

ANEXO DE LA REVISTA

MÉDICOS DE FAMILIA

R E V I S T A

—DE LA SOCIEDAD MADRILEÑA—

DE MEDICINA DE FAMILIA Y

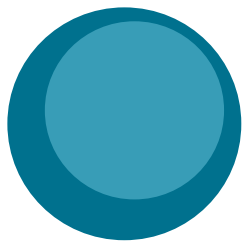
C O M U N I T A R I A

Nº 1. • VOL. 13

JUNIO 2011

EL MEDICO DE FAMILIA COMO IMPUTADO EN EL PROCESO PENAL

-XX CONGRESO DE LA SoMaMFyC-, 14 de abril de 2011



EL MEDICO DE FAMILIA COMO IMPUTADO EN EL PROCESO PENAL -XX CONGRESO DE LA SoMaMFyC-, 14 de abril de 2011

Ilma. Sra. Dña. Elena Cortina Blanco

Magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Majadahonda

La voluntad de curar, que es inherente a la atención médica, hace extrañas las conductas de resultado lesivo (homicidios, lesiones, etc) imputables a título de dolo, esto es, intencionales. Mención aparte son los tipos delictivos sin producción de resultado lesivo (v.gr. de descubrimiento o revelación de secretos, de intrusismo, de falsedades documentales y de certificados), escasamente significativas en cuanto a su habitualidad, siendo sus autores, en algunos de estos delitos (p.ej. el intrusismo), personas ajenas a la función médica. Es por ello que principalmente nos vayamos ocupar de la imprudencia médica generadora de responsabilidad penal que, estadísticamente, es la que constituye el monto principal de la responsabilidad penal en la actividad médica. Y, en última instancia, al delito de denegación o abandono de asistencia sanitaria.

Hay que tener en cuenta, en todo caso, que el estudio de la jurisprudencia sobre esta materia tiene la dificultad inherente al hecho de que, en atención de las penas con que el Código Penal castiga el homicidio imprudente (prisión de una a cuatro años –art. 142 Código Penal) y las lesiones causadas por imprudencia (prisión de tres meses a tres años – art. 152 Código Penal-), la competencia para el conocimiento de las correspondientes causas penales corresponde a los Jueces de lo Penal, con recurso de apelación ante las Audiencias Provinciales, sin posible acceso, por tanto, a la casación, con lo que, de ordinario, sólo llegan a la Sala II del Tribunal Supremo –que es del que emana la jurisprudencia- un reducido número de asuntos relacionados con los profesionales de la Medicina. Ello no obstante, como recuerda D. LUIS-ROMÁN PUERTA, Magistrado Emérito T.S., en su ponencia sobre “Novedades jurisprudenciales. Ámbito Penal” en el XIV CONGRESO DE DERECHO SANITARIO ha de reconocerse que las decisiones de la Sala II del Tribunal Supremo sobre esta materia han logrado configurar un cuerpo de doctrina que viene a constituir una jurisprudencia consolidada y suficientemente conocida que expande lógicamente su influencia sobre las decisiones de los tribunales inferiores.

D. Virgilio Rodríguez Vázquez [“La responsabilidad penal médica por homicidio y lesiones imprudentes

actualmente en España” (Artículos 142 y 152 Código Penal). La Ley. Núm. 6601], tras poner de manifiesto que, en el periodo comprendido entre el año 2000 y el año 2004, se habían producido 297 resoluciones judiciales de las Audiencias Provinciales sobre esta materia –con un incremento de un cincuenta por ciento entre dichos años–, destaca que, ello no obstante, “el número de condenas es bajo” (ocho, en total, en el año 2004; exactamente igual que las del año 2000), y señalaba las siguientes causas del incremento de las denuncias penales:

1ª) La modificación de la relación médico-paciente, pues, “en las últimas dos décadas, se ha pasado de un modelo en el que el paciente era atendido a lo largo de toda su vida por un solo médico a otro modelo en el que el paciente es vigilado por múltiples especialistas”. La relación médico-paciente ha dejado de ser una relación de confianza para convertirse en una relación jurídica.

2ª) Las características del “moderno ejercicio de la medicina”: a) métodos médicos más agresivos, “que ofrecen mayores posibilidades de curación al paciente pero que a la vez conllevan mayores riesgos”; b) “trabajo en equipo”, en cuanto “la división de funciones supone una mejora de la atención al paciente pero también entraña riesgos derivados de los problemas específicos propios del equipo médico”.

3ª) El “desarrollo cultural”, en cuanto los ciudadanos son cada vez más exigentes con los servicios que se les prestan, junto con la proliferación en los últimos años de asociaciones de defensa de los derechos de los pacientes.

4ª) La “influencia de los medios de comunicación”, pues “los periodistas se han convertido en un “amplificador” de las imprudencias médicas, provocando un efecto multiplicador de las demandas penales”.

5ª) Las “modificaciones normativas”, como puede ser el operado por la Ley de la Jurisdicción

Contencioso-Administrativa. Y, en último lugar,

6ª) El “incremento de la asistencia sanitaria”, por cuanto “el mayor número de intervenciones médicas supone, lógicamente, un incremento de la probabilidad de encontrarnos con conductas imprudentes”.

No cabe desconocer tampoco que, entre estas causas, debe tenerse en cuenta también la mayor comodidad que la jurisdicción penal puede suponer para el ciudadano (por la posible intervención del Ministerio Fiscal en defensa de sus intereses, ante la eventualidad de un posible delito público, sin necesidad de acudir, por su parte, a los profesionales del Derecho), frente a las otras vías jurisdiccionales, aunque ha de reconocerse también que la vía penal tiene el grave inconveniente de que las resoluciones desestimatorias de la misma –bien por archivo de las actuaciones o por absolución de los acusados– implican un notable retraso en la posible utilización de las otras vías jurisdiccionales.

I. LA JURISDICCIÓN O ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, esto es, impartir o administrar justicia, consiste en proyectar sobre situaciones concretas, con el fin de realizar y tutelar el derecho, una constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo, lo que previamente requiere determinar lo que a cada uno corresponde (lo jurídico) –Andrés de la Oliva–

La Administración de Justicia se compone de órganos jurisdiccionales (Juzgados y Tribunales) que se integran, en primer término, por Jueces o Magistrados –independientes, inamovibles, responsables y sometidos sólo al imperio de la Ley–, específicamente encargados de decidir en Derecho mediante un proceso.

Cada Juzgado o Tribunal constituye una unidad con su cometido propio, determinado por la Ley, que ha de desempeñarse por el mismo órgano, sin dependencia de otros órganos jurisdiccionales (y, por supuesto, no jurisdiccionales) y para ello dispone de unos medios o instrumentos propios.

Todos los órganos jurisdiccionales españoles se encuadran en la llamada Jurisdicción Ordinaria o en la Jurisdicción Militar, cuyo ámbito de conocimiento viene determinado por criterios objetivos (material, lugar y otras circunstancias, como la vigencia del “estado de sitio”, etc) y/o subjetivos (conductas de personal militar).

La complejidad de la vida social determinó la creación de **CUATRO GRANDES RAMAS U ORDENES** dentro de la Jurisdicción Ordinaria (art. 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 6/1985, de 1 de julio, en adelante LOPJ):

- 1.- El orden jurisdiccional civil.
- 2.- El orden jurisdiccional penal tendrá atribuido el

conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los que correspondan a la jurisdicción militar.

- 3.- El orden contencioso-administrativo
- 4.- El orden jurisdiccional social.

LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES se integran por el Juez o Magistrado/s y el personal no juzgador, denominado “oficina judicial”, al frente de la cual está el/la Secretario/a Judicial.

Los Jueces y Magistrados se integran en la “Carrera Judicial”, que consta de tres categorías: Jueces, Magistrados y Magistrados del Tribunal Supremo. Esta última categoría no sólo la ostentan quien ejercen la función jurisdiccional en el Tribunal Supremo, sino también otros Magistrados (p. ej. El Presidente de la Audiencia Nacional, los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, etc).

La composición y atribuciones de los distintos órganos que integran la planta judicial en España se contemplan en los arts. 53 a 103 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

II. ORGANOS JURISDICCIONALES EN EL ORDEN PENAL

A) ENUMERACIÓN.

- Juzgados de Paz (art. 100 LOPJ).
- Juzgados de Instrucción. (art. 87 LOPJ)
- Juzgados de Violencia sobre la Mujer (art. 87 bis LOPJ).
- Juzgados de lo Penal (art. 89 bis LOPJ).
- Juzgados de Menores (art. 96 LOPJ).
- Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. (art. 94 LOPJ).
- Audiencias Provinciales. (art. 82 LOPJ).
- Tribunales Superiores de Justicia. (art. 73 LOPJ).
- Juzgados Centrales de Instrucción. (art. 88 LOPJ).
- Juzgados Centrales de lo Penal. (art. 89 bis 3 LOPJ).
- Juzgado Central de menores. (art. 96 LOPJ).
- Audiencia Nacional. (art. 65 LOPJ).
- Tribunal Supremo. (art. 57 LOPJ).
- Además de los Tribunales con Jurado, cuya composición y competencias son reguladas en la Ley del Jurado.

B) COMPOSICIÓN.

1. Órganos Unipersonales: Están constituidos por

una sola persona, el Juez o Magistrado (Juzgados de Paz, Juzgados de Instrucción, Juzgados de lo Penal, Juzgados de Violencia sobre la Mujer, Juzgados de Menores, Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, Juzgados Centrales de Instrucción, Juzgados Centrales de lo Penal y Juzgado Central de Menores).

2. Órganos Pluripersonales: Son los constituidos por más de un Magistrado.

C) ATRIBUCIONES DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES PENALES

Nos centraremos en los que, previsiblemente, intervendrán en aquellos procedimientos que se tramiten en orden a exigir responsabilidad penal al Médico de Familia.

■ JUZGADOS DE INSTRUCCIÓN.

Con sede la capital de partido judicial u jurisdicción en todo el ámbito del mismo, conocen:

1. De la instrucción por causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal.
2. Del conocimiento y fallo de los juicios de faltas.

■ JUZGADOS DE LO PENAL.

Con sede en la capital de la provincia y jurisdicción en la misma, conocen:

Del enjuiciamiento y fallo de las causas por delitos castigados con penas privativas de libertad no superior a cinco años; con penas de multa, cualquiera que sea su cuantía, o penas de otra naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años. También son competentes para el conocimiento de faltas, sean o no incidentales, cuando estuvieran relacionadas con dichos delitos

■ TRIBUNAL DEL JURADO.

El Tribunal del Jurado conoce de determinados delitos, con independencia de que sean delitos graves o menos graves. Conforme al art. 1, apdo. 2º de la LOPJ, el Tribunal del Jurado será competente para el conocimiento y fallo de las causas por los delitos tipificados en los siguientes preceptos del Código Penal:

- a) Del homicidio (arts. 138 a 140, referidos al homicidio doloso o intencional, esto es, no al derivado del hecho imprudente y al asesinato).
- b) **De la omisión del deber de socorro** (arts. 195 y 196).

Igualmente conocerá de los delitos conexos con los

anteriores siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los siguientes supuestos:

Que dos o más personas reunidas cometan simultáneamente los distintos delitos.

Que dos o más personas cometan más de un delito en distintos lugares o tiempos, si hubiere precedido concierto para ello.

Que alguno de los delitos se haya cometido para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad. (art. 5.2 LOPJ).

■ AUDIENCIA PROVINCIAL.

Con sede en la capital de la provincia y jurisdicción en toda ella, conoce:

De las causas por delito, a excepción de las que la ley atribuye al conocimiento de los Juzgados de lo Penal o de otros Tribunales previstos en esta Ley. Es decir, aquellos delitos castigados con penas de prisión superior a cinco años.

De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Instrucción y de lo Penal de la provincia.

■ TRIBUNAL SUPREMO.

Con sede en la Villa de Madrid y jurisdicción en toda España, **la Sala 2ª** del Tribunal Supremo, conoce:

De los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios en materia penal que establezca la Ley.

III.- EL PROCESO PENAL EN ESPAÑA

1.- DEFINICION

Es el conjunto de actos que realiza el órgano jurisdiccional con el fin de administrar justicia, imponiendo al poder sancionador del Estado y dando solución a la controversia surgida por las posiciones contrarias de las partes, sobre unos hechos determinados, mediante la aplicación del Derecho concreto.

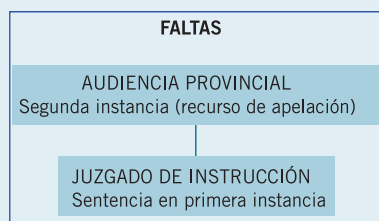
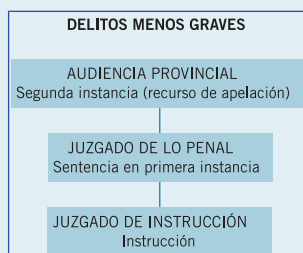
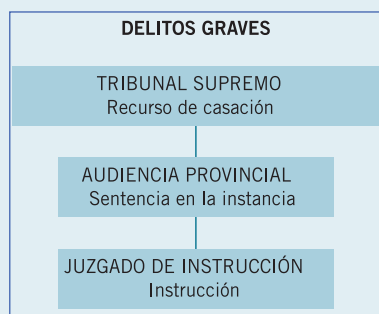
Así, proceso y juicio son conceptos distintos, aunque en el lenguaje cotidiano se usen indistintamente. El proceso es una sucesión de actos, concatenados unos tras otros a lo largo del tiempo. El juicio es la acción o efecto de juzgar, es una operación sustancial de la jurisdicción.

2.- Todo proceso tiene una serie de **PRINCIPIOS BÁSICOS** o criterios, que, sustancialmente, son los siguientes EN EL PROCESO PENAL

A) RELATIVOS A LAS PARTES:

a/ **Contradicción o audiencia:** Para poder condenar a una persona hay que haberla oído previamente, lo que

JURISDICCIÓN PENAL



SOBRE "AFORADOS":

competencia en primera o única instancia:

-Tribunal Supremo

-Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma

DELITOS COMPETENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL:

AUDIENCIA PROVINCIAL=
AUDIENCIA NACIONAL

JUZGADO PENAL=JUZGADO CENTRAL DE LO PENAL

JUZGADO INSTRUCCIÓN =JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN

(No juzgan ni las faltas Ni los delitos por Jurado)

puede exponerse en los siguientes términos: "nadie puede ser condenado sin ser oído", o sin que haya tenido la oportunidad de ser oído, esto es, sin que se le haya dado la oportunidad de realizar las alegaciones (y ofrecer la prueba) legalmente previstas.

Este principio tiene reconocimiento constitucional, pues el art. 24.1 CE prohíbe la indefensión, y el art.24.2 CE consagra el derecho al proceso con todas las garantías. Con relación al derecho de defensa, significa este principio para las partes que tienen derecho a conocer todo el material fáctico y jurídico que pueda favorecerles y perjudicarles. Pero, además, su importancia se acentúa por el hecho de que en el proceso penal nadie puede ser condenado en rebeldía.

El principio de audiencia genera el llamado "**Derecho de Defensa**", que se reconoce en el art. 24 de la Constitución Española, sobre la "prohibición de indefensión".

b/ Igualdad: Reconocida en el art. 14 de la CE, , esta igualdad no significa que las partes del procesos sean iguales, ya que, por decirlo en un lenguaje coloquial, no es igual "atacar" que ser "atacado" (por ejemplo, en el proceso penal, nos encontramos con la figura del acusador y la del acusado o imputado, etc.).

Esta desigualdad, sin embargo, no impide que las partes, dentro de un proceso, gocen de iguales oportunidades para sostener sus posturas

Lógicamente, si el principio de audiencia no se respeta, se infringe la igualdad.

Al ser derechos reconocidos constitucionalmente, la garantía última de tales derechos corresponde al TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Y así, reiterada jurisprudencia constitucional recuerda que "en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses, sin que pueda justificarse la resolución judicial *inaudita parte* más que en el caso de incomparecencia por voluntad expresa o tácita o por negligencia imputable a una parte" (SSTC 112/1987, de 2 de julio y 251/1987, de 2 de octubre)

B) PRINCIPIOS ESPECIFICOS DEL PROCESO PENAL.

Aquellos que son la esencia del mismo, caracterizándolo diferenciadamente frente al proceso civil y demás procesos no penales.

- a) **Principio de necesidad:** Es la columna vertebral del proceso penal. El Derecho Penal es un Derecho Público que protege el derecho de libertad, por lo que debe entrar en juego en el momento que se cometa un delito o una falta que atente contra ella, en cualquiera de sus manifestaciones, porque el Estado está en la obligación de tutelar los intereses públicos y privados que se lesionan con los delitos y las faltas, y, en consecuencia, existe un interés público en la persecución de los mismos.

Pues bien, el único medio de aplicar el Derecho Penal es a través del proceso penal. Dicho de otra manera, el proceso penal es el medio necesario, en un doble sentido: Primero, es la única vía posible para poder imponer una pena, consecuencia jurídica del delito o falta; segundo, siempre que el Juez tenga conocimiento de la comisión de un delito debe incoar el correspondiente proceso penal.

Básicamente éste es el significado del principio de necesidad, aunque hay que avanzar ahora que no siempre se da con toda su pureza en el proceso penal, pues hay ocasiones en que el legislador prefiere no interferir en la autonomía de la voluntad de los ciudadanos y únicamente persigue el delito si éstos así lo deciden.

- b) **Principio de legalidad procesal o de oficialidad:** El inicio del proceso penal no depende de la voluntad de los particulares, sino que (salvo excepciones), se efectúa de oficio por el órgano jurisdiccional una vez se tiene conocimiento del delito o falta, mediante resolución formal (auto) de incoación.
- c) **Principio de investigación oficial:** Las partes pueden alegar en el proceso penal los hechos que quieran, y proponer los actos de investigación y las pruebas que deseen sobre los mismos, pero la dirección del proceso corresponde al Juez, por lo que éste puede aportar a la causa los hechos que haya investigado por su cuenta y la prueba correspondiente, sin que aquella actividad de las partes le coarte o limite en lo más mínimo.
- d) **Principio de control de los presupuestos procesales:** Los presupuestos procesales que afectan al órgano jurisdiccional (jurisdicción, competencia genérica y criterios de atribución de la competencia), a las partes (capacidad, legitimación y postulación), así como a los actos procesales que determinan su existencia válida, son controlados de oficio por el propio Juez, sin que quede excluida tampoco la posibilidad

de intervención de las partes.

- e) **Principio de impulso procesal de oficio:** El pase del proceso penal de una fase a otra, o de un acto a otro dentro de cada una de ellas, no tiene que ser pedido por las partes, sino que lo realiza el Juez directamente de oficio.
- f) **Principio de libre apreciación de la prueba:** Principio clave del proceso penal es que el juzgador valore en conciencia, es decir, con la libertad de criterio ajustada a la razón humana, los medios de prueba que se hayan practicado ante él, sentenciado con fundamento en su convencimiento y a la existencia de unos hechos declarados previamente por él probados, y no atendiendo a reglas fijadas por la ley que el Juez deba seguir inexcusablemente.

C) PRINCIPIOS EXTERNOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

Finalmente, el proceso penal también tiene una actividad externa, lo que se ve de él fuera, que responde igualmente a unas directrices básicas. Estos son los principios del procedimiento penal, que giran en torno a la forma del proceso, de manera que al mismo tiempo que suponen una garantía para las partes, deben asegurar lo más perfectamente posible una actuación judicial justa, barata y rápida.

- a) **Principio de oralidad:** Se refiere a la forma de las actuaciones procesales. Está recogido del sistema acusatorio y se encuentra reflejado en la misma Constitución Española (CE): “El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”.

Evidentemente no puede pretenderse hoy que todo el proceso penal sea oral, pues la complejidad de las investigaciones sobre todo de las modernas formas de delincuencia, hace prácticamente imposible la cuestión; sin embargo en el momento del juicio, en el que tienen lugar las pruebas sobre las que debe basarse la sentencia, es posible y además constituye una garantía para todos los sujetos intervinientes. Por ello la CE exige que la oralidad sea la forma “predominante” de las actuaciones procesales, no la única forma de producirse.

La LECr. establece igualmente la escritura para la fase de investigación y la oralidad para la del juicio, al que precisamente llama así: “juicio oral”.

- b) **Principio de inmediación:** Esta igualmente incardinado al acto del juicio oral y es consecuencia de la aceptación del de oralidad. El

Juez o Tribunal ante el que se han practicado las pruebas tiene que ser el mismo que dicte sentencia, siendo imposible un cambio de Juez, o de miembro del Tribunal (LOPJ).

- c) **Principio de publicidad:** Consustancial con el de oralidad, y con doble reconocimiento constitucional (arts. 24.2 y 120.1 CE), además de en la LECr.

El principio de publicidad significa dos cosas distintas: Publicidad para las partes de los actos procesales, aunque en este caso estamos más bien ante el principio de contradicción o defensa; y publicidad para terceros, para el público en general, que es la verdadera publicidad.

Pues bien, nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal establece distinta forma de publicidad del proceso penal:

En la fase de investigación: las actuaciones serán secretas para la generalidad de los ciudadanos y públicas sólo para las partes (publicidad relativa); no obstante cabe la posibilidad de que durante un tiempo limitado el Juez de Instrucción pueda acordar razonando su decisión el secreto también para las partes, nunca para el Ministerio Fiscal (art. 302 LECr.).

En la fase de juicio: se establece el principio de publicidad absoluta; para las partes y para los ciudadanos, e incluso para la prensa cuya importancia en la publicidad se ha señalado por el TC (STC 30/1982). Aunque también permite que excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, puedan tener lugar con publicidad sólo respecto de las partes.

- d) **Principio de concentración:** Los actos procesales deben celebrarse en una sola audiencia (acto de vista), o en varias temporalmente próximas entre sí, porque el Juez debe poder estar en condiciones de recordar lo que se ha desarrollado ante él.

3.- PARTES DEL PROCESO PENAL

MINISTERIO FISCAL.

Es un órgano público instituido por el Estado y constituye una pieza fundamental del proceso penal basado en el denominado "*principio acusatorio*". Este principio exige que alguien, distinto al órgano instructor y al órgano encargado del enjuiciamiento y fallo de la causa, presente en el proceso una acusación. De esta forma que dan separadas las funciones de acusar y juzgar (además de la de instruir la causa). Ambas son funciones públicas; pero lo que exige este principio es precisamente que el Estado en cuanto acusa no

juzgue y, viceversa, en cuanto juzgue no acuse. Con la institución del Ministerio Fiscal se satisfacen esas exigencias (Gómez Orbaneja).

La Constitución establece en el artículo 124 cuáles son las funciones esenciales y los principios de actuación del Ministerio Fiscal. Conforme a dicho precepto, el Ministerio Fiscal tiene como misión:

- a) Promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados.
- b) Velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos por la satisfacción del interés social.

Ambas funciones las desarrollará teniendo en cuenta los principios de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción "*en todo caso*" a los de legalidad e imparcialidad.

EL ABOGADO DEL ESTADO o LETRADO DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS de la Administración a la que pertenezca.

Los Letrados integrados en los servicios jurídicos de la Administración tienen como función, tal como dispone la L.O.P.J., la representación y defensa del Estado y de sus organismos autónomos, salvo que, en cuanto a éstos, sus disposiciones autoricen otra cosa.

En el orden jurisdiccional penal, la intervención del Abogado de la Administración se producirá en aquellos casos en los que la Administración a la que representa en cuanto tal aparece relacionado en la comisión de un delito. Esta intervención puede consistir:

- a) En personarse como acusador particular en aquellos procesos por delitos en los que la Administración puede resultar perjudicada.
- b) En actuar como letrado defensor en los supuestos en que un funcionario sea acusado de un delito cometido en el ejercicio de su cargo en el que se haya sujetado estrictamente a la legalidad vigente o haya cumplido orden de autoridad competente.
- c) En actuar como letrado defensor en aquellos supuestos en que el Estado pueda ser condenado como responsable civil subsidiario.

ACUSADOR PARTICULAR.

Es aquella parte que interviene en el proceso solicitando la intervención judicial: que se declare la responsabilidad penal (y, en su caso, civil) del que se supone autor de un delito o una falta. Acusador particular es la propia persona perjudicada por la infracción penal, esto es, el ofendido por el delito.

ACUSACIÓN POPULAR

Engloba aquellos casos en los que el ejercicio de la acción penal se produce por el ciudadano no ofendido por el delito, cualquiera que tenga interés personal en el asunto.

En este sentido ha de partirse de la distinción entre delitos privados, cuasiprivados y públicos.

Hay infracciones, que aunque pueda considerarse que dañan a la colectividad y, por tanto, deban ser penales, el Estado renuncia a la intervención de oficio y espera a que sea el propio perjudicado individual quien pida la intervención de los Tribunales penales. Estas infracciones se denominan delitos perseguibles a instancia de parte (por contraposición a todos los demás delitos que son perseguibles de oficio) y son de dos clases: delitos privados, únicamente perseguibles mediante querrela (calumnia e injuria) y delitos cuasiprivados o semipúblicos, que exigen para ser perseguidos denuncia previa del ofendido, si bien una vez presentada el Ministerio Fiscal es parte acusadora (v.gr. delitos de reproducción asistida, delitos de agresiones, acosos o abusos sexuales, delitos de descubrimiento y revelación de secretos, delito de calumnia, siendo el ofendido funcionario público, autoridad o agente de la misma, sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos, delito de injurias, siendo el ofendido un funcionario público, autoridad o agente de la misma, sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos, delito de abandono de familia, delitos de daños por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros, delitos relativos al mercado y a los consumidores, delitos societarios). Todos los demás delitos no especificados anteriormente tienen carácter de públicos a efectos de su perseguibilidad.

En el ámbito de la responsabilidad penal del profesional médico, los delitos sobre los que vamos a centrar esta ponencia (homicidio y lesiones imprudentes (arts. 142 y 152 C.P.) y denegación de asistencia sanitaria (art. 196 C.P.) son de carácter público. Las faltas castigadas en el art. 621 del CP (imprudencia leve) exigen, por el contrario, la denuncia de la persona agraviada o su representante, pudiendo denunciar el Ministerio Fiscal si se trata de un menor de edad, incapaz o persona desvalida. El perdón del ofendido o su representante extinguirá la acción penal (vid. art. 639 CP).

ACTOR CIVIL

Con este nombre se designa, en sentido amplio, a toda persona que ejercita, dentro del proceso penal, la acción civil (en orden a la restitución de la cosa, la reparación del daño o la indemnización de perjuicios). Entendido así, será actor civil: el Ministerio Fiscal, puesto que está obligado a ejercitar la acción civil junto con la acción penal, al margen de que haya o

no en el proceso un acusador particular, salvo cuando el dañado o perjudicado renunciase expresamente a su ejercicio o, la hubiese reservado para ejercitarla después de haber finalizado el proceso penal y el acusador particular, es decir, el ofendido por el delito, puesto que a la vez que se constituye en parte acusadora puede ejercitar la acción civil.

En sentido estricto, sin embargo, el actor civil es la persona física o jurídica, distinta del acusador, que ejercita únicamente la acción civil dentro del proceso penal.

Este sujeto puede ser, además del ofendido (sujeto pasivo del delito) o perjudicado (titular de intereses extrapenales), los herederos.

Desde un punto de vista procedimental, la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece, con carácter general, que cualquier momento anterior al trámite de calificación del delito es válido para que el actor civil se muestre parte en la causa ejercitando la acción civil que proceda.

EL IMPUTADO.

Éste debe corresponderse con el autor material del hecho, aunque, como es lógico, al no poder determinarse la autoría sino al final del proceso mediante sentencia, basta para ser imputado el que existan contra una persona indicios racionales de autoría.

La L.E.Cr. utiliza distintos términos para su designación: **Inculpado, Presunto Culpable, Presunto Reo, Imputado, etc.**

Debemos definir y delimitar la significación de todos estos conceptos:

1. **Imputado.** Existe imputación penal desde que recaen sobre una persona sospechas acerca de la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito, lo que da lugar a la comparencia que regula el art. 775 LECR, a la que nos referiremos en un momento posterior.
2. **Procesado.** En el ámbito del sumario, si, como consecuencia de las diligencias practicadas aparecen "indicios racionales de criminalidad contra determinada persona" se dictará auto declarándola procesada. El procesamiento supone, por tanto, la imputación formal de la realización del hecho punible.
3. **Acusado.** Una vez terminada la primera fase del proceso (sumario o instrucción) y presentados los correspondientes escritos (de calificaciones provisionales: proceso ordinario; de acusación: procedimiento abreviado), el juicio se celebra contra la persona o personas que son, específicamente, objeto de acusación en los mismos.

4. **Condenado o Reo.** A partir del momento procesal en que se ha dictado sentencia y ésta se convierte en firme.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

a) DIRECTA.

La responsabilidad civil por hecho propio deriva de los **daños o perjuicios que hubieran causado los hechos delictivos**. Se hace recaer de forma directa en el que resulte responsable penalmente (art. 116 CP), sea como autor o como cómplice (estos últimos, subsidiariamente respecto de los autores).

Preciso es, por tanto, **distinguir** entre la pena que corresponde al delito o falta cometido (que puede ser de naturaleza pecuniaria, esto es, una multa, que se ingresa en el Tesoro Público), de la responsabilidad civil derivada de la infracción penal, que persigue resarcir al perjudicado de los perjuicios sufridos (sean estos materiales o por el “daño moral”).

Son también responsables civiles directos “los **aseguradores** que hubieran asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado”. Tal responsabilidad alcanzará “hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda” (art. 117 CP)

b) SUBSIDIARIA.

Son responsables civiles subsidiarios, por insolvencia del que lo se criminalmente, las personas y entidades contempladas en el art. 120.1º CP.

RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA.

La responsabilidad de los entes públicos presenta características singulares derivadas de un sistema dual de reparación. Por un lado, la responsabilidad por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, reconocido por el art. 106.2 de la CE, que prevé el derecho de indemnización por toda lesión que los particulares sufran en sus bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, precepto que desarrolla esencialmente la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (arts. 139 a 143), o por el funcionamiento de la Administración de Justicia (art. 121 de la CE y arts. 292 y ss. de la LOPJ).

Por otro lado, el art. 121 del Código Penal otorga una opción al perjudicado para acudir a la vía administrati-

va para exigir la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos, o bien mantener la pretensión de resarcimiento dentro del proceso penal, si bien prohíbe expresamente la duplicidad indemnizatoria.

La responsabilidad subsidiaria de los entes públicos por hechos delictivos surge cuando éstos son cometidos por una persona con carácter de autoridad, agentes o contratados de la misma o funcionarios públicos, siempre que se den dos presupuestos.

Que los hechos se produzcan en el ejercicio del cargo público que desempeñen.

Que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados.

FORMAS DE INICIACION DEL PROCESO PENAL

El acto de iniciación del procedimiento es el “*auto de incoación*”. Esta resolución judicial implica una calificación previa y provisional sobre el carácter aparentemente delictivo de los hechos que motivan el comienzo de la instrucción.

No hay que confundir el acto de iniciación del procedimiento penal con los actos a través de los cuales llega a conocimiento del Juez la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito. El conocimiento de los hechos puede ser inmediato o mediato (y, en este caso, por un atestado policial, por una denuncia o querrela), pues, aunque lo normal sea que la “*notitia criminis*” proceda de terceros, nada impide que quien desencadene la actividad de investigación y comprobación sea el propio Juez, porque haya tenido conocimiento directo de los hechos.

INICIACION DE OFICIO.

Tiene lugar cuando llega a conocimiento del juez una “*notitia criminis*” de un delito perseguible de oficio, a través de medios tales como la propia presencia del jugador en el lugar de los hechos en el momento de producirse éstos.

El conocimiento de estas noticias hace que el Juez, en virtud del cumplimiento del principio de oficialidad, actúe por propia iniciativa y comience las averiguaciones tendentes a conocer con exactitud los hechos ocurridos, personas responsables, etc., es decir, ordena la incoación del procedimiento correspondiente. Esta actividad vendrá dada de manera oficial cuando el instructor, a la vista de los hechos llegados a su conocimiento y considerando la posibilidad de que los mismos sean constitutivos de delito público, dicte “*auto de incoación*”. Esta incoación de oficio está contemplada en el artículo 303 de la L.E.Cr., cuando se determina que la formación del sumario, ya empiece de oficio, ya a instancia de parte, corresponderá a los

Jueces de instrucción por los delitos que se cometan dentro de su partido.

Existen determinados delitos en los que la iniciación de oficio es la única forma de perseguibilidad de los mismos, como son la acusación y denuncia falsa, falso testimonio dado en juicio y la alteración del orden en las salas de lo civil y lo penal.

DENUNCIA

a) **Concepto.** La denuncia es el acto por el que se pone en conocimiento del órgano jurisdiccional, bien directamente, bien a través del Ministerio Fiscal o de la Policía, la realización o comisión de un hecho presuntamente delictivo.

b) **Denunciantes.** La idea latente en la L.E.Cr. es que toda persona que tenga conocimiento de un hecho punible tiene la obligación de ponerlo en conocimiento de la autoridad. Aunque en términos generales, puede decirse que denunciar es una auténtica obligación (cuyo fundamento puede encontrarse hoy en el art. 118 de la C.E.) que revela, una vez más, el carácter público de los intereses en juego en materia penal, en realidad los auténticos supuestos de denuncia-obligación son los de los artículos 259 a 262 de la L.E.Cr.

Hay personas que por razón de sus cargos, profesiones u oficios están obligados, cuando tuvieren noticia de algún delito público, a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de Instrucción o al de Paz, cuando proceda, o bien al funcionario de Policía más próximo. La Ley impone para el incumplimiento de esta obligación unas sanciones pecuniarias (art. 259 L.E.Cr.).

Igualmente la propia Ley procesal establece unas excepciones a la obligación de denunciar que alcanzan, en primer lugar, a los impúberes, aunque no hay en la Ley procesal definición alguna en torno a la edad en que se es púber o impúber.

Otra excepción se refiere a aquellos que no gozan del pleno uso de su razón.

Atendiendo a razones de parentesco, se establecen también unas excepciones en cuanto a la obligación de denunciar, respecto del cónyuge del delincuente, así como de ascendientes y descendientes consanguíneos o afines de delincuentes y sus colaterales consanguíneos y afines hasta el segundo grado inclusive. Nos encontramos en estos supuestos con la posibilidad de ejercer un derecho pero no de cumplir con un deber del que por ley se encuentran exonerados.

Por último, la L.E.Cr. también exige del deber de denunciar a los abogados y procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes, y a los eclesiásticos, con relación a aquellos hechos de los que tuvieren conocimiento en el ejerci-

cio de las funciones de su ministerio, refiriéndose la ley al secreto de confesión y similares en otras religiones que no sean la católica.

La exención del deber de denunciar no significa prohibición de hacerlo, por lo que cualquiera de las personas a las que la ley exige de este deber tiene la facultad de ejercer su derecho a la denuncia.

c) **Denunciado.** La denuncia no tiene que dirigirse frente a una persona determinada. Es más, en múltiples ocasiones, uno de los fines principales de la instrucción preliminar es, precisamente, la averiguación de la persona a quien han de imputarse los hechos. Ni que decir tiene que, en caso de que existiere algún sospechoso, el denunciante podrá individualizarlo.

d) **Destinatario.** Es el órgano jurisdiccional, aunque la L.E.Cr., para facilitar el cumplimiento de la obligación de denunciar y favorecer una rápida comprobación de los hechos, permite que sea presentada ante el Ministerio Fiscal o, incluso, ante un funcionario de Policía.

e) **Contenido y Forma de la denuncia.** El contenido de la denuncia se limita a una simple e informal exposición de los hechos aparentemente delictivos y de sus circunstancias.

Puede hacerse por escrito o por palabra y, en uno u otro caso, personalmente o por medio de mandatario con poder especial. Si se hiciese por escrito ha de estar firmada por el denunciante (o por otra persona a su ruego, si no pudiese hacerlo). La presentación de la denuncia es un acto meramente material. La autoridad que la recibiera rubricará y sellará todas las hojas a presencia del que la presentare, quien también podrá rubricarla por sí o por otra persona a su ruego.

Cuando la denuncia sea verbal se extenderá un acta en forma de declaración que será firmada por el declarante (u otra persona a su ruego) y por el funcionario o autoridad que la recibiera.

f) Objeto y efectos de la denuncia.

Podrán ser objeto de denuncia, todos los delitos públicos, así como las faltas del mismo carácter, los delitos semipúblicos y los delitos privados de injuria y calumnia cometidos contra funcionario público, autoridad o agente de la misma en el ejercicio de sus funciones.

Con respecto a los delitos privados cometidos por medios diferentes a los expresados anteriormente, no pueden ser objeto de denuncia, toda vez que para perseguirlos se requiere la presentación de querrela por el ofendido.

Si la denuncia reúne todos los requisitos formales descritos, se procederá o mandará proceder por el Juez o funcionario, ante quien se hubiese presentado, a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste

no revistiera carácter de delito o que la denuncia fuese manifiestamente falsa.

Una vez practicadas las diligencias de averiguación y comprobación de los hechos el Juez deberá decidir sobre la admisión o inadmisión de la denuncia.

Si los hechos denunciados revistieran apariencia delictiva, el Juez deberá dictar un auto admitiendo la denuncia y ordenando la incoación del procedimiento.

Si, una vez practicadas las diligencias de comprobación, estimase el Juez que: 1.- no existen indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que ha dado motivo a la formación de la causa; 2.- el hecho no es constitutivo de delito, dictará auto ordenando el sobreseimiento libre de la causa (art. 637 LECR); por contra, si estimare que; 1.- no resulta debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa; 2.- resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores, dictará auto ordenando el sobreseimiento provisional de la causa (art. 641 LECR). Ambos autos serán susceptible de recurso de reforma y/o apelación.

QUERELLA

a) **Concepto.** Es la declaración de voluntad dirigida al órgano jurisdiccional competente por la que los sujetos legitimados para ser parte acusadora en el proceso penal realizan la correspondiente acción.

Es un acto por el que se pone en conocimiento de un órgano jurisdiccional la perpetración de unos hechos que revisten los caracteres de delito y en que se manifiesta la voluntad del querellante de ser parte del proceso que, en su caso, se incoe o que se hubiese incoado.

La querella igual que la denuncia, es una forma de dar a conocer la notitia criminis, pero con la diferencia fundamental de que el querellante ejercita en este acto la acción penal. Lógicamente, tal diferencia comporta que la querella sea configurada como un derecho (o facultad), salvo cuando quien ejercita la acción es el Ministerio Fiscal, en cuyo caso constituye una auténtica obligación. Téngase en cuenta que la querella no tiene porque ser el acto que provoque la actuación jurisdiccional, sino que el querellante puede ejercitar su derecho a mostrarse parte en un proceso ya iniciado.

Querellante. El art. 277.1º de la L.E.Cr. prescribe la identificación del querellante, quien deberá manifestar su nombre, apellidos y vecindad.

El particular querellante prestará fianza de la clase y cuantía que fijare el Juez para responder de las resultas del juicio, excepto en los supuestos específicamente previstos en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal

La Querella ha de presentarse por medio de Procurador con poder bastante y suscrita por Letrado. Si el Procurador no tuviese poder especial para formular la querella, será precisa la firma del querellante.

c) **Querellado.** Será querellado el sujeto contra quien se dirija la querella. El querellante deberá identificar a la persona (o personas) que aparezcan como probables responsables del hecho delictivo, indicando, si los conociese, su nombre, apellidos y vecindad. En caso contrario, deberá hacer su designación por las señas que mejor pudieran darla a conocer. Esto es una de las diferencias con la denuncia, en ésta no es necesaria la identificación del denunciado, la Ley exige inequívocamente la individualización del querellado, ello no significa, sin embargo, que la investigación no pueda arrojar un resultado distinto.

d) **Destinatario de la querella.** La querella se interpondrá ante el Juez de Instrucción competente. Si el querellado estuviere sometido, por disposición especial de la Ley, a determinado Tribunal, ante éste se interpondrá la querella.

Lo mismo se hará cuando fueren varios los querellados por un mismo delito o por dos o más conexos, y alguno de aquéllos estuviere cometido excepcionalmente a un Tribunal que no fuere el llamado a conocer por regla general del delito.

f) **Contenido y Forma de la querella.** Ha de contener una relación circunstancias del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora en que se cometieron, si se supieren, y preferiblemente en párrafos separados y numerados. No es precisa, sin embargo, una fundamentación jurídica, si bien lo más frecuente sea que la parte subsuma los hechos, aunque de modo provisional, en algún tipo penal.

Aunque no constituyan un elemento esencial de la querella, se puede solicitar en ella la práctica de las diligencias que sean precisas para la comprobación de hecho.

En el suplico se pedirá que sea admita a trámite la querella, que se tenga por parte querellante, que se practiquen las diligencias solicitadas y, en su caso, la adopción de las medidas cautelares personales y reales que fueran procedentes.

g) **Efectos de la querella.** Quien ejercita la acción en forma de querella no tiene un derecho incondicionado a la apertura y plena sustentación del proceso penal, sino a un pronunciamiento motivado del Juez en la fase instructora sobre calificación jurídica que le merecen los hechos. El trámite de admisión o inadmisión de la querella supone, por tanto, un enjuiciamiento penal de los hechos objeto de la querella que sólo corresponde efectuar, con carácter exclusivo y excluyente, a los órganos jurisdiccionales.

Presentada, pues, la querrela, el Juez deberá examinar si se cumplen los presupuestos procesales y los requisitos al fondo. Si el Juez estimara procedente la querrela, después de admitirla, mandará practicar las diligencias que en ella se propusieran, salvo las que considere contrarias a la leyes, o innecesarias o perjudiciales para el objeto de la querrela, las cuales denegará en resolución motivada.

Una vez admitida, el querellante, quedará sometido, para todos los efectos del juicio por él promovido, al Juez de Instrucción o Tribunal competente para conocer el delito. No obstante podrá apartarse de la querrela en cualquier tiempo, quedando sujeto, entonces, a las responsabilidades que pudieran resultarle por sus actos anteriores.

IV.- LOS PROCEDIMIENTOS PENALES ESPAÑOLES

La responsabilidad penal médica, habitualmente referida al hecho imprudente, encontrará su cauce más habitual en el Procedimiento Abreviado, o bien en el Juicio de Faltas, procedimientos que a continuación se explican. No se olvide, sin embargo, que el delito de omisión del deber de socorro se atribuye a la competencia del Tribunal del Jurado.

EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

I. AMBITO DE APLICACIÓN

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 757 LECr, se aplicará dicho procedimiento al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración.

Por penas de distinta naturaleza han de entenderse todas aquellas que no sean las privativas de libertad, tales como la inhabilitación absoluta, la inhabilitación especial, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, privación del derecho a la tenencia y porte de armas, multa, etc.

II. COMPETENCIA

La instrucción de las causas corresponde a los Juzgados de Instrucción

Para el enjuiciamiento y fallo son competentes **los Juzgados de lo Penal** cuando los delitos estén castigados con pena privativa de libertad no superior a cinco años o con pena de multa, cualquiera que sea su cuantía o con la privación del permiso de conducir, cualquiera que sea su duración, o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, siempre que no excedan de diez años. De manera que este es, pues, el órgano habitualmente competente para el enjuiciamiento y fallo del hecho médico imprudente

III. FASES DE PROCESO ABREVIADO

1ª. Fase de instrucción

Que tiende a realizar la investigación y determinar, previa fijación de objeto del proceso la procedencia de la apertura a juicio oral o sobreseimiento de las actuaciones. Esta fase comprende, en realidad, dos subfases con relativo relieve diferenciado, el aspecto investigador y el juicio sobre la procedencia de la acusación.

2ª. Fase de juicio oral.

Pieza fundamental del proceso, pues en ella, se ventila y decide, previa la práctica de las pruebas y las valoraciones y peticiones conclusivas de las partes acusadoras y acusadas en sus respectivos informes, acerca de las pretensiones punitivas o absolutorias.

3ª. **Fase de ejecución.** Completa, finalmente, la realización de las actividades necesarias para dar efectivo cumplimiento a la sentencia firme en sus diversos pronunciamientos.

1ª. FASE DE INSTRUCCIÓN.

1. Incoación y contenido de las diligencias previas.

Ordena la ley que todas las actuaciones judiciales relativas de los delitos que son objeto de persecución en el proceso abreviado se registren como **Diligencias Previas**

La incoación de las expresadas diligencias previas debe acordarse tan pronto como conste de modo meramente indiciario, que el hecho enjuiciado se halla comprendido en alguno de los supuestos que establece el art. 757 LECrim., haciéndose saber inmediatamente al Ministerio Fiscal, al imputado y a las personas personadas.

Adopta forma de auto o resolución motivada (sucintamente).

2. Investigación Judicial en las diligencias previas.

Será imprescindible la práctica de la **primera comparecencia del imputado, que regula el art. 775 LECR**: en la primera comparecencia, se informará al imputado de sus derechos según las exigencias constitucionales y conforme a las reglas que resultan de una interpretación coordinada de los arts. 118 y 520 de la L.E.Cr., se le requerirá para que designe domicilio en España, en el que se le harán las notificaciones, o una persona que las reciba en su nombre.

Se advertirá al imputado que la citación realizada en dicho domicilio o a la persona designada permitirá la celebración del juicio en su ausencia, si la pena en su día solicitada no excediera de los límites señalados en el apartado 1 del art. 786 (menos de dos años de

privación de libertad y de seis si fuere de distinta naturaleza).

El artículo 118 establece que:

“Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho.

La admisión de denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculpados.

Para ejercitar el derecho concedido en el párrafo primero, las personas interesadas deberán ser representadas por Procurador y defendidas por Letrado, designándoseles de oficio o cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren, y en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para verificarlo.

Si no hubiesen designado Procurador o Letrado, se les requerirá para que lo verifiquen o se les nombre de oficio, si, requeridos, no los nombrasen, cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación”

El artículo 520, relativo a los detenidos, establece una serie de derechos igualmente reconocidos al imputado no detenido, cuales son:

- a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen
- b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.
- c) Derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio
- e) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano

Tanto antes como después de prestar declaración se le permitirá entrevistarse reservadamente con su Abogado, sin perjuicio de lo establecido en el **apartado c) del art. 527**

Con carácter preceptivo, debe realizarse la instrucción al perjudicado de sus derechos (posibilidad de cons-

tituirse en parte, de solicitar la restitución, reparación del daño o indemnización que corresponda), así como del derecho a nombrar abogado.

Además, el Juez de Instrucción ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí mismo las diligencias esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, personas responsables, etc.

Las más habituales, en las instrucciones que se llevan a cabo en orden a dilucidar la eventual responsabilidad del Médico en el proceso penal:

- 1.- recabar la Historia Clínica del paciente (ha de recordarse, en este sentido, la importancia de que dicha Historia incluya la mayor información posible y, por supuesto, evitar cualquier quebranto de la misma);
- 2.- recabar informe del Médico Forense adscrito al Juzgado de Instrucción o, en su caso, de los especialistas de la Clínica Médico-Forense de Madrid.

Es habitual la presentación de informe/s pericial/es por el propio imputado, emitidos por un profesional de su elección.

Debe, en este sentido, tenerse en cuenta que, para resolver, el juez es libre a la hora de valorar las pruebas. No existen reglas de apreciación de la prueba, siempre y cuando transparente el cómo y el por qué de una conclusión que no puede ser considerada contradictoria a conocimientos generales. Pero el juez está obligado a buscarse apoyo pericial a la hora de tratar con materias que sobrepasen su “propia pericia” El papel de perito es el de “auxilio” para los jueces, es decir, está para poner sus conocimientos, científicos y especiales, a disposición de los jurídicos para facilitar la extracción de conclusiones.

En realidad, en la prueba de peritos, el órgano judicial no valora el resultado de la misma, sino sólo de forma indirecta; el juez para apreciar la prueba de peritos, ha de valorar la autoridad científica del perito, la aceptabilidad, conforme al conocimiento común, los métodos científicos aplicados por el perito, el resto de los medios probatorios obrantes en las actuaciones y sobre todo la coherencia lógica de la argumentación desarrollada por el perito en el dictamen. Este método de valoración determina que conforme las cuestiones dictaminadas sean más técnicas, menos posibilidades reales tiene el órgano judicial de hacer una valoración libre de la prueba, pues más difícil le será apreciar datos como la metodología aplicada por el perito o la coherencia interna de los razonamientos incurridos en el dictamen. En todo caso no puede darse otra forma de valoración del dictamen, dada la separación de funciones propias del proceso y al recaer la facultad de decisión sobre la persona del juez éste es el único

que puede llevar a cabo una valoración del dictamen emitido, que no debe ser arbitraria, sino al contrario adecuada y motivada, pues en caso contrario la figura del perito estaría sustituyendo la función del juez y por tanto realizando una actividad que supera el ámbito pericial estricto en el que desarrolla la misma.

- 3.- declaraciones testimoniales (muchas veces personal de enfermería, celadores, parientes o allegados al paciente, etc).

3. Conclusión de las diligencias previas y fase intermedia.

Concluidas las diligencias esenciales, o cuando no sean necesarias éstas, el Juez de Instrucción tiene que adoptar una de las siguientes decisiones (art. 779 LECR):

1ª Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda (art. 637 LECR –sobreseimiento libre- o 641 LECR –sobreseimiento provisional-) notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional (art. 641 LECR) y ordenará el archivo.

2ª Si reputare falta el hecho que hubiere dado lugar a la formación de las diligencias, convocará a las partes al acto del juicio.

3ª Si el hecho constituyera delito comprendido en el art. 757, seguirá el procedimiento ordenado en el Capítulo siguiente (Procedimiento Abreviado). Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el art. 775.

4ª Si, en cualquier momento anterior, el imputado asistido de su abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y estos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el art. 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la **conformidad del acusado**. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los arts. 800 y 801 (Juicio Rápido).

En cualquier caso, las decisiones del Juez Instructor están sometidas al control del posible recurso de reforma y/o apelación que pueden interponer las partes, y entre éstas, obviamente, el Ministerio Fiscal.

La fase de Preparación del Juicio Oral

Si el Juez estima que el hecho puede ser constitutivo de infracción penal y hay unos presuntos autores conocidos sobre los que pueda recaer la acusación (punto 4º del precepto citado: art. 779), debe proceder a una calificación indiciaria de la naturaleza de la infracción penal y de la responsabilidad penal de los posibles autores para determinar el órgano jurisdiccional que debiera conocer los hechos.

Acordado por el Juez de Instrucción que debe seguirse la tramitación por el Proceso Abreviado, en la misma resolución ordena que se dé traslado de las diligencias previas, originales o mediante fotocopia, al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas, para que, en el plazo común de diez días, soliciten la apertura de juicio oral formulando escrito de acusación o sobreseimiento de la causa, o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias. Éstas serán siempre deberán ser practicadas cuando sean solicitadas por el Ministerio Fiscal a efectos de poder formular escrito de acusación.

El Juez acordará lo que estime procedente cuando tal solicitud sea formulada por la acusación o acusaciones personadas. En la práctica de estas diligencias se citará al Ministerio Fiscal, a las partes personadas y, siempre, al imputado, dándose luego nuevo traslado de las acusaciones.

El Ministerio Fiscal y el acusador particular pueden solicitar en este tiempo procesal el sobreseimiento de la causa, en los supuestos contemplados expresamente en la L.E.Cr.

La formulación del escrito de acusación implica la solicitud, en el mismo, de la apertura a juicio oral ante el órgano que se estime competente y exige la identificación de la persona o personas contra la que se dirija la acusación. Esta identificación tiene que producirse necesariamente entre las personas que previamente tengan la cualidad de imputados. En el mismo escrito se propondrán las pruebas de que intenten valerse en el juicio oral, e igualmente, se podrá solicitar la práctica anticipada de aquellas pruebas que no puedan efectuarse durante las sesiones del juicio oral. También se puede solicitar la adopción, modificación o suspensión de las medidas provisionales.

El Juez de Instrucción decide, a continuación, sobre la oportunidad de acordar la apertura de juicio oral una vez que conoce la acusación. La formalización de la pretensión punitiva con la consiguiente petición de apertura a juicio oral realizada por las partes acusadoras (Ministerio Fiscal, acusador particular o actor civil) obliga al Juez de Instrucción a considerar si procede dicha apertura que deberá acordar, salvo que estime que el hecho acusado no es constitutivo de delito y que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado.

Si una de las partes acusadoras solicita la apertura a juicio oral y otra según lo establecido hubiera pedido el sobreseimiento, habrá que dar un nuevo traslado a ésta para que formule escrito de acusación a no ser que hubiere renunciado a ello.

En el auto donde se acuerde la apertura a juicio oral deberá el Juez de Instrucción resolver también sobre dos extremos:

- a) Órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa cuando alguna de las partes acusadoras solicite que el hecho sea enjuiciado por la Audiencia.
- b) Adopción, modificación y suspensión o revocación de medidas cautelares.

El régimen de impugnaciones permite la reforma y/o apelación contra el auto que acuerde el sobreseimiento o deniegue la apertura a juicio oral. Contra el auto de apertura del juicio oral no se dará recurso alguno, excepto en lo relativo a la situación personal del acusado, pudiendo el interesado reproducir ante el órgano de enjuiciamiento las peticiones no atendidas.

Entrega de las actuaciones a las partes acusadas para la calificación de los hechos.

La Ley no prevé el traslado de las actuaciones al imputado, concluida la instrucción, para que se pronuncie sobre la apertura del juicio oral. Lo que no significa, que el imputado no tenga oportunidad de ser oído respecto a la decisión del Juez de concluir la investigación y continuar el procedimiento por los trámites del abreviado, y así, exige que la resolución del Instructor sea notificada al imputado, que podrá interponer frente a ella los recursos legalmente establecidos (reforma y/o apelación).

Abierto el juicio oral, si los acusados no hubieran hecho uso de su derecho a nombrar abogado ni se les hubiera nombrado de oficio, se les emplazará, con entrega de copia de los escritos de acusación, para que en el plazo de tres días comparezcan en la causa con Abogado que les defienda y Procurador que les represente, nombrándoles de oficio si no lo hicieren.

Escrito de defensa.

Una vez dado traslado del escrito de acusación, el acusado tendrá diez días para presentar escrito de defensa frente a las acusaciones formuladas. El escrito se contraerá correlativamente a los extremos contenidos en los escritos de acusación y en él se podrá solicitar del órgano judicial que recabe la remisión de documentos o cite a peritos o testigos para su utilización como prueba en las sesiones de juicio oral, así como en su caso, la práctica de prueba anticipada. Si no se prestare escrito de defensa en el plazo señalado se entenderá que se opone a las acusaciones y segui-

rá su curso el procedimiento. Transcurrido el plazo, la defensa sólo podrá proponer la prueba que aporte en el acto del juicio oral para su práctica en el mismo.

Puesta de las actuaciones a disposición del órgano jurisdiccional competente para el juicio oral.

Formulado por el acusado el escrito de defensa, el Juez de Instrucción remitirá lo actuado al órgano competente para el enjuiciamiento, notificándose a las partes, salvo cuando el enjuiciamiento corresponda al Juez de lo Penal y éste se desplazará periódicamente a la sede del Juzgado instructor para la celebración de los juicios procedentes del mismo, en cuyo caso permanecerán las actuaciones en el Juzgado a disposición del Juez de lo Penal.

2ª. LA FASE DE JUICIO ORAL.

1. ADMISIÓN DE LAS PRUEBAS Y EJECUCIÓN DE LAS PRUEBAS ANTICIPADAS.

Corresponde al órgano jurisdiccional decisor (recuérdese, habitualmente, Juez de lo Penal) a la vista de los escritos de acusación y de defensa, una vez puestas a su disposición las actuaciones, considerar las pruebas propuestas y admitir las que sean pertinentes, rechazando las demás.

2. CELEBRACIÓN DE JUICIO.

- a) Constitución del Tribunal y presencia de las partes.

Constituido conforme a las disposiciones orgánicas el órgano jurisdiccional, se declarará abierta la sesión, salvo que excepcionalmente por aplicación de las disposiciones generales al efecto se declare secreto y la celebración del juicio a puerta cerrada.

La celebración requiere preceptivamente la asistencia del acusado y del Abogado defensor. La ausencia injustificada del acusado que hubiere sido citado personalmente o en el domicilio o en la persona a que se refiere la Ley, no será causa de suspensión del juicio oral si el Juez o Tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora y oída la defensa, estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento, cuando la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, de seis.

- b) Audiencia preliminar potestativa.

El juicio comienza con la lectura por el Secretario de los escritos de acusación y defensa. Seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen

oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de derechos fundamentales, existencia artículos de previo pronunciamiento, causas de suspensión de juicio oral, así como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto.

c) La posible conformidad del acusado.

La petición concorde, en su caso, de sentencia de conformidad está concebida en términos que relativamente a sus efectos plantea importantes dudas. Establece la disposición legal, que antes de iniciarse la práctica de la prueba, la acusación y la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrán pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en este acto, que no podrá referirse a hecho distinto ni contener calificación más grave que la de escrito de acusación.

Si la pena no excediera de seis años, el Juez o Tribunal dictará sentencia de estricta conformidad con la aceptada por las partes (art. 787 LECR).

d) Ejecución de las pruebas y conclusiones.

Acto seguido se procederá a la práctica de las pruebas. Se pretende mantener al máximo el principio de concentración, de manera que la práctica de las pruebas se realice en las sesiones consecutivas que sean necesarias. Al finalizar la práctica de las pruebas, tal como ocurre en el juicio ordinario, el Juez o Presidente del Tribunal requerirá a la acusación y a la defensa para que manifiesten si ratifican o modifican las conclusiones de los escritos inicialmente presentados y para que expongan oralmente, cuanto estimen procedentes, sobre la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos.

e) Los límites del cambio de pretensión punitiva.

La Ley dispone, que en trámite de sus conclusiones definitivas, que cuando la acusación cambie la tipificación penal de los hechos, o aprecie un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal conceda un aplazamiento de sesión hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes.

f) Documentación del juicio.

Las sesiones se documentan mediante el acta que firmarán el Juez o el Presidente y Magistra-

dos, el Secretario, el Fiscal y lo Abogados de la acusación y defensa.

g) Sentencia.

La sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido con mutación sustancial del hecho enjuiciado.

La sentencia es susceptible de RECURSO DE APELACIÓN, dentro del plazo de diez días a partir del siguiente al de su notificación que resolverá la AUDIENCIA PROVINCIAL

Si en el recurso no se propone prueba, la Audiencia examinará los autos y dictará sentencia en el plazo de diez días, devolviéndolos al Juez a efectos de ejecución del fallo. Cuando estime que es necesario para la correcta formación de una convicción fundada, la Audiencia podrá acordar la celebración de vista.

3ª. EJECUCIÓN DE LO SENTENCIADO.

El ejercicio de la función jurisdiccional no termina con la función enjuiciadora sino que comprende la tarea de “hacer ejecutar lo juzgado” (art. 117.3 de la C.E. y L.O.P.J.).

La ejecución de la sentencia se llevará a cabo, una vez que esta sea firme, por el órgano que la dictó, conforme a las disposiciones generales (art. 794).

Las penas privativas de libertad pueden dejarse en suspenso conforme al artículo 80 C.P, que establece “1. Los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada...”; “2. El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves...”; “3. La suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados”. Será condición necesaria para dejar en suspenso la ejecución de la pena, que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado (art. 81)

Cabe también su sustitución, conforme al artículo 88 C.P.: “1. Los Jueces o Tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño cau-

sado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente". "Excepcionalmente, podrán los jueces y tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social".

EL JUICIO DE FALTAS

El juicio de faltas es el proceso penal que tiene por objeto el enjuiciamiento de las infracciones tipificadas como tales en el Código Penal.

En coherencia con la escasa entidad de estas infracciones, la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla para su enjuiciamiento un proceso rápido y sencillo, desprovisto de formalidades e inspirado en los principios de: *publicidad, inmediación, oralidad, acusatorio, de plenitud de la defensa y de doble instancia.*

I. COMPETENCIA

La competencia objetiva para conocer de los juicios de faltas por el hecho médico imprudente se atribuye a los Juzgados de Instrucción.

La competencia para conocer en segunda instancia (RECURSO), se encomienda a las Audiencias Provinciales (que se constituirán, en este caso, con un sólo Magistrado).

II. PROCEDIMIENTO

Decidida la continuación de la causa (habitualmente iniciada, en el caso del hecho médico imprudente, como Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado) por los trámites del Juicio de Faltas, el Juzgado de Instrucción procederá en todo caso al señalamiento para la celebración del juicio y a las citaciones procedentes.

Las citaciones se harán al Ministerio Fiscal, salvo que la falta fuere perseguible sólo a instancia de parte, al querellante o denunciante, si lo hubiere, al denunciado y a los testigos y peritos que puedan dar razón de los hechos.

En las citaciones que se efectúen al denunciante, al ofendido o perjudicado y al denunciado para la celebración del juicio de faltas, se les informará de que pueden ser asistidos por abogado si lo desean y de que deberán acudir al juicio con los medios de prueba de que intenten valerse. A la citación del denunciado se acompañará copia de la querrela o de la denuncia que se haya presentado.

Cuando los citados como partes, los testigos y los peritos no comparezcan ni aleguen justa causa para dejar

de hacerlo, podrán ser sancionados con una multa de 200 a 2.000 euros.

El juicio será público, dando principio por la lectura de la querrela o de la denuncia, si las hubiere, siguiendo a esto el examen de los testigos convocados, y practicándose las demás pruebas que propongan el querrelante, el denunciante y el Fiscal, si asistiere, siempre que el Juez las considere admisibles. La querrela habrá de reunir los requisitos del artículo 277, salvo que no necesite firma de abogado ni de procurador. Seguidamente, se oirá al denunciado, se examinarán los testigos que presente en su descargo y se practicarán las demás pruebas que ofrezca y fueren pertinentes, observándose las prescripciones de esta Ley en cuanto sean aplicables. Acto continuo expondrán de palabra las partes lo que crean conveniente en apoyo de sus respectivas pretensiones, hablando primero el Fiscal, si asistiere, después el querrelante particular o el denunciante y, por último, el acusado.

El Fiscal asistirá a los juicios sobre faltas siempre que a ellos sea citado. Sin embargo, el Fiscal General del Estado impartirá instrucciones sobre los supuestos en los que, en atención al interés público, los Fiscales podrían dejar de asistir al juicio, cuando la persecución de la falta exija la denuncia del ofendido o perjudicado. En esos casos, la declaración del denunciante en el juicio afirmando los hechos denunciados tendrá valor de acusación, aunque no los califique ni señale pena.

Si el denunciado reside fuera de la demarcación del Juzgado, no tendrá obligación de concurrir al acto del juicio, y podrá dirigir al Juez escrito alegando lo que estime conveniente en su defensa, así como apoderar a abogado o procurador que presente en aquel acto las alegaciones y las pruebas de descargo que tuviere.

La ausencia injustificada del acusado no suspenderá la celebración ni la resolución del juicio, siempre que conste habersele citado con las formalidades prescritas en esta Ley, a no ser que el Juez, de oficio o a instancia de parte, crea necesaria la declaración de aquél.

El Juez dictará sentencia apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas, las razones expuestas por el Fiscal y por las demás partes o sus defensores y lo manifestado por los propios acusados, y siempre que haga uso del libre arbitrio que para la calificación de la falta o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá expresar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta.

La sentencia se notificará a los ofendidos y perjudicados por la falta, aunque no se hayan mostrado parte en el procedimiento. En la notificación se hará constar los recursos procedentes contra la resolución comunicada, así como el plazo para su presentación y órgano judicial ante quien deba interponerse.

Si las partes, conocido el fallo, expresan su decisión de no recurrir, el Juez, en el mismo acto, declarará la firmeza de la sentencia.

La sentencia es apelable en el plazo de los cinco días siguientes al de su notificación. Durante este período se hallarán las actuaciones en secretaría a disposición de las partes.

La sentencia de apelación se notificará a los ofendidos y perjudicados por la falta, aunque no se hayan mostrado parte en el procedimiento.

Contra la sentencia que se dicte en segunda instancia no habrá lugar a recurso alguno. El órgano que la hubiese dictado mandará devolver al Juez los autos originales, con certificación de la sentencia dictada, para que proceda a su ejecución.

V.- LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA POR EL HECHO IMPRUDENTE

1.- REGULACIÓN LEGAL

El **CÓDIGO PENAL (LO 10/1995 de 23 noviembre 1995)** dedica su **LIBRO II** a los **“DELITOS Y SUS PENAS”**, y dentro del mismo, reproducimos los siguientes preceptos:

TÍTULO PRIMERO. DEL HOMICIDIO Y SUS FORMAS

Artículo 142

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

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

TÍTULO III. DE LAS LESIONES

Artículo 152

1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado:

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

(Artículo 147: 1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, ..., siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de

la lesión no se considerará tratamiento médico)

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

(Artículo 149 1. El que causare a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica...2. El que causare a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones ...”)

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

(Artículo 150: El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad).

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

El **LIBRO III**, referido a las **FALTAS Y SUS PENAS**, contempla las siguientes infracciones:

TÍTULO PRIMERO. FALTAS CONTRA LAS PERSONAS

Artículo 621

1. Los que por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en el apartado 2 del art. 147, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.

(147.2.: “No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado ..., cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido”)

2. Los que por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.

3. Los que por imprudencia leve causaren lesión constitutiva de delito (esto es, que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico) serán castigados con pena de multa de 10 a 30 días.

6 Las infracciones penadas en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

2.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La conducta imprudente exige, en términos generales y según reiterada doctrina jurisprudencial (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1987 o 25

de enero de 1988, entre otras) la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- 1.- una acción u omisión voluntaria, no intencional o maliciosa, o sea, que se halle ausente en ella todo dolo directo o eventual.
- 2.- el factor psicológico o subjetivo, eje o nervio de la conducta imprudente en cuanto propiciador del riesgo al marginar las consecuencias de la acción previsibles y evitables
- 3.- el factor normativo o externo, representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, referente al conjunto de reglas extraídas de la común y diaria experiencia, muchas de ellas cristalizadas y consolidadas a través de normas reglamentarias o de otra índole, aceptadas e impuestas en la vida social, y ello sin perjuicio del cuidado particular requerido ante situaciones de peligro aceptadas por sobreveniencia de circunstancias excepcionales.
- 4.- originación de unos daños o resultado lesivo.
- 5.- adecuada relación de causalidad entre el proceder descuidado o inobservante y el daño o mal sobrevenido.

IMPRUDENCIA PROFESIONAL E IMPRUDENCIA DEL PROFESIONAL

En relación a la introducción del concepto de culpa o imprudencia profesional, la STS de 27.3.02 señala que “es el producto de un proceso legislativo que arranca de tiempos relativamente recientes, lo que no ha impedido que exista una profusa doctrina jurisprudencial sobre esta materia. Ante la exasperación de la pena que llevaba aparejada la calificación de la imprudencia como profesional, se construyó una sutil y en cierto modo artificial distinción, entre imprudencia profesional e imprudencia del profesional. Como había puesto de relieve la doctrina, el primer problema que suscita la imprudencia profesional, es el relativo a si el subtipo agravado ha de aplicarse a cualquier persona que realice actos específicos de una determinada profesión o si más bien, es preciso e imprescindible que el sujeto del hecho imprudente sea un profesional de la actividad, que desarrollaba en el momento de incurrir en la infracción punible.

La sentencia de 3 de octubre de 1997 establece que la imprudencia profesional (relacionada con una intervención médica) se caracteriza por la inobservancia de las reglas de actuación, que vienen marcadas por lo que se conoce, en términos jurídicos, como *lex artis*, lo que conlleva un plus de antijuridicidad que explica la elevación penalógica. El profesional que se aparte de estas normas específicas, que le obligan a un especial cuidado, merece un mayor reproche en forma de sanción punitiva. Al profesional se le debe demandar un plus de atención y cuidado en la observancia de

las reglas de su arte, que no es exigible al que no es profesional. La imprudencia profesional aparece claramente definida, en aquellos casos en que, se han omitido los conocimientos específicos que sólo tiene el sujeto por su especial formación, de tal manera que los particulares no tienen ese deber especial, porque carecen de los debidos conocimientos para actuar en el campo de los profesionales”.

Conviene señalar, dentro de este análisis, que una reiterada jurisprudencia distingue entre la culpa del profesional, imprudencia o negligencia comunes cometidas por aquél, en el ejercicio de su arte y oficio, y la culpa profesional propia, que aparece en el art. 152 apartado 3º del Código Penal de 1995, como una especie de subtipo agravado, y viene a englobar de un lado la impericia profesional, en la que el agente activo pese a ostentar un título que le reconoce su capacidad científica o técnica para el ejercicio de la actividad que desarrolla, contradice con su actuación aquella presunta competencia, ya porque en su origen no adquiriese los conocimientos precisos, ya por una actualización indebida, ya por una dejación inexcusable de los presupuestos de la *lex artis* de su profesión, le conduzca a una situación de inaptitud manifiesta, o con especial trasgresión de deberes técnicos que sólo al profesional competen y que convierten la acción u omisión del profesional en extremadamente peligrosa e incompatible con el ejercicio de aquella profesión.

Esta “imprudencia profesional”, caracterizada pues por la trasgresión de deberes de la técnica médica, por evidente ineptitud, constituye un subtipo agravado caracterizado por un plus de culpa y no una cualificación por la condición de profesional del sujeto (STS. 29-3-1988, 27-5-1988, 5-7-1989, 1-12-1989, 8-6-1994, 8-5-1997, 16-12-1997, 2-1-1999).

-Auto de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid de 10 octubre 2007 (Pte: Espejo Saavedra Santa Eugenia, Rafael):

“El primer elemento de seguridad profesional exigible es la adaptación de los comportamientos de los sanitarios a la *lex artis* profesional. La *lex artis*, en tanto que conjunto de criterios de buena práctica, debe ser el más importante nexo de unión entre medicina y derecho. Su determinación, conocimiento y difusión constituye, por ello, un tema de particular relevancia tanto para jueces como para médicos.

Por tanto, la *lex artis* debe tener diversos niveles, cuando menos tres: uno es el de los criterios científicos generales de actuación o *lex artis* propiamente dicha. Otro, es de los criterios prudentes de actuación en condiciones determinadas de tiempo, lugar, recursos, etc....., lo que ha dado en denominarse *lex artis ad hoc*. Y finalmente, los criterios prudenciales de actuación del profesional sanitario ante un enfermo concreto en una situación concreta”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de septiembre de 1999, así lo recoge: “Dicha doctrina de la *lex artis ad hoc* - derivada de la conocida como *mal practice* del derecho norteamericano- supone una norma de valoración que es la adecuada a la generalidad de actuaciones profesionales medicas ante casos similares y que debe ser aplicada a una concreta y determinada actuación medica, sin que ello pueda significar una apuesta segura de sanación o curación medica total o parcial” Pues se trata de una actividad de medios y no de resultado.

La Sentencia del TS 1ª, de fecha 12-07-1994, (Pte: Martín-Granizo Fernández, Mariano) declara la Sala que de acuerdo en que según una muy mantenida doctrina científica y jurisprudencial, la medicina como arte, como ciencia y como técnica, va dirigida a la atención de la humanidad doliente, en cuanto su fin no es otro que procurar al enfermo la mayor atención y mejor tratamiento, con objeto de lograr, o cuando menos intentar además de su sanidad tanto material como psicológica, un adecuado y humano amparo psico-asistencial, aun cuando no siempre se consiga dicha esencial finalidad, pues no ha de olvidarse que la función u obligación, de la medicina y, por lo tanto, del médico no es, de resultado, sino de medio, en cuanto dada la naturaleza humana y los límites de la medicina no siempre se consigue de modo pleno dicha finalidad, aun cuando el médico ponga de su parte el “*Arts, Thecnos y Modus operandi*”.

- **Auto de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid de 18 febrero 2008** (Pte: Redondo Gil, Paz): “Respecto de la imprudencia médica, el Tribunal supremo tiene reiteradamente declarado que en estos supuestos la culpabilidad radica en que el facultativo pudo evitar el comportamiento por el que se guió y que fue causa del resultado lesivo, entrando de esta forma como factor determinante la evitabilidad, que, a su vez, presupone la previsibilidad, entendiéndose por tal la posibilidad de evitar un resultado que pudo fácilmente evitarse mediante la aplicación del tratamiento adecuado, incriminándose únicamente, no los errores de diagnóstico ni aún la falta de extraordinaria pericia en el desarrollo de actividades quirúrgicas, si no que la culpa estriba en un comportamiento inadecuado a determinadas exigencias y medios .

- **AP Madrid, secc. 4ª, S 26-02-2002** , núm. 71/2002. dice lo que sigue: “Por último, en esa escalada especializadora que en pura correspondencia con el avance de las previsiones legislativas revela el análisis jurisprudencial, se descubren-importantes precisiones relativas a la denominada “imprudencia médica” que merecen destacarse, como lo hace la S 29 Feb. 1996 respecto de la misma, tiene declarado esta Sala que “la exigencia de responsabilidad al médico presenta siempre graves dificultades porque la ciencia que profesan es inexacta por definición, confluyen en

ella factores y variables totalmente imprevisibles que provocan serias dudas sobre la causa determinante del daño, y a ello se añade la necesaria libertad del médico que nunca debe caer en audacia o aventura. La relatividad científica del arte médico (los criterios inamovibles de hoy dejan de serlo mañana), la libertad en la medida expuesta, y el escaso papel que juega la previsibilidad, son notas que caracterizan la actuación de estos profesionales. La profesión en sí misma no constituye en materia de imprudencia un elemento agravatorio ni cualificativo -no quita ni pone imprudencia, se ha dicho-, pero sí puede influir, y de hecho influye, para determinar no pocas veces la culpa o para graduar su intensidad. La primera modalidad surge cuando se produjere muerte o lesiones a consecuencia de impericia o negligencia profesional, equivalente al desconocimiento inadmisibles de aquello que profesionalmente ha de saberse; este “imprudencia profesional”, caracterizada por la transgresión de deberes de la técnica médica, por evidente inepticia, constituye un subtipo agravado caracterizado por un “plus” de culpa y no una cualificación por la condición profesional del sujeto.”

- **AP Murcia, S 11-03-2002** , núm. 38/2002, “La jurisprudencia exige no sólo que la conducta del médico se desenvuelva fuera de la denominada “*lex artis*”, sino que exista una adecuada relación de causalidad entre ese proceder descuidado o acto inicial infractor del deber objetivo de cuidado y el mal o resultado antijurídico sobrevenido, lo que impone la traducción del peligro potencial entrevisto o debido prever, en una consecuencialidad real, debiendo hacer hincapié en la relevancia” jurídico penal de la relación causal o acción típicamente antijurídica, no bastando la mera acción causal, sino que precisa, dentro ya de la propia relación de antijuridicidad que el resultado hubiese podido evitarse con una conducta cuidadosa o, al menos, no se hubiera incrementado el riesgo preexistente y que, además, la norma infringida se orientará a impedir el resultado (SS. 24 noviembre 1989, 13 marzo 1990 y 29 febrero 1992).

- **AAP Barcelona de 22 mayo 2007** (Pte: Torras Coll, José María): “El informe médico forense resulta contundente y rotundo en cuanto a que la intervención profesional del médico denunciado se desarrolló con arreglo a la normopraxis siendo el resultado producido derivado de una complicación de la anestesia regional que entra dentro de los riesgos posibles en la práctica médica y en el contexto de las ciencias biológicas.

Debe recordarse que a través de la experiencia forense tenemos constancia de que cualquier perjudicado o paciente descontento con una actuación médica suele dirigirse contra el facultativo a través de dos procedimientos en busca de su responsabilidad: civil o penal, ésta última, además de la indemnización correspondiente busca una condena penal del facultati-

vo. Aún cuando en los dos procedimientos se requiera la «culpa del médico o facultativos intervinientes», en el procedimiento penal, además de la infracción del deber objetivo de cuidado, que también concurrirá en la culpa civil, debe existir la culpabilidad subjetiva del médico, que no aparecerá en el procedimiento civil.

Esta vía penal en la que estamos, es menos onerosa o gravosa, más barata e intimidativa que la civil, pero precisando, como ya hemos dicho, una imprudencia o culpa penal, que supone un obrar con descuido o falta de diligencia o de modo negligente, causándose con ello, un resultado que si bien no era querido, sí que era previsible.

En definitiva, la conducta imprudente descansa sobre dos pilares: 1) la infracción del deber de cuidado que implica la omisión por parte del que actúa, de la observancia de una serie de reglas de cuidado que se han de respetar y que según la actividad que se desempeñe, vendrán reguladas de uno u otro modo (en el caso de los facultativos es la denominada «lex artis»), surgiendo la conducta imprudente cuando se hace la comparación entre la conducta realizada y la que debería haberse realizado con observancia de las correspondientes reglas de cuidado; y, 2) la previsibilidad del resultado, previsibilidad que se ha de construir necesariamente a partir de la que es exigible a una persona media, sin que sea preciso que el sujeto que realiza la conducta imprudente, haya previsto el resultado; por último se requiere que ese resultado además de previsible sea evitable.

En el caso de las imprudencias médicas, el propio Tribunal Supremo, ha señalado que se hace extremadamente difícil, el poder concretar la conducta culpable del sanitario pues en tales supuestos entran en colisión o confrontación dos situaciones, dos actuaciones, dos campos distintos que en la mayoría de los casos, cuando no se ha generado presunta responsabilidad por culpa, son incluso coincidentes con el resultado exitoso: en efecto, de un lado, existe la situación de la dedicación médica del facultativo frente al paciente, su ciencia y su buen hacer; de otro lado, existe la situación de la propia naturaleza humana, con su deterioro lógico, con sus íntimas características, con el proceso evolutivo desde la perspectiva médica. El problema, en suma, surge al tener que determinar cuando el daño irreparable se ha propiciado por falta de atención, por falta de dedicación, suponiendo una equivocación inexcusable o dejadez extraordinaria y cuando por el contrario, deviene aquél como consecuencia de una propia naturaleza (la del paciente) ya desgastada, deteriorada o ya marcada sorpresivamente por cualquier fallo o defecto funcional o fisiológico.

Y, partiendo, en definitiva, de la inexistencia de una absoluta infalibilidad en el quehacer científico, únicamente será exigible la responsabilidad médica, por

tratamientos terapéuticos o quirúrgicos, cuando la impericia antes apuntada fuera extremadamente grave, cuando en el obrar se falte a las más elementales normas de sabiduría como infracción al deber de saber.

...Además, no podemos olvidar que para que la imprudencia médica sea penalmente relevante es necesario que en el tratamiento dispensado al paciente se incurra en conductas descuidadas de las que resulta un proceder irreflexivo, la falta de adopción de cautelas de generalizado uso o ausencia de pruebas, investigaciones o verificaciones precisas como imprescindibles para según el curso del estado del paciente actuar, aunque entonces el reproche de culpabilidad viene dado, no tanto por el error (si lo hubiere), sino por la dejación, el abandono, la negligencia o el descuido de la atención que aquél requiere (vid. SSTs 14-2-1991 y 13-11-1992).

SAP Barcelona de 15 febrero 2007, Pte: Alfonso Laso, Daniel

“De ahí que la doctrina, tanto científica como legal, venga distinguiendo entre la culpa del profesional, imprudencia o negligencia comunes cometidas por aquél en el ejercicio de su arte u oficio, y la culpa profesional propia, que descansa en la impericia, señalando la sentencia de 21 de junio de 1974 que cuando el profesional actúa dentro del estrecho marco de su especialidad, los límites entre la una y la otra son indecisos y confusos, y la aplicación de la agravación del 3º del artículo 152 muy discutible y dudosa, a menos que se eleve lo que tenía que ser excepcional y por tanto circunstancial, al rango de figura primaria normal y ordinaria que es lo que no parece querer el legislador.

La conducta del acusado, calificada por el Juzgado Penal de instancia como grave, no tiene indefectiblemente que conllevar el aditamento de culpa profesional, conceptualización agravatoria que no merece desde el momento de la narración histórica que contiene la sentencia de la que no se desprende que desconociera lo más elemental de un parto, ni los riesgos derivados de una primeriza cuando la misma previamente ha sufrido una cesárea, ni siquiera que a la vista de tales extremos el referido acusado realizara una extracción del feto deficiente.

No pudiendo, pues, acusarse, sobre la general incriminación del actuar negligente, ese especial y peculiar plus de ignorancia, inhabilidad o extrema desidia o inhibición, reveladores de la incapacidad técnica para el ejercicio de una profesión o función determinada, que acaban por caracterizar a la culpa profesional - que sin duda habrá de distinguirse de la culpa del profesional-

Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de lesiones imprudentes por

imprudencia grave tal y como ya se desprendía de la Sentencia de instancia.

El ejercicio profesional de la Medicina tiene en nuestros días una trascendencia social innegable, por los inestimables servicios que puede llegar a prestar, al serle encomendada la custodia de nuestra salud y de nuestras vidas, incluso. El médico tiene la excepcional tarea de dar la bienvenida y la despedida a nuestras vidas. Ello ha supuesto la necesidad de que los médicos estén en la posesión de un número cada vez mayor de conocimientos y técnicas, así como de una especialización cada vez más marcada en su ámbito de acción. Ello ha conducido, a su vez, a que el tratamiento del paciente y el diagnóstico previo de su enfermedad deba ser encomendado a una pluralidad de profesionales especializados en cada una de las respectivas facetas. La Medicina se ha convertido, por ello, en una actividad compleja e interdependiente.

La encrucijada en que con frecuencia se encuentra el profesional sanitario en general y el médico en particular le aboca a tener como punto de referencia las normas éticas y deontológicas.

El médico desarrolla una actividad que incide en el cuerpo humano, buscando la restitución de la salud y de la integridad física o psíquica del paciente. Tales objetivos no se consiguen en todos los casos, dada la limitación de los conocimientos humanos, y de los medios técnicos y científicos existentes, a pesar de su continuo y progresivo perfeccionamiento.

Existen bienes jurídicos como la vida, la salud, o la integridad corporal, que el Derecho trata de salvaguardar del modo más eficaz posible, es decir, a través de la amenaza de imposición de una pena, o lo que es igual, por medio del Derecho Penal.

También podría suceder que la actuación del personal o del médico sea negligente, no prestando toda la atención necesaria, es decir, a título de culpa, dando lugar a un delito de lesiones o de homicidio, en su caso, imprudentes, que obviamente es el título de imputación más habitual de este tipo de profesional. Y es donde ahora nosotros nos encontramos.

En la órbita del actual Derecho Penal se deduce la existencia de dos tipos de imprudencia, la imprudencia leve (constitutiva de falta) y la imprudencia grave (constitutiva de delito). Y a su vez, dentro de esta última habrá de distinguirse entre la imprudencia del profesional y la imprudencia profesional, estricto sensu.

Pues bien, lo cierto es que cuando el profesional opera en escenario o actividad distintos al de su especialidad, es muy fácil proclamar que por muy imprudente que haya sido su quehacer u omitir no habrá incurrido en culpa profesional, pero si el suceso acaeció dentro de la esfera o ámbito de acción de su profesión, oficio,

técnica, arte o ciencia, no es nada fácil concebir el tipo de imprudencia o negligencia que no quede inmerso de lleno en la inepticia o negligencia propia y genuina de esa actividad, es decir, que cuando el profesional actúa dentro del estrecho marco de su especialidad los límites entre la “culpa del profesional” y la “culpa profesional” son indecisos y confusos, y la aplicación del párrafo tercero del Artículo 152 del C.P ., muy discutible y dudosa a menos que se eleve lo que tenía que ser excepcional y por tanto circunstancial al rango de figura primaria normal y ordinaria que es lo que no parece querer el legislador.

La clave para distinguir una de otra, tal vez haya que buscarla en términos tales como impericia, en contraposición a negligencia. Así, impericia equivale a ineptitud, ignorancia, ausencia de conocimientos elementales y básicos (bien por olvido, por falta de formación, por falta de práctica, por no actualización profesional, etc.). Mientras que la negligencia implica estar en posesión de los conocimientos suficientes, pero obrar con abandono, descuido, apatía, omisión de precaución o de diligencia.

Es por ello por lo que la Jurisprudencia ha puesto el énfasis para su distinción en dos elementos básicos diferenciadores, a saber: -que no basta con que el responsable del resultado sea a la vez profesional del arte o ciencia en cuyo ejercicio se condujo imprudentemente. - Y que se debe de entender que la imprudencia profesional es falta de aptitud para el desempeño del cometido concreto de que se trate.

Siendo en consecuencia lo sancionable en la imprudencia profesional, no un plus de actividad, sino un plus cualitativo de la culpa, que requiere de diversos elementos: 1- subjetivo (que se trate de un profesional), 2- objetivo (que sea una técnica o decisión o habilidad que no pueden ser exigidas a quien no es profesional en la materia), 3- que el resultado sea el recogido en los tipos de las lesiones, 4- que el mismo se haya producido a consecuencia de una conducta imperita, incompatible con el ejercicio normal de la profesión de que se trate, 5- que se valore según el concreto caso a estudiar, y 6- que se acredite específicamente por la prueba esta circunstancia que en definitiva es agravante.

Sentado lo anterior, que va a resultar de gran trascendencia para tipificar el hecho que se enjuicia, veamos ahora pues, cuáles son los elementos integradores de la imprudencia punible: 1º)- Inobservancia del deber de cuidado. 2º)- Producción del resultado perjudicial. 3º)- Relación de causalidad.

Y en consecuencia examinemos por tanto cada uno de tales elementos.

1º)- Inobservancia del deber de cuidado: Este requisito viene impuesto dado que la norma penal subyacen-

te ordena a los ciudadanos que su actuación en cada sector de la vida social se acomode a ciertos deberes o reglas con el fin de evitar la puesta en peligro o la lesión de los bienes jurídicos. Ahora bien, como el contenido jurídico de ese deber de cuidado no aparece precisado en la Ley, es el Juzgador en el caso concreto quien habrá de valorar si hubo o no tal infracción.

El Tribunal Supremo se ha ocupado con carácter general de esta cuestión en numerosas Sentencias que hablan de “la normativa general de carácter socio-cultural, que regula la normal convivencia del grupo social, o con disposiciones específicas de la actividad a que pertenece la conducta que se enjuicia y de las que se derivan los deberes cuyos incumplimientos originan la omisión o falta de diligencia susceptible de ser graduada y ocasionar con ello las diferentes clases de imprudencia”. Ahora bien, ¿¿ cuál será la naturaleza del deber de cuidado ??.

Si se trata de un deber subjetivo, se tendrá en cuenta la capacidad individual del autor y se calibrará la capacidad de prever la posibilidad de lesión del bien jurídico. Así el médico excepcionalmente formado y hábil tendría un techo más elevado de responsabilidad, la cuál incluso podría desaparecer en el médico que poseyera una capacidad o conocimientos inferiores. Ésta no puede por tanto ser la respuesta satisfactoria.

Si se entiende que el deber de cuidado es objetivo, existirá un nivel general exigible a todos independientemente de la capacidad o habilidad personal, para lo que será necesario que el resultado sea objetivamente previsible. Así las consecuencias serían diametralmente opuestas a las anteriores. Por tanto, esta respuesta parece revestir sin duda más ventajas.

La Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1.983 señalaba que “toda infracción culpable consta de un elemento normativo, es decir, de la infracción del deber objetivo de cuidado y del principio altera non laedere, impuestos por la convivencia social que obliga a la adopción de las precauciones o cautelas establecidas por el que tiene el mando en la comunidad o por la necesidad general de que se ejerza cualquier tarea o actividad de modo cauto y precavido, eliminando toda posibilidad de perjuicio o lesión para tercero”.

Por ello, para la determinación del cuidado objetivamente debido es importante lo que se conoce como la Lex Artis o conjunto de reglas técnicas a las que suele sujetarse el ejercicio de una actividad profesional.

Debiendo de tenerse en cuenta que, si bien la actuación conforme a la Lex Artis supone la observancia del cuidado objetivamente debido, no puede decirse estrictamente lo contrario, es decir, que la no actuación conforme a ella suponga la inobservancia del deber de cuidado, de tal manera que ello sea suficiente para calificar la imprudencia como profesional. Pues

pueden surgir supuestos inesperados, desconocidos o nuevos en los que las reglas clásicas no sirvan o sean inapropiadas o insuficientes.

Todo lo anterior ha de ponerse sin duda en relación con lo indicado en el anteriormente, por lo que habrá de concluirse, desde luego, en la distinción entre culpa profesional y culpa del profesional. Recordando a tal efecto lo ya indicado en el sentido de que esta última no es ni impericia, falta de conocimientos o de actualización de los mismos, ni negligencia profesional, sino una imprudencia agravada por la transgresión de deberes técnicos de competencia del profesional, la cual hace muy peligroso el ejercicio de su profesión por el autor, que nos situaría delante del párrafo tercero del Artículo 152

SOBRE EL ERROR DE DIAGNÓSTICO EN PARTICULAR

- **AP Barcelona, Secc.10ª, S 31-01-2005**, dice: “Es sabido que la exigencia de responsabilidad a los profesionales de la medicina presenta siempre graves dificultades, porque la ciencia que ejercen y practican es inexacta por definición, confluendo en ella factores variables totalmente imprevisibles que en ocasiones provocan serias dudas sobre la causa determinante del daño, a lo que debe sumarse la necesaria libertad del médico en su actuación. Esta relatividad científica de la medicina, la libertad en su ejercicio y el relativo papel de la previsibilidad en la actuación facultativa, son elementos que caracterizan y configuran singularmente la actuación de este grupo de profesionales. A estos argumentos justificativos de la presencia de errores en el actuar médico, siempre concurriendo ciertas circunstancias y requisitos que serán analizados, que no deben caer bajo la órbita del Derecho Penal bajo la amenaza de dejar sin contenido el principio esencial de intervención mínima propio de esta rama del derecho e inadmitir que no toda culpa tiene relevancia penal, debe sumarse la conocida doctrina jurisprudencial en el sentido de que el error de diagnóstico cometido por facultativo no es tipificable como infracción penal, a no ser que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable; debiendo ser determinada la responsabilidad médica en contemplación de las situaciones concretas y específicas sometidas al enjuiciamiento penal, huyendo de las generalizaciones, habiendo determinado y reiterado la mencionada jurisprudencia que “...expresando una vez más la alta consideración que la medicina y la clase médica merecen por la trascendencia individual y social de su tarea y los sacrificios, muchas veces inmensos, que su correcto ejercicio impone, hay que poner de relieve que la imprudencia nace cuando el tratamiento médico o quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendidas las circunstancias del lugar, tiempo, personas, naturaleza de la lesión o enfermedad, que olvidando la “lex artis” conduzcan a

resultados lesivos para las personas” (entre otras, ST de 5 de julio de 1989).

- **AP Toledo, S 29-01-2006** . “No presentando dolor especial y si sin embargo otros síntomas, como la sensación de asfixia, la ansiedad y el nerviosismo y llanto, y no aparentando encontrarse bajo ningún factor de riesgo que haga previsible una trombosis venosa profunda y observando la doctora que los síntomas remiten rápidamente al suministrarle un simple tranquilizante, hasta el punto de ser el paciente quien manifiesta sentirse mejor y querer marchar a su casa, entendemos que sin perjuicio de admitir que en efecto el diagnóstico fue equivocado, ello no significa que sea relevante en absoluto en la esfera penal en la que nos encontramos, que exige como antes indicamos, infringir u omitir las más elementales precauciones y cautelas, algo imperdonable o indisciplinable en un facultativo, lo que desde luego no parece que se de en el caso presente, en el que nos encontramos ante un médico de medicina general, no un especialista en cirugía vascular, que presta sus servicios como interino en un dispensario o Centro de Salud, que ni siquiera es un hospital, pretendiéndose por la acusación exigirle una diligencia y grado de acierto tan elevado que de prosperar, convertiría en responsable criminal a todo profesional que errara en su diagnóstico.”

- **AP Cantabria, Secc. 1ª, A 18-07-2006** .”Muy frecuentemente ocurre en los supuestos de conductas imprudentes que se incurre en el error de enjuiciarlas desde el presente, esto es, una vez que se sabe lo que ocurrió y porqué, cuando la calificación de la imprudencia exige un juicio “ex ante”, esto es, teniendo en cuenta las condiciones y circunstancias existentes antes de la acción para desde ellas hacer un juicio de previsibilidad y de adecuación de la conducta del sujeto, que en aquel momento solo conoce esas circunstancias y no otras ni el desenlace final de los acontecimientos, a las normas de diligencia exigibles; y, además, aquí debe considerarse que nos hallamos en el campo de lo penal, donde no cabe presunción alguna de culpa y la negligencia típica debe ser clara, ya sea temeraria o simplemente constitutiva de falta.

Pues bien, en el caso ahora examinado, la mera constatación y conocimiento de que la médico denunciada incurrió en un error de diagnóstico no es suficiente para considerar su conducta punible desde un punto de vista jurídico penal, puesto que, en principio, el error de diagnóstico cometido por facultativo no es tipificable como infracción penal, a no ser que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable; lo que no ocurre en el caso de autos.”

- **SAP Burgos de 28 septiembre 2007** (Pte: Carballera Simón, Luis Antonio): “Lo cierto es que el criterio de los Sres. Médico Forenses resulta lógico y aceptable cuando concluyen que a la vista de las actuaciones

médicas y de las ecografías no hubo error de diagnóstico por parte de la acusada, y que el actuar de la misma fue conforme a las “lex artis ad hoc”, esto es, que conforme a las normas de la ciencia médica y en función de las circunstancias concretas del caso, porque en razón a esos síntomas no era exigible ni indicada la realización de pruebas médicas especiales tendentes a descartar una mera posibilidad. Sin duda y abstractamente se podía haber procedido de otro modo, pero sin duda una conducta así no era razonablemente exigible conforme a la “lex artis”, por más que un profesional extremadamente cauto y previsor quizás hubiera realizado mas pruebas para descartar tal posibilidad; pero la omisión de una conducta tan extremadamente previsor no constituye un delito de imprudencia, que requeriría la omisión de las mas elementales medidas de cuidado o el mas craso error de diagnóstico, o lo que no es el caso; ni siquiera de una falta de imprudencia leve, que precisaría cuando menos una normal previsibilidad del mal y la omisión de medidas normales de diagnóstico o tratamiento. Por ello, desde el punto de vista del derecho penal resulta ya suficientemente claro que no hay una conducta delictiva, sin perjuicio de las acciones civiles o administrativas que puedan ejercitarse por la perjudicada”.

Esto mismo, se ha puesto de relieve, entre otras, en las siguientes sentencias:

- **AP Jaén, Secc. 2ª, S 12-06-2000** , núm. 118/2000 “Al no existir o acreditarse por la acusación particular que por parte del acusado Fernando, se haya realizado una conducta imprudente en el tratamiento realizado a la antedicha paciente, falta el requisito principal para poder condenarlo como autor de infracción penal alguna, pudiendo existir un error de diagnóstico que está dentro del ámbito de la “lex artis” y que podrá, en su caso, poder ser depurada la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil competente, pero que no integra delito o falta alguno, por lo que no es aplicable el Código Penal establecido para sancionar conductas de infracción penal”.

- **AP Murcia, Secc. 4ª, S 01-03-2000** . “no la constituye un mero error científico o de diagnóstico, salvo cuando se trata de un error cuantitativa o cualitativamente de extrema gravedad, ni cuando no se poseen unos conocimientos de extraordinaria y muy calificada especialización, y para evaluarla se encarece señaladamente que se tengan en consideración las circunstancias de cada caso concreto, con lo que se determinan grandes dificultades, porque la ciencia médica no es una ciencia de exactitudes matemáticas, y los conocimientos diagnósticos y de remedios están sometidos a cambios constantes, determinados en gran medida por los avances científicos en la materia”.

- **AP Barcelona, Secc. 8ª, A 22-02-2006**. “Tiene declarado el T.S . reiteradamente (SS 27 mayo 1988,

5 julio 1989 , 12 marzo 1990, 4 septiembre 1991 y 21 abril 1992, entre otras) que los simples errores científicos o de diagnóstico no pueden ser objeto de sanción penal, a no ser que sean de magnitud tal que de modo evidente se aparten de lo que hubiera detectado cualquier médico de nivel y preparación similar y con semejantes medios a su alcance, y lo mismo cabe decir de la mayor o menor precocidad o rapidez en el diagnóstico de algunas enfermedades que, como la gangrena gaseosa que aquí se presentó, tan graves consecuencias acarrearán si no se detectan en el momento de su aparición inicial”.

- La **STS de 5 de julio de 1989** , Pte. Ruiz Vadillo, señala que: “Existe ya un cuerpo de doctrina jurisprudencial extenso y pormenorizado respecto a la llamada imprudencia médica. En este sentido hay que recordar lo siguiente:

1º. Que por regla general, el error de diagnóstico no es tipificable como infracción penal, salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable.

2º. Queda también fuera del ámbito penal por la misma razón, la falta de pericia cuando ésta sea de naturaleza extraordinaria o excepcional.

3º. Que la determinación de la responsabilidad médica ha de hacerse en contemplación de las situaciones concretas y específicas sometidas al enjuiciamiento penal huyendo de todo tipo de generalizaciones censurables.

Por ello y expresando una vez más la alta consideración que la Medicina y la clase médica merecen por la trascendencia individual y social de su tarea y los sacrificios, muchas veces inmensos, que su correcto ejercicio imponen hay que poner de relieve que la imprudencia nace cuando del tratamiento médico o quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendidas las circunstancias del lugar, tiempo, personas, naturaleza de la lesión o enfermedad, que olvidando la “lex artis” conduzcan a resultados lesivos para las personas.”

SOBRE EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Recordemos lo que dice la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en su CAPÍTULO IV. Titulado “EL RESPETO DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE “:

Artículo 8. Consentimiento informado

1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información previs-

ta en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.

5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.

Artículo 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación

1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

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

b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

4. La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

Artículo 10. Condiciones de la información y consentimiento por escrito

1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

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

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

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

d) Las contraindicaciones.

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente."

La obligación de informar al paciente, institución que viene a denominarse del consentimiento informado, es una de las causas más frecuentes de reclamaciones por responsabilidad médica por presunta mala praxis, basadas en la ausencia de una información adecuada y, por consiguiente, en la omisión de ese preceptivo consentimiento informado.

Algún sector de la doctrina señala al respecto, que el consentimiento informado es un presupuesto integrante de la *lex artis*, de tal manera que su ausencia, puede determinar que todos los riesgos de los procedimientos aplicados, sean asumidos por el equipo médico que los ejecuta, en lugar de por el paciente o usuario, ya que al desconocer los riesgos no puede asumírselos, lo que conllevará la obligación de indemnizar por el resultado dañoso producido, aún cuando el proceder técnico haya sido correcto. Es por ello que es necesaria la forma escrita del consentimiento informado a efectos probatorios, pues es el médico a quien corresponde la carga de la prueba de haber obtenido el preceptivo consentimiento informado.

Se señala igualmente, que la información del paciente, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, integra una de las obligaciones asumidas por el equipo médico, y es requisito previo a todo consentimiento, para que el paciente pueda emitir su conformidad al plan terapéutico de forma efectiva, y no viciada por una información sesgada, incompleta o inexacta.

Los médicos en muchos casos, se sirven de protocolos ad hoc en los que en algunas ocasiones se introducen cláusulas de exoneración de responsabilidad médica contrarias a derecho, por ser cláusulas abusivas que contravienen la Directiva de la Comunidad Europea de 5 abril 1993, traspuesta a nuestra legislación interna por Ley 7/1998 de 13 abril sobre condiciones generales de la contratación, disponiendo que la Directiva meritada se aplicará también a las actividades profesionales de carácter público, señalando dicha Ley, que modifica la Ley 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los consumidores y usuarios, reformada por ley 44/2006 de 29 de diciembre, que las cláusulas abusivas que perjudiquen al consumidor o usuario "serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas".

Los protocolos genéricos deben complementarse específicamente para cada caso concreto de acuerdo con las características propias e individualizadas de cada paciente, dándose un "consentimiento informado ad hoc", siendo que la información debe darse para que el usuario pueda tomar su decisión, personalizando riesgos, complicaciones y alternativas debiendo ser facilitada dicha información a todo usuario, de manera sencilla, aproximativa, leal y siempre inteligible.

La jurisprudencia refiere a imprudencia médica a comportamientos descuidados de abandono u omisión de precauciones elementales que conduzcan a

resultados lesivos, con infracción siempre de las normas y pautas de una correcta técnica curativa (por todas, SS.TS. de 12 de marzo de 1.990, 25 de mayo de 1.999 y 8 de noviembre del mismo año), señalando además que la información que debe facilitarse al paciente en cumplimiento de las exigencias legales -previstas hoy en la Ley 41/2.002 - “ha de ser suficiente, esclarecedora, veraz y adecuada a las circunstancias, o, si se quiere, en palabras de la Corte de Casación francesa «simple, aproximativa, inteligible y leal», sin que su formulación y la de la consiguiente manifestación del consentimiento transformen la existencia de dicho binomio garantista del Derecho a la Salud en una exigencia con caracteres de requisito «ad solemnitatem» ni, por contra, sus trámites formales reduzcan la operatividad de aquél a la de un puro trámite burocrático estandarizado devaluando así la integración del deber de informar y el correlativo derecho a recibir información en lo que se ha dado en llamar «lex artis ad hoc»” (S.TS. de 3 de octubre de 1.997).

SE TRANSCRIBE A CONTINUACIÓN UNA SENTENCIA QUE CONCLUYÓ CON LA CONDENA DEL FACULTATIVO, MEDICO DE ATENCIÓN PRIMARIA, EN VIA PENAL

-SAP Valladolid de 7 enero 2009, Pte: González Cuartero, María Teresa

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- No podemos sino compartir, en términos generales, la impecable valoración probatoria que se lleva a cabo a quo, aunque no se comparta la calificación de los hechos como falta de imprudencia leve.

En efecto, partiendo del hecho incuestionable de que el acusado es Médico de Atención Primaria, no especialista, en el Centro de Salud R., y fue quien atendió a Lourdes a lo largo de los años 2002 y 2003, la sentencia recurrida lleva a cabo una exhaustiva valoración de los informes médicos, ratificados en el juicio oral, sobre la actuación del acusado, en cuanto a la historia clínica, calificada de deficiente, no ajustada a los parámetros dispuestos en las normas reguladoras de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y que no contenía los datos mínimos, relativos a la anamnesis la exploración, la evolución y el tratamiento dispensado, como respecto a la relación de causalidad entre el tiempo transcurrido sin tratamiento ni diagnóstico y el resultado final. Todos los argumentos vertidos al respecto en la resolución a que se dan por reproducidos, entendiéndolo que es irreprochable tanto la valoración de las distintas pruebas médicas, concluyentes, como la de la declaración del propio acusado, poniendo de manifiesto que, en el ejercicio de su derecho de defensa, el acusado falta a la verdad cuando dice que no podía remitir a la paciente al servicio de maxilofacial, lo que no es cierto en modo alguno, como cuando

dice que tenía prohibida la prescripción de pruebas, que tampoco resulta cierto, como cuando dice que el bulto había desaparecido, lo que se acredita resulta imposible.

Por tanto, como en su recurso manifiesta el Ministerio Fiscal, la única discrepancia se produce en torno a la calificación de la conducta del acusado, que estimamos constitutivos de un delito de imprudencia grave del art. 142 del C. Penal, no de una falta leve, con resultado de muerte.

Como se dice en su informe por el Ministerio Fiscal, no nos encontramos ante una situación aislada, por parte del acusado, sino ante varias conductas que, en conjunto suponen una imprudencia manifiestamente grave, no solo por el resultado producido.

Fueron dos largos años de absoluta pasividad del acusado, que, incluso, anotó muchas menos visitas de las que realmente le hizo la víctima, y que no adoptó ninguna medida ante la presencia de un bulto que, según todos los informes médicos obrantes, hubiera resultado altamente alarmantes, por su ubicación, para cualquier facultativo, y no le hizo durante un periodo de tiempo muy prolongado.

Es cierto que, en un momento determinado, el acusado remitió a la paciente a un odontólogo, pero, como se dice por el Ministerio Fiscal esta actuación, aislada, en modo alguno mitiga la gravedad del resto de las actuaciones, porque el acusado ni siquiera se interesó por lo que había informado la odontóloga, y continuó sin prestar ninguna atención al bulto. El 17 de marzo de 2004 la médico que sustituyó al acusado, deriva con urgencia, a la paciente, a cirugía maxilofacial, lo que incide en la gravedad de la conducta del acusado, porque, como se comprobó con posterioridad, el transcurso del tiempo resultó fundamental para que se produjera el resultado que finalmente se produjo.

De modo que, el hecho de enviar a la paciente a odontología, porque el acusado creía que el bulto podía ser debido a una intervención anterior de una odontóloga, no implica que todas las demás conductas no presenten relevancia, por el contrario, continua vivo el hecho de que el acusado no hizo, en modo alguno, lo que debía hacer, ni hizo ninguna prueba diagnóstica, ni actuó con la mínima diligencia exigible, con las cautelas más elementales. Los informes médicos ratificados en juicio oral, son absolutamente concluyentes al conectar el transcurso del tiempo a la malignidad del tumor, con el resultado final producido.

Es la mayor o menor intensidad o importancia del deber de cuidado infringido, el parámetro o criterio fundamental para distinguir la imprudencia leve de la grave, en función de las circunstancias de cada caso, debiendo tenerse en cuenta el valor de los bienes afectados y las posibilidades mayores o menores de

que se produzca el resultado, así como la valoración social del riesgo, ya que determinados ámbitos de situación pueden autorizar algunos niveles particulares de riesgo.

Claro está, la exigencia de responsabilidad al médico presenta siempre dificultades, porque estamos ante una ciencia inexacta por definición, en la que concurren factores y variables totalmente imprevisibles que provocan serias dudas sobre la causa determinante del daño. No considera la Jurisprudencia imprudencias grave el simple error científico o el diagnóstico equivocado, salvo si, por su propia entidad cualitativa o cuantitativa, resulta de extrema gravedad, ni el hecho de carecer el facultativo de una pericia extraordinaria, propia de la especialización. Así, el acento de la imprudencia ha de ponerse en el comportamiento específico del profesional que, pudiendo evitar con una diligencia exigible a un médico normal, el resultado lesivo o, en este caso, mortal, no pone a su contribución una actuación impulsada a constatar las patologías existentes con mayor o menor acierto.

Y es lo que ocurre en este caso, en el que, quebrantando las diligencias mínimas exigibles a un facultativo no especializado, el acusado no cumplimentó la historia clínica del modo reglamentado, no efectuó diagnóstico alguno, no solicitó las mínimas pruebas ante un síntoma que, para cualquier facultativo, resultaría alarmante, y, finalmente, su pasividad, su inactividad, su omisión, su negligencia, su inhibición, ocasionó, por el transcurso del tiempo, el resultado producido, al no someterse, a la paciente al tratamiento adecuado, previo diagnóstico correcto. Estamos ante un claro supuesto de imprudencia profesional, por infracción de la Lex Artis que exigía al acusado, ante la sintomatología de la paciente, el haber puesto en marcha un protocolo de pruebas diagnósticas que, durante dos años, no acordó, infringiendo las cautelas exigibles de un profesional médico.

Por todo ello, consideramos al acusado autor material de un delito del art. 142, 1 y 3 del C. Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, debiendo, ex art. 66 y ss. CP, imponiéndosele la pena en grado mínimo, 1 año de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por 3 años, costas y, ex art. 116 CP, indemnice, con responsabilidad civil directa de Zurich y subsidiaria del Sacyl, a José Enrique, esposo de la víctima en 100.000 euros, a José Miguel, hijo de la víctima, menor de edad, en el momento de la defunción, en 50.000 euros y a su hija Milagros, menor de edad, en el momento de la defunción, en 50.000 euros, dando por reproducidas, a este respecto, ya que no han sido impugnados, los argumentos del fundamento jurídico quinto de la resolución de instancia.

SEGUNDO.- El recurso del representante del Sacyl ha de desestimarse íntegramente, no solo por haber

acogido el del Ministerio Fiscal, sino porque es doctrina pacífica y no cuestionada que, la mención del art. 121, 1 y 2 CP, a "delitos dolosos y culposos....." lo es en la aceptación amplia de delito, como infracción penal, y no en la estricta de infracción grave como contrapuesta a la leve, que sería falta.

El C. Penal ofrece numerosas muestras de utilización del vocablo "delito" como sinónimo de infracción criminal, así, por ejemplo, el art. 130,4, párrafo 1º, en relación con el art. 639 y el art. 130. núm. 5, o los art. 80, 4 y 86. Si se incluyen, además, los delitos culposos, en el art. 121 mencionado, con más razón deben incluirse las faltas dolosas que pueden ocasionar mayores daños y perjuicios. La excepción debe efectuarse no acudiendo únicamente al criterio gramatical, sino al lógico y sistemático, sin olvidar las directrices básicas, de la realidad social del tiempo de aplicación de las normas y el espíritu y finalidad de las mismas. Este artículo, el 121, es de naturaleza civil, lo que permite una interpretación extensiva, conforme a la línea seguida por el TS para objetivar al máximo la responsabilidad civil subsidiaria en el marco del CP. Por tanto, esta impugnación debe ser rechazada.

TERCERO.- No se hace pronunciamiento en materia de costas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

FALLO

ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia de 10-7-08, del Juzgado de lo Penal núm. 1, recaída en PA 196/07, y desestimando el interpuesto contra dicha resolución por el Sacyl, revocamos la misma en el sentido de condenar a S. como autor de un delito de homicidio por imprudencia grave profesional, ya circunstanciado, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión durante 3 años, costas de la primera instancia y que indemnice, con responsabilidad civil directa de Zurich, y subsidiaria del Sacyl a José Enrique, José Miguel y Milagros, en la cantidad global de 200.000 euros, que, respecto a la aseguradora Zurich devengarán el interés previsto en el art. 20 L.C.S.

Expídase testimonio de la presente resolución que, con los autos originales, se remitirá al Juzgado de procedencia, quien deberá acusar recibo de los autos y de la certificación, y reportado que sea, archívese este rollo, previa nota.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente, estando

celebrando audiencia pública en el día de la fecha de lo que doy fe.

Publicación.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

A MODO DE RESUMEN, la sentencia de la Sala II del T.S., de 3 de octubre de 1997, expone el siguiente esquema de la llamada "jurisprudencia médica":

1) "Por regla general, el error en el diagnóstico no es tipificable como infracción penal, salvo que, por su entidad y dimensiones, constituya una equivocación inexcusable".

2) "Queda también fuera del ámbito penal, por la misma razón, la falta de pericia cuando ésta se de naturaleza extraordinaria o excepcional".

3) "La determinación de la responsabilidad médica ha de hacerse en contemplación de las situaciones concretas y específicas sometidas al enjuiciamiento penal huyendo de todo tipo de generalizaciones". En todo caso, es importante destacar, en cuanto se refiere a las actividades de los médicos que, aunque el fin perseguido por la actuación de estos profesionales "es la curación del paciente, tal fin permanece fuera de la obligación del facultativo, por no poder garantizarlo, y el objeto de la obligación del médico es una actividad diligente y acomodada a la "lex artis" (v. STS, Sala I, 16 de abril de 2007)

VI.- LA OMISION DEL DEBER DE SOCORRO (TÍTULO IX DEL CODIGO PENAL)

Artículo 195

1. *El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.*

2. *En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno.*

3. *Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a 18 meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años.*

Artículo 196

El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será

castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

- STS Sala 2ª de 28 enero 2008, Pte: Martín Pallín, José Antonio:

1.- Para resolver la cuestión suscitada es necesario, por cuestiones lógicas, resolver previamente si existe la figura básica del delito de omisión del deber de socorro para después decidir si es aplicable la previsión específica para las conductas de los facultativos en casos de inactividad ante una persona necesitada de auxilio, en este caso médico.

2.- El núcleo de la acción delictiva radica en omitir el socorro a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de tercero.

El reproche se eleva a la categoría de delito cuando se falta a los deberes de solidaridad frente a una situación determinada, concreta y restringida, es decir, ante un peligro inminente y grave para una persona desamparada, que se ve afectada por una situación que pueda poner en riesgo su vida. La omisión del deber de actuar es reprochable precisamente por la insensibilidad ante esta situación que tiene que ser lógicamente conocida por el autor y no obstante ello abstenerse de intervenir pudiendo hacerlo.

3.- La conducta debe, sin embargo, ser ponderada en cada caso concreto en función de las situaciones de desamparo. Es incuestionable el deber de auxilio cuando la persona se encuentra sola y abandonada. En el caso de que hayan acudido en su auxilio otras personas, no excluye radicalmente la obligación ética y ciudadana de interesarse por el caso, pero pudiera ser excusable la abstención si teniendo en cuenta las circunstancias, ya existe el debido socorro y la aportación del tercero ya no aporta nada a la eliminación de la situación de riesgo. La abstención parece perfectamente justificada cuando ya estaban actuando los servicios médicos que pueden prestar un auxilio eficaz y al que se podría incluso perturbar en sus tareas. En definitiva, hay que tener en el momento exigible capacidad de actuar y necesidad de intervenir.

4.- La omisión del deber de socorro constituye un reproche desligado de cualquier relación con bienes jurídicos en peligro. Sus dos artículos, 195 y 196, constituyen el único contenido del título X del Código Penal, lo que indica que no tiene encaje en la tutela de otros bienes jurídicos como puede ser la vida o la seguridad personal. Se sanciona genéricamente una conducta insolidaria pero el legislador no le da una extensión indefinida sino que la concreta a los supuestos de peligro

manifiesto y grave para la vida o la integridad física. Sólo puede ser omitido cuando la prestación del auxilio suponga un riesgo propio o para terceros.

En consecuencia, todos los elementos exigidos por el legislador están presentes en el hecho probado, cuestión que parece no ser discutida por el recurrente.

5.- Ahora bien, el acusado es, además, facultativo lo que nos lleva a la figura penal del artículo 196 en la que se contempla la denegación de asistencia sanitaria cuando de la misma se derive un riesgo grave para la salud de las personas. La omisión coincide en su desarrollo y exteriorización con el tipo general, pero, en el caso específico del profesional sanitario se conecta su conducta con el riesgo grave para la salud de las personas.

En el caso presente no nos encontramos ante una actuación omisiva o abandono de sus funciones sanitarias en el seno del centro médico o en el ámbito profesional donde desarrolla sus funciones. Se trata de una denegación de auxilio para asistir externamente a una persona que se encontraba en situación de riesgo para su salud a unos 50 metros del centro médico donde el acusado desempeñaba sus funciones. La única justificación que podría alegar, derivada de la no exigibilidad de otra conducta, sería la de encontrarse, en el momento de ser requeridos sus servicios, realizando un acto médico cuyo abandono pudiera, a su vez, suponer un riesgo para el paciente que estaba atendiendo. Este supuesto no se da en el caso presente ya que según los datos, cuando el celador le avisó informándole de la situación que se vivía a escasos metros del centro, el acusado no estaba realizando ninguna actividad médica.

6.- Por ello centra su alegación en el hecho de que desconocía, en el momento de ser requerido, de que la persona estaba ya fallecida y que era inútil cualquier actuación médica. Para que esta circunstancia fáctica pueda excluir la existencia del delito es necesario que esté plenamente constatada, por datos indubitados que disipen cualquier duda sobre la insolidaridad de la conducta o la dejación del cumplimiento de sus funciones médicas. Su conducta es evidentemente antijurídica y culpable no pudiendo escudarse en la existencia de un delito imposible porque precisamente por su condición de técnico en medicina sabía que, por lo menos, era exigible la prestación de auxilio, sin perjuicio de que sus esfuerzos pudieran resultar inútiles debido al fallecimiento objetivo e irreversible de la persona que necesitaba la asistencia. Conoció perfectamente lo que sucedía y en ningún momento tuvo la certeza de que su auxilio era inútil. Dispuso de la percepción detallada de los elementos que configuraban la situación crítica y no obstante, teniendo conciencia de la necesidad y exigibilidad de su aportación médica no hizo nada, permaneciendo inactivo e indiferente a lo que estaba sucediendo.

- STSJ Andalucía (Gra) de 26 abril 2007 (Pte: Pasquau Liaño, Miguel): Sobre la existencia de “denegación de auxilio sanitario” por parte del Sr. Pedro Francisco .-

La representación del Sr. Pedro Francisco hace una serie de consideraciones relativas a la concurrencia o no, en la conducta del acusado, de los elementos típicos del delito de denegación de asistencia sanitaria.

La Sala entiende que, a diferencia de lo razonado respecto del Sr. Fernando (celador), con relación al Sr. Pedro Francisco , que es personal sanitario cualificado para intervenciones médicas (cuya eficacia o ineficacia era incierta al tiempo en que fue requerido), sí resultaba exigible una conducta específica o una asistencia sanitaria, sin que resultase suficiente el hecho de que ya hubieran sido “avisados” los servicios de emergencia, pues es de conocimiento común que en situaciones como la que se produjo, puede (eventualmente) resultar decisivo lo que se haga o deje de hacerse en un muy breve periodo de tiempo.

A tal efecto, la falta de medios cualificados para atender el padecimiento que in concreto sufrió el Sr. Ángel (que inicialmente no podía ser valorado) no es argumento para adoptar una conducta pasiva. Cuando a un médico, esté o no de servicio, sea funcionario o no, tenga muchos o pocos medios, se le pide que asista a una persona en estado aparentemente grave, no puede limitarse a esperar que llegue una ayuda más cualificada, sino que mientras tanto ha de acudir en ayuda de la persona en situación de necesidad a menos que ello comporte riesgo para sí mismo o para terceros, lo que manifiestamente no ocurría en el caso que se analiza.

De ese modo, y descartado que la muerte del Sr. Ángel se hubiese producido antes de que el Sr. Pedro Francisco fuera avisado del incidente, la responsabilidad penal del acusado no puede descartarse por el hecho de que estuviesen ya avisados los servicios de emergencias, dado que la situación de “desamparo sanitario”, y por tanto la exigibilidad de una asistencia por el personal sanitario requerido para ello, ha de valorarse no ex post facto, en función de si objetivamente el requerido podía o no asistir con eficacia al enfermo, sino ex ante, siendo así que en este aspecto la incertidumbre inicial sobre si la ayuda que pudiera prestar podía ser o no efectiva no puede sino perjudicar a quien, sin dolo directo, pero sí con dolo eventual, no hizo nada por agotar las posibilidades de ofrecer a la víctima la ayuda que los deberes de solidaridad exigen con relevancia penal.

- SAP Sevilla de 2 noviembre 2006 (Pte: Gutiérrez Ortiz, Eloisa):

Los hechos primero, segundo y tercero declarados por el Jurado son constitutivos de un delito de omisión del deber de socorro previsto y penado en el artículo 195 del Código Penal

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha venido perfilando los requisitos para la apreciación del delito de omisión del deber de socorro así entre otras, la STS Sala 2ª de 11 noviembre 2004, expresa que:

“Como precisara la sentencia de esta Sala 42/2000, de 19 de enero, el delito de omisión del deber de socorro requiere para su existencia:

1º) Una conducta omisiva sobre el deber de socorrer a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, es decir, cuando necesite protección de forma patente y conocida y que no existan riesgos propios o de un tercero, como pueda ser la posibilidad de sufrir lesión o perjuicio desproporcionado en relación con la ayuda que necesita.

2º) Una repulsa por el ente social de la conducta omisiva del agente.

3º) Una culpabilidad constituida no solamente por la conciencia del desamparo de la víctima y la necesidad de auxilio, sino además por la posibilidad del deber de actuar (SSTS 23 de febrero de 1981; 27 de noviembre de 1982; 9 de mayo de 1983 ; 18 de enero de 1984; 4 de febrero y 13 de marzo de 1987; 16 de mayo, 5 de diciembre de 1989, 25 de enero, 30 de abril y 18 de mayo de 1991 y 13 de mayo de 1997). La existencia de dolo se ha de dar como acreditada en la medida en que el sujeto tenga conciencia del desamparo y del peligro de la víctima, bien a través del dolo directo, certeza de la necesidad de ayuda, o del eventual, en función de la probabilidad de la presencia de dicha situación, pese a lo cual se adopta una actitud pasiva.

Pues bien, los hechos que han sido declarados probados por el Jurado, relativos al acusado Luis Antonio, son plenamente incardinables en el tipo penal del artículo 195 párrafo 1 del Código Penal en cuanto se dan todos los requisitos necesarios para su apreciación de conformidad con la doctrina jurisprudencial expuesta.

Por lo que se refiere a los hechos declarados probados por el Jurado en relación a Juan los mismos son subsumibles en el tipo penal previsto en el artículo 196 del Código Penal señalando la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras STS de 21 de noviembre de 2001 que la conducta típica del subtipo agravado del art. 196 del CP vigente de 1995 se desdobra en dos pues consiste, según la clara dicción del precepto, en denegar auxilio o abandonar los servicios sanitarios. Se consuma al realizarse, respectivamente, sus verbos rectores, denegar o abandonar y concurren otros dos requisitos, ambos de naturaleza normativa, el primero es que la conducta comporte un riesgo grave para la salud y el segundo que el sujeto activo sea un profesional, obligado por normas extrapenales.

El delito de omisión de socorro de personal sanitario recogido en el art. 196 del Código Penal, refiere la

conducta del profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas.

Se trata de un delito intencional, en el que el dolo debe abarcar el conocimiento de dicho riesgo.

Es obvio que los hechos declarados probados por el Jurado reúnen todos los requisitos del tipo penal de omisión del deber de socorro del artículo 196 , pues el acusado con conocimiento de la existencia de una persona necesitada de asistencia sanitaria urgente y sin riesgo propio ni ajeno, sin que hubiese causa que se lo impidiese en el momento de ser requerido para ello denegó la asistencia sanitaria que le era requerida, limitándose a permanecer en el Centro de Salud a la espera de la asistencia al enfermo por el O61 que ya se encontraba avisado.

- AAP Madrid de 5 septiembre 2006 (Pte: Prada Bengoa, Pilar).

De lo precedentemente expresado no resulta que los hechos sean aptos para ser subsumidos en el delito de omisión del deber de socorro del art. 196 C.P. que se imputa al doctor que trató a la hija del recurrente durante su ingreso psiquiátrico y le dio el alta de acuerdo con su evolución clínica prescribiéndole tratamiento psiquiátrico ambulatorio con mantenimiento de la misma medicación.

Dicho artículo es aplicable al “profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas”. De acuerdo con la S TS de 29 Nov. 2001 “La conducta típica del novedoso subtipo agravado del art. 196 del CP vigente de 1995 se desdobra en dos , pues consiste, según la clara dicción del precepto, en denegar auxilio o abandonar los servicios sanitarios. Se consuma al realizarse, respectivamente, sus verbos rectores, denegar o abandonar y concurren otros dos requisitos, ambos de naturaleza normativa, el primero es que la conducta comporte un riesgo grave para la salud y el segundo que el sujeto activo sea un profesional, obligado por normas extrapenales”.

En el presente caso no ha concurrido denegación de auxilio ni abandono de servicios sanitarios aptos para la subsunción en dicho tipo penal. Sin que tampoco concorra imprudencia con resultado de muerte por el hecho de que se le hubiera dado el alta del régimen de internamiento prescribiéndole que mantuviera el mismo tratamiento farmacológico con seguimiento ambulatorio por su propio psiquiatra. La mayor o menor previsibilidad del riesgo o peligro susceptible de determinar el resultado luctuoso se debe examinar ex ante -a tenor de las circunstancias concurrentes

al tiempo en el que se le dio el alta- y no ex post. El internamiento de autos ha venido a ser similar a las anteriores crisis que dieron lugar a sucesivos ingresos, siendo el de 13 a 18 de junio de 2003 por un tiempo de internamiento incluso menor, persistiendo a tenor de los informes médicos al darle el alta sólo un cierto aplanamiento afectivo.

Se debe resaltar que en el caso concreto de la culpa médica se ha reconocido en la doctrina de la Sala 2ª TS «que no la constituye un mero error científico o de diagnóstico, salvo cuando constituyen un error cuantitativa o cualitativamente de extrema gravedad, ni cuando no se poseen unos conocimientos de extraordinaria y muy calificada especialización, y para evaluarla se encarece señaladamente que se tengan en consideración las circunstancias de cada caso concreto, con lo que se determinan grandes dificultades porque la ciencia médica no es una ciencia de exactitudes matemáticas y los conocimientos diagnósticos y de remedios están sometidos a cambios constantes determinados en gran medida por los avances científicos en la materia» (SS TS núm. 811/1999, de 25 de mayo y 2252/2001, de 29 de noviembre).

- SAP Cádiz de 20 mayo 2005 (Pte: Pérez de Vargas Gil, Juan Ignacio)

En cuanto al derecho positivo aplicable, dispone el art. 195 apartados 1 y 2 del vigente Código Penal que “ 1 . el que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses y 2. que en las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno”.

Este delito de omisión del deber de socorro, cuyo tipo básico se recoge en el mencionado y reseñado apartado 1 del art. 195. del CP, tiene como sujeto activo a cualquiera que tenga capacidad de acción y como sujeto pasivo al que se halla desamparado y en peligro manifiesto y grave; consistiendo la acción, dado que es un delito de omisión, en no efectuar la acción ordenada en el tipo, es decir, socorrer al desamparado y en peligro grave y para ello han de cumplirse los siguientes requisitos: a) persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, lo que supone que la persona, el sujeto pasivo, no puede por sí mismo y sin la ayuda de los demás salir del peligro en el que se encuentra.; por ello es necesario que concurran que puedan salvarlo de tal forma que el salvamento ha de ser fructífero o eficaz (ayuda técnica) pues de lo contrario la nota de desamparo falta y decae y, en este punto es necesario recordar que el T.S. tiene enseñado que la simple existencia de curiosos no supone la superación del desamparo (Sentencia Sala 2ª del TS de fecha 3-6-1977); ha de ser peligro manifiesto y grave, es decir,

se trata en primer lugar de un peligro que acecha a su persona y a su integridad física y mental.; la calificación de este peligro implica que pueda ser conocido sin mayores dificultades, que el sujeto activo se lo encuentra y que, en fin, el peligro es grave en relación con la parcela de la persona y de la personalidad que ya afecta. Por último, que por peligro se considera el inicio de la verificación de un riesgo, aunque ello no suponga aun un menoscabo efectivo - que puede ya haber empezado - y la destrucción del bien; si el peligro se ha consumado, desaparece la obligación de actuar (STS de fecha 27-3-1987), salvo que se inicie otro, si bien, en este tema no toda la jurisprudencia esta de acuerdo y ello considerar que a pesar de la naturaleza formal del delito, es posible el grado de tentativa en su ejecución cuando es susceptible de calificarse de imposible, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 52 del Código Penal.

Su base o razón de ser se encuentra en una ANTI-JURICIDAD marcada por la infracción de los deberes que imponen la educación cívica y la convivencia ciudadana en situaciones de peligro e indefensión en que se pueden encontrar los seres humanos.

Según esta misma JURISPRUDENCIA el fundamento del precepto se encuentra « la expresión de la reacción penal frente a las manifestaciones de insolidaridad humana que trascienden, en su repulsa, de lo meramente ético o moral para incidir en este ámbito penal al defraudarse la seguridad, que es un valor constitucionalmente consagrado en el artículo 17 de la Constitución, habiendo constituido la rúbrica bajo la que se sistematizaba el delito en el texto del Código de 1973 , capítulo IV del Título XII, considerada en la confianza que cada ciudadano debe albergar de que hallándose en una situación de desamparo y peligro manifiesto y grave, cuente con el auxilio de sus semejantes » (SAP de Asturias de 22 de octubre de 2001).

La naturaleza del delito se encuentra en que “ es un delito de riesgo y mera actividad que tiene también en su horizonte los bienes jurídicos más valiosos de los que es titular cada persona, los cuales pueden ser finiquitados por la omisión insolidaria, pero el tipo no reclama ese resultado de menoscabo, consumándose desde que se den los presupuestos básicos de la infracción (SAP DE ASTURIAS de 22 de octubre de 2001).

Son conforme a reiterada y consolidada jurisprudencia de la Sala 2ª del T.S. requisitos esenciales para la apreciación de esta infracción criminal los siguientes: 1) una conducta omisiva sobre el deber de socorrer a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, es decir, cuando necesite protección de forma patente y conocida y que no existan riesgos propios o de un tercero, como pueda ser la posibilidad de sufrir

lesión o perjuicio desproporcionado en relación con la ayuda que necesita. 2º) una repulsa por el ente social de la conducta del ente social de la conducta omisiva del agente 3º) una culpabilidad constituida no solamente por la conciencia del desamparo de la víctima y la necesidad de auxilio, sino además por la posibilidad del deber de actuar. La existencia de dolo se ha de dar como acreditado en la medida en que el sujeto tenga conciencia del desamparo y del peligro de la víctima, bien a través del dolo directo, certeza de la necesidad de ayuda, o del eventual, en función de la probabilidad de la presencia de dicha situación, pese a lo cual se adopta una actitud pasiva “ (Sentencia de la Sala 2ª del TS de fecha 13-5-1997) y (Sentencia del TSJA de 15 de diciembre de 2000).

“El delito de omisión de socorro del artículo 195 del Código Penal (LO 10/1995) exige una situación objetivamente calificable de peligrosa para la vida y/o integridad física de las personas, bienes o valores de indudable rango constitucional (art. 15 CE); en segundo lugar, exige, sobre esa situación objetiva, una conducta omisiva del sujeto activo que, en definitiva, vulneraría el deber de solidaridad que le es exigible a cualquier persona en una situación de las características de la descrita. Ésa es la construcción al nivel de la tipicidad y de la antijuridicidad en su versión material, pero claro está, el delito exige que la persona respecto del cual se predica la comisión tuviese una conciencia clara del desamparo de la situación de peligro y de la necesidad y posibilidad de prestar ayuda» (SAP de Madrid de 10 de mayo de 2000).

Se excusa el deber sancionado penalmente si el causante se cerciora de que únicamente se han causado lesiones leves (decae el deber al no existir peligro grave), que se ha producido la muerte pues ya no existe el peligro grave o que se haya producido la muerte (delito imposible).

CUARTO.- En el caso de autos nos encontramos ante una persona (el acusado) profesional de la sanidad quien por esta razón no solo con mas conocimiento de las consecuencias que pudieran derivarse de su omisión, sino obligado por Ley y profesionalmente a prestar ayuda, y por tanto que sabía perfectamente o debía saber que, ante la petición de ayuda concreta y urgente (para colmo en un día muy lluvioso), su obligación era de inmediato avisar al resto de los profesionales que se encontraban de guardia ese día a fin de trasladarse al lugar de los hechos situado además a 4 o 5 minutos o 187 metros de distancia, a fin de prestar la ayuda en este caso técnica necesaria; todo ello, incluso, aunque ya se hubiera avisado al 061 y a la Policía, ya que la proximidad del Centro al lugar de los hechos, sugería la inmediata intervención. De otra parte la situación era de peligro grave e inminente - se trataba de una persona de edad y víctima de un infarto en un día desde el punto de vista climatológico

bastante desagradable, siendo el peligro en este caso reconocible a simple vista y que el enfermo cuando se produjo el aviso aun estaba vivo tal como se ha acreditado por los testigos -policías y vecinos que pidieron ayuda- y si bien cierta jurisprudencia mayoritaria sostiene que si el peligro se ha consumado, desaparece la obligación de actuar (STS de fecha 27-3-1987), sin embargo, otra corriente enseña “ que a pesar de la naturaleza formal del delito, es posible el grado de tentativa en su ejecución cuando es susceptible de calificarse de imposible, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 52 del Código Penal.”

Volviendo nuevamente a citar la ponencia de D. LUIS-ROMÁN PUERTA, MAGISTRADO Emérito del Tribunal Supremo, sobre “Novedades jurisprudenciales. Ámbito Penal” en el XIV CONGRESO DE DERECHO SANITARIO, puede añadirse, **a modo de reflexión crítica**, que “El examen de la jurisprudencia nos permite comprobar cómo, con frecuencia, en materia de responsabilidades de los profesionales de la Medicina, casos aparentemente similares unos son resueltos por los órganos de la jurisdicción civil y otros por los de la jurisdicción penal. **Los presuntos perjudicados por este tipo de actividades tienen, pues, en principio, la posibilidad de elegir para sus reclamaciones una u otra vía, lo que, evidentemente, no es una cuestión jurídicamente inocua para los médicos y el personal sanitario afectado, entre otras razones, por la inevitable consecuencia penológica que implica toda condena penal, que, contrariamente a lo que sucede en la civil, no puede estar cubierta por ningún tipo de seguro, por lo que recae directamente sobre los propios condenados.**

De modo indudable, los que se sienten perjudicados por las actividades de estos profesionales, en la mayor parte de los casos, únicamente persiguen obtener la mayor compensación económica posible. El problema, pues, se les plantea a la hora de elegir la vía jurisdiccional que pueda considerarse más ventajosa para sus intereses. La vía penal puede ofrecer, entre otras, las siguientes ventajas: a) al constituir la muerte y las lesiones imprudentes (que son las infracciones más frecuentemente denunciadas) delitos de carácter público, el Ministerio Fiscal ha de actuar de oficio, ejercitando no sólo la acción penal sino también la civil –salvo caso de reserva o renuncia por el perjudicado (v. arts. 105 y 108 LECrim.); b) como consecuencia de ello, corresponde también al Ministerio Fiscal aportar a los jueces la correspondiente prueba de cargo; y, c) de ordinario, el proceso penal tiene una menor duración que el civil, entre otras razones por el menor número de recursos posibles (en la vía civil, puede haber una doble instancia y el ulterior recurso de casación). Tiene, sin duda, también el inconveniente del mayor rigor en materia de prueba (en el proceso penal no caben presunciones contra el reo y es básico el principio “in dubio pro reo”) y de que, agotado el proceso penal sin condena, el perjudicado deberá, en su caso,

acudir a la vía civil, con el consiguiente mayor retraso en la decisión final del asunto. La jurisdicción civil, por su parte, ofrece la indudable ventaja de la mayor facilidad probatoria por la posible inversión de la carga de la prueba admisible en algunos casos, conforme a la teoría del daño desproporcionado, junto con el mayor ámbito de la posible presunción de culpabilidad.

No nos parece justo ni razonable que el ámbito de exigencia de las posibles responsabilidades de los médicos y demás profesionales de la Medicina (que, como hemos señalado, no es irrelevante para éstos) sea el elegido por los presuntos perjudicados, desde la exclusiva perspectiva de sus particulares intereses. Entendemos que es preciso señalar unos criterios

orientativos que impidan, en la medida de lo posible, este tipo de arbitrariedad y, en suma, de inseguridad jurídica, de las que son principales perjudicados dichos profesionales. Sin desconocer la dificultad del empeño, derivado en parte del supremo valor de los bienes jurídicos protegidos por la norma penal (la vida, la salud y la integridad corporal de las personas), estimamos que deben ser dos las condiciones precisas para considerar adecuada a estos fines la jurisdicción penal: la gravedad de la imprudencia o negligencia y el carácter concluyente de las pruebas, sin que, en último término, pueda desconocerse, de modo absoluto, a estos efectos, la adecuada relevancia jurídica derivada de la gravedad de los daños de que se trate.”

BIBLIOGRAFÍA

- La responsabilidad penal médica por homicidio y lesiones imprudentes actualmente en España. La Ley. Núm. 6601. D. Virgilio Rodríguez Vázquez.
- La responsabilidad penal médica y el hecho imprudente. El error de diagnóstico. Jurisprudencia aplicable. La Ley. Núm. 2057. Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Suarez Quiñones y Fernández, Magistrado.
- La imprudencia. Cuadernos de Derecho Judicial Consejo General del Poder Judicial. 2005: Ejercicio de las Profesiones Sanitarias y Delitos Imprudentes (D. Emilio Cortés Bechiarelli), El Delito Imprudente (Ilma. Sra. Dña. Rosario Esteban), La Imprudencia profesional y la Imprudencia del Profesional (Ilma. Sra. Dña. María Félix Tena Aragón).
- Novedades jurisprudenciales. Ámbito Penal. XIV Congreso de Derecho Sanitario. Excmo. Sr. D. Luis-Román Puerta, Magistrado Emérito Tribunal Supremo.
- Derecho Procesal. Proceso Penal. Vicente Gimeno Sendra, Víctor Moreno Catena. José Amparo Nosete y Valentín Cortés Domínguez. Ed. Tirant lo Blanch.
- Derecho Procesal Penal. Andrés de la Oliva Santos, Sara Aragonese Martínez, Rafael Hinojosa Segovia, Julio Muerza Esparza y José Antonio Tomé García. Ed. Ramón Areces.

Legislación:

- Ley de Enjuiciamiento Criminal (LERC), promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.
- Código Penal (CP). Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre
- Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (LOTJ).
- Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) Ley 6/1985, de 1 de julio.
- 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.
- Doctrina Jurisprudencial. Base de Datos El Derecho Editores.

Madrid, 14 de abril de 2011