

**LA IMPRUDENCIA MENOS GRAVE LUEGO DE LA L.O.1/2.015 DE REFORMA DEL  
C.P. LAS CONSECUENCIAS EN LA RESPONSABILIDAD SANITARIA**

**Juan Calixto Galán Cáceres**

Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de Badajoz

Actividad de la Asociación de Fiscales: "Responsabilidad sanitaria y la nueva configuración legal de la imprudencia médica", 18 y 19 de abril de 2017

## RESUMEN

*Es evidente, que la reforma del código penal operada como consecuencia de la entrada en vigor el 1 de Julio de la LO 1-2015 proporciona un escenario considerablemente modificado de la regulación de las figuras penales imprudentes con una regulación normativa notablemente distinta que eleva los peldaños penales de reprochabilidad a los profesionales sanitarios mediante la desaparición de la culpa leve, y disponiendo solo la imprudencia menos graves para aquellos casos de lesiones personales muy importantes contenidas en los Art 149 y 150 del c.p., y para los casos de muerte de la víctima*

*La presente Ponencia pretende reflexionar sobre la Imprudencia Sanitaria, especialmente la que corresponde a los Facultativos, y tiene como objetivo realizare un análisis especial de la nueva categoría de modalidad culposa establecida por la norma legal respecto de los supuestos de imprudencia menos grave.*

*La distinción con la imprudencia grave es una tarea difícil, pues ante la ausencia de una definición legal o auténtica por parte de la norma, el desarrollo y la ubicación de esta clase de responsabilidad penal vendrá configurada por el desarrollo jurisprudencial sobre la materia, especialmente en aquellas sentencias que recojan este tipo de culpa de carácter intermedio, que no llega a la entidad de temeraria o grave, pero si tiene la intensidad suficiente para merecer un reproche penal que a la luz de la reforma es francamente más dulcificado que la del tipo grave, donde la amenaza de la inhabilitación profesional como consecuencia del reproche penal se ciñe con dureza sobre los profesionales sanitarios.*

*Se cumplen en estas fechas 22 meses y medio desde la entrada en vigor de la citada Reforma del c.p. que introduce la imprudencia menos grave en los Arts. 142.2 y 152.2 del c.p., y si en los ámbitos de la circulación rodada y de la siniestralidad laboral han sido relativamente frecuentes las condenas por imprudencia menos grave, es lo cierto que en el ámbito sanitario, en principio,( s.e.u.o.), solamente son 2 sentencias de los Tribunales españoles las que han acogido este tipo de responsabilidad penal (Audiencia de Madrid y Juzgado de lo Penal nº 2 de Badajoz), y ambas serán - como no puede ser de otra manera- especial objeto de comentario en la presente Ponencia*

## ÍNDICE:

1.- EL PANORAMA DE LAS RECLAMACIONES SANITARIAS Y LA ELECCIÓN DE LA VÍA PENAL POR LOS PERJUDICADOS.

2.- LA IMPRUDENCIA EN EL ÁMBITO SANITARIO. LOS ELEMENTOS GENERALES DE LA CULPA.

3.- EL NUEVO PANORAMA DE LA IMPRUDENCIA DESPUÉS DE LA REFORMA DEL C.P. DEL 2.015. LA UBICACIÓN DE LA IMPRUDENCIA MENOS GRAVE.

3.1.- Perspectiva General:

3.2.- Valoración jurisprudencial general sobre la gravedad de la imprudencia

4. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES QUE NOS APROXIMAN A SITUAR LA GRAVEDAD DE LA IMPRUDENCIA.

5.- LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS INFRACCIONES IMPRUDENTES EN LOS CASOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO.

5.1.- La regulación legal antes de la Reforma del Código Penal de la LO 1/2015 de 30 de Marzo.

5.2.- Normativa vigente tras la entrada en vigor la mencionada Reforma del Código Penal el 1 de Julio del 2015 (ponemos en negrita el nuevo texto introducido con la Reforma)

6.- LAS CONSECUENCIAS DEL NUEVO TEXTO PUNITIVO Y LAS NUEVAS EXIGENCIAS EN EL REPROCHE PENAL DE LAS NEGLIGENCIAS SANITARIAS.

7.- RESEÑA JURISPRUDENCIAL A DESTACAR:

7.1.- Sentencia introductoria.

7.2.- Sentencia de cabecera.

7.3.- Sentencia sobre aspectos generales de la culpa médica. (1)

7.4.- Sentencia sobre aspectos generales de la culpa médica (2)

7.5.- Sentencia sobre aspectos generales de la culpa médica (3)

7.6.- Sentencia sobre la imprudencia grave.

7.7.- Sentencias sobre imprudencia menos grave.

7.8 - Imprudencia menos grave pero no resultados del 149 o 150 c.p.

7.9.-Conceptuación de la imprudencia profesional.

7.10.- Sentencia sobre la complejidad de la culpa médica.

7.11.- Culpa civil-daño desproporcionado. Distinción con la culpa penal. No prueba de la corrección de la intervención médica. Inversión de la carga de la prueba

7.12.-Miscelanea jurisprudencial reciente

## **1.- EL PANORAMA DE LAS RECLAMACIONES SANITARIAS Y LA ELECCIÓN DE LA VÍA PENAL POR LOS PERJUDICADOS.**

En cuanto al escenario actual de las reclamaciones sanitarias significamos que el aumento de denuncias penales ha sido espectacular en los últimos tiempos cuando – y como recoge el Magistrado José Manuel Martínez Pereda en su obra “La responsabilidad penal del médico y del sanitario”. EditColex. 1.997, si en otros los años 70 y 80 no se llegaron a 50 denuncias anuales de contenido penal contra los médicos por actuaciones supuestamente erróneas, a finales de 1.980 se pasaba de 150.

Ahora, en la actualidad aún siendo un dato aproximado, ya que no es posible verificarlo con certeza se ventilan alrededor de 100.000 demandas por negligencias médicas en España, (cuadruplicándose en la última década), según se ha expresado en el primer Congreso Nacional de responsabilidad médica celebrado en Mayo 2013 en Santiago de Compostela. Nosotros entendemos que esta cifra es algo exagerada, y según otras fuentes, las reclamaciones sanitarias en España en el momento actual oscilarían entre 60.000 y 70.000, (específicamente reclamaciones administrativas y judiciales) como ya señalaba la Sociedad Española de Calidad Asistencial en un Estudio relativo al año 2.002, donde las cuantificaba en 50.000 las reclamaciones por responsabilidad médica, con un 18% de éxito en las mismas, según esta fuente, incluyendo todas aquellas que se realizan en los Servicios de Atención al Paciente, pero no las concernientes a listas de esperas o pequeños problemas de intendencia sanitaria y que finalmente no llegan a los Juzgados por transacción o desestimación de la solicitud.

A este respecto es interesante un **Estudio en la Revista Electrónica de Mapfre (Vol.20 Sup. Oct-Dic 2009)** donde filtrando las sentencias de los Tribunales penales, civiles y contenciosos desde el **1 de Enero del 2.000 hasta el 1 de Julio del 2.007** aparecían **1.899 sentencias** de reclamaciones médicas, pero **solo en la segunda y tercera instancia** con lo cual este dato puede ser orientativo, pero es francamente incompleto. Por su parte **ADEPA** en el 2.007 (**Asociación de Defensor del Paciente**) cifraba en **12.622** las reclamaciones sanitarias con 517 muertos por supuestos errores médicos. Sólo en **Madrid**, según fuentes de su **Consejo Consultivo**, y por la vía contenciosa administrativa en el **2.011** fueron examinadas **460 reclamaciones** por errores médicos, lo que supone el **64% de todas las reclamaciones**, por delante incluso de las de seguridad vial.

Durante el año **2016**, en la Comunidad Valenciana se contabilizaron **1.401 reclamaciones contra profesionales sanitarios**; 777 en Valencia, 541 en Alicante y 83 en Castellón.

Estas cifras, ya de por sí alarmantes, suponen un incremento considerable respecto a las del año 2015, en concreto, un 7,9%. Los servicios que han sido objeto de más denuncias son Cirugía General, las asistencias correspondientes con las listas de espera, Traumatología, Ginecología y Obstetricia y Urgencias. Y a los servicios de urgencias, habría que añadirles, además de la presión con la que realizan su trabajo los profesionales, el alarmante crecimiento de las **agresiones y/o amenazas** que reciben por parte de los usuarios.

Curiosamente, los 5 Hospitales más denunciados pertenecen todos a la **red pública valenciana**, y esa es la razón por la que exigimos a la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública, que adopte las medidas necesarias para reducir el referido incremento de reclamaciones. Consideramos de todo punto intolerable que la sanidad pública valenciana ocupe el tercer lugar en el ranking a nivel nacional.

Estos datos se corresponden con la Memoria anual publicada por la Asociación **“El Defensor del Paciente”** que desde hace varios años analiza el número de reclamaciones a los profesionales sanitarios a nivel nacional.

Como todos los años, hacemos balance de los casos que nos han llegado a lo largo de 2016 por presuntas negligencias médico-sanitarias. A diferencia del curso anterior, el número de negligencias en España ha aumentado lamentablemente. Este año hemos recibido un total de **14.802 casos** (372 más que en 2015), de los cuales **841 han sido con resultado de muerte** (35 más que en 2015). Por el momento, dichos números los consideraremos como presuntos mientras que los Tribunales no dictaminen.

Desde nuestro punto de vista, para poder sacar conclusiones sobre los datos que manejamos, qué mejor forma que comparar cómo afrontan estas situaciones otros países. Para muestra un botón. Un reciente estudio elaborado por la Universidad Johns Hopkins de Baltimore, basándose en los certificados médicos de los hospitales, ha revelado que **la tercera causa de muerte en Estados Unidos son los errores médicos**. Dicha investigación atestigua que **cada año se producen más de 250.000 fallecimientos** por esta causa y como solución para reducir las negligencias médicas proponen que en las historias clínicas se anote si una complicación médica contribuyó a la muerte del paciente. **En España esto sería una utopía**. En la misma línea, otro estudio americano, en este caso por medio de la Universidad Central de Michigan, sobre los efectos de un modelo de comunicación entre el personal sanitario, ha puesto de manifiesto que **el 66 % de los errores se produce por la falta de comunicación entre los profesionales sanitarios**, cuando es primordial que el equipo médico se comunique de forma óptima para reducir la probabilidad de errores.

Las CCAA más denunciadas en el año 2016 son (según la ADEPA) Madrid con 3.468 casos, Andalucía con 2.585 casos con Sevilla y Málaga duplicando a las demás provincias, y Cataluña con 2.199 reclamaciones sanitarias.

Extremadura 5.876 casos en el 2015 y 2016, (3.004 en el año 2016) muchas reclamaciones formales de carácter administrativo relacionadas con las listas de espera. Ciertamente por errores de los profesionales sanitarios pueden situarse entre 800 y 1.000, (323 según ADEPA) .

Respecto a la **Atención Primaria** urge fortalecerla de una vez por todas con una inyección de **unos 50 millones de euros para contratar unos 1.000 médicos de familia y pediatras** que solventen los efectos que, como de costumbre, están sufriendo los pacientes y los propios profesionales: cargas de trabajo desmesuradas, acúmulos diarios por falta de sustituciones, demoras excesivas, consultas masificadas, etc. Por lo tanto, reclamamos una **reforma inmediata de la Atención Primaria que garantice su calidad** para evitar que dentro de unos años se haya extinguido.

Cabe puntualizar que, pese a que supone el cimiento asistencial del SNS, dicha especialidad, ha sido la que más recortes ha sufrido durante la época de crisis, perdiendo un 14'7% de su financiación, es decir, 1.550 millones de euros entre los años 2010 y 2014

- **(Fuente: Memoria Anual del Defensor del Paciente). Año 2.016.**

En cuanto a los países europeos de nuestro entorno es significativo que en Reino Unido las demandas por responsabilidad médica aumentaron considerablemente año tras año hasta el año 2000, existiendo 23.000 demandas pendientes de resolución contra el sistema nacional de salud en el 2.001, sin embargo las cifras tienden a estabilizarse. En Francia la llamada “siniestralidad médica” ha aumentado un 50% en los últimos 10 años, con un aumento preocupante que se estima en torno a un 15% cada año. En Alemania las cifras son más tranquilizadoras y menores que en España y Reino Unido, aunque en materia penal han aumentado las causas por delito contra los médicos alemanes y sólo el Fiscal del Köln tramitó 341 denuncias contra facultativos médicos en el año 2.001. En nuestra vecina Portugal y según se desprende del “Relatorio do Gabinete de Utente” elaborado por la InspeccaoGeral de Saude –IGS- (Inspeccion General de Salud) en el año 2.005 sobre más de 17 millones de actuaciones médicas, se presentaron 17.770 reclamaciones por responsabilidad médica, lo que ciertamente es una cifra importante atendiendo a la población de Portugal 10.743.000 habitantes, lo que supone manejar cifras muy similares de efectos adversos y reclamaciones en proporción a nuestro país (Los datos estadísticos han sido extraídos de la obra “Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico sanitarias”. Virgilio Rodríguez Vázquez. Edit Marcial Pons.2012).

El auge e incremento notable de las reclamaciones sanitarias ha llevado incluso a la creación de Asociaciones por todo el mundo de Víctimas de Negligencias Sanitarias como la española AVINESA, que se creó en 1.994 mediante la unión de damnificados por defectuosas actuaciones médicas, y cuya definición ilustrativa y que reseñamos expresa en su Web [www.avinesa.es](http://www.avinesa.es) del modo siguiente: AVINESA, la Asociación de Víctimas de Negligencias Sanitarias es una asociación sin ánimo de lucro fundada y constituida única y exclusivamente por las víctimas o los familiares de las víctimas que han sufrido una negligencia sanitaria.

Su ámbito de actuación territorial se constituyó inicialmente abarcando el territorio nacional, siendo recientemente ampliado al conjunto de la Unión Europea como consecuencia de su incorporación a la FEDOM (Federación Europea de Asociaciones para la Defensa de los Daños Médicos), con sede en Bruselas.

En España se producen cada año decenas de miles de accidentes como consecuencia de una mala praxis médica o un mal funcionamiento sanitario. Tan solo una pequeña parte de estos accidentes se da a conocer a la opinión pública, por lo que el número exacto de afectados se desconoce. Es llamativo el lema de la Asociación que expresa “Yo amo mi vida, denunciar una negligencia médica hoy, es salvar una vida mañana”

Es preciso consignar unas breves consideraciones efectuadas por la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) a 31 de Diciembre del 2.012 que recoge importantes datos estadísticos en relación con la cantidad y calidad de la prestación sanitaria. Estos interesantes datos han sido recogidos de la Web [www.sindicatomedico.es](http://www.sindicatomedico.es). Ahí se expresa que:

*España es el séptimo país del mundo con mayor densidad de médicos. Con 39,6 médicos por cada 10.000 habitantes, España solo es superada por Cuba (67,2), Grecia (61,7), Bielorrusia (51,8), Austria (48,5), Rusia (43,1) y Suiza (40,7), según los resultados del Informe anual de estadísticas sanitarias 2012, publicado esta semana por la Organización Mundial de la Salud (OMS). El exhaustivo informe incluye datos de 194 países durante la última década y revela que solo Cuba (67,2 médicos/10.000 habitantes), Grecia (61,7), Bielorrusia (51,8), Austria (48,5), Rusia (43,1) y Suiza (40,7) tienen mayor densidad que España que, según los datos de la OMS, cuenta con 174.100 médicos en activo. De este modo, nuestro país se sitúa por encima de grandes potencias como Estados Unidos (24,2), Reino Unido (27,4), Francia (34,5), Alemania (36) o Italia (34,9). Las estadísticas para enfermeros y farmacéuticos son más dispares: 224.800 enfermeros en activo (51,1 por cada 10.000 habitantes) y 37.000 farmacéuticos (8,4 por cada 10.000 habitantes). La media de la Región Europea de la OMS es de 65 enfermeros por cada 10.000 habitantes, mientras que la de dentistas se sitúa en 5,4. Otro de los datos destacados en el apartado de infraestructuras y personal sanitario del informe es el número de camas por cada 10.000 habitantes, 32 en España, muy por debajo de la media en Europa (61).*

Es llamativo, y acaba de publicarse en los Cuadernos de la OMC (Organización Médica Colegial) en concreto APMC-25, que en el año 1.965 sólo un 2,6% de los 40.000 médicos que entonces había en España eran mujeres, y que ya en el año 1.975 se igualaron las matrículas universitarias de hombres y mujeres. En el año 2.010 (y es un dato espectacular) el 74% de los estudiantes de medicina son mujeres, sucediendo que en la mayoría de los Servicios Autonómicos de Salud, la mayoría -de modo aplastante- de los médicos de atención primaria y de medicina familiar menores de 35 años, son mujeres, como sucede en el Servicio Vasco de Salud cuya cifra alcanza el 70%.

Estos datos, que tienen muchas perspectivas sociológicas de análisis, influyen también en la prestación de los servicios asistenciales, ya que las bajas por embarazo y maternidad de las facultativas, son - como es obvio- muy frecuentes, lo que origina en muchas ocasiones ciertos desajustes en el modo de sustituir estas bajas temporales con las correspondientes sustituciones internas y externas en los mencionados servicios.

#### A la cola en gasto en sanidad per cápita

Respecto al gasto en sanidad per cápita, se confirma que España está en el vagón de cola de los países desarrollados. En concreto, se encuentra en el puesto 19 de todo el continente europeo, con un gasto en sanidad por persona de 3.032 dólares (2.388 euros), superando a Grecia por poco (2.375 euros) y Portugal (1.863 euros) y por detrás de todos los pesos pesados mundiales: Estados Unidos (6.271 euros), Francia (3.801 euros), Alemania (3.721 euros) o Italia (2.618 euros). Además, según la OMS, el 20 por ciento del gasto sanitario total en España procede directamente del bolsillo de los ciudadanos, no vía impuestos.

La gran mayoría de las reclamaciones buscan la responsabilidad de la administración sanitaria a través de la responsabilidad patrimonial en la jurisdicción contenciosa, y otras se sustentan por la vía civil interesando las indemnizaciones por Médicos, Clínicas y Compañías Aseguradoras, pero es cierto que un buen número de ellas (difícil de determinar), comienzan por la vía penal a través de la denuncia o querrela del perjudicado, aunque la gran mayoría finalmente no se instruyen por vía penal, y cierta, y afortunadamente pocas, terminen con sentencias condenatorias contra los médicos.

El Letrado Gustavo López Muñoz expresa en su Web [www.pleitos.neta](http://www.pleitos.neta) propósito de su Libro “El error sanitario”, que de 10 demandas, 7 u 8 son favorables al médico, lo que supone un 25% aproximadamente de éxito del paciente o de sus familiares. Este dato, manejando el Estudio de Mapfre, y la evaluación genérica que a lo largo de años llevamos realizando por nuestra parte de la evolución jurisprudencial en nuestro ordenamiento, a nuestro entender, se queda muy corto, y hay especialidades como la Traumatología, Cirugía Ortopédica, Ginecología, Cirugía Estética y Odontología donde el éxito de las reclamaciones sanitarias es francamente superior, aproximándose en algunas anualidades al 50%. En otras especialidades como Anestesia, Medicina de Familia o Intensiva la estimación de la reclamación sanitaria gira en torno al 30% . En cuanto a las vías jurisdiccionales de la reclamación sanitaria, las razones del porqué las mismas se dirigen en primer lugar por la vía penal son muy diversas, en primer lugar, porque de ese modo el reclamante tiene a su disposición la historia clínica con suma rapidez, ya que el Juzgado la incorpora a la causa de modo prioritario, lo que en otras vías es ciertamente más engorroso para el reclamante, en segundo lugar, porque los Juzgados de Instrucción acuden con carácter preferente al médico forense para que realice una pericial sobre el objeto procesal denunciado, lo que representa un importante filtro, ya que si el Forense no aprecia malpraxis facultativa, se procederá en vía penal al archivo del procedimiento, pero se tiene la ventaja para el paciente o familiares, que ya podrán contar con elementos probatorios que les permitirán acudir a la vía civil o contenciosa para reclamar el perjudicado aquello que tenga por conveniente. En este sentido, es muy llamativo el impresionante aumento de Bufetes de Abogados que se anuncian públicamente como especialistas en reclamaciones sanitarias, ya que en torno a los errores médicos y a la responsabilidad de los facultativos se ponen en juego importantes cantidades de dinero para las partes interesadas. En tercer lugar, con la aparición de la Ley de Tasas que grava de modo especial la justicia administrativa y anteriormente incluso la civil, ante la gratuidad de la justicia penal, es evidente que los que se creen víctimas de un actuar improcedente médico pondrán en marcha la vía penal para ejercer la acción de responsabilidad contra quien corresponda, y es que además, y finalmente en cuarto lugar, en muchas ocasiones existen importantes razones sentimentales de disgusto y contrariedad ante la realidad de un daño causado al reclamante o a su familiar, por lo que los afectados, también buscan acudiendo a la justicia, que caiga todo el peso de la ley frente al médico cuyo comportamiento supuestamente negligente ha sido el causante del daño.

Estas y otras razones sobre la primariedad de la elección del orden jurisdiccional penal por el paciente o sus familiares, ya fueron abordadas por el Magistrado de la Sala 2ª del Tribunal Supremo **MARTINEZ CALCERRADA, L en su Ponencia** “La Sanidad ante las nuevas tendencias jurisprudenciales, aspectos civiles. Ponencia al IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid. 1997”.

Precisamente, y acorde con lo anteriormente expresado, el temor de los médicos a ser demandados o denunciados por vía penal ante el incesante aumento de las reclamaciones sanitarias, les induce a practicar lo que ya se conoce unánimemente como “Medicina Defensiva”, que básicamente representa un exceso de celo en la realización de los protocolos médicos para resguardarse de una eventual futura reclamación del paciente o de sus familiares. Esta actividad, que no nos engañemos, hoy día la practican numerosos facultativos, en realidad, presenta efectos distorsionantes y muy perniciosos en el ámbito de la sanidad, tanto pública como privada, ya que por un lado, en muchas ocasiones se le está sometiendo al paciente a pruebas diagnósticas innecesarias donde incluso se puede generar un daño añadido al mismo, y además, el impacto

financiero de la medicina defensiva llevada a sus últimos extremos es de enormes dimensiones tanto en la sanidad pública como en la privada.

Por ello, insistimos en que bajo el manto subjetivamente protector de la medicina defensiva se ordenan pruebas complementarias no imprescindibles en muchas ocasiones, se abusa en la prescripción de medicamentos, se derivan a otros especialistas facultativos y se decreta la hospitalización preventiva del paciente o se demora en dar el alta al mismo para asegurar a toda costa un protocolo médico excesivo y no adecuado a la enfermedad y circunstancias del paciente, y desde la óptica de inactividad del propio médico, son latentes el respeto y el miedo de no aplicar terapias innovadoras e intuitivas por miedo al fracaso y a la posterior reclamación, algo que sucede en más de la mitad de los profesionales médicos como señala el Profesor Federico Montalvo en la edición digital de la Voz de Galicia (27-5-13), donde afirma que el coste en EEUU de la medicina defensiva asciende a una cantidad entre 480 y 650.000 millones de dólares (dependiendo de la Agencia Evaluadora), lo que determina que el 91% de los médicos americanos practican este tipo de medicina cautelar o defensiva, país que en el que se estima que fallecen alrededor de 100.000 personas al año por errores del personal sanitario.

Obviamente, no somos nosotros los más indicados para dar ningún consejo al facultativo, pero como representante del Ministerio Fiscal que es la Acusación Pública en nuestro país, si queremos significar que el exceso en la aplicación del Protocolo no va exonerar de responsabilidad al médico por la práctica indiscriminadas de pruebas o la prescripción desmedida de fármacos, ya que a la hora de enjuiciar la conducta del médico, el Juzgado o Tribunal, sea del orden que fuere, lo que realmente va a evaluar es si se ha aplicado la *lex artis ad hoc*, que se traduce en que, si el médico valorando todas las circunstancias del paciente, incluida su sintomatología y capacidad de reacción, ha aplicado sus conocimientos y técnicas aplicables al caso concreto con la corrección exigible a cualquier profesional conforme al estado de la ciencia y del medio sanitario donde se desenvuelve su trabajo, lo que aconsejará las derivaciones a otro centro o profesional en el caso de que efectivamente se compruebe la insuficiencia de medios diagnósticos o de respuesta médica coherente ante una específica situación.

Ejercer la medicina con prudencia y rigor, es incompatible con dar palos de ciegos a la búsqueda de un diagnóstico, y si la medicina es por sí una ciencia inexacta y experimental, se impone al Facultativo la reflexión antes de acordar aquello que es innecesario por su improcedencia, y que sólo se hace para dar cobertura a una historia clínica con carácter extensivo, lo que en la realidad, y en el ámbito de esa medicina defensiva sucede con relativa frecuencia y donde a menudo, la comunicación entre los profesionales, sobre todo en sede hospitalaria, evitaría en muchas ocasiones pruebas médicas no necesarias y gastos superfluos, ya que, y concluimos, tales prácticas no optimizan en absoluto la calidad asistencial.

En estos momentos, el escenario se ha modificado en la medida en que han aumentado considerablemente las reclamaciones por problemas del consentimiento informado y la autonomía del paciente, y así lo prueba la numerosa jurisprudencia que en torno a estos conceptos se va generando, sin que se pueda afirmar que hayan crecido los expedientes reclamatorios por errores médicos o mala praxis, lo que obliga a la administración y a los facultativos a extremar las precauciones en torno a las exigencias y obligaciones en el capítulo del consentimiento informado que luego abordaremos, y desde un punto de vista penal, también han caído sensiblemente las reclamaciones como consecuencia precisamente de la reforma del C.p, que luego analizaremos en profundidad.

No es baladí afirmar, que los recortes sanitarios en época de crisis aumentan las listas de espera, y en general, la calidad del servicio sanitario se resiente considerablemente. Ello sin duda irá aparejado de un aumento de reclamaciones de los ciudadanos por tardía o insuficiencia de la prestación sanitaria, con lo que los efectos de la aminoración del presupuesto en los servicios sanitarios, a la postre, generará un apartado de gastos considerables para resarcir las atenciones defectuosas, y sobre todo, acarreará un sufrimiento personal y familiar intolerable en un Estado del bienestar, ya que en pleno siglo XXI, hace tiempo que tenemos claro que la salud de las personas es el bien más fundamental, por lo que la tijera de la atención sanitaria debe medir con lupa la ponderación en el gasto, e incidir la administración, en otros sectores de menor importancia y de menos impacto social.

## **2.- LA IMPRUDENCIA EN EL ÁMBITO SANITARIO LOS ELEMENTOS GENERALES DE LA CULPA**

***Comete culpa el que libremente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar” (art. 2 Código Penal de 1822).***

Recordemos pues al profesor Mezger, cuando con evidente acierto afirmaba que "actúa imprudentemente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado".

En cuanto al estudio de la Imprudencia punible debemos comenzar expresando que el mismo gira en torno a la propia actividad humana, y en todos los ejercicios profesionales o sujetos a reglamentación legal existen normas y reglas que se deben cumplir, para que la actividad concreta se desarrolle de modo correcto y sin resultados dañosos a otras personas que se pueden ver afectadas por un comportamiento inadecuado.

La imprudencia como tal, es una figura de responsabilidad francamente moderna que ha ido muy de la mano de las negligencias que se producían en el mundo de la circulación de rodada con vehículos de motor. La primera vez que se introduce como reproche penal fue en el código penal de 1.944 (también llamado Código de la Dictadura, que fue ampliamente modificado en 1.973) y su regulación perdura hasta la actualidad, si bien esencialmente modificada (como ahora veremos) en nuestro código penal vigente de 1.995.

Pues bien, los reproche a título de imprudencia contra los profesionales médicos por delito o falta de resultado de muerte o lesiones representan el principal caudal de responsabilidad penal contra los médicos, por su importancia, y por el propio número de reclamaciones al respecto, ya que las lesiones al feto y el aborto son supuestos en la jurisprudencia muy minoritarios.

Cuando circulamos con un vehículo, especialmente en la carretera, muchas veces pensamos que es fácilmente imaginable la existencia de accidentes donde intervienen errores humanos en el manejo y conservación de los automóviles, y ante la avalancha y carácter masivo de vehículos y conductores en una realidad cotidiana que sólo se modifica para superar su propia cifra. Este dato, admite un claro parangón en la actividad médica, donde anualmente se realizan y practican millones de actuaciones sanitarias por miles de profesionales médicos a miles de ciudadanos. Y si el hombre es por naturaleza imperfecto y puede errar en sus actuaciones profesionales, cuanto mayor será la posibilidad cuando hay ocasiones infinitas de hacerlo, según revela cualquier

examen estadístico. Lo que sucede, es que los errores en medicina con consecuencias dañosas para un paciente, es algo muy sensible, al afectar un bien tan preciado como la salud de las personas.

El derecho penal es la parcela del ordenamiento jurídico que castiga aquellas conductas que son especialmente intolerables socialmente y representan un ataque frontal contra bienes que se estiman por todos como dignos de protección. Pero si el Derecho Civil resarce daños y conductas erróneas entre particulares, y el Derecho Administrativo regula la responsabilidad de la administración incluida la sanitaria en los casos que proceda, el Derecho Penal tiene un carácter que llamamos de “última razón”, y ello se ha reforzado con el nuevo tenor legal luego de la Reforma de la LO 1-2.015 del c.p., como luego veremos ; es decir, vamos a sancionar penalmente aquellas conductas más extremas, y aquellos errores que revelan un comportamiento del facultativo sumamente descuidado, inexperto y atrevido y que exige la sanción penal porque el mismo tiene encaje en lo que el código penal castiga con sus requisitos correspondientes.

No debemos olvidar que una causa penal se abre, se tramita y se resuelve para enjuiciar el reproche penal de un médico que pueda ser merecedor o no de un eventual castigo penal, ya que para obtener meramente la indemnización están disponibles las vías civil y contenciosa de la manera expresada. El castigo por sentencia penal del médico supone atribuirle un delito o una falta, y ello es muy importante, tanto para el facultativo que al margen de las penas, puede lastrar su carrera profesional, y también lo es para la víctima o familiares de la misma, pues en su derecho a la justicia está también el castigo penal al médico o cirujano cuando ello sea procedente.

Que en sede penal solo deben estar residenciadas aquellas reclamaciones contra los médicos que realmente tengan sustancia delictiva, especialmente negligentes, no es algo que lo digamos nosotros, sino que lo repite machaconamente el Tribunal Supremo en numerosas sentencias como luego veremos, y en ese sentido, el médico, por el bien de todos, no debe ser una excepción para sufrir de modo injusto la llamada “pena de banquillo”. Así desde 1.985 STS 16-Mayo-1985 nos dice la Sala de lo Penal S.T.S. de 16 de Mayo de 1985 : *La imprudencia grave delictiva exige la “...Omisión de todas las precauciones exigibles o que debieron necesariamente adaptarse en el suceso o evento de que se trate o al menos, de las más elementales y rudimentarias, por haber incidido, el agente, en la omisión de diligencia, en la que no hubiera incurrido el menos cauto y precavido, o el más descuidado, abandonado o negligente de los hombres, por la ilícita infraestructura del bien jurídico violado.*

Ello debe concienciar a todos los operadores jurídicos de que deben llevarse solamente a la vía penal, aquellos supuestos que realmente y desde el inicio, se puedan advertir como eventualmente merecedores de una sanción penal.

Sabemos que ello es complicado, en primer lugar, porque el Letrado de la víctima o perjudicado en defensa de sus intereses acudirá a la vía penal por la razones utilitarias que allí expusimos, pero también es indudable, que si de modo claro se adivina que el destino final de la denuncia es claramente el Sobreseimiento y Archivo por no ser constitutiva de infracción penal la conducta del médico conforme a los Arts. 641 y 779 ambos de la Lecrm, es evidente que por el perjudicado se está perdiendo el tiempo, ya que con la documentación médica del paciente, un informe pericial eficaz y una demanda fundamentada se podrá acudir a los otros 2 vías : civil o contenciosa según proceda, para reclamar en justicia aquello que corresponda por el incorrecto

actuar médico-profesional. En segundo lugar, y ello es predicable a cualquier profesional, la causa penal debe permanecer en instrucción por el tiempo imprescindible y suficiente para llegar a la convicción de lo que sea procedente, en torno a, si existen elementos de acusación penal contra el facultativo, o por el contrario, no existen elementos delictivos con que formar una Acusación para el Fiscal y la Acusación Particular, - aunque si el daño ocasionado por el médico es antijurídico y no había obligación de soportarlo por el paciente, queden expeditas las vías civil y contenciosa que hemos mencionado para reclamar lo que sea oportuno- . Hacer lo contrario, cuando no hay indicios delictivos, y prolongar innecesariamente la instrucción de la causa, especialmente en entornos locales y provinciales donde casi todo se sabe por compañeros y pacientes, es originar un mal lacerante e injustificado para el médico, ya que si tiene que responder indemnizando, lo tendrá que hacer en el orden jurisdiccional que corresponda, pero no debe ser objeto de un proceso penal cuando de modo claro la infracción penal no existe.

Ello es así, porque lo que se juzga – no lo olvidemos- es la posible responsabilidad penal del médico, y la indemnización en este caso, y en esta vía, sólo va a surgir de una sentencia condenatoria penal, ya que en España la responsabilidad civil ocasionada por un delito, surge precisamente de afirmar esa responsabilidad penal conforme al Art 100 de la Lecrm, por tanto , si no hay delito o falta, (como luego veremos...) no hay ninguna indemnización en el orden penal, por ello – insistimos- si lo único que se pretende con la reclamación es la reparación económica por el daño sufrido, y la responsabilidad del médico no tiene encaje en la imprudencia penal, se debe acudir a las otras 2 vías ya mencionadas.

Es fundamental para ubicar la imprudencia penal el mencionar sus elementos principales, y aunque existen multitud de sentencias que han ido repitiendo sin cesar, la estructura de la imprudencia, destacamos la STS de 29 de Octubre de 1994 que destaca que para que exista imprudencia se exige: 1. *Una acción u omisión voluntaria, no maliciosa.* 2. *Infracción del deber de cuidado.* 3. *Creación de un riesgo previsible y evitable* y 4. *Un resultado dañoso derivado en adecuada relación de causalidad de aquella descuidada conducta.*

El Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 11-Enero del 2.016 complementa la conceptualización anterior con la síntesis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en los últimos años sobre el ilícito penal imprudente señalando “*la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha enunciado los requisitos exigidos para la configuración del ilícito indicado, y los ha concretado en: 1º) Una acción u omisión voluntaria, no intencional o maliciosa, o sea, que se halle ausente en ellas todo dolo directo o eventual; 2º) Actuación negligente o reprochable por falta de previsión más o menos relevante, factor psicológico o subjetivo, eje o nervio de la conducta imprudente en cuanto propiciador del riesgo, al marginarse la racional presciencia de las consecuencias nocivas de la acción u omisión empeñadas, siempre previsible, prevenible y evitable; 3º) Factor normativo o externo, representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, traducido en normas convivenciales y experienciales tácitamente aconsejadas y observadas en la vida social en evitación de perjuicios a terceros, o en normas específicas reguladoras y de buen gobierno de determinadas actividades que, por fuer de su incidencia social, han merecido una normativa reglamentaria o de otra índole, en cuyo escrupuloso cumplimiento cifra la comunidad la conjuración del peligro dimanante de las dedicaciones referidas; hallándose en la violación de tales principios o normas socioculturales o legales, la raíz del elemento de antijuridicidad detectable en las conductas culposas o imprudentes, al provocarse la violación de las susodichas normas, exigentes en el deber de actuar de una forma determinada erigida en regla rectora de un sector actuacional; 4º) Originación de un daño, temido evento mutatorio o alterador de situaciones preexistentes; 5º) Adecuada relación de*

*causalidad entre el proceder descuidado e inobservante, desatador del riesgo, y el daño o mal sobrevenido, lo que supone la traducción del peligro potencial entrevisto o podido prever en una consecuencialidad real, en un efectivo resultado lesivo*

Vamos a analizar con carácter reflexivo estos elementos:

- a) **Acción u omisión voluntaria, no maliciosa:** La **acción** viene representada por el propio contenido del acto médico decidido de modo libre y espontáneo por el facultativo, que puede ser la emisión de un diagnóstico, una actividad quirúrgica, una prueba médica, una prescripción de un fármaco, una orden del médico que requiera un comportamiento posterior del paciente como una dieta o una ingesta obligatoria de algún producto o alimento, o cualquier prescripción facultativa que exija un concreto comportamiento del paciente. Pero también puede ser una **omisión** de cualquiera de lo afirmado, cuando lo que procedía es que el médico hubiese precisamente adoptado tal medida o actuación requerida al efecto, y que no se hizo. Por tanto, el contenido de la acción u omisión, abarca en definitiva lo que es el comportamiento individual de la **realidad diaria profesional en la toma de decisiones** con cada paciente en concreto. **Voluntaria** es sinónimo de consciente, y asumida por el médico, que hace suya la decisión en la acción y en la omisión, es decir, en lo decidido y hecho, y en lo no realizado porque debería haber hecho y decidió no hacerlo, o fue un olvido voluntario, y a él achacable. El ser voluntaria la acción u omisión, **no implica malicia**, ya que con su acción u omisión el médico **no quiere causar el daño** que produjo, por eso su acción u omisión no es intencionada ni dirigida a causar ningún mal al paciente, aunque a su pesar, si lo cause.
- b) **Infracción del deber de cuidado:** Este elemento de la imprudencia nos conecta directamente con la *lex artis ad hoc*. En tal sentido nos ubica la **STS de 8-5-97** cuando nos expresa que “*Al profesional se le debe exigir un plus de atención y cuidado en las reglas de su arte que no es exigible al que no es profesional....*”

No infringir el deber de cuidado supone, actuar el médico cumpliendo lo exigible en cada ocasión, conforme a lo señalado por la ciencia en ese concreto momento, y para esa concreta situación del paciente, es decir, observar las reglas de comportamiento profesional conforme al estado actual de la ciencia para dar respuesta a la actuación médica exigible. Pero como ello es un **concepto abierto**, francamente interpretable debemos significar **varias afirmaciones**, algunas de las cuales la **Jurisprudencia va acuñando progresivamente a lo largo de los años**, y que inciden de modo claro en la *lex artis ad hoc* y en la infracción de ese deber de cuidado del médico. Así, en este ámbito, es preciso tener en cuenta:

1.- La **naturaleza mortal** del ser humano.

2.- Ejercer la medicina, es una **obligación de medios, no de resultados**, por tanto la relación del médico con el paciente, es de utilizar los medios a su disposición de modo correcto, pero no puede comprometer resultados, que por otra parte sería algo imposible de cumplir a ciencia cierta (ello es matizable en la cirugía estética como luego veremos).

3.- La medicina **no es una ciencia exacta**, - yo diría que tiene mucho de experimental- , ya que intervienen numerosos factores, como son la evolución de la enfermedad en el paciente en función de coordenadas, que escapan de la actividad médica, como lo es su propio sistema celular o su metabolismo personal.

5.- La **diversidad de la reacción** en los distintos pacientes ante tratamientos semejantes.

6.- Las **deficiencias en la organización y en el sistema sanitario**, que pueden incidir negativamente en la decisión del médico, que no es responsable personalmente de tales anomalías.

7.- Las **circunstancias de tiempo y lugar** donde se contemplan las posibilidades reales de hacer lo correcto (cumplir la *lex artis ad hoc* – lo exigible al caso concreto) valorando el medio sanitario donde se presta la atención médica objeto de enjuiciamiento, y donde habría que poner en evidencia que era lo indicado y estaba al alcance del facultativo, qué es lo que se hizo mal, y qué es lo que se podía haber hecho, por ser imprescindible o muy conveniente para el acto médico y se omitió.

Todo este conjunto circunstancial, que ciertamente relativiza una concreta actuación médica, es preciso ponerlo de relieve con el examen del correcto cumplimiento de los protocolos médicos. En tal sentido **Juan Carlos Suárez-Quiñones y Fernández. Magistrado, en su obra “Presupuestos de la responsabilidad penal sanitaria”. La Ley Penal nº 35. Feb 2007**, nos expresa la existencia de **2 tipos de protocolos, los genéricos y los protocolos de centro**. Por su interés rescatamos sus palabras a este respecto: *“es necesario resaltar la importancia que tiene la existencia de un sistema de protocolos médicos. La profesión médica constituye una actividad en la que el profesional debe tomar, de forma continuada y a veces rápida, decisiones importantes y trascendentes para la vida humana. En el curso de un acto médico deben efectuarse una serie de elecciones alternativas desde el momento en que se precisa indicar las exploraciones necesarias para llegar a un diagnóstico, fijar este y prescribir una concreta terapia, y todo ello en el marco de la duda razonable sobre la mejor elección posible, tanto entre diagnósticos aparentemente posibles, como entre tratamientos indicados. En ocasiones, a la situación estresante de la duda se añade la premura del tiempo, que puede ser escaso, y no pocas veces la repercusión vital que la decisión comporta.*

*Pero lo cierto es que la mayoría de profesionales de la medicina coinciden en la toma de decisiones en multitud de situaciones clínicas similares en las que hay un grado racional de seguridad sobre lo acertado de una decisión, que abarca desde lo probablemente mejor a lo posiblemente menos malo. Desde hace ya 25 años, en EE.UU., en la mayoría de especialidades médicas se ha producido la protocolización de las actuaciones clínicas, especialmente en aquellas disciplinas médicas que empezaban su andadura como son la oncología y los cuidados intensivos.*

*Dentro de los protocolos hemos de distinguir dos niveles:*

1. Los protocolos genéricos.

*Tienen una indudable ventaja por cuanto objetivan o positivizan la *lex artis*, lo que introduce un cierto grado de seguridad técnica al médico que se ajusta a su contenido, y aunque no siempre le exonerarán de responsabilidad, sí es un instrumento importante para el Juez a la hora de valorar la actuación del profesional. Ciertamente, que la medicina no se puede ejercer del mismo modo en todas partes, y por tanto los criterios de actuación correcta no son los mismos de un lugar a otro o de una situación a otra, pudiendo ocurrir que la actuación correcta en el caso y lugar concreto pueda ser una actuación contra protocolo. El protocolo, en consecuencia, no es una panacea pues ni será suficiente para el descargo del médico ampararse en haber obrado conforme al protocolo cuando lo adecuado al caso concreto y considerando todas las circunstancias era otro tipo de actuación posible y exigible, ni tampoco el protocolo limita en absoluto la libertad del médico en la toma de decisiones. Tampoco el protocolo vincula al Juez, que sólo lo está al imperio de la ley. Pero lo cierto es que, con carácter general, es indudable que los protocolos otorgan al médico amparo a la hora de justificar su actuación, y es un*

*instrumento de gran valor orientativo para el Juez y de objetivación y concreción de la cuestión enjuiciada civil o penalmente. Esta importancia se incrementará en la misma medida que el protocolo esté avalado por sociedades o instituciones científicas de su especialidad, y en la medida en que el protocolo esté actualizado al estado de la ciencia y de la medicina en el momento concreto en que se produce la actuación enjuiciada.*

## 2. Los protocolos de centro.

*Es un segundo nivel en el que la actuación médica se considera ya en atención a las circunstancias y características del centro de que se trate, teniendo en cuenta, por tanto, su organización y medios. Son las Guías Clínicas y los Comités Hospitalarios. Contar con estos protocolos más específicos supone un aumento de las ventajas para el profesional al respaldar aún más la justificación de un obrar correcto, aunque también facilitan determinar un comportamiento negligente.*

*Es, pues, deseable que la Administración, los Colegios de Médicos, los Sindicatos Médicos, y en general, los profesionales sanitarios, promuevan la elaboración de estas normas técnicas de actuación (13).*

Sobre la *lex artis ad hoc* exigible en cada momento al profesional médico razona Ester Hava García. Prof. de la Univ. de Cádiz en su Obra “La imprudencia médica”. Edit. Tirant lo Blanch.2.001 que la misma es un concepto eminentemente dinámico, en permanente cambio. Compartimos plenamente esta opinión, ya que entendemos que los estándares científicos en los mundos del diagnóstico y el tratamiento de las enfermedades evolucionan constantemente, apareciendo nuevas técnicas y procedimientos, así como nuevos fármacos que tratan de dar respuestas a los síntomas y a la propia enfermedad en sí. Ese avance y modificación de la medicina obliga a un constante esfuerzo en la actualización de los protocolos tanto genéricos, como específicos de cada centro, y exige y apremia a los facultativos, a estar también en permanente formación científica, sobre y todo, de modo más intenso, las diversas especialidades médicas que profundizan en respuestas más concretas a las dolencias de los pacientes. Dice Ester Cava que “*resultaría imposible condensar los elementos de la ciencia en preceptos legales, pues para ello sería necesario una enciclopedia que además nunca podría contemplar todos los supuestos*”. Ello es cierto y nosotros añadimos que en todo caso siempre sería una enciclopedia inacabada y manifiestamente incompleta.

Los **protocolos** representan una importante referencia en la actividad médica, pero **no son tampoco el “Sancta Santorum”** de la resolución de los problemas médico-sanitarios. Son **convenientes, útiles y muy valorables**, pero la casuística de las enfermedades y de los pacientes es tan extraordinariamente diversa, que para emitir un juicio de valor con suficiente criterio sobre un extremo u otro en el reproche de una actuación profesional, entendemos que el protocolo es un instrumento de ayuda y de asesoramiento en la interpretación de la realidad de lo sucedido con la actuación médica y su paciente, pero no es, ni la herramienta infalible para resolver un caso, ni se puede contemplar con exclusividad prescindiendo de todas las circunstancias del paciente. En tal sentido la *lex artis* con carácter general se constituye como las **reglas aprobadas universalmente por la comunidad científica**, pero adaptadas al caso concreto. En ese sentido, la libertad de actuación del médico ante una pluralidad de circunstancias y problemas implica una evaluación conjunta y global, y no meramente encorsetada a las reglas de la ciencia.

Son interesantes las preguntas que se formula el **Prof. Virgilio Rodríguez** en su meritada obra de la imprudencia ya comentada, a propósito en primer lugar, de, si las **reglas deontológicas** de la profesión médica, - que en este caso su principal expresión viene constituida por el Código Deontológico Médico de Julio del 2.011- forman o no parte de la *lex artis ad hoc*, y en tal sentido

se expresa la doctrina a favor y en contra. **Nosotros pensamos que no**, (opinión coincidente con el autor), y la razón no es desprestigiar el contenido deontológico que el médico debe respetar en su ejercicio profesional, sino que estas normas, en gran medida de contenido ético, **son un desiderátum para toda la actuación facultativa en general** e informan el correcto ejercicio profesional, sin perjuicio de que algún caso concreto puedan **entrar en juego como “obiter dicta”**, es decir a mayor abundamiento en el examen de la específica *lexartis ad hoc*.

En segundo lugar se ocupa el Prof. Rodríguez de disertar en relación con el **derecho a la información y el consentimiento informado** del paciente respecto de su posible **inclusión** también en la *lexartis*. **La respuesta es indudablemente SI**, y sólo es preciso comprobar la jurisprudencia y los razonamientos del capítulo anterior, para manifestar sin ambages, que el capítulo legal del **consentimiento informado es hoy día algo imprescindible** y que precisamente, como dijimos antes, está dando lugar a un aumento muy importante de las reclamaciones en este sentido contra los profesionales médicos, muchas de ellas, estimatorias para los pacientes.

c) **Creación de un riesgo previsible y evitable.**

Que los **actos médicos** ejercidos sobre la salud del paciente con carácter general ocasionan **riesgos lesivos**, es algo **francamente obvio** por la intrínseca naturaleza de la actividad sanitaria. Cada vez que se realiza una prueba diagnóstica con carácter invasivo, se toma un fármaco que puede producir efectos adversos o contraindicaciones, o con mayor motivo, si se realiza una intervención quirúrgica, se estarán evidenciando **riesgos normales en la actividad**, riesgos de los que por cierto, el paciente debe ser completa y **suficientemente informado**.

El reproche penal surge sin embargo en el dato de que al apartarse el profesional médico del cumplimiento de la *lexartis*, genera para el paciente un **riesgo añadido** de que se produzca un resultado dañoso para su salud, que muy seguramente no se hubiera producido, si el médico hubiese actuado con la corrección de lo científicamente indicado. De este modo, **este riesgo** creado por el médico de modo injustificado con su actuación, **es la antesala del resultado lesivo del paciente**, bien porque se ha actuado con impericia, con desconocimiento de las reglas científicas aplicables al caso y en definitiva con ligereza y descuido de las normas exigibles al respecto en su concreta actuación.

De la misma manera, y cuando el médico con su indebida conducta **incrementa y potencia el riesgo ordinario** de un acto médico, también debe responder por ello frente al paciente, en ambos casos, bien de modo grave o leve según veremos después en la regulación legal. Por tanto el riesgo que se describe en la imprudencia es un **riesgo no ordinario** al acto médico por la incorrección del comportamiento del profesional, bien de modo activo, accionando mal, bien de modo pasivo, no corrigiendo el riesgo del paciente mediante una intervención positiva que lo hubiera anulado, y en consecuencia también, - y ello es lo trascendente - no se produciría el resultado lesivo para el paciente.

Cuando el **médico infringe los deberes de diligencia y cuidado** en su actuación profesional y produce el riesgo, se sitúa legalmente frente al paciente, en una posición, donde a través de la llamada **Teoría de la Imputación Objetiva del resultado**, el facultativo se **hace responsable de los eventos dañosos y lesivos que se han acarreado por haber generado ese riesgo que era previsible y que era evitable, si hubiere actuado con corrección**, o al menos hubiera anulado y reducido a su consideración normal el riesgo implícito en cualquier actuación médica, ya que lo fundamental es, que el riesgo creado por su actuación se podría haber evitado si no se hubiere extralimitado en su actuación, bien por ir más allá de lo exigible, o por causa de su dejadez, desconocimiento o impericia de la actividad médica realizada u omitida.

d) **Un resultado dañoso derivado en adecuada relación de causalidad- de aquella descuidada conducta**

De esta manera, llegamos al **último elemento de la estructura de la imprudencia**, ya que efectivamente realizada la acción u omisión por el médico en el ejercicio de su actividad con una finalidad inicialmente curativa, al realizarse la misma sin acomodo a la lexartis de modo negligente o descuidado se **produce final y desgraciadamente el resultado lesivo** para el paciente que puede ser la muerte o lesiones del mismo directamente producidas como consecuencia de la actuación medica incorrecta.

Como veremos después en la regulación legal y jurisprudencial, se exige que el **resultado si se hubiese hecho dolosamente sea constitutivo siempre de infracción penal**, ya que como veremos, y aunque sea por imprudencia el resultado lesivo **debe necesitar después del error médico para su curación tratamiento médico o quirúrgico posterior a la primera asistencia facultativa**. De este modo, sólo se castigan los resultados de cierta gravedad que se han realizado imprudentemente.

Especialmente importante es **la relación de causalidad** entre la acción u omisión del médico y el resultado lesivo del paciente. Este tema, que doctrinalmente es apasionante, a la hora de la verdad proporciona numerosos problemas en la práctica diaria de los Tribunales. La **relación de causalidad exige** que el resultado lesivo sea **consecuencia directa del erróneo actuar médico**. Por tanto si **el resultado** se ha producido por otras **causas ajenas** al comportamiento del médico, **el mismo no responde**, ya que no se le podría atribuir el resultado al facultativo, sino a esas otras causas que han incidido en la relación de causalidad, como por ejemplo una infección posterior al acto médico, que el paciente no se tome la medicación o sólo se la tome en parte, que se haya tenido un accidente que haya incidido en el o los órganos objeto de curación. La casuística es inmensa, y la cuestión se complica especialmente en los casos en que existe **culpa o imprudencia tanto por parte del médico en primer lugar, como por parte del paciente**, que con carácter posterior, colabora con su proceder a que el resultado lesivo se produzca. En estos casos es **fundamental el informe o informes periciales** sobre la cuestión , ya que puede ocurrir que la culpa posterior del paciente o una situación fortuita e imprevisible y no evitable, interfiera en la actuación del médico, llegando incluso a exculpar al mismo, si el comportamiento del paciente ha sido la exclusiva causa del resultado. Cuando así no fuere, y el resultado sea obra del incorrecto proceder del médico y del paciente, entonces **habrá que determinar que cuota de responsabilidad le corresponde a cada uno**, lo que en muchos casos rebajará la imprudencia penal del médico, concediéndose acciones civiles al paciente, según la dimensión de la negligencia del facultativo, que si es importante seguiría respondiendo en la vía penal, sin perjuicio de modular su responsabilidad en función del propio comportamiento del paciente.

Analizados ya los requisitos de la imprudencia, es preciso consignar que la imprudencia del médico puede ir larvándose en una defectuosa anamnesis, o en el diagnostico o en la prognosis y finalmente en el tratamiento de una determinada patología o enfermedad, al margen de los comportamientos imprudentes en las pruebas médicas y en las intervenciones quirúrgicas y postoperatorios.

No obstante es preciso consignar, y así lo hace la jurisprudencia como regla general, que los **errores de diagnósticos** salvo que sean burdos, groseros, radicales e intolerables con la ciencia médica y la lexartis, **en principio** como tal diagnostico **están excluidos de la imprudencia penal**. Pero en nuestra opinión, esta afirmación tan contundente, está sujeta a muchos matices, ya que a veces con un diagnóstico erróneo se emprendan actuaciones médicas posteriores muy

descuidadas y negligentes por su improcedencia, que generan daños lesivos al paciente, en cuyo caso serían evaluadas de modo independiente al diagnóstico.

Y, respecto de la imprudencia médica la ya clásica STS de 5 de julio de 1989 nos enseña 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: 1ª. 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.** 2ª. **Queda también fuera del ámbito penal por la misma razón, la falta de pericia cuando ésta sea de naturaleza extraordinaria o excepcional.** 3ª. **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 la jurisprudencia una vez más la alta consideración que la ciencia 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 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. "

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 1996 : 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".

Del mismo modo los **errores graves de diagnóstico** en muchas ocasiones van aparejados de inactividad médica que era exigible, sobre todo en la necesidad imperiosa de realizar otras pruebas con las que fácilmente se hubiera llegado al diagnóstico correcto, y al no hacerlo a menudo se provocan fatales consecuencias, como sucede con el **Auto de la Aud. Prov. de Gerona de 9-2-99** cuando señala que se concluyó con un diagnóstico erróneo en un caso de carcinoma del aparato reproductor femenino, en la medida en que sólo se realizó una ecografía y era preciso practicar más pruebas. Por ello, **es preciso ver caso por caso**, para valorar la gravedad del error en el diagnóstico, que en definitiva ha impedido que el paciente tuviera una correcta atención para la evitación de su resultado dañoso. Llegar a conclusiones inequívocas a este respecto, es francamente aventurado, ya que la casuística es muy amplia y obliga a ser cautos en la determinación de la intensidad del error inicial del médico, especialmente cuando a ese diagnóstico equivocado le ha seguido al paciente un proceso de deterioro muy evitable, si hubiera existido un mínimo de diligencia en la comprobación de la enfermedad, ya que como dice la **Sentencia de la Aud. Prov de las Palmas de 19 de Noviembre del 2.015** *"Para que estemos ante una imprudencia punible, es preciso que la infracción del deber objetivo de cuidado y de los factores psicológicos de imprevisión del hecho tengan suficiente entidad, superior a la culpa civil, para justificar un reproche de carácter penal o punitivo, y además se requiere que el resultado final típico sea consecuencia directa, material y eficiente de esa negligencia, sin que incidan de forma relevante otros factores ajenos a la conducta del imputado/s que puedan desplazar las eventuales responsabilidades fuera del ámbito penal... Por*

*lo que es preciso recordar que por regla general, el error en el diagnóstico es tipificable como infracción penal, salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable;*

En cuanto a la **impericia del facultativo se excluyen** también de la imprudencia médica aquellas actuaciones que exigen una **pericia, técnica o conocimientos extraordinarios**. Las razones son lógicas, ya que el deber de cuidado exigible es el correspondiente a la lexartis normalizada y hábil para la universalidad de los profesionales médicos capacitados con su titulación profesional. Si la actuación médica por su complicación y circunstancias especiales requiere determinadas destrezas y conocimientos por encima de las pautas generales de la lexartis, no se le puede exigir responsabilidad penal al médico. Como ejemplo, pueden ser aquellos casos en que una determinada actuación urgente desborde al médico en su capacidad de realizar una determinada cirugía estética por deformidad corporal del paciente y por razones vitales o de otro orden, no es posible la derivación al especialista, o aquellos casos donde el médico actúa, ignorando datos esenciales no proporcionados por error por el paciente, como el hecho de ser diabético sin saberlo el médico, y ello origina una actuación extraordinaria por el profesional ante tal eventualidad, como señala Esther Hava en la **Sentencia de la Aud. Prov. de Toledo de 29-3-2000** a propósito de una amputación de miembro.

Sin embargo, y del modo ilustrativo que recoge la **Sentencia de 29-Noviembre de 2.006 de la Aud. Prov. de Salamanca** *“No puede tratarse al médico como un simple técnico que cumple con su obligación de medios cuando se ajusta estrictamente en su proceder a un protocolo asistencial prácticamente automatizado. La actividad médica tiene por objeto un bien extremadamente preciado y delicado: la vida y la salud humanas. Por ello, todo médico (y más aún si se trata de un especialista en un área concreta) debe extremar la diligencia propia de su profesión; esto es, el médico debe exacerbar el celo en el desarrollo de su actividad profesional, sublimar su deber de prudencia, empleando todos los conocimientos y medios técnicos que tenga a su disposición”*; Y ello es en nuestra opinión el canon de evaluación del comportamiento fáctico del profesional sanitario en relación con el cumplimiento de la lexartis ad hoc exigida al mismo valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

### **3.- EL NUEVO PANORAMA DE LA IMPRUDENCIA DESPUÉS DE LA REFORMA DEL C.P. DEL 2.015. LA UBICACIÓN DE LA IMPRUDENCIA MENOS GRAVE.**

#### **3.1.- Perspectiva General:**

La justificación de la reforma, en general, en cuanto a la despenalización de ciertos comportamientos tipificados como faltas penales, pivota, de un lado, en la necesidad de aligerar la carga de trabajo en los juzgados de instrucción sobresaturados de asuntos de trascendencia menor, y de otro, en la oportunidad, a la luz del principio de intervención mínima y de última ratio del Derecho penal, **“de reservar al ámbito punitivo el tratamiento de las conductas más graves de la sociedad, que por ello deben merecer una respuesta acorde a su consideración”**. Y en concreto, en cuanto a la justificación de la nueva regulación de la imprudencia, con la exclusión de la leve y la introducción de la menos grave, se considera que **“no toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse**

exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad”.

Las aportaciones fundamentales de la reforma en esta materia son, pues, dos; o mejor, tres: por un lado, la impunidad tanto del homicidio y las lesiones causados por imprudencia *leve*, como de las lesiones básicas y atenuadas causadas por imprudencia *menos grave* y de las lesiones atenuadas causadas por imprudencia *grave*; y, por otro, la novedad del régimen del castigo de la muerte o de alguna de las lesiones a que se refieren los [arts. 149 \(LA LEY 3996/1995\)](#) y [150 del Código penal \(LA LEY 3996/1995\)](#) cuando se producen por imprudencia *menos grave*.

Como señala literalmente (y recogemos sus amplias consideraciones...) el compañero **Pablo Lanzarote Fiscal de Murcia en el Curso sobre la Imprudencia celebrado en Madrid en Abril del 2.015** y en el que tuve el honor de participar “ A la vista de esta nueva regulación, cabe plantearse si en realidad la muerte y las lesiones constitutivas de delito imputadas a título de imprudencia leve han dejado de ser infracción penal en nuestro ordenamiento jurídico. La contestación a este interrogante dependerá de la determinación del alcance y contenido que atribuyamos a lo que la última reforma del CP denomina “impudencia menos grave”.

Como se expresó, **la novedad más destacable de la reforma en el ámbito que nos ocupa ha consistido en la introducción de un concepto de contornos nada claros, el de la imprudencia menos grave, que el legislador no define y cuya determinación por la doctrina y los tribunales no estará exenta de dificultades.** En un momento como el actual en el que los autores y la jurisprudencia habían logrado de forma mas o menos pacífica y después de una larga evolución, remover los movedizos y difusos perfiles de ambas formas de imprudencia, la *grave* o temeraria y la *simple* o *leve*, la reforma, de manera un tanto sorpresiva, alumbra un nuevo concepto en el ámbito de la imprudencia que será de difícil precisión y que seguramente causará tantos quebraderos de cabeza como los que originó aquel campesino a su ilustrado familiar al encargarle distinguir y separar lo grande de lo mediano y pequeño. Máxime en una materia como ésta en que la casuística que puede presentarse es interminable.

Como es sabido toda infracción imprudente responde a la siguiente estructura: de un lado, el aspecto objetivo integrado por el desvalor de la acción (infracción de la norma de cuidado) y el desvalor del resultado (la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido), y de otro lado, el aspecto subjetivo, integrado por el elemento positivo de querer realizar la conducta descuidada, bien sea con conocimiento del peligro que entrañaba (culpa consciente) o sin él (culpa inconsciente) y por el elemento negativo de no querer el autor la producción del resultado.

Tiene declarado la Sala II del TS -cfr. SSTS 37/2006, 25 de enero, 1611/2000, 19 de octubre, 1671/2002, 16 de octubre y 1494/2003, 10 de noviembre-, que en la determinación de la relación de causalidad es la teoría de la imputación objetiva a través de la cual debe explicarse la relación que ha de existir entre la acción y el resultado típico. Esta construcción parte de la constatación de una causalidad natural entre la acción y el resultado, constatación que se realiza a partir de la teoría de la relevancia, comprobando la existencia de una relación natural entre la acción y el resultado. Esta constatación es el límite mínimo, pero insuficiente para la determinación de la atribución del resultado a la acción, por lo que conforme a estos postulados, comprobada la misma causalidad material, la imputación del resultado requiere, además, verificar -como dijo la STS 470/2005, 14 de abril : a) si la acción del autor ha

**creado un peligro jurídicamente desaprobado** para la producción del resultado; b) si el resultado producido por dicha acción es **la realización del mismo peligro** (jurídicamente desaprobado) creado por la acción. Caso de faltar algunos de estos dos condicionantes complementarios de la causalidad natural, se eliminaría la tipicidad de la conducta y, por consiguiente, su relevancia para el derecho penal.

De acuerdo con una doctrina jurisprudencial muy reiterada, cuya cita resulta innecesaria, para distinguir la imprudencia grave de la leve, hay que atender: 1º.- A la mayor o menor falta de diligencia mostrada en la acción u omisión. 2º.- A la mayor o menor previsibilidad del evento que sea el resultado. 3º.- A la mayor o menor intensidad de la infracción del deber de cuidado, quedando tal intensidad referida a que las normas de cuidado infringidas sean o no tan elementales como para entender que las respetaría el menos diligente de los ciudadanos (grave) o un ciudadano cuidadoso (leve).

Sobre la base de tales premisas la Sala 2 del TS ha definido la imprudencia grave como “la ausencia absoluta de cautela causante de un efecto lesivo o daño fácilmente previsible”, “el olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado, aquellas que la persona menos cuidadosa hubiera adoptado” o “aquella que se caracteriza por imprevisiones que eran fácilmente asequibles y vulgarmente previsibles”; y en relación con el tráfico rodado, como “la más grave infracción de las normas de cuidado formalizadas en la Ley de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial” o la “vulneración de las reglas más elementales de cautela o diligencia exigibles en la conducción”. En tanto que en la imprudencia simple se acusa la “omisión de la atención normal o debida en relación con los factores circunstanciales de todo orden que definen el supuesto concreto” o “la infracción de un deber de cuidado de pequeño alcance”.

Pues bien, como antes se expuso, una de las novedades más destacadas de la reforma en el ámbito de la imprudencia punible ha sido la creación de una nueva categoría de imprudencia que el legislador no ha definido: la imprudencia menos grave. Ahora que la doctrina después de una larga evolución y no sin esfuerzo había acabado de definir y perfilar los imprecisos contornos entre la imprudencia grave (antes temeraria) y la leve (antes simple), el legislador introduce con la LO 1/2015 un concepto impreciso de imprudencia cuya concreción por los llamados a aplicarla no va a estar sin duda exenta de dificultades. La interpretación del término admitiría, en mi opinión, distintas posibilidades:

**Cabe pensar, en primer lugar, que se ha sustituido la anterior dicotomía imprudencia grave/leve por la de imprudencia grave/menos grave.**

A esta sustitución y en esos términos se refiere expresamente la justificación de las enmiendas números 819 y 820 a que antes nos referimos y que dio lugar a la redacción de los arts. 142 y 152 en los términos en que fueron aprobados. En este caso, el alcance de la modificación habría sido puramente terminológico, como en su momento lo fue en el Código Penal de 1995 el cambio de imprudencia temeraria /simple por el de imprudencia grave/leve como así reconoció una doctrina y una jurisprudencia cuya cita resulta ya innecesaria. En este sentido las SSAP Las Palmas 177/2001, 4 de septiembre y Oviedo 11/2004, de 12 de enero utilizaron la expresión “imprudencia menos grave” como sinónimo de imprudencia leve.

También coadyuvaría a este entendimiento la línea general seguida por la reforma de convertir en delitos leves las antiguas faltas y sobre todo la evidencia de que no se introduce, como antes de expuso, una categoría aplicable a otros supuestos distintos del homicidio y lesiones en que se admitía la imprudencia leve. Los casos antes calificados de faltas homicidio o lesiones por imprudencia leve del art. 621 del CP serían ahora calificados como delitos leves por imprudencia menos grave de los arts. 142.2º y 152.2º que, además, se seguirán enjuiciando por los trámites del antiguo juicio de faltas (ahora denominado “del procedimiento para el juicio sobre delitos leves”: Disposición Final Segunda, apartado 8) y resultan sometidos al mismo requisito de procedibilidad<sup>1</sup>.

2) También cabría, **en segundo lugar**, sostener que el legislador ha extraído del concepto de imprudencia grave algunos supuestos de menor gravedad, creando una subespecie de imprudencia, la menos grave, **donde quedarían englobadas parte de las imprudencias que anteriormente se consideraban leves**<sup>2</sup>.

A esto se referiría expresamente la exposición de motivos de la LO 1/2015 cuando afirma que la nueva regulación “al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal”, de lo que razonablemente podría deducirse que algunos casos antes calificados de imprudencia leve podrán ahora ser reconducidos a la imprudencia menos grave.

Es decir, sólo se habría despenalizado parcialmente la imprudencia leve, quedando dentro del ámbito punitivo los casos más graves de las imprudencias leves. En esta interpretación, la imprudencia menos grave se nutriría de supuestos antes calificados de imprudencia leve. Respondería también a la intención del legislador de acabar con la práctica judicial antes apuntada que seguía una interpretación restrictiva de la imprudencia grave y una interpretación amplia de la imprudencia leve que relegaba al ámbito del juicio de faltas supuestos de acciones imprudentes de cierta gravedad.

3) **En tercer lugar**, igualmente sería posible sostener que la imprudencia menos grave abarcaría **supuestos que antes quedaban englobados dentro de la imprudencia grave**. Desde este punto de vista la imprudencia menos grave debería ser definida en negativo o por exclusión y partiendo del concepto de imprudencia grave de tal forma que la imprudencia menos grave sería aquella imprudencia que no pueda ser calificada de grave. Habrá pues que graduar la importancia y relevancia del deber de cuidado infringido para calificar la conducta negligente de grave o menos grave. Como tiene declarado el TS las infracciones culposas no se distinguen entre sí, a diferencia de lo que ocurre con las dolosas, por su naturaleza específica, sino por la intensidad y relevancia de la previsión y diligencia dejadas de observar.

---

<sup>1</sup> A juicio de Ramón Ribas, ésta es la solución que se impondrá “pues la imprudencia menos grave no se introduce como nueva categoría penal con carácter general sino exclusivamente en el ámbito del homicidio y las lesiones, es decir, allí donde era antes posible, de forma sumamente excepcional, el castigo de la imprudencia leve”. *La responsabilidad personal por impago de multa*. Comentarios a la reforma penal de 2015. AAVV. Aranzadi, 2015; pág. 119.

<sup>2</sup> Esta es, en opinión de Rodríguez-Piñero, la interpretación “que parece más adecuada, dada la definición extensiva de la imprudencia leve que había venido siendo utilizada por nuestros jueces y tribunales penales reduciendo el papel de los delitos tipificados en los arts. 142 y 152 CP”. *La despenalización de las faltas de tráfico y la responsabilidad civil*. La Ley, número 8544, 21 de mayo de 2015.

Desde esta óptica, la imprudencia menos grave vendría a ser una **imprudencia “de grado medio”**. A este concepto se refiere expresamente la STS 434/1992 de 29 febrero pero equiparándola a la anterior imprudencia simple antireglamentaria.

4) Finalmente, también cabe defender una interpretación integradora de las dos anteriores de tal forma que **la imprudencia menos grave estaría conformada de forma conjunta y simultánea tanto por supuestos antes calificados de imprudencia leve como de imprudencia grave: los casos mas graves de la imprudencia leve y los menos graves de la imprudencia grave**. Así, el nuevo grado de la imprudencia, nominada de menos grave, se nutriría de supuestos que antes eran encajados en cualquiera de las dos tradicionales categorías culposas.

Textualmente, se dice en la justificación de las citadas enmiendas: *La solución al problema puede encontrarse combinando los siguientes elementos: Sustituyendo la anterior dicotomía imprudencia grave/leve por la de imprudencia grave/menos grave. De este modo el lenguaje —especialmente en contraste con la regulación vigente— evidencia que existe un espacio de conductas leves (los meros despistes) que, si bien son responsabilidad de un conductor, no deben permitir calificar al responsable del hecho como un «delincuente». Estos supuestos de imprudencia «menos grave», que se limitarían a los casos de causación de lesiones de cierta gravedad, serían en todo caso constitutivos de un delito (y no de una falta)... De este modo, se garantiza que son sancionados penalmente todos (pero sólo) las conductas que superan una mínima gravedad.*

Como reconoce expresamente la Circular 2/2015 de la FGE sobre régimen transitorio tras la reforma operada por la LO 1/2015, con la nueva regulación se recoge así una modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo **permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal**. De esta manera la nueva graduación de la imprudencia comprende la imprudencia grave, la imprudencia menos grave y **la imprudencia leve, quedando ésta última extra muros del derecho penal**. La Circular 10/2011 de la FGE, establece que precisamente en orden a la distinción entre la imprudencia grave y leve, hay que manejar los conceptos básicos delimitadores, como la intensidad de la falta de diligencia del autor atendidas las circunstancias concurrentes, la mayor o menor previsibilidad del resultado y el mayor o menor grado de infracción del deber de cuidado según las normas socio-culturales vigentes ya recogidos en la Instrucción 3/2006.

Desde luego, parece claro que **la imprudencia menos grave es algo más, cuantitativamente hablando o desde el punto de vista de la intensidad del desvalor del comportamiento descuidado**, que la imprudencia leve, en base a la propia fuerza de la literalidad en su significado de la expresión empleada por el legislador.

Además, que la imprudencia menos grave es un plus respecto de la despenalizada imprudencia leve puede deducirse también con meridiana claridad de la agravación de la respuesta punitiva que para aquella prevé la nueva regulación, que encontraría su justificación en la mayor intensidad del descuido que en sí tiene que implicar respecto de aquella la imprudencia menos grave. Así, con anterioridad a la LO 1/2015 las faltas del art. 621 del CP estaban castigadas con penas de uno a dos meses de multa (junto con la privación de derechos de tres meses a un año),

mientras que ahora, tras la reforma, el nuevos art. 142,2º castigan la muerte causada por imprudencia menos grave con penas de 3 a 18 meses de multa y privación de derechos de 3 a 18 meses, previendo igualmente el art. 152,2º penas mas elevadas que las anteriores para las lesiones causadas por imprudencia menos grave aunque limitada a las tipificadas en los arts. 149 y 150.

... En el proyecto de reforma de los arts. 142 y 152 al finar como uno de los criterios para determinar la gravedad de la impudencia que la acción peligrosas generadora del riesgo no permitido fuera constitutiva de una infracción grave o muy grave a la ley de Tráfico y Seguridad Vial E incluso más claramente en esta línea de identificación de la imprudencia menos grave con la simple antirreglamentaria se encontraría la STS de 26 de diciembre de 1981 cuando mantuvo que la calificación más correcta era la de “considerar los hechos como constitutivos de un delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos en lugar de imprudencia temeraria, por lo que procede estimar este motivo, único formulado por el condenado, ya que existe cierto concurso, aunque pequeño de la actividad de la víctima que permite apreciar la *imprudencia de menos grave*, con infracción del artículo 94 del Código de la Circulación”.

En todo caso, la afirmación categórica de **la exposición de motivos de la LO 1/2015 de que se ha estimado “oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil” parece una verdad a medias..... POR EL POSIBLE USO ERRÓNEO EN LA INTERPRETACIÓN JURISDICCIONAL..** No puede olvidarse que es la voluntad de la ley la que impera y no la intencionalidad de su autor y esta *voluntas legis* se extrae con claridad meridiana del sentido literal de las palabras empleadas por la norma conforme a todo lo que ha sido expuesto anteriormente.”

La ardua tarea de diferenciar entre distintos grados de imprudencia ha correspondido a los jueces y tribunales, al tener que enfrentarse de una forma acuciante a la calificación jurídica de los hechos de los que debían entender. Pero, por supuesto, ha contado también con la importante contribución de la doctrina. En el esfuerzo por avanzar en este difícil camino, generalmente, se ha afirmado que en la gravedad de la imprudencia no influyen los siguientes aspectos: la vulneración, o no, de *reglamentos* (75); el carácter consciente o inconsciente de la imprudencia (76); o su naturaleza «profesional», o no (77). A ello hay que añadir que se ha considerado que tampoco viene condicionada por la gravedad del resultado lesivo producido; de manera que un resultado grave conduzca necesariamente a que la imprudencia sea grave, y a que sea leve en el caso opuesto (78).

Lo que sí está claro es que si la imprudencia no puede ser calificada de grave o de menos grave o en éste último caso no se causan lesiones de cierta gravedad (las recogidas en los arts. 149 y 150) la conducta queda despenalizada y obliga al perjudicado a acudir a la vía civil donde a los mayores costes y alargamiento del proceso se unen los inconvenientes de no poder contar con el dictamen pericial del forense y el cierre de la posibilidad de acudir al dictado del auto de cuantía máxima a que se refiere el art. 13 de la Ley reguladora de la responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos a motor. Desde este punto de vista bien puede decirse que la reforma profundiza en **una desprotección de las víctimas de los accidentes de tráfico y con ello patentiza una falta de interés público en la persecución de estos hechos** y en la reparación de los daños causados en el tráfico viario, lo que ya quedó de manifiesto en su momento con la introducción del requisito de procedibilidad de la previa denuncia del agraviado.

En efecto, y como antes dijimos, es muy posible que finalmente se imponga una práctica tendente a reconducir al ámbito de la imprudencia menos grave supuestos que antes recibían el tratamiento de imprudencias leves y que se castigaban como faltas en aras a buscar mayores facilidades para las víctimas para la obtención del resarcimiento de sus perjuicios y también a los fines de evitar que conductas causantes de graves resultados queden impunes. Paradójicamente, de imponerse esta interpretación, que es lo más probable, se llegará a un objetivo distinto del perseguido por la reforma, inspirada en este punto, como expresa el preámbulo de la LO 1/2015, en el principio de intervención mínima y en el uso racional del servicio público de la Justicia. Ni se logrará aligerar a los Juzgados de Instrucción de estos expedientes ni se acabará con la práctica habitual de la indebida utilización del proceso penal para fines exclusivamente resarcitorios, resolviéndose muchos de estos asuntos en los pasillos de los juzgados, ahora incluso con una posición de mayor ventaja para las compañías aseguradoras al contar con un elemento más a su favor en la negociación a la vista del notable incremento de las penas que lleva aparejada la nueva regulación<sup>3</sup>.

Por lo demás, la imprudencia menos grave de los arts. 142,2º y 152,2º se configura como un delito leve a la vista de la disposición contenida en el nuevo art. 13,4º inciso 2º (“Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve”) y de las penas previstas en los expresados preceptos: multa y privación de derechos de 3 a 18 meses, en el caso del homicidio; y multa de 3 a 12 meses y privación de derechos de 3 meses a un año, en el caso de las lesiones de los arts. 149 y 150, siendo configurado como un delito semipúblico al someter su persecución al requisito de la denuncia previa.

Las consecuencias de esa naturaleza de delito leve son diversas, entre las más destacadas: en materia de reincidencia, no se computan los antecedentes por esta clase de delitos (art. 22,8º); determinación de la pena al prudente arbitrio del juzgador (art. 66,2º)<sup>4</sup>; no provocan la revocación de la suspensión de la ejecución ni pueden ser tenidos en cuenta para su denegación (art. 80); plazo de prescripción (art. 131)<sup>5</sup>; plazo de cancelación de antecedentes delictivos (art. 136); procedimiento para el enjuiciamiento con posibilidad del archivo por razones tasadas de oportunidad, regulado en el Título VI LEcrim, cuya reforma por la LO 1/2015 no altera el diseño general del anterior juicio de faltas, pues mantiene los requisitos de competencia objetiva y territorial, legitimación y postulación, sus características de oralidad y concentración, así como las tres modalidades de tramitación que regían para el enjuiciamiento de las faltas desde la entrada en vigor de la Ley 38/2002, de 24 de octubre. “

---

<sup>3</sup>Doval País, op cit., pág. 343.

<sup>4</sup> Suprimido el art. 638 CP en la reforma 1/2015, desaparece la obligación de respetar el límite mínimo nominalmente asignado, que se hace permeable en sentido descendente en las formas imperfectas de ejecución y participación (arts. 62 y 63 CP) y en los supuestos de eximente incompleta (art. 68 CP), conforme a las reglas de dosimetría penal establecidas en el art. 70.1.2ª CP (Circular 1/2015 FGE).

<sup>5</sup> El hecho de que el delito tenga atribuida naturaleza leve con arreglo a la norma del art. 13.4 CP en nada altera la naturaleza menos grave de la pena concretamente impuesta si la extensión determinada en sentencia se adentra en el tramo o cuantía del art. 33.3 CP, por lo que, en estos supuestos, habremos de entender que el plazo de prescripción es el de cinco años. Por el contrario, si la pena impuesta queda en el tramo leve, su plazo de prescripción será de 1 año (Circular 1/2015 FGE).

Desde el punto de vista preventivo, a mi juicio, **la reforma resulta arriesgada considerando los espacios que abre para la impunidad y el mensaje de laxitud que contiene con respecto a la exposición al peligro a dos bienes jurídicos absolutamente fundamentales, la vida y la salud.**

**3.2.- Valoración jurisprudencial general sobre la gravedad de la imprudencia:** Pero para valorar la concurrencia de la imprudencia grave o menos grave, - ya que el resultado lesivo está perfectamente recogido en los preceptos expuestos- hay que recurrir a la jurisprudencia. Y para ello, el Tribunal Supremo señala en Sentencia 291/2001 de 27 Feb. 2001, Rec. 4006/1999 que: "La gravedad de una imprudencia depende, ante todo, de la gravedad de la infracción de la norma de cuidado que ha dado lugar a la producción de un resultado objetivamente ilícito. El desvalor de la acción es directamente proporcional a la gravedad de la infracción de la norma de cuidado. De la norma de cuidado que rige en cada caso se derivan dos deberes de cuidado que algún sector de la doctrina ha caracterizado como interno y externo. El deber de cuidado interno obliga a prever el peligro que con ciertas acciones y en determinadas situaciones se puede crear. El deber de cuidado externo obliga a comportarse de forma que el peligro advertido no se materialice en una lesión concreta.

A este respecto, hemos establecido el criterio -pacífico y reiterado en numerosos precedentes- que para determinar la gravedad de la imprudencia a fin de integrarla en una de estas dos categorías, debe atenderse: a) a la mayor o menor falta de diligencia mostrada por el agente en la acción u omisión desencadenante del riesgo, atendidas las circunstancias concurrentes en cada caso; b) a la mayor o menor previsibilidad del evento que constituye el resultado; y c) al mayor o menor grado de infracción por el agente del deber de cuidado según las normas socio culturales vigentes (véanse SSTs de 18 de marzo de 1999 (RJ 1999 \1599) y 1 de diciembre de 2000 (RJ 2000\10158), entre otras. Es ese deber de cuidado el que debe ser examinado en cada caso como elemento esencial de la imprudencia, deber de cuidado que ha de observarse en toda actividad humana y que equivale en Derecho «a la cautela o precaución requerida para la protección o salvaguardia de los bienes jurídicos». Es muy importante subrayar que esa cautela o precaución tendrá un nivel máximo de exigibilidad cuando el bien jurídico protegido que se pone en riesgo sea de especial relevancia, como es la vida de las personas, de manera que en esos supuestos la omisión del especial deber de cuidado que requiere la actividad desarrollada por el agente será determinante para la gradación de la gravedad de la imprudencia. Así lo declara nuestra sentencia de 30 de noviembre de 2001 al destacar que «la gravedad de la imprudencia está directamente en relación con la jerarquía de los bienes jurídicos que se ponen en peligro y con la posibilidad concreta de la producción del resultado lesivo. En otros términos: cuando la acción del autor genera un peligro para un bien jurídico importante en condiciones en las que la posibilidad de producción del resultado son considerables, la imprudencia debe ser calificada de grave.

#### **4. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES QUE NOS APROXIMAN A SITUAR LA GRAVEDAD DE LA IMPRUDENCIA.**

##### **EDJ 2017/11237 AAP Murcia de 9 febrero 2017**

La diferencia entre la imprudencia grave y la simple ha sido establecida por esta Sala en alguna ocasión en atención a la entidad del bien jurídico puesto en riesgo por la conducta. Así, en la [STS nº 211/2007 \(EDJ 2007/16973\)](#) , citando la [STS nº 2235/2001 \(EDJ 2001/56012\)](#) , se decía que "la gravedad de la imprudencia está directamente en relación con la jerarquía de los bienes jurídicos que se ponen en peligro y con la posibilidad concreta de la producción del resultado lesivo. En otros términos: cuando la acción del autor genera un peligro para un bien jurídico importante en

condiciones en las que la posibilidad de producción del resultado son considerables, la imprudencia debe ser calificada de grave".

En otros casos, sin embargo, se ha atendido más directamente a la entidad de la infracción del deber de cuidado. En la [STS nº 1111/2004 \(EDJ 2004/159706\)](#) , se afirmaba que "La imprudencia será grave, y por ello constitutiva de delito, o leve, siendo una falta, en función de la calificación que merezca la entidad de la infracción del deber objetivo de cuidado". En la [STS nº 186/2009 \(EDJ 2009/19081\)](#) señala, con cita de la [STS 665/2004, de 30 de junio \(EDJ 2004/82739\)](#) "que el criterio fundamental para distinguir ambas clase de imprudencia ha de estar en la mayor o menor intensidad o importancia del deber de cuidado infringido".

Y en la [STS nº 181/2009 \(EDJ 2009/22890\)](#) , antes citada, se argumentaba que "la imprudencia es grave, (...), cuando supone dejar de prestar la atención indispensable o elemental, comprendiendo tanto la culpa consciente como la inconsciente, ya que no es precisa una representación mental de la infracción por parte del sujeto. Se configura así por la ausencia de las más elementales medidas de cuidado causante de un efecto fácilmente previsible y el incumplimiento de un deber exigido a toda persona en el desarrollo de la actividad que ejercita ( SS 1082/1999, de 28 de junio ; 1111/2004, de 13 de octubre ). Los criterios para su medición son la mayor o menor falta de diligencia de la actividad, es decir en la omisión del cuidado exigible en el concreto actuar, la mayor o menor previsibilidad del evento en esa actividad, y el mayor o menor grado de infracción que reporte el incumplimiento del deber que exige la norma socio-cultural y la específica que reglamenta ciertas y concretas actividades ( SS 413/1999, de 18 de marzo ; 966/2003, de 4 de julio ). (...), y lo verdaderamente sustancial para la calificación de grave o leve es el grado de reproche normativo ( SS 720/2003, de 21 de mayo ; 966/2003, de 4 de julio ; y 665/2004, de 30 de junio )".

Así también las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2010 (Pte. Berdugo Gómez de la Torre) y de 5 de marzo de 2014 (Pte. Jorge Barreiro).

## **5.- LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS INFRACCIONES IMPRUDENTES EN LOS CASOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO**

### **5.1 La regulación legal antes de la Reforma del Código Penal de la LO 1/2015 de 30 de Marzo.**

#### **Muerte del paciente:**

#### **DELITO:**

#### **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.
2. Cuando el homicidio imprudente sea cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, de uno a seis 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.

#### **FALTA:**

*Artículo 621.2. Los que por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses*

*Lesiones del paciente:*

**DELITO**

*Artículo 152. 1.El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado:*

1. *° Con la pena de prisión de tres a seis meses, si se tratare de las lesiones del artículo 147.1. (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, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, 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).*
2. *° Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149. (149.- 1. El que causara 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, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.*
  2. El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz.)
3. *° Con la pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratare de las lesiones del artículo 150.(150.- El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años.)*
  2. Cuando los hechos referidos en este artículo se hayan cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o del derecho a la tenencia y porte de armas por término de uno a cuatro años.
  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.

*(Todas las consideraciones realizadas sobre la Imprudencia se conectan con los tipos penales del Art 152.1 en sus 3 modalidades, y cualquiera de ella resulta más duramente castigada si es por Imprudencia Profesional como forma más grave de negligencia del modo que hemos definido.).*

Es muy importante apreciar que en el caso de la Imprudencia Profesional (la más grave y cualificada) la pena era conjunta, ya que a la pena privativa de libertad, se une imperativamente la Inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, lo cual es muy grave para el médico o profesional sanitario por las consecuencias profesional y económica que esta pena produce, ya que como tal Inhabilitación impide durante el tiempo de la condena ejercer la medicina no sólo en el puesto que estuviese, sino que lo impide de modo absoluto, no pudiendo ejercer ni en la medicina pública ni privada, pero se exige que debe determinarse de modo claro en la sentencia. Así en la Inhabilitación especial para empleo o cargo público: el artículo 42 del c.p. establece que *“produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere y de los honores*

*que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la Sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación”.*

En la Imprudencia general con la que se castiga al Médico, facultativamente en la sentencia, si así lo cree el Juez o Tribunal sentenciador, valorando la gravedad y alcance de la imprudencia y del resultado producido al paciente, se puede imponer la pena de Suspensión Especial para empleo o cargo público durante el tiempo de la condena (Arts 56 y 43 del c.p.).

### **FALTA:**

#### **Artículo 621.**

1. Los que por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en el apartado 2 del artículo 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 con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.)
3. Los que por imprudencia leve causaran lesión constitutiva de delito serán castigados con pena de multa de 10 a 30 días.  
4 y 5...

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

#### **5.2.- Normativa VIGENTE tras la entrada en vigor la mencionada Reforma del Código Penal el 1 de Julio del 2.015 (ponemos en negrita el nuevo texto introducido con la Reforma)**

### **MUERTE DEL PACIENTE:**

**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.

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

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

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

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

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

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

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

## **LESIONES DEL PACIENTE:**

### **Artículo 152**

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

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

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

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

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

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

**Si las lesiones hubieran sido cometidas por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a cuatro años.**

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

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

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

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

## **6.- LAS CONSECUENCIAS DEL NUEVO TEXTO PUNITIVO Y LAS NUEVAS EXIGENCIAS EN EL REPROCHE PENAL DE LAS NEGLIGENCIAS SANITARIAS.**

Tradicionalmente se distinguía entre imprudencia grave, leve y levísima. En el código penal anterior del año 1973, a la imprudencia grave se la denominaba imprudencia temeraria, que es una expresión que ha desaparecido del código penal actual de 1995 para ser sustituida por imprudencia grave sin más. En nuestra opinión, la palabra temeraria es muy recurrente e ilustrativa para definir aquellos casos más radicales en relación con los comportamientos negligentes, ya que obrar de modo temerario, es hacerlo con desprecio de las más elementales normas de cuidado Y en tal sentido temerario es según el diccionario la Real Academia Española “excesivamente imprudente arrojando peligros”, por ello, francamente no compartimos la decisión del legislador de haber suprimido la palabra temeraria para referirse a la imprudencia

grave, pues como hemos visto la mismas se ajusta plenamente al actuar de modo muy despreocupado asumiendo peligros con esa conducta.

De esta manera en el ámbito sanitario, en la actualidad **la imprudencia grave** se correspondería en el caso de causar **la muerte a un paciente (Art 142 c.p.) o lesiones al mismo (Art 152 c.p.), o aborto imprudente (Art. 146c.p.)** con la forma de actuar del médico infringiendo por acción u omisión los elementos fundamentales de la lexartis ad hoc, con menoscabo de los patrones más esenciales de las reglas de prudencia y previsibilidad del resultado, actuando con ligereza y descuido, cuando no con dejadez e impericia, ocasionando el resultado lesivo como consecuencia de su anormal actuación.

En cuanto a la **imprudencia leve**, que tanto en el caso de muerte o lesiones del paciente se regula en el **Art 621.3 del c.p.**, supone del mismo modo la trasgresión de la lexartis ad hoc, pero en menor medida e intensidad en cuanto a las exigencias de la actividad médica realizada, especialmente desde el punto de vista cualitativo, donde el médico se comporta de modo descuidado, pero no en frontal oposición con las exigencias del deber de cuidado, que aunque es infringido, **no lo es de una entidad tan considerable como en la forma grave**. Aquí tendrían cabida comportamientos descuidados que por acción u omisión causan daño al paciente, así omisiones de cierta relevancia en el tratamiento médico, no completar el protocolo de actuación de forma adecuada, errar en intervenciones quirúrgicas por exceso de confianza, la defectuosa realización de la historia clínica en algún concreto extremo que luego repercute en un efecto adverso, la no apreciación de una lesión mortal con grave riesgo de muerte, incluso si hubiese sido apreciada por el facultativo, y no hubiere actuado adecuadamente, y en definitiva un elevado número de actuaciones que representa la casuística jurisprudencial y que rebaja el reproche de responsabilidad valorando todo el conjunto circunstancial del acto médico y del estado del paciente.

No olvidemos que los **contornos y el perfil de la imprudencia son de creación jurisprudencial** estrechamente ligados a la interpretación de los tipos penales que expresaremos a continuación. Son por tanto. las sentencias de los Tribunales, y **específicamente las del Tribunal Supremo** las que irán marcando las pautas de distinción sobre la concurrencia o no de imprudencia médica, y la atipicidad de la conducta del médico en los casos en que su responsabilidad se vacíe de contenido penal para responder por las civil o contenciosa según proceda.

En el caso de la imprudencia leve, las **fronteras con la culpa civil**, son muy sutiles y en muchos casos, casi imperceptibles, lo que obliga a la justicia, dado el carácter de última razón del ordenamiento penal, que en caso de duda, deben concederse acciones civiles al paciente perjudicado o a sus familiares.

En cualquier caso – y ello es muy importante -, con la **Reforma del Código penal del 2.015**, veremos como **al desaparecer las Faltas, el médico no responde** de la imprudencia leve con resultado de muerte, ni de las lesiones menos graves con imprudencia grave como luego veremos, por lo que, los comportamientos que a título de ejemplo antes indicábamos como Falta, serán **reclamables en vía civil o administrativa**, sin perjuicio de que en algunos casos **si se evalúa la imprudencia como grave o menos grave pueden ser perseguidos como delito**.

La reforma potenciará las vías civil y contenciosa al desaparecer las Faltas de Imprudencia , con lo que al no existir ese título de imputación , sólo reservado para el delito, **se acrecentarán**

también – y ello es saludable – las **posibilidades de mediación y arbitraje extrajudicial** entre víctimas, perjudicados, médicos, administración, empresas y compañías aseguradoras que con una buena, honesta y equilibrada dirección letrada, permitirá llegar a acuerdos indemnizatorios (cuando los mismos procedan), que serán beneficiosos para todas las partes, y reducirán todos los costes, incluido el del sufrimiento de todos los intervinientes en la relación sanitaria , extrapolando las consecuencias del evento dañoso e impidiendo que la reclamación vaya al juzgado, con todo lo que ello supone.

Ese **esfuerzo de mediación**, en todos los casos en que sea posible, **corresponde a todas las partes intervinientes**, y en el caso de la administración, la existencia de pólizas aseguradoras de amplia cobertura para los profesionales de la medicina pública, como viene sucediendo desde hace tiempo en la medicina privada, irá con **carácter paulatino desjudicializando muchas reclamaciones** cuyo destino final era la sentencia en el marco de la discrepancia y de la contradicción, resolución judicial que por otro lado no va a dejar satisfechos a todas las partes, y sin embargo el **acuerdo libremente aceptado** por todos los actores de la relación sanitaria será **positivo y beneficioso** por esa mutua y total aceptación de lo acordado ante un evento medico adverso

En cuanto a la **imprudencia profesional**, es preciso distinguirla de la imprudencia del profesional, y en tal sentido, ello es una obviedad, pues sí el médico actúa en el ámbito sanitario, es por su consideración profesional. No obstante **el plus de antijuricidad y de reproche de conducta** que surge en la llamada “**imprudencia profesional**” es el perteneciente a que a un profesional cualificado y con experiencia, se le exige cumplir con un estándar mínimo en su actividad profesional que se presume que tiene sobrada capacidad por su formación para el desarrollo del mismo, de tal manera que cuando **yerra, por su impericia, abandono, craso olvido o defecto de conocimiento, el reproche penal debe ser mayor**, como es en el caso de cualquier médico especialista en prácticas o actividades rutinarias de sobra por él conocidas, o en aquellos comportamientos inexplicables para cualquier profesional medio de esa especialidad. En estos casos, como luego veremos, **no sólo hay mayor pena, sino también mayor periodo de inhabilitación para su trabajo.**

Existe un amplio sector profesional, partidario de **eliminar la imprudencia “profesional”** de nuestro texto punitivo, pues no encuentran razones para castigar la misma de modo autónomo y aumentado entre ellos GRACIA MARTIN cuando señala que “*el cuidado objetivo que hayan infringido será exactamente el mismo que infrinjan los no profesionales: el necesario*”; en la misma dirección, GARCIA RIVAS estima que la imprudencia profesional presenta un injusto similar al de la imprudencia común, concluyendo pues que por esa razón, que conviene erradicarla del ordenamiento jurídico, tal y como recoge el Fiscal de Málaga **Francisco Hernando** en la Ponencia “**Negligencias del personal facultativo y su incriminación**” en el **ámbito del Curso dirigido a Fiscales del 2.013 en el CEJ** y que dirigió el Autor de esta Ponencia.

Con la nueva Reforma del Código Penal, las faltas se reconducen del siguiente modo:

- Las **faltas de lesiones**: las de menor gravedad se sancionarán en el tipo atenuado del artículo 147.2 CP como **delito leve de lesiones**.

Las **faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve** se derivan hacia la vía civil en su modalidad de responsabilidad extracontractual de los artículos 1902 y siguientes del CC. Este es el caso de la **mayoría de las reclamaciones sanitarias**, que se trasladan así a la jurisdicción

civil o contenciosa por la vía de responsabilidad patrimonial del Art 145 de la Ley Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo.

**Sólo serán delito el homicidio y las lesiones graves por imprudencia grave (artículo 142.1 CP y 152.1 CP), así como el delito de homicidio y lesiones graves con el resultado exigido en los Arts 149 y 150 del c.p. por imprudencia menos grave, que entrarán a formar parte del catálogo de delitos leves (artículo 142.2 y 152.2 del Código Penal).**

Para entender mejor el sentido y la interpretación de la Reforma del Código Penal, debemos partir de la Circular 1-15 de la Fiscalía General del Estado cuando expresa:

*La innovación de fondo de la reforma auspiciada por la LO 1/2015 radica precisamente en la inserción en este procedimiento –y sólo en él- del principio procesal de oportunidad reglada con el declarado propósito de evitar en la medida de lo posible el enjuiciamiento de hechos típicos materialmente intrascendentes. Se trata de una medida de complemento en el orden adjetivo de la reducción del número tipos penales de naturaleza leve efectuada en el CP con el fin de aligerar la carga burocrática que hasta la fecha representaba la tramitación y enjuiciamiento de las faltas.*

*En palabras del Preámbulo de la LO 1/2015 (I):*

*“La reducción del número de faltas –delitos leves en la nueva regulación que se introduce- viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles”.*

*... La herramienta hermenéutica básica para discernir los delitos leves de los menos graves la suministra el Art. 13, en sus apartados 3 y 4. Dice el apartado 3 que “son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve” y el 4, en su segundo inciso, que “cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve”.*

Así pues, la **primera y significativa conclusión es que la Imprudencia menos grave (incluida la Sanitaria) es un DELITO LEVE**, ya que la pena de 3 meses de donde parte **es una pena leve conforme al Art 33.4.g) y 13.4, ambos del c.p.**

**En segundo lugar**, y como segunda conclusión significativa, podemos establecer que la Imprudencia menos grave con resultado de Lesiones del Art 152.2 del c.p. **solo se refiere a las Lesiones del Art 149 y 150 del c.p.**, es decir pérdida o inutilización de miembros u órgano principal, impotencia, esterilidad, grave enfermedad somática mutilación genital, miembro u órgano no principal o la deformidad. Por lo tanto, - y ello es importante -, desaparecen del panorama penal las lesiones del Art 147 respecto de la **imputación menos grave**, que son en general las más frecuentes, que abarcan todo tipo de lesiones que exigen tratamiento médico o intervención quirúrgica, y quedan reservadas para el tipo del Art 152.1 de la imprudencia grave o temeraria.

**En tercer lugar, desaparece como figura principal conjunta la Imprudencia Profesional para la imprudencia menos grave**, y en consecuencia resulta ausente de modo general la posibilidad de imponer la pena de inhabilitación especial para los profesionales

sanitarios, que igualmente queda reservada exclusivamente para la imprudencia grave del primer párrafo del Art 152.1 del c.p.

**En cuarto lugar**, y como consecuencia de la **naturaleza de delito leve** los casos de imprudencia menos grave, ya se sujetan **al nuevo plazo de prescripción de 1 año (Art.131.1. inciso 4) °**, lo que obliga a las víctimas y perjudicados a estar diligentes en sus reclamaciones frente a Facultativos y Personal Sanitario para que no transcurra el plazo extintivo de la prescripción.

**Como quinta consideración** es de gran importancia la afirmación de que el **ejercicio de la acción penal queda en manos del perjudicado o su representante legal** (menores e incapaces), de tal forma, que controlan la prosecución delictiva, que ciertamente al ser un delito leve, el legislador ha querido expresamente bajo el prisma de los principios de oportunidad penal y de intervención mínima que de modo expreso sanciona la reforma, solo tengan reproche penal obligatorio aquellos casos de mayor plus de antijuricidad y reprochabilidad. Ello es importante, pues en estos casos, si se evalúa la culpa como menos grave, y si ha existido resarcimiento económico a favor de víctimas o perjudicados o estos deciden por la razón que sea abandonar la vía penal, para acudir a otra jurisdicción o apartarse sin más del procedimiento, el mismo concluirá con Archivo, pese a estimarse que pudiera haberse cometido un delito imprudente por el médico, eso sí con culpa menos grave (superior a la leve) y catalogado como delito leve.

Dice la Circular 1-2015 de la FGE ya mencionada *“Es exigible la condición de procedibilidad de la denuncia previa en las figuras de homicidio por imprudencia menos grave (Art. 142.2 CP), lesiones graves – entendidas por tales las lesiones de los Arts. 149 y 150 CP- por imprudencia menos grave (art. 152.2 CP),”*

**La consecuencia sexta de la nueva regulación es que al tener la consideración de delitos menos leve los supuestos de imprudencia menos grave de los Arts. 142 y 152 del c.p., serán juzgados por el Juez de Instrucción** como tal delito leve con el trámite del modificado Art. 962 de la Lecrm, lo que ciertamente puede envolver muchas dudas de carácter constitucional respecto de la separación de funciones del Juez en instruir y juzgar aquellos casos de imprudencia médica, habitualmente de instrucción compleja.

**Finalmente en séptimo lugar desaparece la posibilidad de imposición de la pena de inhabilitación especial al médico que comete una imprudencia menos grave de los Arts. 142.2 y 152.2 (muerte y lesiones) como pena accesorio**, pues en tal sentido el Art 56 del c.p. exige imposición de pena privativa de libertad para el culpable inferior a 10 años, lo que no sucede en los casos de los Arts. 142.2 y 152.2 del c.p. (imprudencia menos grave) ya que, como hemos visto, la pena es de Multa de 3 a 18 meses en los de resultado de muerte y de 3 a 12 en los de las lesiones de los Arts. 149 y 150 del c.p..

Es cierto que la consideración de delito leve comporta también otras consecuencias en torno a la suspensión y revocación de condenas en la correspondiente Ejecutoria, pero no nos ocupamos de ello, por ser consecuencias procesales ajenas al objeto de esta Ponencia.

En relación con la Intervención del Ministerio Fiscal en estos delitos leves de Imprudencia del Art 152.2 del c.p. se expresa en la Circular: A.- **Homicidio por imprudencia menos grave (Art. 142.2 CP): ...” Igualmente asistirá al juicio cuando el resultado mortal se produzca en el ámbito laboral como consecuencia de la infracción de normas de prevención de riesgos, seguridad e higiene en el trabajo.**

*Idéntico tratamiento se dará a las **muertes imprudentes producidas en el ámbito sanitario** como consecuencia de la actuación desplegada por cualquiera de los profesionales que intervienen en el mismo, o en el contexto de cualquier otra actividad profesional por infracción de la *lexartis*.*

**B.- Lesiones cualificadas causadas por imprudencia menos grave del Art. 152.2**

*CP: el Fiscal asistirá al juicio oral en los mismos casos señalados en el apartado anterior cuando el resultado lesivo sea alguno de los previstos en el Art. 149 CP. Por el contrario, no asistirá si se trata de lesiones ocasionadas por imprudencia menos grave encuadradas en el Art. 150 CP, pues parece oportuno reservar la intervención del Fiscal a los resultados lesivos de mayor gravedad.*

En relación con otras figuras delictivas podemos destacar que el Delito de Denegación de asistencia sanitaria continua con la misma regulación legal después de la Reforma del Código Penal en el en el **Art 196**, donde se establece: **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.**

## **7.- RESEÑA JURISPRUDENCIAL A DESTACAR.**

**7.1.- SENTENCIA INTRODUCTORIA.-** Vamos a comenzar con la hermosa literatura que recoge la **Sentencia de la Aud. Prov. de Barcelona de 24 de Abril de 1.986** cuando de modo muy ilustrativo expresaba: "La profesión médica, como la sanitaria en general, constituye una de las más fértiles en problemas de todo género notablemente en lo que respecta a la culpa, de la máxima dificultad; ello es debido, en primer término, al propio carácter de dicha ciencia, inexacta por definición, en que tantos y varios factores, ciertamente imprevisibles, entran en juego; sobre todo por lo que la Medicina tiene de colaboración con la naturaleza, expresada en el famoso brocardo aristotélico "medicuscurat, natura sanatmorbus" – que sería algo así como- (El médico pone el tratamiento, pero la naturaleza sana la enfermedad), eso sin contar con la parte que corresponde al azar en la curación, según el paralelo proverbio cervantino de "Dios da la llaga y la Medicina"; en éstas condiciones, cuando tantos e incontrolables factores se entrecruzan en el binomio enfermedad-curación la dificultad de decidir cuál ha sido el determinante del daño que se pretende incriminar, frisa en la imposibilidad en la mayoría de los casos.

En efecto, juzgar si la maniobra de un chofer ha sido imperita y determinante del accidente, o si el cálculo de resistencia de materiales de un puente resultó errado, ocasionando su hundimiento, son cuestiones que apenas ofrecen portillo alguno a la duda; en cambio, decidir si el diagnóstico de un médico fue equivocado o si la operación se llevó a cabo con toda la diligencia y pericia debidas, resulta las más de las veces imposible, al menos en el grado de certidumbre que una condena criminal requiere, lo cual hace buen aquél festivo juicio de Montaigne sobre el feliz oficio de los galenos "cuyos éxitos alumbre la luz del sol y cuyos fracasos encubre para siempre la tierra".

Decía el ilustre **Doctor Marañón** – para muchos, con evidente corporativismo, y ciertamente en otra época, en 1.935, que «*Sólo excepcionalmente han sido justos los Tribunales que han accedido a la petición de responsabilidad. Cuando, por el contrario, han desechado esa petición han acertado casi siempre...*»

**7.2.- SENTENCIA DE CABECERA.-** Y para nosotros, en este encabezamiento de la selección del primer repertorio jurisprudencial que vamos a realizar en materia penal, lo realmente importante ya lo dijo en 1.982 el Excmo. Sr. Rodríguez López en una luminosa **Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 17 de Julio de 1982**, cuando expresó como Ponente “*Lo decisivo para el derecho no es el error científico en sí, sino la causa humana del error...*”

Ciertamente, detrás de esta frase se condensan todos los análisis que la Judicatura en sus distintos órdenes jurisdiccionales realiza a la hora de analizar los comportamientos humanos en los eventos dañosos y lesivos para los pacientes. Juicio de valor que en sede penal alcanza su más delicada expresión por las consecuencias de una sentencia condenatoria en el castigo de las conductas de especial negligencia.

**7.3.- SENTENCIA SOBRE ASCPETOS GENERALES DE LA CULPA MÉDICA.(1)-**

De relieve nos parece la SAP Madrid de 18 febrero 2015 AP Madrid, sec. 1ª, S 18-2-2015, nº 74/2015, Rec. 835/2014 que textualmente señala

”Del examen en conciencia de las pruebas practicadas resulta probado, y así se declara, que el paciente D. Juan Ignacio que presentaba un cuadro de aumento de la glándula prostática, con un lóbulo medio con crecimiento endovesical que cerraba el cuello de la vejiga y, un cálculo vesical, le fue prescrita la realización de una resección transuretral de próstata bipolar y una cistolitotricia, realizadas las pruebas preanestésicas y tras suscribir el correspondiente consentimiento informado, le fue realizada la intervención endoscópica el día 27 de mayo de 2.006 por el acusado Romulo, mayor de edad, nacido el día NUM000 de 1.951, con D.N.I. num.. NUM001, sin antecedentes penales, doctor y médico especialista en Urología, en el Sanatorio de San Francisco de Asís, sito en la calle Joaquín Costa num. 28 de Madrid, concluyendo la litotricia y parte de la resección, al advertir que se había producido una perforación a nivel de cuello vesical, al resecar el lóbulo medio subtrigonal, con extravasado del líquido de irrigación suero salino a la cavidad extraperitoneal y, de acuerdo con lo que resultaba indicado conforme a las normas médicas generalmente aceptadas, decidió no continuar con la resección, colocar una sonda de lavado vesical y proceder al ingreso de paciente en la Unidad de Cuidados Intensivos, con administración de diuréticos y observación permanente por parte de los intensivistas, recibiendo el paciente atención y evaluación constante de su estado por distintos especialistas, incluido el acusado en lo que se refiere a materia urológica.

El acusado al haberse producido la perforación a nivel del cuello vesical y, dado que el extravasado era retroperitoneal y el líquido de irrigación era suero salino, estimó que no resultaba adecuada la laparotomía o punción drenaje que el consentimiento informado contemplaba como posible, que si hubiera estado indicada si la perforación hubiera sido en la pared vesical, introduciéndose directamente en la cavidad peritoneal, considerando que de haberse realizado la laparotomía o punción drenaje en esta situación para la que no estaba indicada, ello hubiera supuesto añadir un facto de riesgo elevado y no hubiera solucionado la acumulación de líquido retrovesical y extraperitoneal.

El acusado presentó un postoperatorio tórpido, con dificultades respiratorias, hasta que, tras su mejoría clínica, es trasladado a planta el 24 de junio de 2.006, donde continua su evolución favorable y, tras un empeoramiento brusco, el día 14 de julio de 2.006 ingresa nuevamente en la Unidad de Cuidados Intensivos, donde a pesar de todos los tratamientos, fallece el día 2 de agosto de 2.006”. No se aprecia que en la actuación del acusado haya transgredido las normas médicas generalmente aceptadas”.

"FALLO DEL JUZGADO DE LO PENAL:

*Que debo absolver y absuelvo al acusado Rómulo de un delito de homicidio por imprudencia grave por el que había sido acusado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular; declarando de oficio las costas que se hubieran causado."*

**Y DECLARA LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID:**

*Así mismo se añade que "Con carácter general, exige la imprudencia la concurrencia de un elemento psicológico que afecta al poder y facultad humana de previsión y se traduce en la posibilidad de conocer y evitar el evento dañoso, y el normativo representado por la infracción del deber de cuidado".*

*Para valorar la previsibilidad del riesgo hay que tener en cuenta los especiales conocimientos que tenía en aquel momento la persona sobre la situación de hecho, y el examen de la evitabilidad del riesgo se ha de realizar desde el punto de vista de la lex artis. Centrándonos en la imprudencia médica, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 1966/1994 (Sala de lo Penal), de 29 octubre señala que "la «imprudencia profesional» tiene su base y fundamento punitivo en la «impericia». El otorgamiento de un título profesional crea, indudablemente, una presunción de competencia, que encuentra su fase negativa en la impericia, entendiéndose por tal la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión de que se trate, y esa impericia tanto puede encontrar su fundamento causal en la ignorancia como en la gravemente defectuosa ejecución del acto requerido profesionalmente. Distingue, a este respecto, la jurisprudencia entre la «culposa del profesional» y la «culpa propiamente profesional», siendo aquélla la imprudencia común cometida por un profesional y ésta la que descansa en una «impericia crasa» (ver Sentencia de 17 febrero 1986 ( )) o en la vulneración de la «lex artis» (ver Sentencia de 28 noviembre 1987 ( )), si bien, como se dice en la sentencia de 28 septiembre 1987 ( ), los límites entre la «culpa del profesional» y la «culpa profesional» son indecisos y confusos".*

*El módulo rector de todo acto médico es la denominada «lex artis ad hoc», principio consistente en el «criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina -ciencia o arte médica- que tienen en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos - estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria- para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal requerida» ( STS de 11 de marzo de 1991, citada en la de 23 marzo 1993). Se habrá pues de determinar en cada caso si el facultativo obró según las circunstancias de tiempo y lugar con la diligencia que correspondía a un profesional de su clase, esto es, la que normalmente pueda y deba esperarse de persona también normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica en cuestión.*

*Es jurisprudencia también del TS que la responsabilidad del médico "se basará en una culpa incontestable, es decir, patente" (STS núm. 1048/1996, 13 de julio de 1987 ( ), 12 de julio de 1988, 7 y 12 de febrero y 6 de noviembre de 1990, 11 de marzo de 1991 \2209) y 2 y 15 de febrero de 1993). Así mismo, la culpa del médico ha de ser acreditada en consecuencia por quien la invoca, no siendo apreciable ninguna presunción o inversión de la carga de la prueba en contra del facultativo, como de forma reiterada se ha encargado de aclarar la jurisprudencia ( SS. 8 de octubre 1992, 2 de febrero y 23 de marzo 1993 ( y ) y 29 de marzo 1994 ( ), citadas todas en la de 16 de febrero 1995 ( ) y 27 de junio de 1997 ( ), entre otras muchas). No obstante la distribución de la carga de la prueba ha de atemperarse a fin de tomar también en consideración las dificultades con las que normalmente se encontrará el enfermo o sus parientes, por lo que habrá de adoptarse una cierta flexibilidad, de modo que no se exija al perjudicado una demostración probatoria que iría más allá de sus posibilidades. Existe en definitiva un equitativo reparto de la carga de la prueba. De manera que el perjudicado debe probar la inasistencia, falta de cuidado o impericia y, el médico, acreditado aquello está presuntamente culpado, a no ser que pruebe la diligencia y adecuación de los medios empleados en la atención al paciente.*

*TERCERO.- En este supuesto, lo que reprocha la parte recurrente es la actuación inmediata del acusado tras la perforación que sufrió el paciente en el cuello de la vesícula, como consecuencia de la resección transuretral de próstata. Dicha parte considera contrario a la lexartis, que, de forma inmediata, tras esa perforación, no se le hubiera practicado la laparotomía, y se le pusiera una sonda y se le trasladara a la UCI donde allí estuvo en observación permanente con administraron de diuréticos, falleciendo dos meses después de la intervención por un fallo multiorgánico tras una recuperación tórpida del paciente.*

*La sentencia de instancia ha absuelto al acusado analizando diversas declaraciones personales, tanto de testigos como de peritos. En lo que se refiere a los testigos, valora la declaración del médico ayudante del acusado el día de la intervención, el Dr. Teodosio, quien manifestó que el tratamiento conservador fue el correcto. También expone la sentencia, la testifical del Dr. Luis Pablo, el anestesista de la operación, quien se expresó en el mismo sentido que el anterior testigo. Igualmente se alude a la declaración de otro testigo, Dra de la UVI, la del Dr. Alonso, quien también manifestó que en estos casos no era aconsejable la operación, y la testifical del Dr. Evelio, quien se pronunció en el mismo sentido que todos los testigos anteriores. A continuación, la resolución que se recurre analiza las distintas declaraciones periciales practicadas en el juicio, un total de seis peritos.*

***Como puede observarse, la sentencia de instancia ha absuelto al acusado valorando especialmente declaraciones personales que dependen de la inmediación y se pretende que este tribunal valore las declaraciones de otra manera distinta y establezca a partir de ellas inferencias lógicas que conduzcan a la condena del hoy apelante.***

*La valoración de la prueba corresponde por ley al Juez o Tribunal de primera instancia (artículo 741 LECRIM (EDL 1882/1) antes citado) y su criterio debe ser respetado, en principio y por regla general, como consecuencia de la singular autoridad de la que goza en la apreciación probatoria, ya que ante él se ha celebrado el juicio que es el núcleo del proceso penal, en donde adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción y oralidad. Desde su privilegiada y exclusiva posición puede el Juez intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente sus resultados, así como la forma de expresarse y conducirse las personas que en él declaran en su narración de los hechos y la razón del conocimiento de éstos, ventajas de las que, en cambio, carece el Tribunal llamado a revisar dicha valoración en segunda instancia. Dar más credibilidad a un testigo que a otro o decidir sobre la radical oposición entre denunciante y denunciado, -en este caso otorgar mayor credibilidad a unos testigos o peritos frente a otros- es tarea del Juzgador de instancia que puede ver y oír a quiénes ante él declaran (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1.986, 27 de octubre y 3 de noviembre de 1.995). **El Juez ha de valorar la prueba de forma conjunta y en conciencia, lo que no debe entenderse como un criterio de apreciación cerrado, personal, inabordable o íntimo, sino guiado por la lógica y no exento de pautas y directrices de rango objetivo.** Por tal razón y para hacer compatible la libre valoración judicial y el principio de presunción de inocencia es preciso que el Juez motive su decisión (SSTC de 17 de diciembre de 1.985, 23 de junio de 1.986, 13 de mayo de 1.987 y 2 de julio de 1.990, entre otras) que sólo podrá ser rectificadas cuando concurra alguno de los supuestos siguientes: 1) que se **aprecie manifiesto y patente error en la apreciación de la prueba;** 2) que el relato fáctico sea **incompleto, incongruente o contradictorio** y 3) que sea **desvirtuado por nuevos elementos de prueba practicados en segunda instancia.***

*Sin embargo esta doctrina general se restringe aún más cuando se trata de sentencias absolutorias, ya que conforme a la **STC 167/2002** y otras posteriores "en casos de casos de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas*

*pruebas, no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción". El Tribunal de apelación puede revocar una sentencia absolutoria y sustituirla por una sentencia de condena, pero no se produciría un proceso justo "sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados y partes adversas" ( SSTEDH de 26-05-1988, 29-10-1991).*

*En cuanto al valor del informe pericial, de manera excepcional viene atribuyéndole esta Sala la capacidad de modificar el apartado fáctico de una sentencia. Ello sucederá cuando el tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario; o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes de las comprendidas en los citados informes sin expresar razones que lo justifiquen*

#### **7.4 SENTENCIA SOBRE ASCPETOS GENERALES DE LA CULPA MÉDICA (2)**

Resaltamos también la EDJ 2015/64702 SAP Castellón de 18 febrero 2015 AP Castellón, sec. 1ª, S 18-2-2015, nº 73/2015, Rec. 10/2015, curiosamente en relación **contra perforación vesical. Recuerda la Sala que** la comisión de un delito de imprudencia exige: una acción u omisión voluntaria, la creación con ella de una situación de riesgo previsible y evitable, la infracción de una norma de cuidado y la producción de un resultado dañoso derivado de aquella descuidada conducta, de forma que entre ésta y el daño exista una adecuada relación de causalidad.

*Mas en concreto respecto de la imprudencia médica, debe recordarse: a) Que el error de diagnostico, por regla general no es tipificable, salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable. b) Que queda fuera del ámbito penal por la misma razón, la falta de pericia cuando esta sea de naturaleza extraordinaria y excepcional. c) Que la determinación de la responsabilidad médica debe hacerse en contemplación de las circunstancias concretas del caso sometido a enjuiciamiento. d) Que la imprudencia nace cuando el tratamiento médico y quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y omisión de los cuidados exigibles, atendidas las circunstancias del lugar, tiempo, personas y naturaleza de la lesión o enfermedad que olvidando la lexartis conduzca a resultados lesivos.*

#### **7.5 SENTENCIA SOBRE ASPECTOS GENERALES DE LA CULPA MÉDICA (3)**

Es interesante igualmente la EDJ 2014/259004 SAP Las Palmas de 28 noviembre 2014 AP Las Palmas, sec. 1ª, S 28-11-2014, nº 302/2014, rec. 1067/2013

Para que estemos ante una imprudencia punible, aun en su grado leve, como constitutiva de la falta prevista en el artículo 621-3 del Código Penal EDL 1995/16398, es preciso que la infracción del deber objetivo de cuidado y de los factores psicológicos de imprevisión del hecho tengan suficiente entidad, superior a la culpa civil, para justificar un reproche de carácter penal o punitivo, y además se requiere que el resultado final típico sea consecuencia directa, material y eficiente de esa negligencia, sin que incidan de forma relevante otros factores ajenos a la conducta del imputado/s que puedan desplazar las eventuales responsabilidades fuera del ámbito penal.

La no incriminación de la imprudencia en función de un error científico o del diagnóstico equivocado, cuando se hayan cumplido en el reconocimiento las de la lexartis, salvo cuando por su propia categoría y entidad cualitativa o cuantitativa resultan de extraordinaria gravedad.

b) La imprudencia ha de medirse desde la perspectiva del médico normal.

c) La determinación de la responsabilidad médica debe hacerse en contemplación de las circunstancias concretas del caso sometido a enjuiciamiento.

d) La imprudencia nace cuando el tratamiento médico y quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y omisión de los cuidados exigibles, atendidas las circunstancias del lugar, tiempo, personas y naturaleza de la lesión o enfermedad que olvidando la lexartis conduzca a resultados lesivos.

... La sentencia condenatoria se basa en el testimonio de la propia perjudicada y, en especial y sobretodo, en las conclusiones de los dictámenes periciales médicos emitidos por los médicos forenses -Dr. Dionisio y Dr. Gaspar - y por los peritos especialistas en cirugía estética propuestos por la acusación particular -Dr. Justo y Dr. Pelayo -. Y, esta Sala no aprecia motivo alguno para revisar la convicción probatoria de la sentencia recurrida y la decisión de conceder especial relevancia probatoria a los mismos, partiendo para el caso de la perjudicada, de la inmediación y facilidad de percepción que por definición tiene la juzgadora de instancia para evaluar la credibilidad y fiabilidad del mismo, desde su posición de privilegio derivada del propio juicio oral donde se practica la prueba.

Y, respecto de las periciales mencionadas, comparte asimismo la Sala el parecer de la magistrada de instancia y nos parece totalmente sensata la relevancia que esta les otorga, respecto de la pericial médico forense por la objetividad, imparcialidad, experiencia y cualificación profesional de los facultativos informantes, que les hace merecedores del especial crédito que se concede a sus opiniones, que por lo demás resultan coherentes, juiciosas y razonables; y, en relación a la pericial de la acusación particular porque pese a ser una prueba a instancia de parte se trata de una opinión especializada y experta, que confirma la tesis independiente y neutral de los forenses.

**7.6.- SENTENCIA SOBRE LA IMPRUDENCIA GRAVEAP Las Palmas, sec. 1ª, S 19-11-2015, nº 264/2015, rec. 409/2015.***El acusado, cirujano, careciendo de la especialidad en cirugía vascular- durante dicha intervención, y omitiendo los más elementales deberes de la lexartis, que como profesional de la medicina le competían, seccionó la arteria femoral, al haber identificado erróneamente las estructuras vasculares de la paciente durante las maniobras de ligadura. El acusado, al percatarse del error de identificación, y consciente de que había ocasionado en Sonia un traumatismo iatrogénico de la arteria femoral procedió a su reparación de inmediato siendo trasladada de urgencia ese mismo día al servicio de Cirugía Vascular del Hospital Dr. Negrín de Las Palmas. En fecha 7 de abril de 2009 Sonia fue intervenida quirúrgicamente en el Hospital Dr. Negrín de Las Palmas para la reparación de la arteria femoral.*

*En fecha 11 de abril de 2009 Sonia fue dada de alta hospitalaria.*

... De modo análogo, la STS de 3 de diciembre de 2009, con cita de la STS 30 de noviembre de 2001 y de la STS 13 de octubre de 2004 indica que "para medir el carácter grave o leve de la imprudencia habrá de atenderse a la valoración social del riesgo (...) y a la peligrosidad de la

conducta, por la probabilidad de la lesión del bien jurídico y la jerarquía de ese bien". Desarrollando estos criterios, resoluciones como las SSTs de 15 de marzo de 2007 o 27 de octubre de 2009, vinculan la determinación de la gravedad de la imprudencia con la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor, que, a su vez, "se encuentra directamente vinculada al grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del imputado con respecto al bien que tutela la norma penal, o, en su caso, al grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias meramente casuales. El nivel de permisión de riesgo se encuentra determinado, a su vez, por el grado de utilidad social de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo).

**Por último, ha de computarse también la importancia o el valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: cuanto mayor valor tenga el bien jurídico amenazado menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado.**

**7.7 SENTENCIAS SOBRE IMPRUDENCIA MENOS GRAVE** (Reforma del 2.015 del c.p.).- Existen **en la realidad actual muy escasas sentencias** que contengan pronunciamientos condenatorios o absolutorios en relación con imputaciones de los Arts. 142.2 y 152 del c.p. **en sede de responsabilidad sanitaria y donde reside la culpa menos grave. En concreto (s.e.u.o) sólo hemos encontrado 3 sentencias al respecto**

El hecho de que la ley entró en vigor en Julio del 2.015 obliga a aplicar la ley penal en vigor al momento de la comisión de la presunta imprudencia, salvo que la nueva regulación pueda resultar más favorable, como es el caso de la **Sentencia de la Aud. Prov de Madrid, Sec. 30ª, S 10-7-2015, nº 387/2015, Rec. 1220/2014** que degrada la Imprudencia de grave a menos grave en el caso del fallecimiento de una niña de 4 años a la que se realizó una extirpación de un quiste en el codo izquierdo en el 2.008 en Fuenlabrada y se produjo la muerte por reacción complicatoria a la anestesia de la pequeña, dándose la circunstancia que falleció la Anestésista antes del Juicio, y finalmente se condenó a la enfermera por imprudencia grave con resultado de muerte en virtud de los Arts. 142.1 y 3 del c.p. y la Sala rebajo a la Imprudencia menos grave a la pena de 8 meses de Multa, anulando también la Inhabilitación profesional impuesta a la enfermera. Dice textualmente la Sala " *Con la intención de cumplir las órdenes de la anestésista que al pasar por el box en que se encontraba, incluso de malas maneras, le reiteró que quería que el aparato, (refiriéndose al pulsioxímetro) "se conectara ya" intentó por todos los medios conseguirlo y que facilitara una correcta lectura, para lo cual, efectuó cambios en los cables de conexión e incluso pidió que le trajeran otro monitor para sustituir el que tenían. Semejante empeño, que resultó en definitiva inútil, nunca le debió impedir adoptar otras medidas encaminadas a controlar las constantes vitales de la paciente. Debería haberla monitorizado de forma completa, mediante la colocación de electrodos, lo que decidió ya demasiado tarde, a la vez que debió haberle tomado la tensión de forma manual, observar la respiración y comprobar la coloración de la piel. Le faltó decisión, lo que es inherente a cualquier personal sanitario que se enfrenta a situaciones de riesgo, como es un postoperatorio, aunque la intervención sea menor y breve. También le faltaron recursos a los que cualquier otro profesional hubiera acudido. En definitiva, suplir los errores o deficiencias que generaba el aparato, sabedora de que cualquier anomalía respiratoria o cardíaca podía tener fatales consecuencias en un periodo breve de tiempo.*

...No puede cuestionarse que la recurrente no actuó con la diligencia que le era exigible. También que a consecuencia de ello, al menos en parte, la niña sufrió una parada cardiorrespiratoria, que dio lugar a una anoxia neuronal aguda que determinó su ulterior fallecimiento.

...Resulta medianamente claro que la acusada no fue capaz de reaccionar y de resolver de forma profesional su cometido como enfermera encargada del Servicio del Hospital de Día de Fuenlabrada, que no era otro que el de vigilar el estado y evolución de los pacientes postquirúrgicos, una vez que salían del quirófano porque ya habían recuperado la capacidad de respiración autónoma. Dicha vigilancia debía permanecer hasta que recuperaran por completo la consciencia y estuvieran en condiciones de darles el alta.

...Conviene aclarar que se trataba de pacientes a los que se les había sometido a una cirugía menor, como acontece en el presente caso, en que a la niña se le extirpó una tumoración en el brazo, cuya intervención duró escasos 20 minutos, según el historial médico del Hospital de Fuenlabrada: "inicio de anestesia 8.33 h; primera incisión 8:45 h.; fin de cirugía 9:04 y fin de anestesia 9:04.

**Ahora bien, y al hilo de lo que se ha apuntado con anterioridad, de la misma manera que hay motivos bastantes para apreciar una omisión del deber de cuidado, existen otros que justifican sobradamente la minoración del alcance de la gravedad de la imprudencia .** Algunos de ellos, ya se han reflejado, y pueden ser utilizados en vía de recurso, pues los padres de la menor les han dejado entrever a través de sus propias versiones de los hechos, quienes, por cierto, y esto hay que ponerlo de relieve, han dado muestras claras de objetividad y de intentar ser lo más preciso posible a la hora de narrar los hechos. Para apreciarlo basta con el simple visionado de la grabación, sin necesidad de acudir a la inmediación de la que solo el Juez a quo dispone. Actitud, sin duda encomiable, cuando se han tenido que enfrentar a un interrogatorio sobre hechos tan dolorosos, que les ha obligado a rememorar lo que sin duda ha sido el episodio más angustioso de su vida.... Ello no significa que deban degradarse a la categoría de una simple falta de muerte por *imprudencia* leve del art. 621.2, aunque técnicamente podría hacerse, en cuanto que los hechos son anteriores a la entrada en vigor de la [LO 1/2015 \(EDL 2015/32370\)](#) de reforma del CP que lo deroga. Las razones expuestas impiden calificar a la *imprudencia* de leve, pero sí permiten encuadrarla en un supuesto de muerte por *imprudencia* menos grave previsto en el actual [art. 142.2 del CP \(EDL 1995/16398\)](#), que lleva aparejada una sanción de multa de tres a dieciocho meses.

**La 2ª sentencia (siguiendo un orden temporal), corresponde a la Audiencia Provincial de Las Palmas de fecha 25 de Octubre de 2.016. Recurso 818-2.016, ED 2016/249852. Lesiones del Art 152.2 por imprudencia menos grave.**

En la misma se describe un caso de torsión testicular de un menor de 11 años que inicialmente fue atendido por un médico de urgencias en un Centro de Salud a las 8,49 h , que se limitó a decirle a la madre del niño que pidiera hora con su pediatra para que lo viera ese día , sin advertir las graves consecuencias de su inactividad de inmediato y donde en los fundamentos de hechos se dice lo siguiente: ...” *tales síntomas eran compatibles con una torsión testicular, que exigía tratamiento quirúrgico urgente e inmediato, que obligaría a su extirpación, y remitir al menor para cirugía ...* Cuando a las 20,24 h de la tarde (demasiada demora...) lo atendió el pediatra no quedó mas remedio que amputar el testículo.

Inicialmente el médico fue condenado por imprudencia profesional grave a penas de 1 año de prisión e inhabilitación profesional por tiempo de 1 año por el Juzgado de lo Penal. La Audiencia Provincial tras hacer una exegesis de los requisitos jurisprudenciales de la imprudencia decide degradar la gravedad de la misma **para transformarla en menos grave**, achacando al médico la responsabilidad en la no correcta detección del diagnóstico que fue finalmente determinado con mucha tardanza, pero ello obliga a moderar el alcance de la negligencia en un nivel de gravedad que se instala en menos grave por la vía del Art 152.2 del c.p. imponiendo pena de multa de 5 meses con cuota diaria de 15 euros, manteniendo los 7.043,80 Euros concedidos en régimen de responsabilidad civil.

**- 3ª Sentencia de apreciación de Homicidio por Imprudencia menos grave.**

**Procedimiento Abreviado nº 133-2.016. Sentencia 53-2.017 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Badajoz de fecha 7 de Febrero del 2.017 (Sentencia de conformidad con el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular).**

*En el relato de HECHOS PROBADOS se describe que una paciente de 79 años de edad en el Hospital privado CLIDEBA fue intervenida el 20-2-12 por el Dr Cirujano A.G.R de Colectostomía mediante el empleo de técnica laparoscópica con introducción de 3 trocares. El cirujano que contaba con una experiencia adecuada en la realización de este tipo de intervención desde el año 1.994 omitió en la práctica de la intervención quirúrgica la observancia de elementales cuidados, no percatándose que bien las incisiones iniciales, o en el curso de la cirugía había producido varias perforaciones en el colón transversal de la paciente. De tal manera que ya la paciente presentó en el postoperatorio algunos síntomas que pudieran ser compatibles con aquella grave complicación, sin que tras dar el alta a la paciente al día siguiente de la operación (fue efectiva a los 2 días), en los días siguientes a la misma se hubiera procedido por parte del mismo, pese a la sintomatología que presentaba la intervenida, ni a apreciar, ni restañar dichas perforaciones, sucediendo que tras un nuevo ingreso de urgencias el 25 de febrero de la paciente, y tras la realización de una laparotomía urgente fue detectada una peritonitis fecaloidea ocasionada por esa perforación del colón transversal, lo que motivó en sede de urgencia vital que se practicase una nueva hemicolectomía, con combinación de tratamiento ambiótico, evolucionando mal la paciente, falleciendo a las 18 horas del 26-2-2012.*

*Por conformidad de todas las partes se alcanzó sentencia de mutuo acuerdo entre las Acusaciones (pública y Particular) y las Defensas.*

*Es preciso poner de relieve que la fallecida era una paciente derivada del Servicio Público Extremeño de Salud para la eliminación de las Listas de espera y, concurrían 3 Defensas Letradas, una la del propio Cirujano, y las otras 2 correspondientes al SES (Servicio Extremeño de Salud) y de la propia Clínica, al tiempo que como responsables civiles aparecían 3 Compañías Aseguradoras de las 3 Defensas mencionadas.*

Estamos en presencia de varios datos que alumbran positivamente la conformidad, y que degradan la inicialmente apreciada como Imprudencia Grave en la de Menos Grave (novedad de la reforma del c.p. del 2.015) una es que el núcleo de la imprudencia se asienta en una mala ejecución de una técnica quirúrgica, cuyo riesgo, y es uno de los principales descritos en el consentimiento informado, es la propia posibilidad de realizar perforación intestinal, como sucede en otras técnicas similares como la de Endoscopia. A veces dichas perforaciones-según los Informes médicos- no son fácilmente perceptibles en el curso de la intervención, pero en

todo caso, la prudencia y la experiencia son elementos de evaluación para ubicar adecuadamente el contenido de la culpa.

En segundo lugar, la paciente durante los días de postoperatorio residió en la ciudad de Jerez de los Caballeros, sin que existiera un control directo y personal por parte del cirujano, si bien es cierto que el alta pudo ser cuestionada ante los síntomas que presentaba, que mejoraron ligeramente a los 2 días de la intervención, y por ello permaneció hospitalizada 1 día más de lo habitual en este tipo de intervenciones.

En tercer lugar, y este es un dato ajeno estrictamente a la culpabilidad del acusado, los familiares de la fallecida, deseaban especialmente el Acuerdo porque la presencia de 3 Compañías aseguradoras complicaba el cálculo y la distribución de las diferentes responsabilidades del Doctor, del Servicio Público de Salud y de la propia Clínica donde se desarrolló la intervención.

Por todo ello, entendemos que fue muy afortunada la Calificación de Imprudencia menos grave valorando todo el conjunto de circunstancias concurrentes que aconsejaban esa ubicación tipológica al no ser existir una violación grosera de la lexartis, sino una defectuosa ejecución de la técnica de intervención (cuyos riesgos se describen en el consentimiento informado) pero si con suficiente entidad la imprudencia para ser calificada como delito y merecer una condena en este sentido.

Por todo ello, se condenó al cirujano a una Multa de 10 meses con una cuota diaria de 10 Euros, y al abono en vía der responsabilidad civil a los familiares de la paciente fallecida en 75.000 Euros, con responsabilidad directa de las Compañía AMA del S.E.S , y la responsabilidad civil subsidiaria de Zurich(compañía aseguradora del doctor y de IDC Salud.

### ***7.8 - IMPRUDENCIA MENOS GRAVE PERO NO RESULTADOS DEL 149 O 150 C.P.***

Dado el posible recorrido del nuevo título de imputación en los niveles de la culpa, este supuesto fáctico es previsible que ocurra en muchas ocasiones, es decir, que nos encontremos con un caso de imprudencia sanitaria que merezca reproche penal, pero que no merezca la consideración de grave, y su ubicación correcta sea la de culpa menos grave, y sin embargo, como consecuencia de que el resultado de la lesión o lesiones ocasionadas al paciente no tienen la gravedad y cualificación de las exigencias requeridas en los tipos penales de los Arts 149 y 150 del c.p

Este es el caso de la Sentencia de la **AP Cáceres, sec. 2ª, A 1-2-2017, nº 91/2017, rec. 78/2017, en cuyos fundamentos de derecho literalmente, y a los efectos interesados se expresa con desestimación del recurso de Apelación interpuesto** : “La parte denunciante interpone recurso de apelación contra el auto que decretó el sobreseimiento de las diligencias al no apreciar la instructora indicios de responsabilidad penal en los hechos denunciados. Frente a dicha resolución opone la parte recurrente, de un lado, que la falta de realización de radiografías de control durante el tiempo en el que su tratamiento de ortodoncia fue llevado por la denunciada implica una **grave** imprudencia que convierte los hechos denunciados en penalmente relevantes y, de otro, que queda pendiente de practicar de forma completa una diligencia ya admitida en su día, como fue la de remitir al Juzgado la historia clínica completa, habiéndose recibido en su opinión incompleta, por lo que interesa que se practique para después acordar la acomodación a procedimiento abreviado.

Segundo.- El **delito de lesiones imprudentes** es un delito de resultado que exige que a consecuencia del comportamiento negligente del autor se le hayan ocasionado a la víctima unas lesiones que, por su naturaleza, puedan ser incardinadas en la descripción típica de los artículos 149 ( "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") ó 150 ( "la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad") del Código Penal, en cuyo caso la conducta es delictiva cuando la imprudencia pueda ser calificada de "**grave** " ( [art. 152.1, 2 ° y 3° CP](#)) o de "**menosgrave** " ( [art. 152.2 CP \(EDL 1995/16398\)](#)), o bien en la descripción del [artículo 147.1 del Código Penal \(EDL 1995/16398\)](#) ( "que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico"), pero en este caso la acción solo es delictiva cuando la imprudencia pueda ser calificada de **grave** ( [art. 152.1.1° CP \(EDL 1995/16398\)](#)).

En el supuesto que analizamos el resultado lesivo descrito en la denuncia y plasmado en el informe del Instituto de Medicina Legal, y que consistiría en la reabsorción radicular de cuatro piezas dentarias que trajo como consecuencia la finalización incompleta del tratamiento de ortodoncia y la reimplantación de dos piezas que habían sido previamente extraídas, no se corresponde con los resultados a que se refieren las descripciones típicas de los [artículos 149 y 150 del Código Penal](#) sino, en su caso, con la descripción del artículo 147.1, por lo que los hechos denunciados podrían ser delictivos únicamente en el caso de que la negligencia imputada a la denunciada pudiera ser calificada de "**grave** ", que requiere para su existencia de una conducta en la que se omita la adopción de las cautelas más elementales que rigen la actividad en la que se produce el resultado. La negligencia se concretaría en la falta de realización por parte de la denunciada de radiografías periódicas a la paciente que, en caso de haberse hecho, hubieran permitido un diagnóstico precoz del problema y, con ello, la posibilidad de establecer medidas terapéuticas antes de que el proceso llegara a ser irreversible, según se desprende del informe forense que consta al folio 154. En el mismo informe se indica que "aunque no protocolizados, estos estudios (radiológicos) están recomendados se realicen a los 6, 9, ó 12 meses de haberse realizado el tratamiento de ortodoncia". Entendemos, por nuestra parte, que si bien la omisión de la realización de un estudio "protocolizado" sin duda implicaría apreciar la concurrencia de una "imprudencia **grave** ", sin embargo la omisión de la realización de un estudio no protocolizado aunque sí "recomendado" puede conducirnos tan solo a una imprudencia "**menosgrave** " por lo que, no alcanzando el resultado producido las **graves** secuelas a que se refieren los [artículos 149 y 150 del Código Penal](#), los hechos denunciados no son constitutivos de delito, sin perjuicio de la posible responsabilidad civil que en su conducta haya podido incurrir la denunciada, que la parte apelante podrá exigir de sus responsables directos y/o subsidiarios en otro orden jurisdiccional.

Tercero.- La anterior consideración conduce igualmente al rechazo de la petición relativa a la necesidad de recabar la historia clínica completa de la paciente, diligencia sobre cuya necesidad de práctica esta Sala ya se había pronunciado expresamente en sentido negativo en anteriores resoluciones (autos de 16 de septiembre y 15 de noviembre de 2.016).

## **7.9 CONCEPTUACIÓN DE LA IMPRUDENCIA PROFESIONAL.-**

Es reseñable la **EDJ 2015/5388 SJdo. Penal de 3 febrero 2015 Jdo de lo Penal nº 6, Málaga, S 3-2-2015, nº 20/2015, nº autos 351/2014**

-El día 7 de noviembre de 2007, el hoy acusado en su calidad de cirujano plástico le practicó a Dª Crescencia de 44 años de edad y madre de dos hijos menores de edad, una intervención de mamoplastia reductora bilateral mediante técnica de pedículo inferior,..

Por ello, hay que poner de relieve que la imprudencia temeraria grave nace cuando el tratamiento médico o quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendidas las circunstancias de lugar, tiempo, personas, naturaleza de la lesión o enfermedad, que conduzcan, olvidando la lexartis, a resultados lesivos para las personas (TS 2ª SS. 5 jul 1989, 6091) y 3 oct. 1997), en este sentido). Incluso, se ha de tener en cuenta que la práctica de las actividades sanitarias por los facultativos y técnicos correspondientes exige una cuidadosa atención a la lexartis, en la que, sin embargo, no se pueden sentar reglas preventivas absolutas, dada la evolución de la ciencia médica, la variedad de tratamientos al alcance del profesional y el diverso factor humano sobre el que actúe, que obliga a métodos y atenciones diferentes.

*La clave del éxito de la liposucción comienza con una adecuada selección del paciente, la realización de una historia clínica completa que valore antecedentes y factores de riesgo, así como la comunicación abierta médico/ paciente acerca del procedimiento, incluyendo los riesgos, complicaciones y limitaciones del mismo.*

*Es por ello y siguiendo la valoración y conclusión de la Sra. Perito Forense sostenida en su informe de fecha 31 de agosto de 2010 y en el ámbito del juicio, aunque la posibilidad de producir una perforación intestinal existe, nunca debería ocurrir, debiéndose tomar todas las medidas encaminadas a minimizar los riesgos, como la realización de una ecografía, lo que no hizo el hoy acusado.*

*Y dado que como supra ya se ha reseñado, las perforaciones intestinales no pueden considerarse "complicaciones" en sentido estricto, cabe hablar de lesiones provocadas por el hoy acusado a resultas del empleo de una técnica quirúrgica incorrecta, o por una manipulación incorrecta de la cánula de aspiración, que penetró por donde y hasta donde no debía. Por ello, el origen y principio de todo el cuadro clínico que dio lugar a las complicaciones posteriores y finalmente a la muerte de la Sra. Crescencia, fueron precisamente, esas perforaciones, causando una peritonitis diagnosticada tardíamente (por salida del contenido intestinal a la cavidad abdominal), proceso de extraordinaria gravedad y exponencialmente peligroso para la vida de la paciente, como así se demostró tras 126 días de intervenciones reiteradas para intentar paliar el daño generado por el hoy acusado.*

Respecto de la imprudencia profesional, que es la que se imputa al médico acusado, las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1997 y 27 de marzo del 2002 han precisado que se caracteriza por la inobservancia de las reglas de actuación que vienen marcadas por lo que en términos jurídicos se conoce como "lexartis", lo que conlleva un plus de antijuridicidad que explica la elevación penológica. El profesional que se aparta 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 exigir 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, como ya se ha dicho, los particulares no tienen este deber especial porque carecen de los debidos conocimientos para actuar en el ámbito de los profesionales.

**7.10 SENTENCIA SOBRE LA COMPLEJIDAD DE LA CULPA MÉDICA. Juzgado de lo Penal nº 2, Las Palmas de Gran Canaria, S 13-7-2015, nº autos 369/2013.** Se condena a dos médicos a 2 años y 3 meses de prisión y a 3 años de inhabilitación profesional por un delito de lesiones por imprudencia grave profesional del Art. 152.1 y 3 en el caso de una chica de 31 años que intentó suicidarse con una ingesta medicamentosa de paracetamol presentando antecedentes diabéticos, y luego en la atención médica se produjeron disfunciones e irregularidades que determinaron el resultado de la paciente en situación de coma vegetativo, fijándose una indemnización a favor de la misma de más de 800.000 Euros. El Fallo es plenamente coincidente por lo interesado por el Ministerio Fiscal., si bien no nos consta la firmeza de dicha resolución.

Dice el Juzgador *Este Tribunal, así lo proclama, no está compuesto por médicos, ni siquiera por aficionados a la medicina. Por las antedichas razones, resulta razonable concluir que la fuerza de convicción de una pericia descansa sólo, o casi exclusivamente, en la confianza que el perito pueda despertar en el Tribunal. Aplicando la anterior doctrina al caso de autos, y por las razones antedichas, el único perito que merece verdadero crédito al Tribunal es el judicial, único profesional que carece de vinculación con las partes, y que, al emitir su informe, parece conducirse con verdadera imparcialidad. Aceptamos, por eso, íntegramente las conclusiones de su informe, las cuales no resultan seriamente desvirtuadas por las razones que la recurrente aduce en beneficio propio. En este sentido, y como ya hemos dicho, la única manera de desvirtuar las conclusiones establecidas por el perito judicial, sería demostrando contundentemente que dicho perito yerra, para lo cual se requiere no simplemente la presentación de un informe pericial alternativo, sino la demostración de un error patente por parte del perito de designación judicial, error que este Tribunal no advierte en el dictamen aportado a las actuaciones*

**7.11.- CULPA CIVIL-DAÑO DESPROPORCIONADO. DISTINCIÓN CON LA CULPA PENAL. NO PRUEBA DE LA CORRECCIÓN DE LA INTERVENCIÓN MÉDICA. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA: Sentencia AP Madrid, Sec. 11ª, S 16-11-2015, nº 354/2015, rec. 562/2014**

Dice la sentencia en un caso en que falleció la paciente a la que se realizó una unacolecistectomía por laparoscopia. *“En tales hipótesis, una vez acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación. De otra forma se desconocerían las especialidades de la responsabilidad pública médica y se trasladaría al afectado la carga de un hecho de demostración imposible. Probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible. Así lo demanda el principio de la «facilidad de la prueba», aplicado por esta Sala en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas (pueden consultarse las sentencias de 25 de abril de 2007 y 2 de noviembre de 2007.*

**7.12.- MISCELANEA JURISPRUDENCIAL RECIENTE.**

.- Sentencia JDO. DO PENAL N.3 VIGO.SENTENCIA: 00073/2017 .21 de Marzo (no nos consta firmeza)

El acusado, traumatólogo, El acusado, en el periodo comprendido entre la noche del día 27 de febrero de 2015 y la mañana del día 1 de marzo de 2015, durante el cual la paciente estaba a su cargo, omitió, en términos incompatibles con la exigible "lexartis", la realización de pruebas diagnósticas complementarias, tales como un eco-doppler o una arteriografía/Angio TAC, que

resultaban aptas para descartar la existencia de lesiones vasculares en la arteria poplítea o que permitiesen su diagnóstico y tratamiento en tiempo idóneo, a pesar de que los traumatismos de alta energía en las rodillas llevan asociados, en un gran número de ocasiones, de forma concomitante a otras lesiones multiligamentosas o neurológicas, lesiones vasculares en la poplítea. Como consecuencia de esta conducta, no adecuada a la buena práctica médica, y de la consiguiente falta de utilización de las pruebas diagnósticas precisas y del retraso asociado en el diagnóstico de la lesión traumática en la capa íntima de la arteria poplítea, que originó una trombosis arterial y que evolucionó en una isquemia irreversible, fue finalmente precisa la amputación supracondílea.- por encima de la rodilla.- de la pierna de la paciente Isidora .

No obstante, y aun sospechando la existencia de compromiso vascular y a pesar del tiempo de evolución, con infracción de las normas más elementales de la "lexartis" exigidas en la práctica médica, el acusado permitió que la práctica de esta prueba se demorase hasta las 19:00 horas del día 1 de marzo de 2015, momento hasta el que no se disponía de técnico para su práctica en el referido centro, sin adoptar medidas alternativas posibles tales como el traslado de la paciente a otro centro médico en el que se pudiese proceder a la realización inmediata y sin dilaciones, con el consiguiente riesgo de agravaciones y lesiones irreversibles.

Por lo expuesto, y dada la imposibilidad de re-vascularización y la isquemia severa e irreversible de la zona afectada, a Isidora le fue indicada y practicada la amputación supracondílea del miembro inferior derecho en quirófano, el día 4 de marzo de 2015, pasando a cuidado en la Unidad de Críticos y pasando a planta el día 6 de marzo de 2015, y causando alta hospitalaria el día 11 de marzo de 2015.

## FALLO

Que DEBO CONDENAR Y CONDENO a D. Jesús Carlos , como autor de un delito de lesiones por imprudencia grave con pérdida de miembro principal y grave deformidad de los artículos 152.1.2 ° y 152.1 inciso 3° (imprudencia profesional) del Código Penal , en relación con el artículo 149 del Código penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 2 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión médica por un periodo de 4 años.

En concepto de responsabilidad civil el acusado indemnizará a D<sup>a</sup>. Isidora en las siguientes cantidades

-. TOTAL: 2.154.684,73 EUROS.

Asimismo indemnizará a D<sup>a</sup>. Isidora en los gastos previsibles de asistencia sanitaria, y en el perjuicio patrimonial por incremento de costes de movilidad, en las cantidades que se determinen en ejecución de sentencia.

Dichas cantidades devengarán el interés previsto en el artículo 576 LEC.

De estas cantidades responderán de forma directa, conjunta y solidariamente con el acusado, la entidad Agrupación Mutual de Empresas (AMA) y la entidad Mapfre Seguros de empresas Compañía de Seguros y Reaseguros S.A hasta el límite de sus respectivas pólizas y,

subsidiariamente el Centro Médico El Castro Vigo S.A, teniendo en cuenta que en el caso de las aseguradoras el interés aplicable será el del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguros.

Se impone al condenado el pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

.- Auto ARCHIVO.- ERROR DE DIAGNOSTICO NO RELEVANTE PENALMENTE.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1BURGOS

ROLLO DE APELACIÓN NÚM. 600/16. DILIGENCIAS PREVIAS NÚM. 1051/14.

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚM. 1. BURGOS.

En Burgos, a tres de Enero de dos mil diecisiete.

#### I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

El 12 de Diciembre de 2.013, a las 13:55 horas, acuden al Servicio de Urgencias del HOSPITAL000 de DIRECCION000 , al persistir los síntomas, observándose entonces la inflamación del teste derecho y siendo diagnosticada, por el médico de familia Teodosio , la existencia de una orquitis. Se remite al Servicio de Urología del mencionado hospital.

El 13 de Diciembre de 2.013, sobre las 09:42 horas, acude al Servicio de Urgencias del HOSPITAL000 y se procede a la realización de un estudio diagnóstico basado en un eco Doppler color, informando el Servicio de Radiología la existencia de un cuadro de escroto agudo por torsión testicular. Se le practica al menor Horacio una escrotomía exploradora, descubriéndose entonces la existencia del teste derecho torsionado, isquémico, inviable totalmente por lo que se procede a la orquiectomía o extirpación quirúrgica del testículo derecho. El menor es dado de alta hospitalaria el 14 de Diciembre de 2.013.

La denunciante considera que se ha producido una imprudencia médica constitutiva del delito de lesiones imprudentes, previsto y penado en el artículo 152 del Código Penal .

La imprudencia médica grave 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 "lexartis" conduzcan a resultados lesivos para las personas. A este respecto no se debe obviar que la culpa médica profesional, sobre todo en lo que al nivel de "lexartis" se refiere, no la constituye un mero error científico o de diagnóstico, salvo cuando quede constancia de la existencia de un error cuantitativo o cualitativo de extrema gravedad; y, ello es así, pues la ciencia médica no es una ciencia exacta y no se le puede exigir por ende las exactitudes o precisiones propias de otras ciencias como las matemáticas.

Tras la realización de un estudio comparativo entre la sintomatología, exploraciones físicas y tratamiento de una y otra dolencia (torsión testicular y epidimitis-orquiepidimitis aguda), el informe médico forense concluye, en el presente caso y a la vista del historial médico, diciendo que "la valoración efectuada al entonces menor Horacio , en base al curso del dolor, atípico en el caso de una torsión testicular (cuadro de 48 horas de evolución que se inicia con mínimo dolor

que aumenta progresivamente de intensidad), descarta la presencia de ésta, haciendo el cuadro compatible con una epididimitis aguda".

Añade en sus conclusiones médico forenses que "si bien existió un error de diagnóstico, al interpretar el dolor en testículo como secundario a una epididimitis, la actuación médica fue correcta desde el punto de vista de la lexartis".

Nos encontramos ante un error de diagnóstico provocado por la sintomatología del dolor testicular y su forma de aparecer y evolucionar (decisiva a la hora de orientar el estudio médico), más propia de la epididimitis u orquitis médicamente valorada en el inicio que de la torsión testicular finalmente descubierta, sin que se acredite que los médicos que examinaron al menor hayan infringido en su actuar los deberes objetivos de cuidado que les eran exigibles o hubieran incurrido en una mala praxis médica.

**..- ABSOLUCIÓN CIRUJANO.- REVOCACIÓN DE SENTENCIA POR DELITO DE HOMICIDIO IMPRUDENCIA GRAVESECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL**

En Las Palmas de Gran Canaria, a 30 de junio de 2016.

### **OJO.- IMPORTANTE:**

En cualquier caso, no se puede perder de vista que ese nivel legislativo de reducción de las figuras penales imprudentes, esa clara voluntad despenalizadora que ya fue introducida con el Código Penal de 1995, ha culminado con la entrada en vigor el día 1 de julio de 2015, de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, por la que se deroga el Libro III, y en cuya exposición de motivos, en lo que atañe concretamente a las lesiones por imprudencia, expone ".En cuando al homicidio y lesiones imprudentes, se estima oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil, de modo que sólo serán constitutivos de delito el homicidio y las lesiones graves por imprudencia grave ( apartado 1 del art. 142 y apartado 1 del art. 152), así como el delito de homicidio y lesiones graves por imprudencia menos grave, que entrarán a formar parte del catálogo de delitos leves (apartado 2 del art. 142 y apartado 2 del art. 152 del Código Penal ). Se recoge así una modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal. No toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los arts. 1902 y siguientes del Código Civil , a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad.".

En consecuencia, para apreciar una imprudencia punible es preciso, en cualquier caso, que la omisión de la previsión o de las cautelas exigibles sean de una cierta entidad y reprochabilidad, que sobrepase la mera culpa civil, que en la actualidad comprenderá no sólo los supuestos de

culpa levísima sino también de culpa leve, y además ha de concurrir una relación de causalidad directa e inmediata.

### **...Consentimiento Informado**

La SAP de Murcia, sección 3ª, de fecha 3 de abril de 2012 , significa que ".Hay que reconocer que el consentimiento informado al paciente no es requisito del tipo penal por el que se condena; de ahí que cuando falte sea irrelevante para construir jurídicamente una posible imprudencia médica profesional. La posible falta del consentimiento informado, caso de haberse producido, no es un elemento que integre la figura de la imprudencia sino que se trata de un factor que pudiera afectar a la relación contractual que se da entre el paciente y los facultativos que lo atienden, o que puede servir para configurar una posible infracción de las normas deontológicas de la profesión médica o incluso una solitaria responsabilidad civil.

La falta de consentimiento por sí sólo no genera responsabilidades penales, como señalan las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de junio de 2005 , y la de Islas Baleares de 19 de noviembre de 2004 , que nos dicen: "podemos admitir que la ausencia de información sobre los riesgos de una operación quirúrgica determinan responsabilidades en el campo reparatorio, pero no derivadas de un injusto típico. En estos supuestos, aparte de no cumplir criterios de equivalencia de condiciones fundadas en causalidad adecuada, tampoco se cumplen los criterios de imputación objetiva, pues la falta de información o la realizada de manera inadecuada, no puede generar por lo general responsabilidades penales". Del mismo modo, la existencia de consentimiento informado, no libera al facultativo de incurrir en un delito de homicidio o lesiones por imprudencia profesional ( artículos 142.3 y 152.3 Código Penal ) si en su actuación se aprecia la vulneración patente, clara y manifiesta de la "lex artis ad hoc" (SAP de Alicante. Sección 3ª de 28 de abril de 2005) al señalar que "la negligencia del recurrente no sólo es intensa, sino reiterada, lo que impide aceptar que sus consecuencias no excedan del mero ámbito, estando incurso la conducta de aquél en la esfera penal".

### **Trabajo en equipo. División del trabajo:**

A su vez, el principio de división del trabajo en equipo se ha impuesto en la Medicina moderna como una necesidad y consecuencia, al propio tiempo, del propio progreso científico y de la necesaria especialización, tal principio a la vez que proporciona múltiples ventajas, tales como una distribución razonable del trabajo y concentración de cada miembro del equipo en sus tareas específicas, es asimismo fuente de peligros en temas relativos a la falta de cualificación de alguno de los intervinientes, fallos de comunicación entre ellos o deficiencias de coordinación del propio equipo médico-quirúrgico.

Pues bien, a los efectos de determinar las responsabilidades del equipo médico atendiendo al criterio de división del trabajo, se hace necesaria una primera distinción entre aquellos supuestos de división del trabajo horizontal y la división del trabajo vertical.

En el primer supuesto, ajeno al presente caso, se trata de delimitar las responsabilidades entre iguales profesional mente hablando, como sería el caso del cirujano y el anestesista.

En el segundo, la división del trabajo opera o delimita las distintas responsabilidades del cirujano, en este caso, con aquél personal como enfermeras, ATS, instrumentistas o volantes entre los que existe una relación de supra y subordinación con respecto al médico interviniente.

A su vez, la aplicación de la división del trabajo vertical presupone delimitar las funciones específicas que corresponden al personal sanitario, en cuyo ámbito se puede hablar de plena autonomía y de responsabilidad propia del personal de las enfermeras o equipo auxiliar del cirujano, igualmente y dentro de la división del trabajo vertical, opera el principio de confianza, es decir, que el médico pueda confiar en tal personal para la preparación y asistencia en la intervención siempre que se trate de tareas que le son propias y para las que se encuentran convenientemente instruidas y formadas.

La problemática sobre la delimitación de la responsabilidad penal en la división del trabajo vertical nos lleva a plantear tres cuestiones fundamentales:

1ª La determinación de los deberes de cuidado de las enfermeras, de acuerdo con sus cometidos específicos como consecuencia del principio de división del trabajo.

2ª El alcance del principio de confianza en las relaciones entre cirujano y las Enfermeras.

3ª Las especiales fuentes de peligro que concurren en la división del trabajo vertical y los deberes de cuidado que le corresponde cumplir al cirujano jefe del equipo para neutralizar aquellas.

1ª a) Las enfermeras o ATS forman parte de un colectivo de profesionales sanitarios con responsabilidad propia y tienen cometidos específicos inherentes a la función que desempeñan ya sean funciones de índole general que no afectan directamente al trabajo con el paciente ni al apoyo o colaboración en tareas médicas concretas, tales como: funciones de mantenimiento de las instalaciones sanitarias, la limpieza y desinfección del material quirúrgico, etc. Aquí el deber de la dirección médica se agota normalmente en las órdenes que, con carácter general, se transmiten a la enfermera general, siendo responsable el médico de los fallos en que puedan incurrir las enfermeras si sus órdenes hubieran sido defectuosas e insuficientes.

1ª b) La segunda esfera está relacionada con la asistencia médica al enfermo, tales como cuidado, vigilancia, preparación del paciente en la actividad médico-quirúrgica. En este ámbito jugarán un papel importante el principio de división de trabajo y, con especial intensidad, el de confianza, esto es, el médico podrá confiar, con carácter general, en que la enfermera procederá correctamente en la asistencia médica al paciente, salvo que las especiales circunstancias del caso no permitan justificar tal confianza y reclamen que el médico cumpla con los deberes especiales de vigilancia, control o instrucción del personal sanitario auxiliar.

1ª c) En un tercer ámbito nos encontramos con la actividad auxiliar médica, es decir, con el cometido de las enfermeras que han de ayudar en las acciones propias del médico: como por ejemplo, ordenar y preparar el instrumental médico, la labor de control de las gasas utilizadas en la operación; aquí el problema estriba en delimitar qué cometidos podrá delegarse en las enfermeras, debiendo tener presente que la asistencia de estas en la intervención quirúrgica es marginal, indirecta y mecánica.

La responsabilidad penal de las enfermeras o ATS estará condicionada, en parte, por los cometidos específicos que le son asignados por la normativa sanitaria general y, por otra, por la normativa interna que pueda existir en los centros médicos sobre el funcionamiento de los quirófanos. Entre las primeras, el art. 59 del Estatuto de personal sanitario no facultativo de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social declara como tareas específicas del personal sanitario auxiliar y con plena autonomía, las siguientes: cumplimentar las instrucciones del médico practicar las curas de los operados, preparar cuidadosamente al paciente para las intervenciones médicas... etc. sin perjuicio de tener en cuenta, por otra parte, la posible normativa interna de los respectivos centros hospitalarios.

2ª El principio de confianza en las relaciones entre el cirujano y las enfermeras vendrá dado y será aplicable según las circunstancias del caso concreto en el adecuado grado de responsabilidad profesional de estas últimas en relación a la ayuda y preparación exigida para una concreta operación quirúrgica. El principio de confianza, aplicado a la división del trabajo vertical, permite exonerar de responsabilidad al cirujano si confía con fundamento en el personal sanitario auxiliar cualificado siempre que las tareas encomendadas se encuentren dentro del ámbito de su específica competencia y no suponga, al propio tiempo, dejación específica de aquellas obligaciones profesionales o de vigilancia y control adecuados respecto de sus subordinados o personal sanitario o colaborador.

3ª Por último, no puede pasarse por alto la existencia de lo que se podía llamar fuentes de peligro en la división del trabajo vertical, es decir, de la delimitación de las responsabilidades penales entre el cirujano y el resto del personal sanitario auxiliar en una concreta intervención quirúrgica. Pese a las respectivas competencias que corresponden al citado personal auxiliar, en supuestos tales como la falta de cualificación del personal sanitario, fallos de comunicación o de coordinación del equipo médico-quirúrgico, pueden dar lugar a que el cirujano, en su condición de jefe del equipo sea considerado penalmente responsable si no ha cumplido con sus especiales deberes de cuidado secundarios tales como de instrucción, vigilancia y control del personal sanitario auxiliar. Es decir, el jefe del equipo médico quirúrgico, esto es, el cirujano tiene la obligación de neutralizar las fuentes de peligro que concurran respecto de su personal auxiliar y provenga de la infracción de sus deberes de vigilancia, control o coordinación de la intervención quirúrgica del caso."

Dentro de la división del trabajo en la actividad médico-quirúrgica cabe distinguir dos

En este sentido, sin ánimo de ser exhaustivos, ha de tenerse presente que aunque el cirujano sea el director técnico de la operación quirúrgica, el anestésista en su área especial de actuación conserva su propia responsabilidad. Así, el anestésista tiene obligación, no sólo de suministrar la anestesia al paciente, sino también de prepararle antes de la intervención, realizando las comprobaciones personales necesarias, debiendo de cerciorarse, incluso, de cual es el grupo sanguíneo del paciente, y asistirle en el postoperatorio y en sus incidencias. Durante la intervención ha de estar pendiente de los incidentes que puedan surgir con la administración de la anestesia y con el instrumental utilizado. Tiene como fundamentales cometidos, el empleo y la aplicación de los métodos adecuados para hacer al paciente insensible al dolor, el mantenimiento de las constantes vitales durante la intervención quirúrgica y después de ella, así como la reanimación hasta la superación de la situación crítica. De este modo, la determinación de responsabilidades entre el cirujano y el anestésista, se realiza en base a los principios de confianza y de horizontalidad en la división de trabajo.

## Sentencia ABSOLUCIÓN Y RECVOCA CONDENA POR IMPRUDENCIA GRAVE

### AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA.

#### Sección Segunda.

Rollo de apelación penal núm. 127/2015. En la ciudad de Granada, a treinta de marzo de dos mil dieciséis

Como dice el Tribunal Supremo, la exigencia de responsabilidad penal al médico presenta siempre grandes 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 libertad del médico que nunca debe caer en la audacia o la aventura. La relatividad científica del arte médica (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 impericia o negligencia profesional médica equivale al desconocimiento inadmisibles de aquéllo que profesionalmente debe saberse, se caracteriza por la transgresión de los deberes de la técnica médica, por la evidente impericia del profesional médico que, pudiendo evitar con una diligencia exigible el resultado lesivo o mortal para una persona, no pone a su contribución una actuación impulsada a contrarrestar las patologías existentes con mayor o menor acierto.

~~.- NO POSIBILIDAD DE VALORAR EN 2ª INSTANCIA EN APELACIÓN REVISIÓN DE PRUEBAS PERSONALES QUE NO SE PRACTICAN EN LA APELACIÓN PORQUE ESTÁN VEDADAS... SITUACIÓN DIABÓLICA QUE IMPIDE REVISIÓN DE SENTENCIAS.... APUNTA A POSIBLE CONDENA A ANESTESISTA PERO ALUDE A LA IMPOSIBILIDAD DE CONDENA.~~

AP Cuenca, sec. 1ª, S 15-3-2016, nº 48/2016, rec. 116/2015

Delito de imprudencia médica. Presunción de inocencia. La AP confirma la absolución por delito de imprudencia médica. El hipotético fallo condenatorio que pudiera dictarse en apelación o casación exige indiscutiblemente que haya tenido la persona absuelta la posibilidad de declarar ante el órgano judicial que conoce del recurso por ser éste el que le va a condenar por primera vez (FJ 5).

EN EL MISMO SENTIDO...

AP Córdoba, sec. 3ª, S 15-12-2015, nº 541/2015, rec. 1254/2015

Imprudencia profesional. Valoración de la prueba. La AP confirma la absolución por delito de imprudencia profesional. No cabe alterar en segunda instancia el contenido de un fallo absolutorio cuando el mismo deriva de una convicción judicial edificada sobre valoración, fundamentalmente, de pruebas de contenido personal (FJ 2).

AP Las Palmas, sec. 1ª, S 19-11-2015, nº 264/2015, rec. 409/2015

*Delito de lesiones por imprudencia profesional. Prueba. Corroboración. Elementos del delito. La AP considera corroborado que la prueba practicada determina que existió una vulneración de la "lexartis" por mala praxis médica, la cual se identifica no en cuanto a la técnica empleada en la operación de varices, sino en cuanto a su concreta ejecución defectuosa por el facultativo denunciado (FJ 4).*

fallo:

"Que DEBO CONDENAR Y CONDENO a Higinio como autor criminalmente responsable de un DELITO DE LESIONES POR IMPRUDENCIA PROFESIONAL del artículo 152.1.1 ° y. 3 del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y UN AÑO de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión médica.

"Probado y así se declara que el día 2 de abril de 2.009 en el Hospital General de Lanzarote (dependiente del Servicio Canario de Salud) Sonia, de 37 años de edad, iba a ser intervenida quirúrgicamente de varices por el acusado Higinio, mayor de edad, sin antecedentes penales, - cirujano general y del aparato digestivo en dicho centro, careciendo de la especialidad en cirugía vascular- durante dicha intervención, y omitiendo los más elementales deberes de la lexartis, que como profesional de la medicina le competían, seccionó la arteria femoral, al haber identificado erróneamente las estructuras vasculares de la paciente durante las maniobras de ligadura. El acusado, al percatarse del error de identificación, y consciente de que había ocasionado en Sonia un traumatismo iatrogénico de la arteria femoral procedió a su reparación de inmediato siendo trasladada de urgencia ese mismo día al servicio de Cirugía Vascular del Hospital Dr. Negrín de Las Palmas.

**.- SI EL TRIBUNAL POSPONE UN DÍA LA SENTENCIA PODÍAN HABER VALORADO LA CONDENA POR DELITO DE IMPRUDENCIA MENOS GRAVE....**

AP Madrid, sec. 23ª, S 30-6-2015, nº 480/2015, rec. 954/2015

*Imprudencia profesional. Prueba. La AP estima el recurso de apelación interpuesto por el condenado por un delito de imprudencia profesional al desechar la conducta negligente, pero entiende el Tribunal que sí puede hablarse de una falta de imprudencia porque el acusado no adoptó las medidas oportunas en el momento de la realización de la actuación médica (FJ 5).*

... Con fecha 30 de julio de 2008, Estefanía, mayor de edad, acudió a la Clínica odontológica sita en la calle madrileña de Carrero Juan Ramón nº 7, propiedad del acusado Ricardo, nacido en Colombia y con nacionalidad española, mayor de edad y sin antecedentes penales, ejecutoriamente condenado por sentencia firme de 14 de julio de 2008, por un delito de intrusismo, para que le empastaran la pieza 47 de la boca-muela, siendo atendida por el acusado, quien en el momento de los hechos no tenía titulación homologada en nuestro país que le permitiera ejercer como odontólogo, a pesar de lo cual le practicó el empaste en la citada pieza dental, sin llevar a cabo las medidas más elementales de la profesión médica, faltando así en su proceder a la lexartis, en primer lugar, por exceso de material de empaste en la zona, y en segundo lugar, al no practicarle pruebas complementarias, tras volver Estefanía con dolores en la zona, para evitar infecciones secundarias y complicaciones posteriores.

Por lo anterior, al día siguiente, 31 de julio de 2008, al sentir Estefanía fuertes dolores en la zona empastada, acudió, de nuevo a la clínica dental, manifestándole el acusado que era debido a que el empaste había quedado muy alto, procediendo a rebajárselo; volviendo a rebajarle más el empaste, debido a que había aplastado los ligamentos del nervio por exceso de material del empaste en la pieza 47; regresando a las 22 horas, porque seguía igual, dándole Nolotil, regresando Estefanía a su domicilio.

A partir de ese momento, y debido a que Estefanía seguía con dolores e inflamación en la zona empastada

... el FALLO es de tenor literal siguiente: "Que debo condenar y condeno a Ricardo como autor de:

-un delito de intrusismo, ya definido y con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal atenuante simple de dilaciones indebidas y agravante de reincidencia, a la pena de ocho meses de multa con una cuota diaria de 15 Eur., con responsabilidad personal legal subsidiaria en caso de impago y al pago de las costas, incluidas un tercio de las costas de la acusación particular.

-un delito de lesiones por imprudencia grave, ya definido y con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante simple de dilaciones indebidas, a la pena de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de odontólogo durante dos años. Y

**„, Pues bien, entendemos que con esa prueba pericial no se puede llegar a una conclusión condenatoria como lo hace la sentencia, estimándose que se ha incurrido en un claro error en la apreciación de la prueba. No existe en las actuaciones ninguna prueba pericial que con la suficiente certeza y convicción, y es preciso recordare que nos encontramos en un procedimiento penal, nos asevere de manera rotunda que la aparición de la infección se deba claramente a una actuación negligente o a una mala praxis profesional por parte del acusado, pues ni los cirujanos que intervinieron quirúrgicamente a la denunciante, ni los especialistas de la Clínica Médico Forense, ni el propio Médico Forense, y ni la perito propuesta a instancia de la defensa puede explicar de una manera rotunda que dicha infección se deba exclusivamente a la actuación médica del acusado, y ello a pesar de haber intervenido a la paciente, de haberla explorado, y de haber examinado y analizado toda la historia y documentación clínica de la denunciante**

**... Es decir, existe una actuación del acusado que incide directamente en la paciente, la realización de un empaste, y existe un resultado lesivo, pero lo que no se ha acreditado es la relación de causalidad directa entre tal conducta y el mencionado resultado. No dudamos en ningún momento de los síntomas que presentaba la paciente, de los dolores que padeció durante todo este periplo desde que acudió a la consulta del acusado, y no dudamos en modo alguno, como no lo hace el recurso, de la existencia de las lesiones y de las secuelas que padece como consecuencia de las mismas, así como de los tratamientos de todo tipo que ha tenido que sufrir durante todo este tiempo.**

**Pero en modo alguno, podemos descargar la responsabilidad penal, insistimos en el aspecto penal, en el acusado, pues no existe prueba pericial que así lo evidencie, y tampoco**

podemos achacar ni calificar de imprudente dicha conducta por el hecho de que se le haya condenado también por un delito de intrusismo profesional al carácter del título profesional exigido para el desempeño de la función de odontólogo, pues en este sentido expuesto, de la pura valoración de la imprudencia o negligencia, no se puede imputar de forma directa ni afirmar que al no existir el título correspondiente ya de manera automática se haya cometido o se haya incurrido en una imprudencia, entre otras cosas porque, es de todos sabido, que la realización de un empaste no requiere una especialísima preparación médica pues es una actuación que no es complicada desde el punto de vista médico, debiendo tenerse en cuenta además que el acusado, condenado anteriormente por intrusismo, ya se dedicaba también a la práctica de esta especialidad médica, lo cual es ratificado por la propia denunciante que señala cómo anteriormente ya trató alguno de sus familiares.

En consecuencia, hemos de desechar la conducta negligente, desde esta perspectiva, en la actuación del acusado, y por lo tanto, no se observa la existencia de un delito de lesiones por imprudencia del [artículo 152 del Código Penal \(EDL 1995/16398\)](#), aunque sí podría hablarse de una falta de imprudencia del [artículo 621 del Código Penal \(EDL 1995/16398\)](#), desde el punto de vista de que el acusado no adoptó las medidas oportunas en el momento de la realización de la actuación médica, de la colocación del empaste, con la finalidad de cerciorarse del estado de la muela, y si existía algún tipo de patología que pudiera impedir o incidir de manera negativa en esa actuación y que podría traer consecuencias lesivas como las que se produjeron

**Curiosidad. – Si hay Intrusismo y no es profesional. ¿Es posible la condena a inhabilitación profesional del Art 152.3 del c.p.?**

**SEXTO.-** En el apartado quinto del recurso se alega la incompatibilidad entre la comisión de un delito de lesiones por imprudencia del [artículo 152.3 del Código Penal \(EDL 1995/16398\)](#) y el delito de intrusismo profesional por el que también se ha condenado al acusado, pues si no se puede ejercer una determinada profesión porque no se tiene el título habilitante para ello, lo cual da lugar, esencialmente a la comisión del delito de intrusismo profesional, difícilmente podrá condenarse por una imprudencia profesional,

El argumento desde el punto de vista dialéctico no podemos dejar de afirmar que es impecable, y ciertamente ha de distinguirse entre lo que se denomina la imprudencia profesional (atinente a una determinada profesión) y la imprudencia del profesional en la que no se tiene en cuenta esa determinada y concreta profesión. Sin embargo no podemos estar totalmente de acuerdo con el motivo que se expone en el recurso.

En el presente caso es claro que el acusado no podía ejercer "formalmente" la profesión de odontólogo por cuanto que no había superado todavía todas las asignaturas que en España se exigen para la obtención del mismo. Ahora bien, desde otro punto de vista, se ha acreditado que el acusado realizó una conducta de carácter negligente, y que hemos expuesto anteriormente, actuando como si fuera un odontólogo, como si ya hubiera obtenido, desde el punto de vista académico, el título relativo a dicha profesión, por lo que en cierta forma esa negligencia ha de relacionarse de manera directa con tal profesión, y en consecuencia procede aplicar la agravación prevista en el [artículo 152.3 del Código Penal \(EDL 1995/16398\)](#), y por lo tanto llevaría consigo la pena de inhabilitación para el ejercicio

de la profesión o en su caso, si no la tuviera, la privación durante ese tiempo de obtenerla, y de acuerdo con ello, la sentencia dictada sería correcta al condenar e imponer tal pena de carácter accesorio. Ahora bien, como esta Sala ha entendido que la conducta negligente llevada a cabo por el acusado no es constitutiva de delito sino de falta del [artículo 621 del Código Penal \(EDL 1995/16398\)](#), dicho precepto no prevé de manera expresa la condena de inhabilitación especial para una determinada profesión, por lo que procede su eliminación de la parte dispositiva de la sentencia.

.- IRRETROACTICIDAD DE LAS NORMAS FAVORABLES

AAP, Penal sección 3 del 09 de febrero de 2017 ( ROJ: AAP MURCIA 68/2017 - ECLI:ES:APMU:2017:68A)

Sentencia: 85/2017 | Recurso: 876/2015 | Ponente: JUAN DEL OLMO GALVEZ

QUINTO: En este caso, atendiendo a los extremos expuestos, tanto fácticos como jurídico-penales, no cabe apreciar razón y fundamento válido para proseguir la causa penal, dado que no se aventura quepa profundizar, más allá de lo actuado y analizado en su proyección jurídico-penal, especialmente considerando el informe médico-forense emitido y la historia clínica recabada, que pueda existir un comportamiento susceptible de ser considerado como falta de omisión o imprudencia grave, y que de la misma pudiera derivarse como causa directa el fatal fallecimiento del familiar del denunciante.

**¿Y cabe preguntarse, PORQUE NO SE HA EVALUADO COMO MENOS GRAVE? Siempre partiendo que el canon de evaluación es de la Imprudencia grave, en cuyo caso la retroactividad es favorable y permitida en virtud del Art 2.2 del c.p.**

**Motivación de la gravedad devaluada que en todo caso su núcleo de imputación es de imprudencia grave**