⁶¹

En sexto lugar, es que a mayor número mayor probabilidad de error, pero por mera estadística y ley de las probabilidades.⁶²

Así estableció ULSENHEIMER” 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 responsabilidad*”.⁶³

Y fruto de todo ello y de este incremento de reclamaciones al que hacemos referencia, se ha procedido por parte de los profesionales del sector a tomar una serie de precauciones con la finalidad de no sufrir los efectos de tales reclamaciones.⁶⁴

Por un lado, unas tienen carácter de seguro, ya bien contratado por los particulares individualmente, por los colegios profesionales o incluso ahora por las Administraciones Públicas desde que palian el menoscabo causado, y otras tienen carácter preventivo ya que van a evitar la producción del menoscabo en la salud del paciente.

8. ACTIVIDAD SANITARIA Y DERECHO PENAL ESPAÑOL, SU REGULACIÓN

a. La actividad sanitaria en el Código Penal.

En el CP Español⁶⁵ se encuentran recogidas una serie de figuras, que de una forma u otra afectan o abarcan a la actividad de los profesionales sanitarios. Para abordar el típico penal que atañe a la actividad médico sanitaria haremos cuatro bloques:⁶⁶

⁶¹ *Ibidem*, p.57.

⁶² *Ibidem*, p.57.

⁶³ VILLACAMPA ESTIARTE, C. Litigiosidad en la Actividad Médica. op. cit. pp. 28.

⁶⁴ *Ibidem*, pp.28-31.

El primer bloque se puede decir que lo conforman un grupo de delitos que si atendemos a lo que dice exactamente el precepto podría parecer que son delitos comunes, pero de facto solo pueden ser perpetrados por profesionales de la sanidad, ya que estos poseen la cualificación académica y la disponibilidad técnica de medios para poder cometer este tipo de delitos al verse capacitados para realizar las conductas típicas que en estos preceptos se reflejan.⁶⁷ Se refiere este primer bloque concretamente a “*los delitos relativos a la manipulación genética*”⁶⁸. Título V desde los artículos 159 a 162 CP⁶⁹, revierte especial importancia el artículo 159 CP⁷⁰ que habla de la manipulación genética que altere el genotipo, modificando su ADN en situaciones que no tengan una finalidad terapéutica y que no estén amparadas por la LRHA⁷¹. No deja de ser menos importante en este bloque el artículo 161 CP⁷² en el que se habla de la reproducción asistida sin que haya mediado el consentimiento de la mujer, así como lo ha establecido el artículo 343 CP⁷³ donde refleja el supuesto de las personas que se ven sometidas a radiaciones ionizantes⁷⁴ fallecen o se ven lesionadas sin que ese tuviera que ser el final, la exposición máxima a la radiación está establecida en el RD 783/2001 de 6 de julio por el que se aprueba el Reglamento sobre protección Sanitaria contra radiaciones

⁶⁵ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp. 33987-34058 [consultado 26 octubre 2017]. Disponible en: <https://boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

⁶⁶ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. La Medicina ante el Derecho. op. cit. pp. 58-62.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 58-59.

⁶⁸ HERRERA MORENO, Delitos relativos a la manipulación genética. En: MIGUEL POLAINO NAVARRETE (ed.) *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*. España: TECNOS Volumen 1, pp. 129-142

⁶⁹ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp. 33987-34058 [consultado 26 octubre 2017]. Disponible en: <https://boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

⁷⁰ *Ibidem*

⁷¹ España. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 27 de mayo de 2006, núm. 126, pp. 19947-19956 [consultado 4 noviembre 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>

⁷² España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp. 33987-34058 [consultado 26 octubre 2017]. Disponible en: <https://boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

⁷³ *Ibidem*

⁷⁴ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C. De los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes En: MANUEL GÓMEZ TRILLO (ed.) *Comentarios Prácticos al Código penal*. España: THOMSON REUTERS-ARANZADI Volumen 4. pp. 219-240

Ionizantes.⁷⁵ Asimismo, en este grupo debe recogerse el delito del artículo 361 CP⁷⁶ que concierne a los farmacéuticos cuando despachan medicamentos que no son aptos para el consumo, ya que pueden poner en peligro la vida o la salud de las personas a los que les han sido destinados los mismos.⁷⁷

Y por concluir con este bloque primero que se ha presentado, se ha de hablar de los delitos de aborto⁷⁸ que se encuentra tipificado en los artículos 144 y ss. CP⁷⁹, así como las lesiones al feto⁸⁰ que las recogen los artículos 157 y s. CP⁸¹ que pueden realizarse por más personas que el personal sanitario, pero se aprecia claramente que el legislador cuando redactó este precepto estaba pensando claramente en los profesionales de la sanidad, básica y principalmente porque las consecuencias penales que de ellos se desprenden hacen ver que claramente iba el precepto dirigido a ellos, como son “*la inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados*”.

Para iniciar el segundo bloque de delitos hay que estar a esos supuesto en el que existe una cualificación de la pena porque la conducta es realizada por un profesional de la sanidad, por

⁷⁵ España. Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 26 de julio de 2001, núm. 178, pp. 27284-27393 [consultado 12 diciembre 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-22188-consolidado.pdf>

⁷⁶ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp. 33987-34058 [consultado 26 octubre 2017]. Disponible en: <https://boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

⁷⁷ AMARILLA MATEU, N; GARCIA CANO, T. 2015. Reforma del Código Penal y delitos contra la salud pública (II): afectación al sector farmacéutico y de tecnología sanitaria. *Actualidad de Derecho Sanitario*. (231) pp. 799-804. ISSN: 1136-6869

⁷⁸ HUERTA TOCILDO, S. Los delitos de aborto, lesiones al feto y manipulaciones genéticas en el código penal de 1995 En: ADELA ASUA BATARRITA (ed.) *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996*. España: UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO/EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA, SERVICIO DE PUBLICACIONES. pp.109-112

⁷⁹ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp. 33987-34058 [consultado 26 octubre 2017]. Disponible en: <https://boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

⁸⁰ LATORRE LATORRE, V. Lesiones al feto. En: VIRGILIO LATORRE LATORRE (ed.) *Mujer y derecho penal: presente y futuro de la regulación penal de la mujer*. España: TIRANT LO BLANCH. pp.177-207

⁸¹ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp. 33987-34058 [consultado 26 octubre 2017]. Disponible en: <https://boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

ello el artículo 222 CP⁸² establece la inhabilitación para facultativos “*a los efectos de este artículo, comprende a los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-Sanitaria*” en los delitos de suposición de parto⁸³, y alteración de la filiación del menor. Asimismo, pasa en el 303 CP⁸⁴ para la receptación realizada por facultativo, siendo este para el precepto uno de los siguientes: “*los médicos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes*”.

Además, para el tráfico de drogas⁸⁵, el artículo 369 CP⁸⁶ establece la inhabilitación para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio de tres a diez años para los facultativos que realicen esa conducta típica, según se desprende del art. 372 CP⁸⁷.⁸⁸

En un tercer bloque hay que referirse a conductas típicas específicamente realizadas solo por profesionales y así el legislador lo ha dejado expresamente recogido refiriéndose a este tipo de profesional. Así el artículo 196 CP⁸⁹ que recoge el delito de negación de asistencia sanitaria⁹⁰, debe ser denegada por un profesional sanitario, que para establecer quienes son, se ha de acudir a la lista que ofrecen los arts. 2 y 3 de la LOPS⁹¹, eso sí, siempre que se encuentren en

⁸² *Ibidem*

⁸³ CARRASCO ANDRINO, M.M. 2010. Protección penal de la filiación. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* (12) ISSN-e 1695-0194.

⁸⁴ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp. 33987-34058 [consultado 26 octubre 2017]. Disponible en: <https://boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

⁸⁵ ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I. 2009. Tráfico de Drogas. *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*. (106) ISSN: 1699-129X pp.147-151

⁸⁶ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp. 33987-34058 [consultado 26 octubre 2017]. Disponible en: <https://boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

⁸⁷ *Ibidem*

⁸⁸ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. La Medicina ante el Derecho. op. cit. p. 59.

⁸⁹ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp. 33987-34058 [consultado 26 octubre 2017]. Disponible en: <https://boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

⁹⁰ FARALDO CABANAS, P. 1999. El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. *Revista del poder judicial*. (55) ISSN: 1139-2819 pp. 49-72

⁹¹ España. Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 22 de noviembre de 2003, núm. 280, pp. 41442-41458 [consultado 6 de noviembre 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-21340-consolidado.pdf>

el ejercicio de su profesión cuando se necesite de su asistencia. Por cerrar este bloque hacer mención a la sustitución de un niño por otro⁹², recogida en el art. 220.5 CP⁹³ y la certificación médica falsa del art.397 CP⁹⁴.⁹⁵

Y por último en un cuarto bloque se hará referencia a esos delitos cuya conducta está relacionada con el ejercicio del oficio sanitario, estos son el delito de descubrimiento y revelación de secretos⁹⁶ cuando se trate de información sobre el estado de salud de una persona, regulado en los arts. 197 y 199 CP⁹⁷. Finalizando hacer referencia al intrusismo⁹⁸ recogido en el art.403 CP⁹⁹.¹⁰⁰

Pues bien, de todos los tipos y formas delictivas mencionadas y encuadradas en esos cuatro grandes bloques, el CP¹⁰¹ de España no hace de una forma expresa clara y tajante ninguna alusión a lo que es en sí la actividad propia del profesional de la sanidad, es decir no contempla ninguna conducta típica encuadrable en el ámbito del tratamiento médico, en ese espectro amplio que contempla lo que es toda la atención al paciente y el efecto que este puede tener en el enfermo en su salud. Por lo tanto al CP¹⁰² no especificar ninguna conducta

⁹² MORETÓN TOQUERO, M.A 2001. *La suposición de parto, la ocultación y sustitución de niños y el "tráfico de menores"* España: EDITORIAL BOSCH

⁹³ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp. 33987-34058 [consultado 26 octubre 2017]. Disponible en: <https://boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

⁹⁴ *Ibidem*

⁹⁵ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. La Medicina ante el Derecho. op. cit. p. 59 in fine.

⁹⁶ BERAOLA LORENZO.A. 2013. Aspectos fundamentales del delito de revelación de secretos. *Iuris: Actualidad y práctica del derecho* (197) ISSN-e: 2255-0488. pp. 26-28

⁹⁷ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp. 33987-34058 [consultado 26 octubre 2017]. Disponible en: <https://boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

⁹⁸ SERRANO TÁRRAGA, M.D. 1997. *El delito de intrusismo profesional*. Madrid. España: CIVITAS

⁹⁹ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp. 33987-34058 [consultado 26 octubre 2017]. Disponible en: <https://boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. La Medicina ante el Derecho. op. cit. p. 60.

¹⁰¹ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp. 33987-34058 [consultado 26 octubre 2017]. Disponible en: <https://boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

¹⁰² *Ibidem*

que quede subsumida dentro de cuando se realiza un tratamiento médico, se ha de hacer entonces una interpretación extensiva del delito de lesiones¹⁰³ de los arts. 147 y ss. CP¹⁰⁴ para ver si es incardinable dentro de este delito o no. Haciendo una visual como derecho comparado si podemos ver cómo se privilegia en Austria por ejemplo si el hecho es fruto de un tratamiento médico realizado por un profesional de la salud, así mismo en Portugal se define el tratamiento médico en su CP¹⁰⁵ y recoge el tratamiento médico imprudente de una forma específica, exime si los resultados lesivos son levísimos y al mismo tiempo penaliza aquel tratamiento realizado sin consentimiento del paciente sea cual sea el final del mismo.¹⁰⁶

Por lo tanto lo que se ha de destacar es que no existe ni un solo artículo que haga referencia al tratamiento médico curativo en el CP¹⁰⁷ español, pero no por ello la actividad de estos profesionales queda al margen del CP¹⁰⁸, sino lo que quiere decir es una subsunción de las lesiones o fallecimientos en el marco de una actividad sanitaria a los arts. 152 CP¹⁰⁹ lesiones por imprudencia grave y 142 CP¹¹⁰ homicidio imprudente con la consecuente agravante si ambas conductas han sido realizadas por “*imprudencia profesional*”.¹¹¹

b. El tratamiento médico curativo, su relevancia jurídico penal

No se puede dar una respuesta universal y única para esta cuestión, se ha de estar a cada caso concreto, pormenorizada e individualmente, viéndose si la medida adoptada se excede de los rangos de peligrosidad establecidos, haciendo que se vea sometido el paciente a un riesgo jurídico no aprobado. Solamente en ese caso de darse un riesgo no aprobado jurídicamente, se podrá ver si ese riesgo es el que ha producido el resultado lesivo digno de estudio, debiendo

¹⁰³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. I. 1982. *El delito de lesiones*. Salamanca. España: UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

¹⁰⁴ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp. 33987-34058 [consultado 26 octubre 2017]. Disponible en: <https://boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

¹⁰⁵ *Ibidem*

¹⁰⁶ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. La Medicina ante el Derecho. op. cit. pp. 60-61.

¹⁰⁷ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp. 33987-34058 [consultado 26 octubre 2017]. Disponible en: <https://boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

¹⁰⁸ *Ibidem*

¹⁰⁹ *Ibidem*

¹¹⁰ *Ibidem*

¹¹¹ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. La Medicina ante el Derecho. op. cit. pp. 61-62.

comprobarse a posteriori si se dan los elementos del tipo subjetivo, que en nuestro ámbito por lo general hablamos de la imprudencia. Lo que si se ha de dejar claro es que la relevancia penal de la conducta no ha de ser ni a posteriori ni a priori, ni si reúne unos elementos del tipo objetivo o subjetivo, sino que es cuando un peligro jurídicamente desaprobado produce un resultado, cuando procede dicho análisis de la concurrencia de dichos elementos. Por lo tanto, de todo ello según VILLACAMPA ESTIARTE tendremos tres tipos de situaciones:

- *“Afectación al sustrato material y afectación a la autodeterminación del paciente”*

En este supuesto estamos ante un riesgo jurídicamente desaprobado sin que haya mediado consentimiento por el paciente, lo que lleva a un concurso de delitos entre un delito contra la vida y la salud y otro contra la autodeterminación.

- *“Afectación a la autodeterminación sin afectación al sustrato material”*

Aquí se está ante un tratamiento al que no se le ha pedido consentimiento al paciente, pero en el cual no se han superado los riesgos establecidos, en este caso que no se ha excedido el riesgo permitido, estaríamos ante un delito contra la autodeterminación, pero no podemos hablar de lesiones o delito imprudente si no se ha sobrepasado el límite de riesgo establecido.

- *“Afectación al sustrato materia sin afectación autónoma a la autodeterminación”*

Aquí se pueden dar dos subtipos a la vez, por un lado, un supuesto en el que el paciente firma el consentimiento para que le sea realizada una intervención que no se excede del riesgo permitido, pero por mala fortuna en el desarrollo de la misma se exceden dichas barreras permitidas, pues está claro que contra la autodeterminación no cabra delito alguno, pero sí de lesiones o de homicidio imprudente por la forma que se ha llevado a cabo la intervención. Por otro lado, el supuesto que se consienta a ser sometido a una intervención que supere el riesgo establecido, en la cual no podrá subsumirse un delito de autodeterminación y para establecer si hay delito de lesiones u homicidio imprudente tendremos que estar a la relevancia dada en el consentimiento al riesgo.¹¹²

¹¹² VILLACAMPA ESTIARTE, C. Relevancia Jurídico-Penal del Tratamiento Médico Curativo. En: EDITORIAL ARANZADI (ed.) *Responsabilidad Penal del Personal Sanitario. Atribución de Responsabilidad Penal en Tratamientos Médicos Efectuados por Diversos Profesionales*. Cizur Menor (Navarra): EDITORIAL ARANZADI (ed.), páginas 80-81.

c. La imprudencia en la actividad médico-sanitaria**i. El deber de cuidado. Concepto, generalidades y su particularidad en el ámbito de la medicina**

Antes que nada, hay que realizar una referencia a la evolución del concepto “*deber de cuidado*”, que, si se aborda la doctrina penal moderna saltándose orígenes y todo el periodo anterior a la modernidad, se puede ver una imprudencia más desarrollada y la teoría del delito imprudente asentada como nunca lo había estado. Se le empieza a dar valor, que antes no lo tenía, a la conexión entre la mente del autor y el hecho, empieza a existir un nexo psicológico y por lo tanto la imprudencia debía ser un nexo entre la mente del autor y el hecho cometido para determinar la culpabilidad. Eso si, este tipo debía presentar menor intensidad que cuando se da el elemento del dolo ya que la imprudencia se quiere realizar la acción, pero no llegar al resultado final, porque si se quisiera llegar a ese resultado estaríamos ante dolo, se tiene la voluntad de una conducta peligrosa pero no se quiere lesionar. Mas trabajada esta concepción, dicho nexo psicológico se contempla como que se puede prever el resultado que va a desembocar una determinada acción y es cuando se comienza a hablar de previsibilidad.

Esta línea de pensamiento encontró dificultades ya que no es fácil explicar la imprudencia consciente como la inconsciente, esta última debía ser descartada para determinar la culpabilidad al ignorarse la peligrosidad y por lo tanto la posibilidad de lesionar un bien jurídico. Pero si se piensa bien, tampoco resulta acertado determinar como imprudente por saber el riesgo que su conducta puede derivar sobre determinados bienes jurídicos, si es ese conocimiento del riesgo o peligrosidad el que le hace tomar medidas de cuidado para evitar la lesión, vemos aquí que lo importante aquí es no adoptar el deber de cuidado.¹¹³

Pero el avance se produce cuando se pasa de una teoría psicológica a una teoría normativa de la culpabilidad, ahora ya no es un punto de unión entre autor y hecho, sino que estaremos ante una infracción normativa, a partir de ahí es cuando el “*deber de cuidado*” comienza a tener una importancia en la imprudencia. ENGISCH¹¹⁴ a partir del año 1930 introduce a la imprudencia como un elemento del tipo, así de este modo a partir de ese momento habrá que ver aparejadamente tanto el desvalor del resultado como el desvalor de la acción que en el caso que se está tratando, es decir la imprudencia, estará conformada por el paso por alto del deber de cuidado.

¹¹³ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. La Imprudencia en la Actividad Médico-Sanitaria. En: FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO, MARCIAL PONS (ed.) *Responsabilidad Penal en el Ejercicio de Actividades Médico-Sanitarias*. Madrid: FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO, MARCIAL PONS (ed.), pp. 75-97.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 77 *in fine*.

Se puede ver con este cambio de concepción, cómo el eje central a partir de ahora del delito imprudente va a ser el “deber de cuidado”, ya que no hay imprudencia sin infracción del deber de cuidado. Pero como establece la doctrina¹¹⁵, se ha de dar una previsibilidad objetiva de que se del tipo con la acción llevada a cabo, para que se pueda exigir el deber de cuidado. Por lo tanto, previsibilidad objetiva y deber de cuidado serán la suma para delimitar el concepto de imprudencia.

El deber de cuidado es la clave de bóveda para dilucidar si una acción es o no imprudente, además sirve de nivel comparativo con otras conductas, de tal modo que, si no se corresponde con el punto fijado, se determina que no se ha actuado con el debido cuidado y por tanto su conducta es imprudente. Para LUZON PEÑA “*la infracción (o vulneración, inobservancia, incumplimiento) de una norma de cuidado (o diligencia o prudencia) y del deber de cuidado (o diligencia o prudencia) que la misma impone –en relación con la posible realización de una concreta clase de tipo– es el núcleo esencial de la conducta imprudente y lo que constituye su desvalor de acción*”. Por lo tanto, como ya se ha podido ver, el deber de cuidado es la medida de relevancia penal para calificar la conducta de un sujeto como típica o a típica.¹¹⁶

Pero no se puede pasar por alto el contenido del deber de cuidado, que lo compone por un lado un ámbito exógeno y por otro lado un ámbito endógeno. El exógeno lo componen normas y hechos externos al individuo, pero nunca ajenos a este. Estas normas son las que se llaman “reglas de cuidado”, están fuera del derecho penal, en unos casos escritas y en otros casos no, lo que hacen es determinadas actividades ordenarlas para reducir los riesgos para la vida y la integridad física al máximo y así dotar de seguridad la práctica de dicha actividad. Por otro lado, los hechos son las circunstancias que circunscriben a la conducta del sujeto. Para ser más exactos, tiempo y lugar son los que delimitan a la conducta y su contexto. Y si se va al plano endógeno se debe estar a las características del sujeto que realiza la acción que son sus conocimientos y sus capacidades. Ante estos dos elementos surgen dos formas de ver el deber de cuidado, una subjetiva y otra objetiva, la primera tienen en cuenta los conocimientos y las capacidades del sujeto, esta es la seguida por la mayor parte de la doctrina y es donde se incardina la imprudencia, mientras que la corriente objetiva prescinde de esos elementos internos y por lo tanto relega el análisis y el estudio del deber de cuidado a la culpabilidad.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 79 *in fine*.

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 80-82.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ¹¹⁷ “En resumen, para establecer el deber de cuidado es necesario tener en cuenta, en primer lugar, las reglas de cuidado, generalmente extrapenales, corregidas por las circunstancias bajo las que se desarrolla la acción, tiempo y lugar, y a continuación, referenciar todo ello al hombre medio ideal situado en la posición del sujeto concreto, sumándole los mayores conocimientos de este”.

ii. El deber de cuidado en el marco de la sanidad: la “*Lex Artis*”, su concepto, naturaleza y valor de la misma

Antes que nada, hay que darle luz al significado del concepto *lex artis* dentro de lo que es la medicina.¹¹⁸ Para RODRÍGUEZ VÁZQUEZ¹¹⁹ “*Lex artis* médica es el conjunto de reglas técnicas de cuidado de carácter general aprobadas por la comunidad científica y aplicables a la actividad médico-sanitaria”.

No es pacífica la cuestión de si la *lex artis* está formada solo por reglas técnicas o si también están compuestas por normas deontológicas, la doctrina¹²⁰ ampliamente saca a las normas deontológicas de la *lex artis*, como ocurre en España con ROMERO CASABONA, FEIJOO SÁNCHEZ, JORGE BARREIRO, CHOCLÁN MONTALVO, HAVA GARCÍA y VILLACAMPA ESTIARTE, que piensan que solo conforman la *lex artis* aquellas normas de carácter técnico. Contrario a ellos, pensando que la *lex artis* puede estar formada tanto por normas éticas como por las reglas técnicas están MOLINOS COBOS, GARCÍA BLÁZQUEZ, HORMAZÁBAL MALARÉE y BUSTOS RAMÍREZ.

Pero para controversia, la que plantea el deber de informar al paciente y a la obtención del consentimiento informado, planteándose si este tipo de reglas forman parte de la *lex artis* o no. Se ha de advertir la vinculación del deber de información al consentimiento informado, ya que uno está encaminado a la obtención del otro, dicha vinculación ha sido respaldada por la LGS¹²¹ y posteriormente por la LBAP¹²². Por todo ello la información que los profesionales

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 82.

¹¹⁸ *Ibidem*, pp. 98-154.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 104.

¹²⁰ *Ibidem*, p.105.

¹²¹ España. Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 29 de abril de 1986, núm. 102, pp. 15207-15224 [consultado 12 noviembre 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1986/BOE-A-1986-10499-consolidado.pdf>

sanitarios de los centros tanto públicos como privados se puede clasificar de la siguiente forma: Información sanitaria según su contenido, Información sanitaria en atención a los destinatarios, Información sanitaria según el momento de emisión, Información sanitaria según su función-finalidad.¹²³

En cuanto al contenido se puede decir que en referencia a la *lex artis*, la conformaran las reglas aplicables a cada fase de la intervención médico-sanitaria y atendiendo a la especialidad médica en cuestión. Dichas fases son la anamnesis que consiste en la atención al paciente y recopilar datos de su condición psíquica y física, teniendo gran importancia la historia clínica del paciente; El diagnóstico es recoger datos para ver el estado de salud del paciente; La prognosis es ver el posible desarrollo que va a presentar la enfermedad si no se trata y dilucidar un tratamiento y el resultado que este puede ofrecer; Por último la fase de tratamiento que es la que tiene el peso de converger en ella todas las anteriores y ser el porqué y el motivo de todo lo demás.¹²⁴

Para concluir este epígrafe como cierre se ha de entrar a precisar el valor de la *lex artis* en cuanto a establecer el deber de cuidado en la actividad médica.¹²⁵ La valoración jurídico-penal que se puede hacer de la *lex artis* es limitada por una serie de motivos. Primero y fundamental por lo abstracto de esta, ya que para determinar el deber de cuidado se tendrá que estar a las circunstancias concretas de cada caso y no a una abstracción universal, y es que según CHOCLÁN MONTALVO¹²⁶ “*La lex artis entendida como conjunto de reglas generales que rigen la actividad médica, en cuanto representa exigencias de cuidado en condiciones ideales de normalidad, puede verse derogada en la situación concreta cuando, a pesar del riesgo incrementado, la actuación resulte en todo caso necesaria, bien entendido que también pueden existir reglas de conducta precisamente para esas situaciones de*

¹²² España. 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. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 15 de noviembre de 2002, núm. 274, pp. 40126-40132 [consultado 20 noviembre 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-22188-consolidado.pdf>

¹²³ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. La Imprudencia en la Actividad Médico-Sanitaria. op. cit. pp.105-109.

¹²⁴ *Ibidem*, pp.131-135.

¹²⁵ *Ibidem*, pp.135-141.

¹²⁶ *Ibidem*, p.135.

urgencia o de riesgo incrementado”. Y es que la valoración jurídica del acto sanitario, es decir su aprobación o desaprobación desde el prisma del Derecho penal, de la acción llevada a cabo por el médico le compete solo y exclusivamente al juez. Y no solo valorará la *lex artis*, sino demás circunstancias que aglutinadas arrojarán el deber de cuidado, para así ver si ha existido o no imprudencia. La *lex artis* entonces ha de confrontarse con la realidad del paciente tratado, con la urgencia de la intervención, la complejidad de la misma, tiempo y lugar, condiciones sociales, económicas, culturales, religiosas y el medio donde será atendido. Con lo cual no se identifica el deber de cuidado relevante de cara al Derecho penal de forma automática, sino que encuentra un escollo en las circunstancias particulares de cada suceso acaecido, más allá del pensamiento en abstracto inicial del que parte la *lex artis*.

Pero ¿por qué este esfuerzo en distinguir entre *lex artis* y deber de cuidado? Pues muy sencillo, porque hay una corriente doctrinal, apoyada en bastante jurisprudencia que trata de aunar ambos conceptos hablándose de *lex artis* ad hoc, expresión creada por MARTÍNEZ CALCERRADA¹²⁷ que establece lo siguiente “*el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, ciencia o arte médico, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos, estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida*”. Se utiliza esa expresión por la jurisprudencia civil y cada vez más en el campo penal doctrinalmente y jurisprudencialmente, haciendo indiferenciada al deber de cuidado de la *lex artis* que ya trae incorporadas las circunstancias concretas del que hacer del profesional sanitario, es así como lo establece VILLACAMPA ESTIARTE¹²⁸ “*la variabilidad de la regla aplicable en función de algunos criterios indicados (...) la hace prácticamente coincidente con la observancia del cuidado debido. Esto es, se acostumbra a defender que la infracción de la lex artis no coincide con la infracción del deber de cuidado objetivo, o lo que es igual, creación de riesgo desaprobado, cuando las reglas técnicas o profesionales no se adecuan al caso concreto, cuando se identifican con patrones no flexibles. Sin embargo, no puede decirse lo mismo cuando es ya la propia regla la que se ve modificada en cada situación; de ser ello así, su vulneración significará, por lo general, la superación del nivel máximo de riesgo permitido*”. Pero *lex artis* y deber de cuidado son conceptos autónomos, se debe salvaguardar esta

¹²⁷ *Ibidem*, p.137.

¹²⁸ *Ibidem*, p.139.

separación entre uno y otro al menos para el ámbito penal, ya que hay que delimitar hasta dónde llega la labor del médico y hasta dónde llega la labor del jurista para dilucidar cuándo la conducta de un profesional sanitario es o no imprudente.

Para concluir, una última razón que merma la valoración de la *lex artis* en el ámbito del Derecho penal es el factor tiempo, debido a los avances de la ciencia médica constantes y en permanente evolución, dejando obsoleta una técnica aplicable en cuestión de un corto espacio de tiempo y por lo tanto habrá que comprobar caso por caso si esa regla está en plenitud de vigencia. Este hecho de dicha poca fiabilidad a la hora de determinar la responsabilidad penal de un facultativo en el ejercicio de su actividad profesional ha sido recalado por la jurisprudencia en numerosas ocasiones. Esta circunstancia limita la seguridad jurídica y es por eso por lo que se han creado los protocolos que establecen por escrito las reglas vigentes en la actualidad.¹²⁹

d. La licitud del tratamiento médico a través del consentimiento

Cuando se hace referencia al consentimiento informado se está señalando uno de los parámetros de legitimación de la actividad médica. Pero esto no ha sido siempre así, ya que el médico anteriormente decidía por el paciente sin contar con él cual era el tratamiento adecuado, ya que este tenía mermada sus facultades físicas, morales y espirituales, siendo el médico una especie de tutor ante su “incapacidad”. Esto ha cambiado por completo en nuestro tiempo dándose hoy día una relación horizontal y de igual a igual.¹³⁰

Es por ello por lo que se promulga la LBAP¹³¹, con la que se confirma lo arriba referenciado del cambio en la relación entre el médico y el paciente, donde el consentimiento informado se convierte en el elemento de legitimación de los profesionales sanitarios para llevar a cabo su

¹²⁹ *Ibidem*, p.140.

¹³⁰ GUÉREZ TRICARICO, P. El Consentimiento como Presupuesto de la Licitud Jurídico-Penal del Tratamiento Médico. En: CIVITAS, THOMSON REUTERS (ed.) *El Tratamiento Médico Curativo y su Licitud: El Papel del Consentimiento del Paciente*. Pamplona: CIVITAS, THOMSON REUTERS (ed.), pp155-276.

¹³¹ España. 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. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 15 de noviembre de 2002, núm. 274, pp. 40126-40132 [consultado 20 noviembre 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-22188-consolidado.pdf>

tratamiento médico curativo, en el que el paciente cobra el verdadero protagonismo del proceso curativo.¹³²

La jurisprudencia no ha mirado a un lado en cuanto al consentimiento informado y la importancia que este tiene y de este modo ha establecido el TS, en la STS 3/2001, Sala de lo Civil, de 12 de enero¹³³, que es un derecho fundamental, y se ha pronunciado del siguiente modo: “*el consentimiento informado constituye un derecho fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo*”. Por lo tanto, la LBAP¹³⁴ reconoce el reconocimiento a los pacientes de sus derechos a intervenir de una forma activa a la hora de tomar decisiones que afecten a su salud o a un tratamiento sanitario.¹³⁵

Los requisitos del consentimiento informado son la capacidad para consentir, la presentación de la información por parte del facultativo, que el paciente haya comprendido lo expuesto, que la decisión del que consiente sea de forma voluntaria y por supuesto que se haya manifestado el consentimiento.¹³⁶

Debe haber condiciones mínimas que determinen que psíquicamente es capaz de tomar una decisión madura, es decir que el individuo tiene competencia suficiente para decidir sobre su salud, por lo tanto si hacemos referencia a la madurez, el problema mayor lo presentan los menores de edad, o aquellas que padecen algún tipo de deficiencia psíquica, si hay que precisar que no es viable el consentimiento por representación, eso sí, no se requiere una mayoría de edad tan estricta como en el Derecho civil, salvo para algunos supuestos concretos

¹³² GUÉREZ TRICARICO, P. El Consentimiento como Presupuesto de la Licitud Jurídico-Penal del Tratamiento Médico. op. cit. pp. 165-166.

¹³³ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a). [versión electrónica - base de datos THOMSON REUTERS ARANZADI]. Sentencia núm. 3/2001 de 12 de enero [consultado 15 diciembre 2017].

¹³⁴ España. 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. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 15 de noviembre de 2002, núm. 274, pp. 40126-40132 [consultado 20 noviembre 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-22188-consolidado.pdf>

¹³⁵ GUÉREZ TRICARICO, P. El Consentimiento como Presupuesto de la Licitud Jurídico-Penal del Tratamiento Médico. op. cit. p.168

¹³⁶ *Ibidem*, p.182

tasados. Esto ha de ser aclarado, ya que al Derecho penal no le importa tanto el superior interés del menor como al Derecho civil, sino el determinar si se merece o no la pena el profesional sanitario que atenta contra los bienes jurídicos. Por último, los incapacitados será quien tenga su representación legal quien realice el consentimiento informado.¹³⁷

En líneas generales el consentimiento se ha de prestar antes de que tenga lugar el tratamiento y tener vigencia durante el período de duración del mismo. Por lo tanto y en el ejercicio de su libertad y autonomía puede revocar el paciente su consentimiento en cualquier momento. Difícil es el caso de intervención necesaria por ampliación de la indicación médica prevista, pues más que ante un estado de necesidad, se acudiría a un consentimiento presunto en esa situación. Por último, precisar que, en cuanto al tiempo, el consentimiento a no ser que sea una intervención de urgencia se debe prestar mediando el suficiente espacio de tiempo que asegure lo maduro de la decisión tomada, habiendo sopesado todos los riesgos y los contras para su vida que puede tener la intervención.¹³⁸

En cuanto a la forma, se puede decir, que no requiere de ningún formalismo especial, pero sí ha de ser exteriorizado de alguna forma, da igual si se hace de forma escrita u oralmente, pero claro, eso sí, a efectos probatorios se aconseja tenerlo por forma escrita para poder demostrar en sede judicial su existencia. Para el trasplante de órganos la LTO¹³⁹ de octubre de 1979 exige la forma escrita, también lo exigió la LGS¹⁴⁰ de 25 de abril de 1986 que para un buen número de representantes de la doctrina les pareció excesivo que para todo se requiriera consentimiento por escrito, y que el término intervención empleado en la norma lo acotase solo a intervenciones quirúrgicas. Lo que se busca es la practicidad y no burocratizar la prestación de servicios sanitarios, por ello la LBAP¹⁴¹ establece que será el consentimiento verbal por norma general, salvo para una serie de supuestos tasados que supongan una

¹³⁷ *Ibidem*, pp.195-213

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 213-219

¹³⁹ España. España. Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 6 de noviembre de 1979, núm. 266, pp. 25742-25743 [consultado 1 diciembre 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1979/BOE-A-1979-26445-consolidado.pdf>

¹⁴⁰ España. Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 29 de abril de 1986, núm. 102, pp. 15207-15224 [consultado 12 noviembre 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1986/BOE-A-1986-10499-consolidado.pdf>

¹⁴¹ España. 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. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 15 de noviembre de 2002, núm. 274, pp. 40126-40132 [consultado 20 noviembre 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-22188-consolidado.pdf>

invasión mayor del organismo como son las intervenciones quirúrgicas y procedimientos diagnósticos.¹⁴²

Existen límites al consentimiento informado, por ejemplo, dentro del derecho a renunciar a ser informado que tiene el paciente, por el hecho de renunciar no se ha de presumir su consentimiento a ser intervenido. El consentimiento por representación presenta controversias ya que en el caso de menores sin capacidad de juicio suficiente lo podrán prestar sus padres o representantes legales según lo establece la LBAP¹⁴³, no sucede así con las incapacitadas circunstancialmente, que ha sido el Convenio de Oviedo el que recoge que será su representante legal o las personas que estén vinculadas al paciente por ser familia o mantener una relación de hecho. Por último, en relación con los límites del consentimiento, los vicios de la voluntad son relevantes a la hora de establecer la validez del otorgamiento del consentimiento, haciendo ineficaz el consentimiento, la coacción, el miedo grave y el error, entendido este último solo sobre la magnitud de la intervención quirúrgica y el riesgo que puede suponer, por lo tanto, no caben para la ineficacia el error en la declaración, en la motivación o en la persona.¹⁴⁴

El objeto del consentimiento está muy vinculado con el deber de información del facultativo y por ello que el consentimiento sea eficaz depende en gran medida de que el deber de información haya sido cumplido de forma correcta, que a groso modo es que detalle la forma de ejecutar y las consecuencias previsibles que comprenderá la intervención médico-quirúrgica en cuestión. Por lo tanto el objeto del consentimiento informado prestado por el paciente está conformado por el tratamiento médico que se va a llevar a cabo indicado en el documento del informe médico, realizado dicho tratamiento de forma correcta en consonancia con la *lex artis* y con respecto a la finalidad curativa, así como las posibles complicaciones que le van de suyo a ese tratamiento, eso sí, el resultado no está comprendido en el objeto al

¹⁴² GUÉREZ TRICARICO, P. El Consentimiento como Presupuesto de la Licitud Jurídico-Penal del Tratamiento Médico. op. cit. pp.219-222

¹⁴³ España. 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. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 15 de noviembre de 2002, núm. 274, pp. 40126-40132 [consultado 20 noviembre 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-22188-consolidado.pdf>

¹⁴⁴ GUÉREZ TRICARICO, P. El Consentimiento como Presupuesto de la Licitud Jurídico-Penal del Tratamiento Médico. op. cit. pp.222-230

ser este aleatorio por completo, aunque dicho componente aleatorio no exime de informar al facultativo sobre el resultado final.¹⁴⁵

Como breve mención simplemente hacer referencia que existen excepciones al consentimiento informado que son los tratamientos sanitarios obligatorios que se hacen por razón de salud pública y el llamado privilegio terapéutico que existe para esos casos en el que informar al paciente de la situación puede ser perjudicial para el desarrollo de una manera óptima del tratamiento.¹⁴⁶

Para finalizar se ha de analizar qué importancia tiene el consentimiento, una vez desarrollado este, dentro del ámbito penal y ver como se encuentra entre la justificación y la exclusión de la tipicidad. Hay que diferenciar entre acuerdo, que es el que excluye la tipicidad de la forma de actuar, y el consentimiento, que operaría como una verdadera justificación al excluir la antijuricidad. Si pasamos al plano doctrinal, lo que ha fundamentado la eficacia justificante del consentimiento son dos grandes grupos de teorías, por un lado, las que fundamentan que por haber renunciado el titular del bien jurídico protegido a través del consentimiento pierde valor o es ausente el interés penalmente protegido, y por otro lado las que fundamentan la fuerza justificante del consentimiento en una ponderación de intereses o valores protegidos por el Derecho.¹⁴⁷

9. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICO PENAL, AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

No ha sido una cuestión en la doctrina española en la que se haya profundizado en demasía la de la autoría y participación imprudentes. Dentro de los autores que lo han hecho, como se puede apreciar muy de puntillas, se pueden vislumbrar dos grandes corrientes, los que tienen un concepto unitario de autor ya que no distinguen para el delito imprudente entre autoría y participación, y por el contrario los que sí diferencian entre una y otra dando un concepto restrictivo de autor.¹⁴⁸ Así GÓMEZ RIVERO¹⁴⁹ lo encuadra dentro de la autoría accesoria (la

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp.230-247

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp.247-262

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp.262-275

¹⁴⁸ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. Autoría y Participación imprudente en la actividad Médico-Sanitaria En: FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO, MARCIAL PONS (ed.) *Responsabilidad Penal en el Ejercicio de Actividades Médico-Sanitarias*. Madrid: FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO, MARCIAL PONS (ed.), pp. 311-318

¹⁴⁹ *Ibidem*, p.312

autora lo califica como cooperación necesaria o coautoría), a la hora de analizar la responsabilidad conjunta por imprudencia cuando concurren distintos profesionales de la salud. JORGE BARREIRO¹⁵⁰ es más restrictivo y se basa en el criterio del dominio objetivo-positivo del hecho para establecer quién es el autor de un ilícito imprudente, y diferencia si hay una división vertical u horizontal del trabajo, para estas últimas se optara por la coautoría o autoría accesoria imprudente, y para el supuesto de división vertical estaremos ante una autoría mediata imprudente, ya que los inferiores en la escala por debajo de quien les dio la orden se consideran instrumentos de este. SILVA SÁNCHEZ¹⁵¹ diferencia entre autor y participante, concretamente lo hace en el marco de las transfusiones de sangre, dándose según su criterio la particularidad con respecto a lo que se pudo ver en el anterior autor, que para él, el superior responde como participante imprudente y su subordinado y dependiente en esa relación vertical de trabajo será considerado autor. SOTO NIETO¹⁵² analiza la situación a través de la STS de 23 de octubre de 2001¹⁵³ donde diferencia entre autoría y participación desde la teoría del dominio positivo y objetivo del hecho para explicar la autoría en el seno del delito imprudente, sí hay que precisar que el caso de la citada sentencia se resolvió a través de la coautoría imprudente. VILLACAMPA ESTIARTE¹⁵⁴ es contraria al concepto unitario de autor ya que no cree que responda proporcionalmente a cada uno de los sujetos que han tenido relación con el hecho típico, ni que tampoco la autoría pueda desdoblarse para cuando se cometa de forma dolosa ,de cuando se cometa de forma imprudente, habrá que estar a la aportación cualitativa de cada uno de los intervenientes, siendo para ella muy importante la teoría de las competencias a la hora de configurar la ejecución, pero realmente lo combina con la determinación objetiva y positiva del hecho ya que para la autora solo quien directamente lesione o ponga en peligro el bien jurídico será considerado autor. En base a ello llega a dos posturas, para los supuestos de división horizontal del trabajo, el que realice una intervención en base a una intervención previa errónea de la que desconfía será autor de un delito imprudente y el que realizó la intervención previa será participante, pero si la intervención se hace confiando en la intervención previa será autor el que intervino previamente y los que han

¹⁵⁰ *Ibidem*, p.313

¹⁵¹ *Ibidem*, p.314

¹⁵² *Ibidem*, p.315

¹⁵³ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2^a). [versión electrónica - base de datos THOMSON REUTERS ARANZADI]. Sentencia núm. 1904/2001 de 12 de 23 de octubre [consultado 20 diciembre 2017].

¹⁵⁴ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. Autoría y Participación imprudente en la actividad Médico-Sanitaria. op. cit. p.316

intervenido últimos confiando en la acción de este quedaran impunes, y si se actúa simultáneamente sin principio de confianza derivara en coautoría. Para los supuestos de división vertical el inferior jerárquico que pese a ver que es incorrecta la orden de su superior y la ejecuta será autor y su superior jerárquico participe, si sin embargo confían en su superior será una autoría mediata del superior jerárquico.

10. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA TEMÁTICA

A continuación, a modo de cierre de este trabajo de fin de máster, previo a las conclusiones se va a analizar la *lex artis* ya analizada de forma doctrinal más arriba, ahora viendo que dice la jurisprudencia de ella.¹⁵⁵

Con respecto de la *lex artis*, de la cual hemos hablado en el capítulo correspondiente de esta obra, vemos cómo la STS de 5 de julio de 1989¹⁵⁶ condenó por imprudencia temeraria profesional estableciendo: “*El hecho de no preocuparse de examinar con la atención debida al enfermo y comprobar su situación, solo constatable con eficacia a través de la apreciación directa y personal del facultativo, representa una imprudencia temeraria profesional porque es precisamente la llamada «lex artis» la ciencia médica, la que se olvidó en este supuesto teniendo en cuenta que un profesional medio hubiera podido y debido captar en virtud de sus conocimientos la realidad del peligro y riesgo que suponía hacer un diagnóstico en los términos en que se realizó y prever sus fatales consecuencias.*”

Pero hemos de tener en cuenta que infringir la *lex artis* es un indicio, pero no quiere decir por completo que se haya dejado de observar el deber de cuidado, siendo necesarios más parámetros como son la naturaleza de la lesión o la enfermedad, las personas, el tiempo o el lugar, por ello es muy importante a estos efectos la STS de 18 de noviembre de 1991¹⁵⁷ que condena por un lado a la jefa del servicio de hematología por una falta de lesiones por imprudencia simple, mientras que al Director médico por un delito de lesiones por imprudencia temeraria ya que a la paciente le fue transfundida sangre que contenía el virus del VIH mientras que era intervenida en quirófano, siendo la responsabilidad penal establecida

¹⁵⁵ GUIASOLA LERMA, C. Responsabilidades en el Ámbito Médico/Sanitario por Negligencias en su Actividad Profesional. En: TIRANT LO BLANCH (ed.) *La Imprudencia Profesional*. Valencia: TIRANT LO BLANCH (ed.) editorial, páginas 66-87.

¹⁵⁶ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). [versión electrónica - base de datos THOMSON REUTERS ARANZADI]. Sentencia núm. RJ 1989/ de 5 de julio de 1989 [consultado 23 diciembre 2017].

¹⁵⁷ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). [versión electrónica - base de datos THOMSON REUTERS ARANZADI]. Sentencia núm. RJ 1991/9448 de 18 noviembre 1991 [consultado 25 diciembre 2017].

por los citados hechos en comisión por omisión ya que no tuvieron a bien tener el material adecuado para hacer las pruebas del virus del VIH, que pese a no recogerse su necesidad de forma reglamentaria, ya la práctica y evolución determinaban que si eran necesarias hacerlas como se desprende de la sentencia: *“Aparece del hecho probado la negligente conducta de los aquí condenados, C. M. y F. C., ésta, como se razonará, en menor grado, incuso el primero en el art. 565, párrafo primero, en tanto quebrantó por omisión, la diligencia exigible conforme a la «lex artis». Quebrantó la precaución más elemental pues sabía y conocía, por su reconocida competencia profesional, la necesidad de adoptar medidas precautorias. Sabía y conocía los riesgos y los peligros de la transfusión sanguínea en orden al contagio del SIDA, como era consciente de que una norma reguladora debería establecer la obligatoriedad de las pruebas que él por tanto venía a asumir.*

No había entonces criterios uniformes, comúnmente aceptados, pero la anamnesis, el cribado de la sangre, los test anti-SIDA o incluso las pruebas serológicas, que permitían detectar la presencia de anticuerpos, eran ya prácticas conocidas y sabidas.

Los dos acusados, uno como Director del Hospital «Príncipes de España» y la otra como Jefe del Servicio de Hematología del mismo, aparecen inmersos dentro de ese ambiente médico, de auténtica preocupación por el problema y por las Resoluciones que fueren pertinentes, finalmente impactados del entorno que la propagación del SIDA suponía (ver apartados séptimo y octavo de la resultancia probatoria y fundamento de derecho sexto).

Se omitieron las más elementales normas de precaución y cautela. La «lex artis», como norma de comportamiento profesional, señala los límites y ámbito de la obligación médica. Límites y ámbito que, a la vista de lo probado y tal se explicará a continuación, degradan la culpa de la Doctora.”

Una vez analizado uno de los aspectos importantísimos de la responsabilidad del profesional sanitario como es el respeto a la *lex artis* y por ende la obligación del deber de cuidado con dos sentencias características de este tema de entre la prolífica jurisprudencia que existe al respecto, se pasará a analizar la que ha sido denominada “la sentencia sanitaria del siglo” se traerá a este trabajo para finalizarlo la sentencia del “Caso Maeso” STS de 27 de febrero de 2009¹⁵⁸.

¹⁵⁸ 1. España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a). [versión electrónica - base de datos THOMSON REUTERS ARANZADI]. Sentencia núm. 173/2009 de 27 febrero [consultado 30 diciembre 2017].

“La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debemos condenar y condenamos a Benjamín Julio, como responsable en concepto de autor de 275 delitos de lesiones ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, por cada uno de dichos delitos, de siete años de prisión, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión médica por tal tiempo.

Que debemos condenar y condenamos a Benjamín Julio, como responsable en concepto de autor de 4 delitos de homicidio imprudente ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, por cada uno de ellos, de dos años de prisión, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión médica por tiempo de cuatro años; así como al pago de las costas del presente procedimiento, incluidas las generadas por la personación e intervención en la causa de las partes acusadoras particulares y actoras civiles, y sin inclusión de las generadas por la actuación en el procedimiento de las acusaciones populares. Significándose que por ley el máximo de cumplimiento efectivo de la condena no podrá exceder de veinte años...”

*“Para desestimar esta objeción bastaría remitirse, por ejemplo, a los escritos de calificación del Fiscal y de la Asociación Valenciana de Consumidores y Usuarios, en los que figura la afirmación de que Benjamín Julio, conocedor de que padecía una afección hepática, **utilizó para el propio consumo de tóxicos el mismo instrumental quirúrgico luego empleado con los pacientes...**”. Vemos claramente cómo se produce una omisión del deber de cuidado sabiendo él la patología que padecía y cómo vulnera la *lex artis*, saltándose todos los protocolos sanitarios establecidos para salvaguardar la seguridad de los pacientes intervenidos.*

11. Conclusiones

Los objetivos planteados en la introducción del presente trabajo se verán ahora si se han alcanzado o no en forma de conclusiones numeradas según el orden en el que fueron planteados los mismos:

1^a. En cuanto a la evolución que ha tenido la relación entre la medicina y el derecho se puede decir que claramente no es un asunto que se ciña a este tiempo, siendo el elemento diferenciador de una forma clara, la unión a un elemento divino de la actividad médica que eximía de responsabilidad al profesional sanitario antaño, frente a la dotación de un carácter científico con los años y el imperar la razón antes que las creencias, lo que hizo recaer de una

forma definitiva, con el pasar de los siglos, la responsabilidad en el profesional sanitario. Son los avances científicos y la paulatina regulación legal de esta disciplina en los siglos XIX y XX los que nos llevan a la relación medicina y derecho que tenemos en la actualidad.

2^a. Con respecto al concepto de tratamiento médico hemos podido ver que la extensa variedad de posturas doctrinales, no nos arroja un concepto unívoco del mismo, pero si hay que decantarse por alguna, ha de ser aquélla que de los caracteres que incluye a la hora de establecerse sea la más completa e idónea para la resolución de las controversias en este campo, siendo la que cumple dichos requisitos la siguiente: Aquella acción llevada a cabo por parte de un médico en el ejercicio de su actividad profesional dirigida a favorecer las condiciones de vida de un ser humano vivo.

3.^a Diferenciar si estamos ante tratamiento médico curativo o no revierte especial importancia a la hora de eximir responsabilidad o no, es por ello que hemos llegado a la conclusión que estamos ante tratamiento médico curativo cuando se reúnen estos cuatro requisitos: es el médico el que realiza el tratamiento; cuando es con una finalidad de mejora, aseguramiento o restablecimiento de la salud física o psíquica; cuando se da una indicación médica objetiva; y por último se realiza conforme a la *lex artis*. Por otro lado, existen los tratamientos médicos no curativos que se subdividen en los tratamientos médicos-estéticos, por un lado, los cuales se asimila a curativo y exime de responsabilidad cuando es cirugía estética reparadora, por otro lado, los tratamientos experimentales, en los cuales se legitima si la investigación es terapéutica.

4^a. Analizando la responsabilidad del profesional sanitario en la actualidad vemos que realmente no se disponen de estadísticas de errores sanitarios ni de reclamaciones judiciales y extrajudiciales por motivos de negligencias médicas, pero si se hicieran estos estudios podríamos ver cómo no arrojarían unos resultados desproporcionados, ya que seguro que se dan mayores casos de responsabilidad que denuncias se llevan a cabo, por el sencillo hecho del volumen tan grande de intervenciones que se realizan al año y el número de profesionales tan elevado que pertenecen a este gremio arroja unas probabilidades de suceder negligencias y errores médicos enormes, por el riego que estas intervenciones conllevan.

5^a. La litigiosidad en la actividad médica ha aumentado por la razón primordial del cambio en la relación del médico con el paciente que ya no es jerárquica, donde el médico estaba por encima del paciente, sino de igual a igual. Pero no solo esa ha sido la razón del incremento sino que ha influido las técnicas de mayor riesgo, el trabajo en equipo y multidisciplinar que

conlleva una coordinación necesaria, las expectativas de buen fin de los tratamientos con la insatisfacción que conlleva el no conseguir el fin perseguido, la influencia de los medios de comunicación, la entrada en escena de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España y por último la mayor probabilidad de error por estadística y probabilidades. Es por ello por lo que los profesionales sanitarios frente a este incremento y las circunstancias enumeradas se hayan visto en la necesidad de tomar precauciones para no sufrir los efectos de tales reclamaciones, mediante la contratación de seguros de responsabilidad profesional.

6^a. La regulación penal española en esta materia no contempla ni un solo artículo en el CP que haga referencia al tratamiento médico curativo, pero no por ello significa que la actividad de los profesionales sanitarios quede al margen del CP, sino que las lesiones o fallecimientos en el marco de una actividad sanitaria se subsumen en las lesiones imprudentes y el homicidio imprudente con el agravante de haber sido una imprudencia profesional.

7^a. Para establecer la relevancia jurídico penal del tratamiento médico curativo no se puede dar una respuesta universal, sino que hay que estar a cada caso concreto, pormenorizada e individualmente, analizando si la medida adoptada excede los rangos de peligrosidad y a posteriori una vez producido el resultado lesivo si se dan los elementos del tipo subjetivo, siendo en nuestro ámbito por lo general la imprudencia.

8^a. El papel del deber de cuidado en este ámbito es la clave de bóveda para dilucidar si una acción es o no imprudente, es la medida de relevancia penal para calificar la conducta de un sujeto como típica o atípica, y para establecerlo hay que estar a las reglas de cuidado extrapenales corregidas a las circunstancias de la acción, tiempo y lugar, todo ello con respecto al hombre medio ideal añadiéndole los mayores conocimientos de este.

9^a. La *lex artis* son el conjunto de reglas de cuidado aprobadas por la comunidad científica y aplicables en la actividad médico-sanitaria, lo que no es específico doctrinalmente es si solo la conforman reglas técnicas o si también está formada por reglas deontológicas. El contenido lo forman la anamnesis con gran importancia de la historia clínica; el diagnóstico; la prognosis; y el tratamiento. Pero la valoración jurídico penal de la *lex artis* es limitada ya que esta es abstracta y se debe estar a cada caso concreto, además la valoración jurídica le compete al juez que no tendrá en cuenta solo la *lex artis* sino las demás circunstancias que rodean al caso concreto. Aunque se tienda a unificar incluso jurisprudencialmente deber de cuidado y *lex artis* hay que tener claro que son conceptos autónomos ya que hay que tener claro hasta dónde

llega la labor del médico y hasta dónde llega la labor del jurista para ver cuándo la conducta de un profesional sanitario es o no imprudente. Por último, otro factor que hace que el valor de la *lex artis* en el derecho penal sea menor, es el factor tiempo debido a los avances técnicos constantes y permanentes que dejan obsoleta una técnica en un corto espacio de tiempo, teniendo que ver la vigencia de la regla caso por caso, limitando de esta forma la seguridad jurídica.

10^a. El consentimiento informado es uno de los parámetros de legitimación de la actividad médica desde la entrada en vigor de LBAP, habrá que estar a la capacidad de quien lo otorga que no es más que las condiciones psíquicas mínimas para tomar una decisión madura sin ser posible la representación, se ha de prestar antes de que se lleve a cabo el tratamiento médico y tener vigencia durante la duración del mismo. Desde el punto de vista de la forma no se reviste de ningún formalismo especial, eso sí, ha de ser exteriorizado, aunque a efectos probatorios se aconseja la forma escrita y es obligatoria la forma escrita para el trasplante de órganos. En cuanto al objeto está muy vinculado al deber de información del facultativo, debiendo haberse cumplido este de forma correcta, aunque existen excepciones por razones de salud pública y en caso de que sea más beneficioso no informar al paciente. Por último, decir que la importancia del consentimiento dentro del ámbito penal es su situación entre la justificación y la exclusión de la tipicidad, siendo el consentimiento una justificación para excluir la antijuricidad, es ahí donde se encuentran las teorías de la pérdida de valor o ausencia del interés penalmente protegido y la de ponderación de intereses o valores protegidos por el derecho.

11^a. Al respecto de cómo se individualiza la responsabilidad jurídico penal a través de la autoría y participación, existen dos corrientes, los que tienen un concepto unitario de autor y los que diferencian entre autoría y participación, analizando estos a su vez si hay una relación vertical u horizontal de trabajo, como así mismo, cómo influye la confianza o no en su superior o igual jerárquico para ser autor, coautor o participe respectivamente.

12^a. En el apartado para el análisis de la jurisprudencia, concretamente en sentencias que hacían referencia a la *lex artis* se puede ver, cómo el no observarla sirve para el tribunal para fundamentar su condena y el grado de la misma, pudiendo ver cómo califica el no observarla de imprudencia temeraria. Pero al mismo tiempo nos deja la jurisprudencia claro que el no observar la *lex artis* no lo es todo, sino que hay que estar a más parámetros y circunstancias para poder calificar las conductas como sucedió en el caso de las transfusiones de sangre con

VIH en el que la *lex artis* aún no determinaba un protocolo a seguir, pero si las publicaciones y entorno doctrinal avisaban que era necesario tomar precauciones ya, por ello es necesario estar a más circunstancias que solo la *lex artis*. Por último, ver cómo en el caso denominado “del siglo” sanitario, el “Caso Maeso” es clara la vulneración de la *lex artis* al inyectarse el condenado el material que después utilizaría en los pacientes.

Por todo ello y en forma de finalización de este Trabajo Fin de Máster que todos los objetivos que se marcaron desarrollar se han plasmado en el mismo pudiendo establecer que la responsabilidad penal por mala praxis profesional está formada por múltiples elementos que se han desarrollado en el presente trabajo y que se han dejado patentes en estas conclusiones, que no hay una respuesta unívoca o universal para estas cuestiones, que si hay que hacer o dejar patente una conclusión de cierre es que en cuestión sanitaria hay que estar al milímetro caso por caso y a las circunstancias que lo rodean, a la importancia del tiempo y los avances de la ciencia y que no se ha de olvidar que el que tiene que evaluarlo todo en última instancia es el juez al que habrá que ofrecerle todos los hechos, pruebas, periciales, testificales, y documentación relevantes para según sea el cometido como abogados, eximir de responsabilidad penal al profesional sanitario o en su caso hacerlo responsable de los hechos que se le imputan.

12. Bibliografía

- AMARILLA MATEU, N; GARCIA CANO, T. 2015. Reforma del Código Penal y delitos contra la salud pública (II): afectación al sector farmacéutico y de tecnología sanitaria. *Actualidad de Derecho Sanitario*. (231) pp. 799-804. ISSN: 1136-6869
- ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C. De los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes En: MANUEL GÓMEZ TRILLO (ed.) *Comentarios Prácticos al Código penal*. España: THOMSON REUTERS-ARANZADI Volumen 4. pp. 219-240
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. I. 1982. *El delito de lesiones*. Salamanca. España: UNIVERSIDAD DE SALAMANCA.
- BERAOLA LORENZO.A. 2013. Aspectos fundamentales del delito de revelación de secretos. *Iuris: Actualidad y práctica del derecho* (197) ISSN-e: 2255-0488. pp. 26-28
- CARRASCO ANDRINO, M.M. 2010. Protección penal de la filiación. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* (12) ISSN-e 1695-0194.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA ESPAÑOLA. Seix.t. XII. Barcelona 1910. Voz “médico”
- ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I. 2009. Tráfico de Drogas. *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*. (106) ISSN: 1699-129X pp.147-151
- FARALDO CABANAS, P. 1999. El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. *Revista del poder judicial*. (55) ISSN: 1139-2819 pp. 49-72
- GUÉREZ TRICARICO, P. 2012. *El Tratamiento Médico Curativo y su Licitud: El Papel del Consentimiento del Paciente*. Pamplona: CIVITAS, THOMSON REUTERS.
- GUIASOLA LERMA, C. 2005. *La Imprudencia Profesional*. Valencia: TIRANT LO BLANCH.
- HERRERA MORENO, Delitos relativos a la manipulación genética. En: MIGUEL POLAINO NAVARRETE (ed.) *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*. España: TECNOS, pp. 129-142

- HUERTA TOCILDO, S. Los delitos de aborto, lesiones al feto y manipulaciones genéticas en el código penal de 1995 En: ADELA ASUA BATARRITA (ed.) Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996. España: UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO/EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA, SERVICIO DE PUBLICACIONES. pp.109-112
- LATORRE LATORRE, V. Lesiones al feto. En: VIRGILIO LATORRE LATORRE (ed.) Mujer y derecho penal: presente y futuro de la regulación penal de la mujer. España: TIRANT LO BLANCH. pp.177-207
- MORETÓN TOQUERO, M.A 2001. La suposición de parto, la ocultación y sustitución de niños y el "tráfico de menores" España: EDITORIAL BOSCH
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2017. Diccionario de la lengua española. Madrid: Espasa. [consultado en 23/12/2017]. Acceso en: <http://dle.rae.es/?id=Ol43qKz|Ol6Jp7U>
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. 2012. *Responsabilidad Penal en el Ejercicio de Actividades Médico-Sanitarias*. Madrid: FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO, MARCIAL PONS.
- SERRANO TÁRRAGA, M.D. 1997. El delito de intrusismo profesional. Madrid. España: CIVITAS
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. 2003. *Responsabilidad Penal del Personal Sanitario. Atribución de Responsabilidad Penal en Tratamientos Médicos Efectuados por Diversos Profesionales*. Cizur Menor (Navarra): EDITORIAL ARANZADI.

13. Fuentes jurídicas utilizadas

Normativa.

- España. Constitución Española. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, pp. 29313-29424 [consultado 10 octubre 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>
- España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889, núm. 206, pp. 249 a 259 [consultado 14 octubre 2017]. Disponible en: <https://boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

- España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp. 33987-34058 [consultado 26 octubre 2017]. Disponible en: <https://boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>
- España. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 30 de noviembre de 2007, núm. 287, pp. 49181-49215 [consultado 1 noviembre 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-20555-consolidado.pdf>
- España. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 27 de mayo de 2006, núm. 126, pp. 19947-19956 [consultado 4 noviembre 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>
- España. Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 22 de noviembre de 2003, núm. 280, pp. 41442-41458 [consultado 6 de noviembre 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-21340-consolidado.pdf>
- España. 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. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 15 de noviembre de 2002, núm. 274, pp. 40126-40132 [consultado 20 noviembre 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-22188-consolidado.pdf>
- España. Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 26 de julio de 2001, núm. 178, pp. 27284-27393 [consultado 12 diciembre 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-22188-consolidado.pdf>
- España. Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 29 de abril de 1986, núm. 102, pp. 15207-15224 [consultado 12 noviembre 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1986/BOE-A-1986-10499-consolidado.pdf>
- España. Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de

órganos. [Internet] Boletín Oficial del Estado, 6 de noviembre de 1979, núm. 266, pp. 25742-25743 [consultado 1 diciembre 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1979/BOE-A-1979-26445-consolidado.pdf>

Jurisprudencia.

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a). [versión electrónica - base de datos THOMSON REUTERS ARANZADI]. Sentencia núm. 173/2009 de 27 febrero [consultado 30 diciembre 2017].
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2^a). [versión electrónica - base de datos THOMSON REUTERS ARANZADI]. Sentencia núm. 1904/2001 de 23 de octubre [consultado 20 diciembre 2017].
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a). [versión electrónica - base de datos THOMSON REUTERS ARANZADI]. Sentencia núm. 3/2001 de 12 de enero [consultado 15 diciembre 2017].
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). [versión electrónica - base de datos THOMSON REUTERS ARANZADI]. Sentencia núm. RJ 1991/9448 de 18 noviembre 1991 [consultado 25 diciembre 2017].
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). [versión electrónica - base de datos THOMSON REUTERS ARANZADI]. Sentencia núm. RJ 1989/ de 5 de julio de 1989 [consultado 23 diciembre 2017].