

EL DERECHO PENAL
Y SU RELACION CON EL EJERCICIO DE LA MEDICINA
Mención especial de su incidencia en las Unidades de Urgencias

Juan Siso Martín E. Mail: paracelso2000@gmail.com

Una reflexión para empezar

No hay peor lucha que aquella en la que uno se enfrenta con lo inevitable. Esta es la situación del médico ante el hecho de que sus pacientes son mortales y la circunstancia de que en ese momento final puede estarle esperando al facultativo alguien para exigirle responsabilidad.

Es necesario, ante este hecho, romper el maleficio de la antinomia médico – jurista, en el sentido de que el segundo de ellos no descansa hasta buscar la ruina del primero. Es preciso entender esta relación, por el contrario, bajo una sintonía del médico guiado por su abogado en el tránsito por los intrincados caminos del mundo jurídico. La entrega del jurista y su interés han de ser, en justa correspondencia, parejos a los que el galeno pone en conducir a aquel en la relación asistencial.

No se trata de sorprender y castigar a alguien por un fallo, sino a ayudarle a que eso no suceda. El Derecho bien entendido, en definitiva, siempre ha sido un instrumento de convivencia. Hay que cambiar la idea de la amenaza jurídica por la de la ayuda jurídica.

De dónde venimos

Gregorio Marañón, en 1935, en su obra “Vocación y Etica” escribió que exigir cuentas a un médico por un fracaso científico es un disparate y algo inaceptable. Estimaba que el enfermo estaba obligado a asumir un potencial margen de error en la Medicina y en el médico mismo, de la misma manera que debía de aceptar su enfermedad. Manejaba, incluso, argumentos como que la

responsabilidad podía provenir de la Universidad y su profesorado que no formaron adecuadamente al médico en cuestión.

Este viejo dogma, ligado sin duda al origen sagrado de la Medicina y su función de tarea sacerdotal, se fue quebrando con la progresiva asunción de responsabilidad. Comenzó esta trayectoria en el orden civil, el más “leve” de los modos de exigencia y en busca, exclusivamente, de compensaciones de tipo económico. Hoy esta exigencia se expande en todas las direcciones jurisdiccionales alcanzando, también, a la que se entiende como última ratio o vía de mínimos: el ámbito penal.

EXPOSICION PREVIA: FORMAS DE EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD

El Derecho es hoy una materia relacionada con el ejercicio de cualquiera de las actividades profesionales de la vida diaria, desde su concreto papel en la regulación de nuestra simple condición de consumidores, hasta su relevante influencia en profesiones decisivas en nuestra sociedad: la Medicina, la Arquitectura, la Economía etc.

En este contexto una función destacada del Derecho es configurar un sistema de responsabilidad por los eventuales errores, negligencias o impericias que en el ejercicio profesional puedan ser cometidas. Pero ha de delimitar, también, los supuestos en los que un ciudadano puede reclamar a la Administración Pública por un daño causado por uno de sus profesionales en el desarrollo del servicio que presta a aquella.

Los terrenos en los que puede manifestarse la responsabilidad de los profesionales sanitarios son los siguientes:

A/ Responsabilidad Moral

B/ Responsabilidad Legal

Civil
Patrimonial
Corporativa
Profesional
Penal

La R. Moral es la exigible en conciencia y se sustenta en normas de la Ética y de la relación humana.

La R. Civil se fundamenta en el artículo 1.902 del Código Civil y obliga a reparar aquellos daños y perjuicios producidos de forma culposa o negligente. Se basa en el principio general de no dañar a otro y en la vinculación causal del daño a la conducta del agente. Supuesto típico son las indemnizaciones por accidentes de la circulación.

La R. Patrimonial. Surge el resarcimiento a un particular, por parte de la Administración, como consecuencia de un daño causado a aquel y sin obligación de soportarlo, por parte del ciudadano, con independencia de si la actuación del servicio público fue correcta o incorrecta. Esta ausencia de obligación de soportar excluye supuestos como una multa.

La R. Corporativa hace referencia a los patrones deontológicos bajo los cuales ha de ser ejercida una determinada profesión. Se trata de garantizar unos niveles mínimos de ética en el desempeño de la Medicina, en nuestro caso. Es exigible, esta responsabilidad, por los Colegios Oficiales a través de sus Comisiones Deontológicas.

La R. Profesional se ciñe al ámbito disciplinario, respecto de aquellas exigencias que pueda la Administración hacer a los profesionales que de ella dependen por acciones u omisiones indebidas de aquellos.

La R. Penal surge por la comisión de un ilícito penal (delito o falta) de forma dolosa o culposa, es decir mediando intención o simple descuido. Puede deberse a acción o simple omisión, estando la declaración de tal responsabilidad sujeta a ciertos principios (legalidad, tipicidad y culpabilidad, básicamente). Asociada a esta responsabilidad aparece, frecuentemente, la civil subsidiaria, que puede tener, también, existencia autónoma.

¿ Cómo puede un profesional de la Medicina verse afectado por estas distintas categorías de la responsabilidad, en lo que al ámbito legal se refiere?

- Un profesional libre puede verse demandado por Responsabilidad Civil, Corporativa y Penal, pero no por la Patrimonial (sólo puede demandarse a la Administración por esta vía) ni por la Disciplinaria (por carecer de una relación de dependencia).

- Un médico al servicio de un centro sanitario privado se puede ver afectado por todas las categorías de la Responsabilidad, excepto por la Patrimonial (por la razón ya expuesta).

- El facultativo dependiente de la Sanidad Pública puede resultar afectado por todas ellas, excepto por la Civil (actualmente). Por la Corporativa en función de su condición de colegiado: por la vía profesional en base a su relación de dependencia con la Administración sanitaria y en el ámbito penal por una demanda del ciudadano perjudicado presentada en dicha sede judicial. Por la Patrimonial puede verse afectado indirectamente al ser condenada la Administración y, en determinados supuestos, reclamarle aquella al médico el importe de lo pagado al perjudicado por el daño ocasionado.

LA RESPONSABILIDAD PENAL

La actuación del médico puede ser objeto, ocasionalmente, de reprobación por distintos motivos y así el reproche es posible dirigirlo por diferentes vías: La disciplinaria y la penal, fundamentalmente. En el primer caso será la organización para la que el facultativo presta servicios quien le exija responsabilidad y en el supuesto penal tal responsabilidad se depurará ante un tribunal por imputación del fiscal o de una acusación particular. Estas dos últimas formas pueden ser simultáneas e incluso concurrir junto con la vía disciplinaria.

Es preciso dejar constancia de que aún cuando se inicie un numero relativamente importante de litigios solamente prosperan, a favor del demandante, en torno a un tres por ciento.

Hay que dejar precisado, no obstante, que el Derecho Penal es una vía de mínimos; es decir que su utilización conviene sea restringida a los casos de mayor gravedad y alcance social.

Las leyes suelen ser el eco en el Congreso de la valoración social de aquellos asuntos que afectan a la ciudadanía y responden, así, a la importancia que en cada momento merecen. De esta forma el Código Penal vigente (Ley 10/1995) responde a la actual sensibilización social respecto de la práctica asistencial y los llamados errores médicos con un auténtico arsenal de preceptos dedicados a estas cuestiones, aumentando, sin duda, el control legal sobre el ejercicio de la Medicina.

Dedica a esta profesión, el citado cuerpo normativo, nada menos que 33 artículos de forma específica, es decir sin contar los delitos y las faltas que pueden atribuirse al médico de la Sanidad Pública por su condición de funcionario (que penalmente, desde luego, le es atribuible). Es la profesión médica la que , de entre todas las recogidas en el texto legal, merece más exhaustiva atención. Esta atención reviste tonos de rigor en las penas que aplica, pues sumadas todas ellas (en las conductas de los profesionales sanitarios) en su grado máximo totalizan 102 años de prisión, 124 de

inhabilitación profesional y varios millones de euros en multas, responsabilidad civil aparte. Voy a darles cuenta del tratamiento de estas cuestiones en el Código vigente, de 1995, con las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 15/1993 de 25 de Noviembre, con vigencia desde el 1 de Octubre de 2004.

PARTICULARIDADES EN LAS UNIDADES DE URGENCIAS

En primer lugar es preciso decir que no existen figuras delictivas específicas de estas Unidades, pudiendo acaecer en las mismas cualquiera de las acciones generales que vamos a ver en lo sucesivo y que tienen repercusión sobre la vida o la salud de las personas y que tienen como escenario un centro sanitario: homicidio, lesiones, aborto o incluso una falsedad documental. Es necesaria, por ello, una visión general de las conductas punibles y su tratamiento, dejando, eso sí, constancia de las peculiaridades y consideraciones especiales que merecen las Unidades de Urgencias respecto de la actividad desarrollada en las mismas y su visión por la jurisprudencia.

Motivos de condena en la actuación dispensada

Los tribunales entienden que el profesional de la Urgencia, igual que cualquier otro, es responsable por haber actuado negligentemente o con notoria desatención, pero no se le puede exigir responsabilidad por una equivocación simple en la que cualquier profesional podría haber incurrido. En concreto no es punible, en principio, el mero error diagnóstico y menos aún cuando se produce por falta de sintomatología clara de la enfermedad o cuando aquella resulta enmascarada con signos más evidentes propios de otra patología.

Surge siempre, una vez conocidos los hechos en su totalidad y el desenlace de los mismos, la interrogante de cómo el profesional pudo haber pasado por alto cuestiones que ahora parecen evidentes. Es preciso tener en

cuenta, y los tribunales lo hacen, que la valoración ha de hacerse con los componentes de tiempo, lugar y medios que había en el momento de los hechos y no cuando la solución es conocida.

Hay unos casos, no obstante en los que se repite la condena por una conducta omisiva del profesional, que perjudicó al paciente: Así cuando:

- ❑ La atención debió de ser dispensada por un especialista y no se hizo la oportuna llamada o derivación desde la Unidad de Urgencias. Así sucede cuando acude el paciente con un cuerpo extraño en la garganta y surgen complicaciones en su extracción.
- ❑ No se realizaron al paciente pruebas que siendo necesarias son, además , sencillas y asequibles en cualquier centro. Es el caso de omitir un ECG para descartar una duda diagnóstica.
- ❑ Se perjudicó al paciente por desconocer una información que consta en la historia clínica existente en el mismo centro sanitario. Salvo que pueda argüirse (y demostrarse) una urgencia vital es difícil eludir la condena en casos así.

Motivos de apreciación de exención o minoración de responsabilidad

Es de sobra conocido por los tribunales el hecho de las condiciones en las que se presta la atención en las Unidades de Urgencias. Sin que ello suponga, en modo alguno, una impunidad para sus profesionales lo cierto es que no puede exigirse a éstos la misma apreciación y acierto que si su trabajo fuera prestado en otras condiciones. Los tribunales valoran como elementos de distorsión, en el sentido expresado los siguientes:

- ❑ La presión asistencial con la que funcionan estas Unidades frecuentemente.
- ❑ La escasez de medios para atender asuntos de toda índole, sobre patologías de la mayor disparidad.

- La formación de los profesionales inevitablemente carente en su conjunto de todas las especialidades.
- La premura consustancial a este tipo de Unidades, en donde las decisiones, a menudo de grave trascendencia, han de tomarse sin el mínimo sosiego.

Pues bien, tras estas matizaciones concretas, pasemos a la exposición.

UNAS PRECISIONES DE CARÁCTER GENERAL

Cualquier Obra de Derecho Penal contiene una parte general y otra especial en la que se detallan las figuras ilícitas y su tratamiento normativo. Es necesario, pues ordenar la exposición de esta manera, si bien por la obligada brevedad de este trabajo he de acometerlo de forma esquemática.

Formas de Culpabilidad

En nuestro Derecho Penal se admiten dos variantes bien diferenciadas:

- **DOLO:** Es la conducta de quien sabe lo que hace y quiere hacerlo
Directo, cuando hay seguridad (o se busca) en el resultado buscado
Eventual, el resultado es posible y se acepta tal posibilidad

Ejemplo del primero sería el acechar a la víctima para dispararla, mientras que incurre en el segundo quien coloca cebos envenenados para cazar una alimaña pero conoce el riesgo de que otro animal pueda comerlo y a pesar de ello pone los cebos.

- **IMPRUDENCIA:** Incurre en ella quien omite la diligencia debida

El resultado es improbable y se trata de evitar, aún en la conciencia de su posibilidad. La conducción temeraria es ejemplo de ello.

Leve, es la omisión de la atención normal, un descuido de pequeño alcance. Es muy importante señalar que requiere un resultado dañoso para ser punible y que no puede perseguirse de oficio, sólo a instancia del perjudicado.

Grave, es la omisión del cuidado exigible al menos diligente. Se trata de una actuación caracterizada por ser irreflexiva. También requiere de un resultado dañoso para ser punible.

Profesional, admite dos variantes: cuando no se aplican, por desconocerse, reglas o técnicas elementales o cuando conociéndose no se ponen en práctica. La caracterización deviene por surgir en el ejercicio profesional, en realidad es una agravante de una conducta imprudente en el uso del oficio. También requiere resultado dañoso.

Dejando aparte algunas formas delictivas muy específicas, la imprudencia es la forma ordinaria de comisión de los actos ilícitos sanitarios, si bien hay que dejar constancia de que para que sea punible cualquier conducta imprudente es necesario que concurren los siguientes requisitos:

- ✓ Voluntariedad en la acción o en la omisión
- ✓ Infracción de un deber objetivo de cuidado
- ✓ Daño efectivo y concreto en la salud de alguien
- ✓ Relación de causa – efecto entre los anteriores
- ✓ Ausencia de dolo o malicia en el autor

Conductas del autor o formas de comisión del ilícito

- **POR SU GRAVEDAD**

Delitos o Faltas, variando el criterio diferenciador según el tipo de delitos de que se trate: Cuantía económica en los patrimoniales, tiempo de curación en los de lesiones etc.

Se define tradicionalmente el delito como *acción* (u omisión) *antijurídica* (contraria a Derecho), *típica* (conductas previamente definidas: tipificadas), *culpable* (cometida mediante dolo o culpa) y *punible* (sobre cuyo autor puede recaer una condena).

- **POR LA FORMA EN QUE SON COMETIDOS**

Delitos de Acción, cuando la comisión supone el hacer lo prohibido

Delitos de Omisión, suponen omitir hacer aquello que está mandado

Delitos de Comisión por Omisión, en estos casos hay una conducta omisiva con la que se consigue como resultado lo prohibido.

Formas de participación en la comisión delictiva

- **AUTORIA.** Es la conducta del ejecutor material del acto
- **INDUCCIÓN.** Supone el convencer al autor para que lleve a cabo lo prohibido. Persuadir, convencer de la ejecución criminal.
- **COOPERACIÓN NECESARIA.** Consiste en la ejecución de acciones o de omisiones sin las cuales el acto ilícito no sería posible.
- **COMPLICIDAD.** Cualquier conducta activa u omisiva en sintonía con el autor, que no suponga ninguno de los casos anteriores.

El mayor reproche penal es para los tres primeros grupos que llevan pena en el mismo grado, se equipara el segundo y el tercero a la autoría

Grados de ejecución del delito

- **DELITO CONSUMADO.** Cuando se han producido los resultados buscados
- **DELITO FRUSTRADO.** A pesar de haber ejecutado el autor todas las acciones tendentes a producir el delito éste no ha tenido lugar por causas ajenas a su voluntad (un disparo errado, por ej.)
- **DELITO EN GRADO DE TENTATIVA.** Es el caso de no haber podido el autor desarrollar todas las acciones delictivas, por causas ajenas a su voluntad. (le arrebatan el arma antes de dispararla, por ej.)

Circunstancias modificativas de la culpabilidad

Se trata de aquellas que cuando concurren en el autor del ilícito son capaces, según cual de ellas concurra y las condiciones en las que lo haga, de hacer desaparecer la culpabilidad de aquel o de atenuarla o agravarla.

- **EXIMENTES.** Eliminan el reproche penal
 - Inimputabilidad en el sujeto (un enfermo psicótico)
 - Trastorno mental transitorio (que sea capaz de anular al sujeto)
 - Intoxicación plena (no buscada ni previsible)
 - Defensa propia (con la concurrencia de ciertas condiciones)
 - Estado de necesidad (imposibilidad de actuar de otra forma)
 - Miedo insuperable (es capaz de impedir el discernimiento)
 - Cumplimiento de deber inexcusable o ejercicio de cargo (un verdugo)
- **ATENUANTES.** Disminuyen la pena a aplicar
 - Cualquier supuesto anterior que se presente de forma incompleta

Arrebato u obcecación (que no llegue a trastorno mental transitorio)

Arrepentimiento espontáneo (se entrega antes de ser localizado)

Reparar espontáneamente daños o minorar efectos del delito

- **AGRAVANTES.** Suponen un incremento en el castigo penal
 - Alevosía (garantizar la comisión delictiva sin riesgo)
 - Disfraz (buscando el evitar ser reconocido el autor del delito)
 - Abuso de superioridad (busca indefensión en la víctima)
 - Percibir precio, recompensa o promesa por la ejecución delictiva
 - Ensañamiento (aumentar el dolor o los daños de la víctima)
 - Actuar con móvil discriminatorio por raza. creencias etc.
 - Abuso de confianza (prevalerse de esa situación hacia la víctima)
 - Prevalerse el autor de su carácter público (autoridad, funcionario)
 - Reincidencia (haber incurrido con anterioridad en tales conductas)

- **CARÁCTER VARIABLE**

Según la acción delictiva de que se trate y sus circunstancias puede actuar como atenuante o agravante el hecho de tener la condición de cónyuge, hermano, ascendiente o descendiente de la víctima.

Extinción de la responsabilidad penal

Supone que por la concurrencia de alguna de las causas que vamos a ver, desaparece la posibilidad de perseguir la imposición o el cumplimiento de la pena.

- MUERTE DEL REO
- CUMPLIMIENTO DE LA CONDENA
- INDULTO
- PERDON DEL OFENDIDO (En delitos perseguidos por denuncia)
- PRESCRIPCIÓN DEL DELITO (paso del tiempo sin perseguirlo)
- PRESCRIPCIÓN DE LA PENA (paso del tiempo sin aplicarla)

La figura de la Prescripción

Recién mencionada haré una breve exposición, obligada por la sustantividad y trascendencia de esta figura.

Por razones de seguridad jurídica y de utilidad social no pueden encontrarse vigentes indefinidamente las responsabilidades y por ello se aplica el instituto jurídico de la prescripción.

- Delitos de imprudencia: prescriben a los 5 años, cuando la pena asignada oscila entre 3 y 5 años o en 3 años si aquella fuere inferior
- Faltas de imprudencia prescriben a los 6 meses

La prescripción de los delitos, comienza a correr desde la comisión del hecho hasta la celebración del procedimiento o la interrupción del mismo. Pasados los plazos citados no es posible la imposición de pena.

- Penas superiores a 3 años prescriben a los 10 años
- Penas inferiores a 3 años prescriben a los 5 años
- Imprudencias leves prescriben al año

La prescripción de las penas supone el que pasados los plazos citados ya no puede forzarse el cumplimiento de aquella. El plazo comienza a correr desde la fecha de la sentencia o de la del quebrantamiento de condena

LAS NOVEDADES. CLAROSCURO LEGAL

Es preciso comentar, siquiera brevemente, el tratamiento de algunas figuras que o aparecen de nuevo en este texto actual (los días multa, por ejemplo) o tienen un tratamiento distinto respecto de la anterior redacción normativa (la responsabilidad subsidiaria de la Administración, por ejemplo). Veamos sus figuras concretas:

□ LA INHABILITACIÓN PROFESIONAL O EL PELIGRO DEL DESEMPLEO

Es en el apartado de las penas en donde aparece una de las novedades más peligrosas del nuevo Código. Concretamente la pena de inhabilitación especial del médico, que puede llegar a hacerle cambiar de profesión. Esta sanción se prevé, generosamente, no ya sólo para los supuestos dolosos, sino también para aquellos otros de imprudencia profesional: tres supuestos por omisión de socorro o seis por imprudencia con resultado de muerte. El médico, en algunos casos, puede llegar a librarse de la prisión pero le acechará el desempleo.

Se han reducido las penas de prisión, en términos generales, en su duración, pero dicho este aserto positivo hay que dejar constancia, no obstante, de que la práctica totalidad de las conductas imprudentes traen consigo la inhabilitación profesional del causante del daño. Cuando tenemos penas de esta índole que alcanzan los seis años, como hemos visto, y las instalamos en un colectivo profesional afectado por un empleo no siempre estable el resultado es alarmante.

No hay que olvidar, por otra parte, que la pena de inhabilitación, en su actual regulación, tiene carácter de principal y no de accesoria, con lo cual aún cuando no se cumpla la pena de prisión (bajo las condiciones que enseguida veremos) habrá de hacerlo el profesional con la de inhabilitación que se le pudiera haber impuesto. De ser accesoria (como ocurría en la anterior regulación) seguiría igual suerte que la principal de prisión (no cumplirse tampoco), cosa que ahora no ocurre al ser ambas independientes.

□ LAS PENAS LEVES PUEDEN EVITAR EL INGRESO EN PRISION

Se introduce en el Código Penal vigente la atractiva posibilidad de que el condenado a penas de prisión pueda no ingresar en ella. Los requisitos para ello son los siguientes:

- Pena privativa de libertad de duración inferior a dos años.
- Tener el condenado la condición de reo no habitual
- Haber resarcido las consecuencias económicas del hecho dañoso.

La pena carcelaria se puede sustituir, teniendo en cuenta la personalidad del condenado y las circunstancias concurrentes en el delito, por trabajos en beneficio de la comunidad o por multa pecuniaria. En el primer caso cada día de trabajos equivale a un día de prisión y cada dos días de multa a un día, también, de prisión.

En el Código anterior no alcanzaba este beneficio hasta los dos años de condena quedando limitado a uno sólo. Cabe añadir que los delitos derivados de imprudencia es normal que lleven aparejadas estas penas menores y que tales conductas, por otra parte, no generan antecedentes penales.

□ NO SE CUBRE LA RESPONSABILIDAD POR FALTA: ORDAGO A CHICA

Conforme a la actual redacción del Artículo 121 del Código Penal la Administración Pública responde subsidiariamente en el terreno económico, respecto de las conductas dañosas de sus empleados (siempre que actúen en el desempeño de sus cometidos públicos) sólo en el caso de que aquellos hubieren incurrido en delitos (dolosos o culposos), pero no cuando hubieren cometido faltas, es decir los “pecados veniales” de las conductas ilícitas en el terreno penal.

No puede menos que sorprender el hecho de que queden sin protección las faltas, infracciones de menor entidad y mucho más frecuentes que los delitos y que en el anterior texto penal eran objeto de igual protección. Un leve

descuido, una negligencia de escasa entidad son suficientes para que surja esta problemática situación para el profesional.

El precepto referido, aún instalado en una norma de carácter penal, tiene naturaleza civil y rompe el sistema general de responsabilidades de los entes públicos privilegiando, inexplicablemente, a la Administración Pública. Surge este privilegio, precisamente, del perjuicio de las otras dos partes implicadas en un supuesto de responsabilidad penal: el autor causante del daño y el perjudicado por aquel. Es evidente el perjuicio del primero por el hecho de que queda en descubierto y con la única protección personal que su peculio o un aseguramiento, previamente suscrito, le puedan deparar. Respecto del segundo (el perjudicado) debe advertirse que si el Estado no responde (en los supuestos mencionados de falta) y el autor del daño es total o parcialmente insolvente se obliga al perjudicado a un peregrinaje jurisdiccional dirigido a la obtención del resarcimiento pretendido.

Es cierto que las Administraciones Sanitarias disponen, en su mayoría, de seguros de responsabilidad para atender estos casos, pero puede no ser así, en casos concretos, y la utilización de la vía penal para obtener el resarcimiento es frecuente. Es, en efecto, un recurso jurídico fácil y socorrido pues con solamente obtener del juez una declaración de culpabilidad (aún de mínima intensidad) ya se abre la vía indemnizatoria, sin que sea precisa la previa determinación de prisión para el autor del daño.

Esta sorprendente ausencia de las faltas entre los supuestos causantes de indemnización a cargo de la Administración reclama (en defecto de una reforma legal que las incluya) una interpretación integradora del precepto normativo, en el sentido de entender que acoge la responsabilidad subsidiaria del Estado por cualquier infracción penal, al considerar que utiliza el concreto término "delito" en dicho genérico sentido. Se pronunció siguiendo este criterio el Tribunal Supremo en una sentencia de 11 de Enero de 1997, preconizando una interpretación analógica extensiva del vocablo delito asimilándolo a infracción criminal.

□ LA LOCALIZACIÓN PERMANENTE. EL PROFESIONAL A BUEN RECAUDO

Otra novedad, esta vez en la reforma del año 2003 del Código Penal, es la introducción de la pena de localización permanente. Supone la obligación del condenado de permanecer en su domicilio (o en el lugar fijado por el juez en la sentencia) por un período máximo de 12 días. Oído el condenado puede autorizarse el cumplimiento de forma fraccionada o durante sábados y domingos.

Resulta evidente el propósito de este nuevo sistema que trata de no contaminar de tinte carcelario a personas ajenas a dicho medio, tratando de que, por otra parte, no se desarraiguen de su dedicación profesional. Coincide esta medida de política penitenciaria, por otra parte, con la de permisos de fin de semana a los reclusos de determinados grados de cumplimiento carcelario.

□ TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

No pudiendo imponerse sin consentimiento del condenado le obligan a realizar acciones no retribuidas de utilidad pública, que podrán consistir en reparar los efectos del delito o asistir a las víctimas. Se llevan a cabo bajo la supervisión de un Juez de Vigilancia Penitenciaria y tienen sus condiciones legalmente fijadas.

□ LOS DIAS MULTA. CADA UNO SEGÚN SU BOLSILLO

Es, asimismo, novedosa la forma de prever la pena de multa, mediante el nuevo sistema de días multa. Consiste en la fijación de una cuota (un multiplicador) que el juez fija entre 2 y 400 euros por día (en función de las posibilidades económicas del condenado) que se aplica sobre el tiempo fijado para la sanción, desde 30 días a 10 años. La cuantía tiene como referentes el daño causado o el beneficio obtenido por el condenado.

Esta pena es aplicable, en exclusiva, a ciertos delitos: falsedad en certificados médicos, por ejemplo.

Se aleja, con este nuevo sistema, el problema de que las multas lineales (en cantidades iguales para el mismo hecho, cualquiera que sea el condenado) perjudicaban más, evidentemente a los económicamente más débiles pues igual cantidad les suponía mayor daño en su economía.

Nada tiene que ver, evidentemente, con la fijación de las cuantías correspondientes a la indemnización pues ésta tiene como referencia no la capacidad de pago del causante del daño, sino reparar dicho daño bajo criterios de indemnidad: restaurar en igualdad (ni quedarse corto ni exceder el coste del daño).

En caso de incumplimiento del pago de la multa fijada, se produce la responsabilidad personal subsidiaria del condenado. Se cuantifica ésta en un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa no satisfechas. Si la multa se sustituye por trabajos en beneficio de la comunidad la cuantificación es a la par (un día de multa por un día de trabajo).

□ LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION PARA RECLAMAR. UN RESPIRO

Hemos de destacar el significativo avance registrado en lo que respecta a la prescripción de las acciones objeto de reclamación . El anterior plazo de 5 años, durante el cual el perjudicado podía dirigirse al médico para exigirle responsabilidad, queda reducido actualmente a 3 para los casos de menor gravedad (hechos sancionados con menos de 3 años de cárcel, 24 meses de inhabilitación o 2 de multa). Se abarcan, de esta forma, la mayoría de los delitos relacionados con la actividad médica y casi todos los que pueden ser cometidos de forma imprudente (excepto que concurra el resultado de muerte). Es importante, como queda ya apuntado, precisar que el plazo de prescripción opera de forma ajena a la comisión dolosa o culposa de los hechos.

Supone esta minoración en el plazo disponible para reclamar indudablemente un alivio para el profesional que ve, de esta forma, alejarse la posibilidad de ser reclamado en menos tiempo que en la normativa anterior. La prescripción ha de existir (un elemental principio de seguridad jurídica lo exige) pero evidentemente el acortamiento de los plazos para reclamar juega siempre en beneficio del profesional.

□ LA NECESIDAD DE UN BAREMO UNIVERSAL

No hay un criterio único a la hora de fijar la valoración de los daños en materia de responsabilidad sanitaria. Las indemnizaciones en las jurisdicciones civil, penal o social han venido siendo determinadas bajo criterios discrecionales por el juzgador en cuantías extremadamente dispares, para casos muy similares, dependiendo de la jurisdicción e incluso del tribunal concreto que valorase el daño. En la jurisdicción contencioso – administrativa actualmente esta cuantificación se hace con cierta uniformidad al aplicarse para ello el Baremo anexo a la Ley 30/1995, que es objeto de actualización periódica de sus importes.

Se fijan, por aquel, los importes indemnizatorios para los daños causados por accidentes de tráfico y ajeno, por tanto, a los derivados de responsabilidad sanitaria. Incluye indemnizaciones por muerte, lesiones, incapacidades o daños morales. La cuantía final se obtiene por aplicación de unas tablas que contienen las indemnizaciones básicas y unos factores personales correctores: edad de la víctima, ingresos que percibía, parentesco con los herederos (en caso de fallecimiento), convivencia anterior con aquellos etc.

La aplicación de este Baremo, por los jueces, de forma vinculante tiene a su favor la objetividad y simplicidad que supone, pero surge, en contra, la dificultad siempre presente de ajustar las cuantías indemnizatorias a las concretas circunstancias del perjudicado por el daño sanitario en su integridad y en aspectos que pueden no estar contenidos en el Baremo.

Algún autor (Fernando Pantaleón) aduce, incluso, que lo que quebranta la igualdad es, precisamente, la propia existencia del Baremo pues éste tiene existencia solamente para los perjudicados por accidentes de tráfico, dejando en libertad a los jueces en el resto de los supuestos en los que el daño proviene de otras causas.

La actual situación, con la inquietud de los profesionales sanitarios por conocer los límites económicos de su actividad, demanda la necesidad de aplicar un Baremo Universal, esto es para cualquier clase de daños. De esta forma el margen de discrecionalidad de cada juez quedaría limitado a la flexibilidad en la aplicación del Baremo Universal. No debemos de olvidar que la seguridad jurídica es un valor primordial en cualquier ordenamiento.

Las indemnizaciones procedentes de responsabilidad sanitaria son compatibles con cualesquiera otras que pudieran derivarse de seguros privados e incluso de pensiones de Seguridad Social, al proceder de relaciones jurídicas diferentes.

El momento de la valoración puede ir referido al de la producción del daño, al de la resolución estimatoria de la indemnización (en vía administrativa o judicial) o incluso al día del pago efectivo de aquella. La Ley 30/1992 fija el momento del daño para determinar la valoración de aquel, si bien, con el objeto de que la indemnización no pierda poder adquisitivo, se prevé su revalorización hasta el momento del pago. Está previsto, incluso, el pago de intereses desde la resolución administrativa hasta el pago de la indemnización, siempre que entre ambas hayan transcurrido más de tres meses.

LAS CONDUCTAS SANCIONABLES

Es preciso poner aquí una nota positiva al nuevo texto del Código Penal, por lo que respecta a su acogida de ciertas acciones delictivas aparecidas con motivo del progreso científico, como algunos usos punibles de la moderna

tecnología, delitos contra la salud pública relativos a de determinadas sustancias o productos y los usos indebidos de la manipulación genética.

El legislador consciente de la importancia del bien jurídico protegido (la salud e incluso la vida) ha dedicado numerosos tipos penales, como ya he avanzado, a las acciones u omisiones relacionadas con la profesión médica. Voy a exponer seguidamente aquellas figuras más relevantes, como tipos delictivos, en la actual regulación:

Voy a comenzar esta visión penal de la práctica asistencial con una esquemática visión de aquellos tipos delictivos generales (pueden ser cometidos por cualquier autor, no solamente profesional sanitario) pero que están vinculados por su pertenencia al terreno de la vida y la salud de las personas. Un homicidio o unas lesiones pueden tener lugar en un quirófano o en una riña callejera. Más adelante expondré los delitos específicos del personal sanitario y concluiré con una visión de las Unidades del Hospital posible escenario de todo esto.

Quiero dejar constancia de que omitiré, con carácter general, los números del articulado del Código y el detalle de la duración de las penas asignadas a cada figura. Todo ello puede consultarse en el anexo que se acompaña, pero incluirlo en este texto haría sobrecargada y tediosa su lectura, habida cuenta de que está dirigido a profesionales ajenos al Derecho.

A.- CONDUCTAS NO ESPECIFICAS DE PROFESIONALES SANITARIOS

El Homicidio

La protección penal se dirige, evidentemente, a la vida humana. Es preciso decir que se trata de vida humana independiente y por ello se plantean disquisiciones ocasionales acerca de casos concretos para determinar si hubo aborto u homicidio. El criterio suele ser el desprendimiento del claustro materno y la vida independiente. Si plantea problemas de interpretación el principio de la

vida, también sucede con el final de la misma; apareciendo los vivos debates en torno a la eutanasia. Me referiré a esto último más adelante.

El contenido del homicidio es haber causado la muerte de otro ser humano. Dejo solamente mencionada la diferencia con el asesinato, que es un homicidio “cualificado” por la concurrencia de determinados elementos anímicos (premeditación, alevosía...) o la utilización de ciertos medios para la comisión del delito (veneno, explosivos...). Es, evidentemente, uno de los más graves delitos por el bien jurídico que se protege: la vida.

Inducción, Cooperación y Auxilio al suicidio

Las figuras recogidas en nuestro Código Penal son las siguientes:

- **INDUCCIÓN.** Debe de ser directa y eficaz, que lleve a alguien a quitarse la vida por consecuencia de la conducta del inductor.
- **COOPERACIÓN.** Supone la realización de actos necesarios (no la propia ejecución de la muerte). Facilitar el veneno, por ejemplo.
- **AUXILIO,** Esta es la conducta del que ejecuta la acción letal. Podemos encontrarnos en el caso del homicidio por piedad (relacionado con la eutanasia) y que trataré más adelante.

El Aborto

A diferencia del homicidio aquí el objeto de protección es una vida humana dependiente, si bien la conducta criminal busca, en ambos casos, la muerte de la víctima. Se trata, con carácter general de un delito y solamente en determinados casos no es perseguible penalmente; son los llamados supuestos despenalizados o de las indicaciones legales. Teniendo en cuenta que este tipo de acciones son ejecutadas normalmente por personal sanitario me remito al apartado correspondiente de delitos de los profesionales, si bien dejo citada aquí (por razones de sistematica) esta conducta delictiva.

El Delito de Lesiones

En esta caso la acción delictiva se dirige no ya contra la vida, sino contra la integridad y la salud de las personas. Se clasifican en razón a su gravedad:

- Pérdida o inutilidad de órgano o miembro principal o de un sentido; provocación de impotencia o esterilidad; grave deformidad o grave enfermedad somática o psíquica.
- Pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal o producción de deformidad.
- Menoscabo en la integridad corporal, salud física o mental, siempre que la lesión requiera para su sanación, además de una primera asistencia facultativa, de tratamiento médico o quirúrgico. Este es el tipo básico límite entre delito y falta. El simple seguimiento del curso de la lesión no se considera tratamiento y por ello estos últimos supuestos constituirían falta y no delito.
- Lesiones de los tipos anteriores (con la misma casuística) ocasionadas por imprudencia grave.. Si la imprudencia causante de las lesiones es de índole profesional, se impone la pena de inhabilitación especial.
- Lesiones al feto, que ocasionen daño o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo o provoque en aquel una grave tara física o psíquica. Admite también, al igual que las lesiones generales, la forma imprudente de comisión y trae consigo, en las mismas condiciones, la posible inhabilitación especial.

Es importante dejar constancia de que el consentimiento del lesionado no elimina la presencia del delito, sino que solamente hace que el autor vea rebajada su condena en uno o dos grados. En el terreno clínico, sin embargo, sí que hace desaparecer el delito, como es el caso de una amputación quirúrgica curativa o una esterilización.

Omisión del deber de socorro y denegación de auxilio

El objeto de protección es la vida y salud de las personas bajo el principio general de solidaridad humana. Admite las siguientes formas:

- **OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO.** Lo comete quien no ayuda a una persona, que se encuentra desamparada y en peligro manifiesto y grave, pudiendo hacerlo sin riesgo propio ni de tercero. Se condena, también, a quien conociendo la situación descrita y encontrándose imposibilitado para prestar socorro no demanda con urgencia el auxilio ajeno (delito de omisión de llamada)
- **OMISIÓN DE SOCORRO A VÍCTIMA DE ACCIDENTE.** Igual que en el caso anterior es necesario el peligro grave y manifiesto de la víctima y se diferencia la gravedad de la conducta si el accidente se originó por caso fortuito o por imprudencia. El hecho delictivo se consume por simple abandono del lugar en el que se halla la víctima.

Enseguida veremos el delito específico de abandono u omisión de socorro por profesionales sanitarios

Detención ilegal

El hecho delictivo consiste en encerrar o retener a alguien contra su voluntad, esto es anular su capacidad de decisión en este sentido. En el mundo sanitario tiene dos manifestaciones en las cuales produciéndose la retención o encierro no hay delito. Queden aquí ya expuestas.

- **RETENCION DE INFECCIOSOS.** Cuando se encuentren en fase activa y supongan un peligro para la salud pública.
- **ENFERMOS PSIQUIATRICOS.** En aquellos casos en que puedan suponer un peligro para los demás o para sí mismos. Se requiere de comunicación a la autoridad judicial en el plazo de 24 horas.

Falsedades

La conducta objeto de reproche consiste en defraudar la fe pública que otorga un crédito a la persona que lo hace y recoge las siguientes conductas:

- **FALSIFICACIÓN DE CERTIFICADO.** Consiste en expedir un documento de esta naturaleza cuyo contenido no responde a la realidad. Llama la atención su leve sanción, teniendo en cuenta la repercusión posible de la conducta penada. La pena máxima es una multa de doce meses.

- **FALSEDAD DE AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES.** Admite las siguientes variantes:
 - a) Alterar un documento en alguno de sus elementos esenciales.
 - b) Simular un documento de forma que induzca a error su autenticidad.
 - c) Dar la apariencia de intervención de personas que no han estado presentes en un acto o de manifestaciones que no hicieron, habiendo asistido a dicho acto.
 - d) Faltar a la verdad en la narración de los hechos recogidos en el documento.

- **FALSEDAD DE AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO COMETIDA POR IMPRUDENCIA GRAVE.**

Supone una pena reducida respecto de las conductas anteriores, si bien lleva aparejada la inhabilitación especial hasta por un año del autor.

Liberación de energía nuclear o elementos radiactivos

La conducta sancionada es poner en peligro la salud de las personas o sus bienes, *aunque no se produzca explosión*. Pueden ser autores de las mismas personas ajenas al mundo sanitario o profesionales del mismo

relacionados con la energía nuclear (físicos) o con la radiología (facultativos especialistas de esta materia). Las conductas recogidas, respecto de las que se aplican severísimas penas, son:

- **PERTURBAR EL FUNCIONAMIENTO DE UNA INSTALACIÓN NUCLEAR O RADIOACTIVA.** Penas de hasta 10 años de prisión o inhabilitación especial para su autor.
- **EXPOSICIÓN A RADIACIONES IONIZANTES.** Quien someta a personas o bienes a este tipo de peligro biológico puede ser castigado hasta con 12 años de prisión. Tanto esta figura delictiva como la anterior admiten la forma culposa (imprudente) de ser cometidas, asignándose la pena inferior en un grado a la conducta dolosa.

B. CONDUCTAS ESPECIFICAS DE PROFESIONALES SANITARIOS

Denegación de Asistencia o Abandono del Servicio

El artículo 196 del actual texto penal castiga al profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare el servicio sanitario, si de estas conductas se derivase peligro grave para la salud de las personas.

Este precepto, de confusa redacción, tiene prevista en el actual sistema punitivo como forma de ser enjuiciado, para el delito que describe, la actuación del Jurado. Es preciso tener en cuenta la gravedad de las penas asignadas a este delito y las indemnizaciones millonarias que pueden ser asignadas.

Las circunstancias requeridas para la concurrencia de esta figura delictiva son las siguientes:

1.- Que el autor sea un profesional sanitario

Este supuesto es fácil, normalmente, de precisar cuando concurre, debiendo de dejar constancia de que a los efectos del Código Penal no importa la índole de la relación (en propiedad, interino, eventual, funcionario, estatutario, laboral...) que une al profesional con la Administración Sanitaria, sino la existencia del vínculo mismo.

2.- Que se produzca denegación de asistencia o abandono del servicio

Este extremo, por el contrario, es problemático en su determinación. En efecto sólo puede concurrir denegación de asistencia cuando no se preste ésta habiendo obligación positiva de hacerlo. el Código Penal, no obstante, no precisa cuando ha de ser así y hay que acudir a la regulación administrativa para saberlo. De esta forma no hay delito de denegación de asistencia en los casos de huelga legal, pues el ejercicio de este derecho constitucional releva de la obligación de prestar asistencia mientras es ejercitado por el profesional.

No es más fácil valorar la situación de abandono del servicio (segunda conducta punible mencionada) pues el personal ha de encontrarse en la concreta posición de servicio en el momento de producirse la posible conducta delictiva.

La falta de asistencia, cuando no concurre con la situación concreta de prestación de servicio puede integrarse en la figura genérica de la omisión de socorro, pero no es la figura específica que recoge el artículo ahora expuesto. Próximas a estas figuras delictivas podemos situar aquellos casos sumidos en la figura del garante de la asistencia y otras asimiladas, a las que me he referido al tratar las conductas omisivas.

3.- Que se produzca un riesgo grave

Se trata, como es evidente por la mera redacción del precepto, de un delito de riesgo. Es decir para que surja el ilícito no es preciso que llegue a producirse daño alguno, pues si aparece cualquier lesión estaríamos en

presencia, además del delito de riesgo, de otro delito de lesiones o de homicidio. según procediera.

El riesgo, eso sí, ha de ser relevante, cualificado, caracterizado por su trascendencia para la salud de la persona que deba de estar amparada por la asistencia.

4.- Que exista consciencia de la existencia del riesgo, por parte del profesional

Ello imposibilita la comisión culposa o negligente caracterizando estas conductas el hecho de que el profesional deniega la asistencia o abandona el servicio a sabiendas del riesgo en el que, con dichas conductas, sitúa a la persona a quien debe la asistencia.

Es, en efecto, un delito doloso y por ello su comisión y condena origina antecedentes penales para su autor, con lo cual si se logra eludir la prisión en una primera condena, en caso de un segundo fallo condenatorio el ingreso en prisión es seguro y ello con independencia de cual sea la condena impuesta en este último.

Si se apura el rigor en la valoración de las conductas de posible inclusión en esta figura delictiva, pueden ser incluidos casos, no sólo de un abandono momentáneo del servicio, sino incluso un incumplimiento horario del profesional y llevar todo esto al terreno penal parece excesivo. No hay que olvidar que el Derecho Penal es lo que se conoce como una vía de mínimos y por ello su aplicación ha de ceñirse a aquellos casos más graves o flagrantes, como el del médico que avisado de un grave percance se desentiende y no acude a prestar la asistencia debida, informado y consciente del grave peligro en el que sitúa al ciudadano que precisa dicha asistencia.

Es preciso dejar constancia de un peligro potencial, de notoria importancia, para el profesional, que deriva de la forma que se prevé para enjuiciar este tipo de delitos. Se trata de la actuación de los Jurados que, compuestos por ciudadanos legos en Derecho, enjuician a un profesional de la

Medicina que, por haber denegado la asistencia o haber abandonado el servicio sanitario a los que estaba obligado, ha puesto en peligro la salud de un ciudadano (como los propios miembros del Jurado). Es preciso volver a mencionar que no es preciso que se produzca daño alguno, bastando con que exista el riesgo.

No es difícil pensar a favor de quien se posicionarán, de entrada, los componentes de dicho órgano juzgador respecto de quienes (por su propia profesionalidad jurídica) parece que no les será fácil que les asistan el rigor, la ponderación y el criterio necesarios para valorar tan complejo delito, en los elementos descritos con anterioridad.

Debemos recordar que no pueden formar parte del Jurado, no sólo profesionales del Derecho, sino también aquellas personas a quienes se les pueda suponer, fundadamente, conocimientos jurídicos por encontrarse en algún punto de la órbita del Derecho. Es muy difícil para el médico, por otra parte, concebir la esperanza de encontrarse, entre los miembros del Jurado, con un colega que pueda comprender y valorar la situación, pues cualquier miembro de dicho órgano puede ser recusado y es fácil pensar que el ciudadano perjudicado (o sus herederos, en su caso) harían uso inmediato de esta instrumento para alejar cualquier sombra de corporativismo en el enjuiciamiento del caso que conoce el Jurado.

Cuenta este órgano en su actuación con el aval que supone la presidencia del mismo por un Magistrado, pero no hay que olvidar que la decisión de los miembros del Jurado versa, nada menos, que sobre la prueba del hecho imputado y la concurrencia de culpabilidad en el profesional.

Está prevista la actuación de este órgano juzgador en el seno de las Audiencias Provinciales y, por tanto, sus decisiones son recurribles ante el Tribunal Supremo y debemos de reconocer que este Tribunal ha venido haciendo demostración de entendimiento y ponderación de las vicisitudes del ejercicio asistencial, lo que aporta algo de tranquilidad a esta inquietante cuestión del enjuiciamiento de esta figura delictiva.

El Secreto Profesional y sus imprecisos límites

En su actual redacción el artículo el Código Penal castiga hasta con cuatro años de prisión al profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona. La inhabilitación profesional a los seis años.

Penas de igual importancia se prevén para las conductas de apoderarse, utilizar o modificar (sin autorización, en ningún caso) en perjuicio de tercero de datos reservados pertenecientes a otra persona. Las mismas sanciones alcanzan a quien (careciendo igualmente de autorización) simplemente accede a la información a la que se viene haciendo referencia. Estas conductas se sancionan con las penas en su grado máximo cuando la información protegida pertenezca a determinadas materias, entre otras los datos sanitarios o la víctima del quebrantamiento del secreto fuera un menor o un incapaz.

Es evidente el duro trato que el texto penal otorga a estas conductas, mismo texto en el que se rebajaron las condenas a delitos de la máxima gravedad como el homicidio, el asesinato o la violación, respecto de su anterior redacción. Se carece en nuestro país de una valoración del secreto profesional acorde con esta dureza, por una parte y por otra (y esto es mucho más grave) se contienen conductas cuyos límites no están previamente fijados. El profesional desconoce, con la necesaria precisión, a quien, cómo, cuando y donde puede desvelar determinadas informaciones "sensibles". Esta indefinición previa de los límites le coloca en una peligrosa situación y supone, por parte de los poderes públicos, un incumplimiento del artículo 24, 2 de la Constitución.

Llama la atención el hecho de que se considere delito el simple acceso no autorizado a la información y esto en el caso de los datos sanitarios es particularmente grave, pues no está determinado, de forma indubitada, por ejemplo, quien puede acceder a una Historia Clínica. Si a esta concreción añadimos el que las Historias se encuentran en los pasillos de los centros sanitarios y que los datos de los pacientes se ubican en archivos informáticos

(gestionados a veces, incluso, por empresas externas) la cuestión es más que problemática.

De igual forma se castiga el modificar o alterar los datos en perjuicio de un tercero. Es fácilmente imaginable esta conducta en el facultativo que, denunciado por un ciudadano, introduce extemporáneamente datos nuevos (incluso solamente aclaratorios de lo anotado en su día) con el objeto de garantizar su posición frente a la del reclamante. De descubrirse esta actuación no sería difícil que el profesional fuera inculcado por la figura delictiva que estamos tratando.

Si bien el Código Penal declara la obligación de guardar el secreto, también existen causas de exoneración de responsabilidad, es decir supuestos en los cuales está despenalizada la revelación. Son los siguientes:

- Obrar en situación de estado de necesidad. El médico que informa a la pareja de su paciente de la enfermedad contagiosa y grave que padece aquel.
- Dar conocimiento de alguna enfermedad de declaración obligatoria. Las razones son obvias: está en juego la salud pública
- Declaración de un médico, en su propia defensa, en un juicio penal

Para concluir el tratamiento de esta interesante figura penal es preciso dejar expuestas algunas precisiones:

- ✓ Es muy dudoso que la violación del secreto profesional afecte al personal en formación, por la dificultad de poder encuadrar a estas personas en “el profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo, divulgare...” . Parece que, más bien, podrían incurrir en las conductas descritas como “revelación de secretos ajenos de los que se tenga conocimiento por razón de su oficio o relaciones laborales”
- ✓ La obligación de reserva no alcanza a cuanta información se conozca, por los profesionales a quienes se refiere el Código, sino a la afectada por la obligación de sigilo.

- ✓ Interesa resaltar la delicada posición de algunos profesionales a quienes por su especialidad es particularmente intensa y delicada la entrega de información, me refiero a psiquiatras y ginecólogos.
- ✓ Se trata de un delito doloso, requiere para su comisión conocimiento y voluntad de la infracción. No es concebible, desde el punto vista puramente legal, la forma imprudente de llevarse a cabo.
- ✓ Para su persecución requiere de denuncia del agraviado por la comisión de las conductas penadas en el Código.

El Intrusismo. Forasteros en su propia profesión

El tratamiento penal de estas conductas es muy antiguo. Ya la Novísima Recopilación castigaba a quien ejerciera la Medicina, cirugía o el arte de sangrar sin hallarse en posesión de la correspondiente licencia.

Castiga el Código Penal vigente a quien ejerce actos propios de una profesión, sin poseer el correspondiente título académico, interesando precisar que el bien jurídico protegido no es la salud, sino la fe pública administrativa

En el caso, añade, de que la actividad exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio y en cuya posesión no se estuviera, se atenúa la pena.

Reviste mayor gravedad si el culpable, además, se atribuye públicamente la cualidad profesional referida, en cuyo caso se le impone prisión de hasta 2 años.

Parece este precepto penal pensado, precisamente, para los médicos pues la situación normativa anterior era mucho más simple: castigaba al que carecía, sin más, de la titulación académica adecuada (estudiante de Derecho que ejercía como abogado, arquitecto técnico que se hacía pasar como superior). Entre los médicos la situación actual es otra habiendo aparecido una pugna entre médicos generales y especialistas y, a su vez, en el seno de estos últimos entre distintas variantes. Una especie de "canibalismo profesional" podríamos decir.

De inmediato nos damos cuenta de la posible inclusión, en estas conductas castigadas, de la situación de los MESTOS, frente a los especialistas formados en el actual sistema. resurge el problema de la contratación de cualquiera de aquellos en el caso de existir, simultáneamente, especialistas adecuados y la eventual responsabilidad penal en la que podría incurrir el contratador. Personalmente descarto la responsabilidad del médico MESTO contratado, quien podría alegar error invencible por el hecho de tener la lógica certeza de que la Administración al contratarle lo hace dentro del marco jurídico establecido.

Bajo un común rótulo que podríamos llamar de la usurpación de funciones existe una esencial distinción:

Ejercer la profesión sin título académico necesario o hacerlo careciendo del título oficial requerido. Este segundo supuesto se refiere a quienes poseyendo titulación no disponen de la específica que el caso requiere y que se obtiene, precisamente, mediante el título oficial correspondiente. A ellos me refería al mencionar la pugna entre especialidades médicas o el ejercer como especialista teniendo la condición de generalista. Podría encuadrarse, en el primer caso, sin más, el ejercer la Medicina sin la titulación básica correspondiente: caso conocido en determinados "sanadores", médicos llamados naturistas sin titulación etc.

Para la comprensión debida de esta figura delictiva es necesario plantear (y responder) varias cuestiones:

¿COMETEN INTRUSISMO LOS CURANDEROS Y SANADORES?

Sólo incurrirían en delito si se atribuyeran en su ejercicio la condición de médicos que no poseyeren. La simple imposición de manos o la galleta milagrosa tienen su fundamento no en un respaldo científico, sino en la confianza de quien recibe esta práctica. Estado anímico que, por otra parte, le lleva al curandero.

¿ES SUFICIENTE CON EJERCER INDEBIDAMENTE EN UNA OCASIÓN, O ES PRECISA LA HABITUALIDAD PARA COMETER INTRUSISMO?

Es necesario el ejercicio habitual, atribuirse la condición que no se posee y desempeñar una plaza de tal naturaleza. No incurre en delito quien ejerce ocasionalmente y sin ocupar plaza específica. Un médico generalista que por una urgencia ejerce de especialista.

¿ ES DISTINTA LA PROFESIÓN DE MEDICO A LA DE MEDICO ESPECIALISTA ?

Esta pregunta deriva del planteamiento anterior. Desde 1958 el título de Medicina facultó para ejercer Medicina, Cirugía y cualquiera de las ramas de la primera, si bien sin poder titularse de especialista. En el mismo sentido el Decreto 2015/1978 sólo exigía el título de especialista para ocupar plaza de tal denominación.

La actual regulación (Decreto 127/1984) requiere el título de especialista para utilizar la denominación como tal, para ocupar un puesto de esa naturaleza y para “ejercer la profesión con este carácter”. Este título sólo puede obtenerse ahora por la vía MIR y ya he expuesto la problemática que se suscita con el sistema formativo anterior.

La jurisprudencia, sin embargo, es ambigua manifestando en laguna ocasión que la profesión médica es solamente una, como lo es su colegiación, admitiendo variantes en su ejercicio. Otras veces declara la necesidad absoluta de poseer el correspondiente título, hasta el punto de poder cesarse a un médico no especialista que ocupe una plaza de esa naturaleza, ante la aparición de un especialista titulado.

Decisiones al final de la vida. Eutanasia y Suicidio Asistido

El Código Penal contempla tres actuaciones básicas del personal sanitario, como punibles en el entorno de los enfermos terminales:

1. Inducir al paciente al suicidio.
2. Cooperar en la acción suicida con actos necesarios, llegando incluso a ejecutar la muerte.
3. Iguales conductas, pero bajo sentimiento piadoso su autor, a causa de la enfermedad incurable o padecimientos permanentes y difíciles de soportar del enfermo.

Es destacable que en ninguno de estos supuestos se recogen penas de inhabilitación profesional, si bien las de prisión pueden llegar a los 10 años, en el segundo supuesto mencionado y se rebajan considerablemente en el supuesto del móvil humanitario.

La conducta suicida, pues, (asistida o no) es el eje de estos tipos penales y respecto de la cual tantas connotaciones se contienen, además, en los órdenes ético o moral.

Dejando aparte la clásica dicotomía (desde el punto de vista del suicida) sobre la intangibilidad o la calidad de la vida, (es decir si la existencia ha de ser vivida, con independencia de su calidad, o no), haré algún comentario acerca de la relación del personal sanitario del entorno de estos enfermos, en relación con el acto suicida.

Aún cuando reconozcamos el poder de disposición del enfermo sobre su propia existencia (y demos validez, por tanto, a una posible renuncia a la misma) el Derecho, sin embargo impone un deber jurídico de actuar en defensa de la vida del suicida y este deber lo exige a particulares y a poderes públicos.

En el concreto caso del facultativo responsable de estos enfermos la situación es especial, pues aquel está investido de la posición de garante y ello

conlleva las funciones de custodia y protección del paciente. El problema se encuentra en conciliar ésto con el hecho de que el enfermo ingresó voluntariamente y puede abandonar el centro libremente cuando desee.

El deber de custodia y protección antes referido se ha de hacer efectivo de forma mínima en un enfermo que mantenga íntegra su capacidad de obrar y se habrá de incrementar a medida que sus aptitudes físicas o mentales vayan disminuyendo. Son numerosas las sentencias condenatorias de los tribunales, a la Administración, por el suicidio de enfermos internados en sus instituciones siendo el instrumento jurídico de esta imputación la culpa in vigilando, particularmente incidente en el caso de los enfermos psiquiátricos.

En otro orden de cosas el enfermo puede buscar la muerte pidiendo conductas omisivas al personal sanitario, solicitando (por ejemplo) la inaplicación de medios extraordinarios de conservación de la vida, para evitar el encarnizamiento terapéutico. Ningún problema se plantea cuando esta decisión la expone el enfermo antes de perder su consciencia, de forma libre y coherente, adquiriendo así pleno valor. Más difícil es considerar esta decisión cuando la manifiestan otras personas, a falta de un testamento vital del enfermo, en cuyo caso se ha de seguir un orden concreto de prioridades: Cónyuge del enfermo, familiares (por orden de parentesco) y allegados. El problema puede residir unas veces en interpretar correctamente este inconcreto término de allegado (el compañero sentimental, un vecino, un compañero de trabajo...) y otras por la aparición de situaciones de conflicto entre los familiares y una persona simplemente allegada pero con una relación personal más intensa (pareja no casada).

Puede pensarse que la eutanasia es un problema nuevo, pero el propio término fue introducido por Bacon y Tomás Moro lo trataba esta cuestión en su "Utopía". En realidad es antiguo pero de renovada actualidad. Es un terreno en el que se pretende dar solución jurídica a un asunto que se adentra en los campos de la Etica, la Moral o la Dentología. La autonomía de la voluntad (libertad en definitiva) es el eje sobre el que pivota este tema y el aborto (supuesto de decisión sobre la vida) tiene ya una legalización casi generalizada

y la eutanasia (decisión sobre la muerte) lo está o ha estado en algunos países como Holanda, Australia (estado de Victoria) o los Estados Unidos de América del Norte (Oregón).

La regulación penal, por primera vez, en el Código vigente de 1995, tiene como aspecto destacable el incluir la voluntad del paciente como elemento atenuador de la responsabilidad del agente (petición expresa, seria e inequívoca, dice el Código). Esto no elimina que, en algún caso concreto, pueda haber una solicitud a los poderes públicos de acción conducente a una eutanasia activa, como tiene declarado el Tribunal constitucional (caso Sampedro).

Quiero dejar puntualizado que en algunas ocasiones es difuso el límite entre la infracción por aplicar eutanasia y el quebranto de la *lex artis* por no aplicarla. Es el caso específico de algunos supuestos de eutanasia indirecta, cuando es preciso aplicar algún alivio al paciente que (abocado a una muerte cierta y próxima), sufre dolores inhumanos aún a sabiendas de que este alivio le acortará el resto de vida que le queda. En este caso la infracción de la *lex artis ad hoc* podría ser el no administrar el fármaco aliviador.

Tras el análisis concreto de las conductas que preceden quiero concluir este apunte penal expresando que hay figuras delictivas que podemos asociar a determinadas Unidades Clínicas, como podemos ver más adelante:

Delitos en torno al hecho del parto

Existen diversos tipos que podemos sistematizar de la manera siguiente:

- Suposición de parto, es decir dar la apariencia de haber sucedido tal hecho fisiológico.
- Alteración de la paternidad, mediante la entrega de una criatura a terceros, con la finalidad de modificar su filiación.
- Sustitución de un niño por otro, sucedida en un centro sanitario o sociosanitario, por imprudencia grave de quienes son responsables de la identificación y custodia de las criaturas.

Existe un supuesto caracterizado por la agravante de que el autor tenga la condición de autoridad, funcionario público, educador o facultativo. Es de destacar que en este último término ha de entenderse comprendido cualquiera que preste sus servicios en centros sanitarios.

El Aborto en centros sanitarios

Como ya apunté con anterioridad el aborto se encuentra despenalizado, en España, en tres supuestos, aquellos que se atienden, precisamente, en los centros sanitarios. Necesita del consentimiento de la mujer, la intervención de profesional adecuado y su realización en centro sanitario acreditado al efecto. Nuestro Código Penal recoge los siguientes supuestos:

- INDICACIÓN EUGENESICA. La interrupción del embarazo tiene por objeto evitar el nacimiento de una criatura que presumiblemente presentaría graves taras físicas o psíquicas. Precisa del dictamen en tal sentido de dos especialistas distintos al que ejecutará el acto abortivo y tiene como límite el plazo de 22 semanas de gestación..
- INDICACIÓN ETICA. Se dirige a evitar el nacimiento de una criatura cuya gestación proceda de la comisión de un delito (violación de la madre). Es preciso que el hecho haya sido denunciado y que la interrupción tenga lugar en las 12 primeras semanas de embarazo.
- INDICACIÓN TERAPEUTICA. Se trata de conjurar un grave peligro para la salud física o mental de la madre, de continuar la gestación. Se necesita un informe de un especialista, diferente de aquel que va a interrumpir el embarazo. Es posible, sin embargo, prescindir de este dictamen en caso de urgencia vital para la mujer embarazada.

Fuera de estos casos nos encontramos, en supuestos de aborto, en presencia de figuras delictivas, pudiendo, de forma esquemática, sistematizarlos de la siguiente manera:

- Aborto con consentimiento de la mujer, sin la concurrencia de ninguna de las indicaciones que acabo de expresar.
- Aborto sin consentimiento de la mujer. Se trata, lógicamente, de un supuesto agravado respecto del anterior y trae consigo graves penas de prisión e inhabilitación profesional.
- Aborto por imprudencia grave. Se castiga al profesional que actuando de forma claramente negligente, aunque sin intención abortiva, produce la expulsión del feto. Si la imprudencia tiene carácter profesional trae consigo pena de inhabilitación.
- Aborto atenuado. Castiga este tipo penal a la mujer que se produjera un aborto a sí misma o consintiere a otra persona que se lo haga. La atenuación proviene de que la persona a quien va dirigido el castigo es la propia madre.

Delitos relativos a la Manipulación Genética

- Utilización de ingeniería genética para producir armas biológicas exterminadoras de la especie humana.
- Alteración del genotipo mediante manipulación de genes humanos, efectuada con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves. Admite la forma dolosa y la culposa en su comisión.
- Fecundación de óvulos humanos con finalidad distinta a la procreación.
- Utilización de las técnicas de clonación para producir seres humanos o de cualesquiera otras dirigidas a la selección de la raza.

- Llevar a cabo técnicas de reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento. Se precisa, en este caso, la denuncia de la persona perjudicada, o de su representante legal o Ministerio Fiscal, en su caso.

C. LA RESPONSABILIDAD POR IMPRUDENCIA

En el ejercicio de las profesiones sanitarios es esta, sin duda, la forma más frecuente de comisión de las conductas recogidas en el Código Penal, Para su concurrencia es precisa la acumulación de los siguientes elementos:

- ✓ Acción u omisión no intencional, aunque voluntaria y consciente.
- ✓ Ausencia de aquellas precauciones o cuidados normales en la situación concreta en la situación de que se trate.
- ✓ Previsibilidad, para el autor, de acaecimiento del resultado producido. No se quiere el resultado pero se prevé que pueda ocurrir.
- ✓ Causalidad entre el acto imprudente y el resultado dañoso

Delitos de comisión imprudente

Pueden ser cometidos, bajo esta forma, los siguientes, siendo de destacar que precisan de imprudencia grave

- Homicidio
- Aborto
- Lesiones a un ser independiente
- Lesiones al feto
- .Manipulación ilegal de genes humanos
- Falsedades cometidas por autoridad o funcionario publico
- Sustitución de niños

Faltas de comisión imprudente

- Lesiones, causadas por imprudencia grave, cuando no requieran tratamiento posterior a la primera asistencia.
- Muerte de una persona, causada por imprudencia leve.
- Lesiones constitutivas de delito, cuando fueren ocasionadas por imprudencia leve.

Hay que destacar que estas conductas sólo son perseguibles mediante denuncia del perjudicado o de su representante legal.

- Ejercicio de actividades que requieran seguro obligatorio de responsabilidad civil, sin dicha cobertura.

La imprudencia mediante la cual puede incurrirse en estas conductas puede ser simple o temeraria. La primera de ellas consiste en la omisión de la diligencia que pondría cualquier persona normal. La temeraria, sin embargo, supone la omisión de las cautelas más elementales.

UN PASEO POR LAS UNIDADES DEL HOSPITAL

➤ Urgencias:

Es posible ubicar aquí, de manera evidente, aunque igualmente en otras unidades, el llamado delito de denegación de asistencia o abandono del servicio cuando se esté obligado a prestarlo y de no hacerlo se derive un grave riesgo para la salud de las personas. A esta figura delictiva me he referido anteriormente, a cuya exposición me remito.

Otra figura de posible acaecimiento real en las Unidades de Urgencia, con motivo de la premura exigida a sus profesionales en la acción y la ocasional escasez de medios disponibles, es la de actuación imprudente con resultado lesivo. La evidente diferencia con las conductas recogidas en el tipo anterior es que en lugar de una omisión indebida se ha producido una actuación inadecuada.

La anterior regulación penal castigaba la actuación imprudente, con independencia del resultado. Ahora, sin embargo, se gradúan las penas en función de dicho resultado: lesiones o muerte, castigando (en este último caso) la acción hasta con 4 años de prisión. Si se apreciase imprudencia profesional, forma particularmente grave, se añade pena de inhabilitación especial de hasta 6 años para ejercer la Medicina.

En los supuestos de lesiones se diferencia entre la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro (principal o no principal), siendo la conducta mínima reprochable aquella lesión que, además de una primera atención facultativa, precise de posterior tratamiento, médico o quirúrgico.

➤ Historias Clínicas:

La observancia del secreto médico y la preservación de la intimidad del paciente figuran entre los contenidos obligacionales de la profesión desde el juramento hipocrático y en este sentido se vienen recogiendo en los sucesivos Códigos Deontológicos. Pero la observancia de estos principios ha cambiado y al médico ya no le basta con callar, sino que ha de observar determinadas actitudes y procurar que otros, también, las observen, fruto todo ello de la Medicina ejercida en instituciones con pluralidad de profesionales y en las que se utilizan archivos clínicos.

En nuestro ordenamiento la confidencialidad goza de protección penal desde el Código de 1955. Ahora, sin embargo, como nunca se muestra este asunto delicado por el doble hecho de ser la información compartida y accesible, como decía, y por no ser éste un derecho absoluto, ya que ocasionalmente ha de ceder ante otros. El mayor problema, no obstante, deriva (como en su momento he dejado expuesto) de la exigencia de preservar un secreto cuyos límites no están previamente definidos.

Hasta ahora el principal motivo de reclamación en materia de responsabilidad era la imprudencia o incluso la información deficiente. La futura evolución de la actual normativa dirá, en su aplicación práctica, qué ocurre con la preservación del secreto. Podemos pensar en un trabajador de un hospital

que venda información reservada a ciertas revistas o en el médico que no resiste la tentación de alterar el contenido de una Historia, que le concierne, al verse en un aprieto por una denuncia.

➤ Quirófano.

Es posible plantear en esta unidad asistencial los mismos supuestos mostrados para la de Urgencias. El abandono asistencial podría darse para el caso de abandono extemporáneo del quirófano y la imprudencia con resultado lesivo puede ser imaginada fácilmente en la adopción de una técnica quirúrgica demasiado arriesgada y clínicamente no demasiado justificada en un caso concreto o por el hecho de no haber abordado con prontitud decisiones de cuyo retraso se derivó el daño. Damos, por tanto, por reproducido aquí lo ya dicho respecto de esas conductas y de sus sanciones.

Es preciso dejar constancia de que éste es el medio natural de la problemática imputación de la culpabilidad en aplicación de los principios de confianza y de división del trabajo, necesariamente imperantes en un quirófano.

➤ Paritorio.

Aún cuando en este medio concreto puedan, también, darse (¡cómo no!) las conductas descritas, menciono seguidamente aquellas actuaciones derivadas de acaecimiento específico en los paritorios.

Se trata del aborto ocasionado por imprudencia y de las lesiones al feto. Es preciso aclarar, aunque parezca una obviedad, que estamos tratando de supuestos de aborto no despenalizado, es decir fuera de los casos de violación (aborto ético), taras del feto (aborto eugenésico) o grave riesgo para la salud de la madre (aborto terapéutico). En la descripción de la conducta penal se diferencia si medió, o no, consentimiento de la mujer, como figuras diferenciadas.

El aborto no despenalizado (aún con dicho consentimiento) trae consigo penas de inhabilitación de hasta 6 años y es preciso destacar la posible responsabilidad concurrente de los directivos del centro sanitario.

➤ Genética.

Los delitos relacionados con la manipulación genética son novedad respecto del Código anterior, exponiéndose como sancionables las conductas siguientes:

- Alteración del genotipo por manipulación de genes humanos, sin la finalidad de eliminar o disminuir graves taras.
- Producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana mediante la utilización de la ingeniería genética.
- Clonación o cualquier otro procedimiento de selección de la raza.
- Fecundación asistida sin el consentimiento de la madre.
- Fecundación de óvulos humanos con finalidad distinta de la procreación humana.

Las penas establecidas para estas conductas son particularmente graves llegando a los 6 años de prisión y 10 de inhabilitación.

➤ Neonatología.

Las conductas aquí recogidas abarcan supuestos dolosos (intencionales) o culposos y describen los supuestos siguientes:

- Suposición de parto: Figuración de un alumbramiento que en la realidad no ha existido.
- Entrega de un hijo, modificando la filiación.
- Sustitución de una criatura por otra.

Estas conductas son consideradas con agravamiento si media compensación económica o en el caso de tener, el autor o partícipes, la condición de facultativo. Este término, no obstante, abarca no sólo a médicos sino también a matronas, enfermería y cualquier otra persona que realice actividad sanitaria o socio sanitaria.

➤ Farmacia.

Recoge el nuevo Código, bajo el título delitos contra la salud pública, un abigarrado grupo de conductas que tienen como objeto común los productos o sustancias susceptibles de causar daño en las personas por su utilización indebida.

- Elaboración, despacho o comercialización de sustancias o productos nocivos o peligrosos, sin la oportuna autorización.
- Despacho o suministro de sustancias sin los requisitos necesarios, contando con autorización para el despacho.
- Sustitución de medicamentos o despacho de medicamentos caducados o deteriorados.
- Alteración y simulación de medicamentos.

Las penas más graves son las inhabilitaciones que alcanzan los 3 años, llegando por agravación hasta los 6, si el autor es farmacéutico o director técnico de laboratorio.

➤ Radiología.

Tampoco este Servicio Clínico se libra de la asechanza penal y así el Código castiga hasta con 3 años de prisión y otro tanto de inhabilitación a quien someta, por imprudencia grave, a radiaciones innecesarias a alguna persona con peligro cierto de la salud de ésta.

En este grupo de artículos se incluyen otras conductas sancionables respecto del manejo de la energía nuclear o de isótopos radioactivos.

➤ Medicina Interna.

Podemos referir a este Servicio, además de las conductas generales de omisión de cuidados sanitarios, o de actuación clínica negligente, aplicables en términos amplios a la actividad asistencial general, unos supuestos típicos de determinados enfermos frecuentes en las plantas de Medicina Interna. Me estoy refiriendo a los enfermos terminales y a determinadas conductas asociadas a la muerte de aquellos (provocada directa o indirectamente). Me he referido a ello con anterioridad, por lo que no he de repetirlo, sino solamente mencionar el hecho de que siempre son objeto de polémica todas aquellas conductas sanitarias que se sitúan en los confines de la vida, ya sea su principio (aborto) o su fin (eutanasia).

➤ Consultas.

En estas áreas asistenciales, además de otras posibles acciones delictivas que es posible cometer, citaré como típicas de las mismas las siguientes:

- Expedición de certificado falso.
- Falsedad en un documento, mediante alteración del mismo, simulación de su autenticidad o faltando a la verdad en la redacción de su contenido.

Estas acciones, básicamente dolosas, también pueden ser cometidas de forma imprudente, en cuyo caso se contempla una pena atenuada.

El primero de estos delitos, curiosamente, sólo se castiga con multa (máximo de 12 meses) mientras que las conductas del segundo grupo traen consigo penas de prisión e inhabilitación de hasta 6 años.

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL CENTRO SANITARIO

La comisión de un delito o falta, aparte de las posibles responsabilidades penales que pueda generar, origina la obligación de reparar daños y perjuicios

ocasionados. En nuestro ordenamiento jurídico se pueden ejercer las acciones penal (persecución del delito) y la civil (persecución de la indemnización) en el mismo proceso penal.

EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DIRECTA. Comprende

- Restitución del mismo bien, con abono de los deterioros
- Reparación del daño, comprende el valor material y el de afección
- Indemnización de perjuicios, materiales y morales, ocasionados a la víctima y sus familiares o terceros.

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ASEGURADOR

- Se refiere a la posibilidad que tiene el perjudicado de dirigirse a éste por un daño recibido del asegurado,
- Se evidencia la necesidad de tener esta cobertura vigente, para desplazar el riesgo económico.
- La responsabilidad surge por el daño y el hecho ilícito, aún cuando no se declare responsabilidad penal para el autor.

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA

Supone la obligación de hacer frente económicamente a las resultas del delito o falta cuando su autor no puede hacer frente, en dicho campo, en todo o en parte a su responsabilidad. Se basa en la relación general de dependencia.

Se refiere a la que compete a padres o tutores respecto de los menores a su cargo. También alcanza a los titulares de periódicos, editoriales, emisoras... por los delitos o faltas cometidos utilizando estos medios de difusión. Es el mismo caso de los titulares de un establecimiento en el que se cometiera algún acto delictivo.

El principio de subsidiariedad alcanza a los empresarios por las acciones de sus dependientes en el ejercicio de sus funciones

Como quedó dicho en su momento la Administración responde por las conductas ilícitas de sus trabajadores en el ejercicio de sus funciones, pero solamente cuando son delitos, y fue dejada constancia de la grave limitación que esto supone

EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD

Por la mecánica del seguro el coste de la responsabilidad del asegurado (por un daño que cause a un tercero) se desplaza al asegurador mediante el pago de la prima. Esto ocurre en los seguros privados de índole personal (automóvil) y en los profesionales.

En este terreno concurren los seguros privados, suscritos por los profesionales, con los que ahora suscriben las distintas Administraciones Sanitarias con motivo del incremento de las reclamaciones, la judicialización de la responsabilidad y el elevado coste de las indemnizaciones.

A/ Cobertura actual.

No son, sin embargo, los dos aludidos sistemas los únicos instrumentos para lograr una cobertura económica de la responsabilidad y así el aseguramiento puede obtenerse a través de:

Pólizas individuales

Colegios profesionales

Centros sanitarios

Administración Pública

Las pólizas que se suscriben, es necesario precisar, son de responsabilidad civil y no patrimonial, con las lógicas diferencias al sustentarse la primera sobre la idea de culpa y excluirse, por tanto, de indemnización aquellos casos en los que dicha culpa no concurre.

La póliza no interfiere la responsabilidad de la Administración que analiza y resuelve un caso en el que es demandada, declarando, en su caso, la responsabilidad en la que incurrió. Otra cosa es que desplace el pago del siniestro a la aseguradora. Lo que se transfiere, en definitiva, no es la responsabilidad sino sus resultados económicas.

B/ Aseguramiento privado.

El profesional que se decida por esta opción deberá de buscar una aseguradora que le preste un asesoramiento claro y eficaz, con una base, naturalmente, de solvencia económica acreditada.

Una vez elegida la compañía habrá de perfilarse el seguro personal atendiendo a :

Ajustar el seguro a la situación propia

Evitar duplicidad de costes y coberturas

Analizar la posible coordinación con otras coberturas

Para ello en la oferta de la aseguradora deberá de analizar:

La cobertura temporal

Exclusividad en la cobertura

Existencia, o no, de franquicia y su cuantía

Topes indemnizatorios

El primer extremo ha de analizarse cuidadosamente, para que, considerando la cobertura anterior, no se dejen períodos sin cubrir ni se pague dos veces un mismo período superpuesto. También es importante la cuestión de los topes, examinando sus diferentes variantes (por año, por víctima o por siniestro).

C/ Régimen de concurrencia.

La situación de concurrencia de las pólizas privadas con las públicas, en un principio, era bajo el régimen de subsidiariedad. Es decir que actuaba primero el seguro privado y en su defecto (o por el exceso) se aplicaba el seguro público.

Actualmente el sistema de concurrencia funciona bajo el principio de complementariedad, conforme al cual el seguro privado cubre aquellas áreas a las que el seguro público no alcanza. Ello ha traído el lógico abaratamiento de las primas.

D/ Aseguramiento público.

Alcanza esta cobertura a los aspectos siguientes:

- Responsabilidad profesional: Por el desempeño de la actividad de tal índole del personal dependiente de la Administración Sanitaria aseguradora.
- Responsabilidad de explotación: Deriva de la titularidad de los edificios e instalaciones y de los daños que de ello (distintos de los propiamente asistenciales) puedan derivarse, como la caída de una cornisa, por ejemplo.
- Responsabilidad empresarial: Se refiere a la siniestralidad que afecta al propio personal dependiente de la Administración, en este caso como perjudicados.

La causa más frecuente de reclamación es el fallecimiento y las especialidades más reclamadas son Medicina General, Traumatología y Ginecología – Obstetricia, quedando (contra lo que pudiera parecer) Anestesiología o Cirugía General con tan sólo el 1 y el 3 por ciento de las reclamaciones.

E/ El Seguro Sueco.

Se trata de un instrumento de amplísima cobertura para casos de culpa o negligencia y responde a estas características:

- Voluntariedad de uso para los particulares, que pueden acudir, si lo desean, a los tribunales.
- Presunción general de culpabilidad en la producción del daño para el medio sanitario.
- Exención de probar la concurrencia de dolo, culpa o negligencia graves en la producción de la lesión, si bien es necesario probar el nexo causal.
- Actuar conforme a protocolos no genera indemnización en ningún caso, aunque se haya ocasionado daño y se demostrase que de haberse apartado del protocolo no hubiera sobrevenido el daño.
- Las únicas infecciones indemnizables son las externas, nunca las producidas por bacterias que portaba el propio paciente.

Tiene este seguro la clara ventaja de evitar la personalización al buscar un responsable, pues basta con probar, como ha quedado dicho, el nexo causal.

Este sistema con un coste, vía impuestos, de unas 800 pesetas por ciudadano y año tiene en Suecia una amplísima extensión, pues a los hospitales públicos se han ido añadiendo los privados, así como clínicas y ciertos profesionales sanitarios, de tal modo que apenas quedan ya fuera ya más que los hospitales militares.

EL PROCESO PENAL

El profesional sanitario que ejerce durante largo tiempo su dedicación es difícil que no se vea en alguna ocasión denunciado y puede que acabe en un proceso penal, puede que no como imputado, sino como testigo o como perito. Conviene, por ello, conocer aunque sea esquemáticamente las grandes líneas de un proceso penal.

Actuaciones Previas

El proceso, iniciado de oficio o a instancia de parte perjudicada, persigue el esclarecimiento de los hechos y el castigo del culpable, así como la indemnización pecuniaria, si procede, a la víctima del hecho delictivo.

Se sustancia ante la jurisdicción penal en las siguientes instancias:

- Audiencias Provinciales (sentencias recurribles al Tribunal Supremo) en casos de homicidio o lesiones por imprudencia profesional.
- Juzgados de lo Penal (sentencias recurribles ante las Audiencias Provinciales) para lesiones por imprudencia grave.
- Juzgados de Instrucción para las faltas. (recurso ante Audiencias)

El comienzo de las actuaciones suelen ser las llamadas “Diligencias Previas” mediante la denuncia o querrela del paciente, en el terreno que nos ocupa. Suponen una recopilación de información a efectos de formar una valoración previa al proceso penal, propiamente dicho, si éste tiene lugar después.

Tras las DD. PP. sigue la fase de Instrucción ante los Juzgados de esa denominación con la finalidad de esclarecimiento referida y para preparar el plenario. Se utilizan como medios la inspección ocular, examen del cuerpo del delito y el uso de los medios de prueba (testifical, documental y pericial). Tras las acciones anteriores el juez de instrucción puede determinar que :

- a) Procede archivar las actuaciones, si no encuentra infracción penal.
- b) Se abre el juicio de faltas, por apreciar que pudieran existir éstas

- c) Traslado al Ministerio Fiscal y a la acusación particular para que formulen escrito de acusación y soliciten apertura del juicio oral, en caso de estimar, el juez de instrucción, que pudiera haber delicto.

El Juicio Oral

Una vez concluido el sumario por el juez de instrucción se determina el órgano que va a juzgar y se cita al acusado para que comparezca con abogado y procurador (nombrándosele de oficio, en su defecto). Se le da traslado de las actuaciones para que formule su defensa y proponga prueba, si lo desea.

Se emite auto, por el juez, aceptando o denegando la prueba solicitada y señalando el comienzo de las sesiones del juicio oral, que cursarán con: exposición – práctica de prueba – conclusiones – informe.

Se emite, finalmente la sentencia que absuelve o condena y fija, en su caso, la responsabilidad penal y civil que procediere; se pronuncia sobre las personas responsables y respecto de la imputación de costas judiciales.

LA EMISIÓN DE INFORMES PERICIALES

Si, como ha quedado dicho, puede ocurrir que el médico sea citado en causa penal, una de estas formas es en su condición de perito, siéndole solicitada la emisión de un informe. Con la brevedad obligada en este trabajo quiero dejar constancia de unas menciones.

Me estoy refiriendo aquí al documento emitido por el profesional sanitario designado por el Tribunal (por decisión propia o aceptando la petición de parte) sobre su conocimiento científico relativo a su quehacer. No me refiero a los informes emitidos por los médicos forenses, en su condición de funcionarios auxiliares técnicos del Tribunal.

Los informes periciales pueden atender, básicamente, a dos orientaciones: delimitar la existencia de responsabilidad de alguien o el informe

pericial puro, podemos decir, aquel que versa sobre el estado de salud de una persona respecto de una lesión o daño sufridos, que se le solicita al facultativo. A éste último me refiero a continuación.

El concepto clínico de lesión

MEDICINA: Daño o alteración morbosa, orgánica o funcional de los tejidos.

DICCIONARIO DE LA RAE: Modificación de la estructura de los tejidos por influencia de causas mórbidas.

DERECHO PENAL: Delito o falta derivado de un daño corporal inferido sin ánimo de matar.

Asistencialmente lesión es motivo de trabajo del clínico y es equiparable, en principio, al concepto de enfermedad o padecimiento. Es un proceso mórbido detectado por la anamnesia y confirmado de forma diagnóstica.

La lesión es el punto de partida del informe pericial. Con la presencia de aquella comienzan las valoraciones sobre la etiología, tratamientos recibidos, pronóstico de evolución e incluso acerca de los daños ocasionados por la misma. Como sintetiza Calabuig el profesional ha de pronunciarse sobre:

- Fijación de las secuelas anatómicas y funcionales
- Determinación de nexos causales entre hecho ilícito, lesión y secuela
- Establecer si la secuela es definitiva y su probable evolución
- Valorar el estado residual del perjudicado

Elementos del Informe Pericial

Este documento es la opinión de personas especializadas, en cierta profesión, arte u oficio, respecto de algún hecho que cae en la esfera de sus conocimientos, para que sirva de ilustración y base de decisión al juez.

En el ámbito penal los informes se dirigen a determinar la valoración del daño corporal, la responsabilidad profesional o la imputabilidad.

Se presenta con el siguiente encabezamiento:

- ✓ Identificación del perito médico actuante
- ✓ Identificación del solicitante del informe
- ✓ Objeto de la pericia solicitada

La composición de un informe pericial es muy similar al contenido de un Historia Clínica y el cuerpo del mismo consta de:

- IDENTIFICACIÓN DEL PACIENTE
- FUENTES DEL INFORME. Incluye externas e internas (clínicas o no)
- ESTADO ANTERIOR. Si presentaba la víctima un estado patológico anterior y si ha podido influir aquel en la producción o agravación de las lesiones objeto de estudio.
- DIAGNOSTICO. Diferenciador del clínico inicial y del de la secuela
- EVOLUCION. Se refiere a la estabilización de las lesiones.
- PRONOSTICO. Atañe a los daños futuros, ciertos o probables.
- NEXO DE CAUSALIDAD. Entre el hecho, la lesión y las secuelas
 - ✓ Criterio etiológico: Realidad y naturaleza del traumatismo.
 - ✓ Criterio cuantitativo: Conecta intensidad de traumatismo y gravedad de lesión
 - ✓ Criterio topográfico: Describe localización y tipo del golpe recibido
 - ✓ Criterio cronológico: Tiempo entre lesión y primeros síntomas
 - ✓ Criterio de la continuidad sintomática: Si ésta existe.
 - ✓ Criterio de exclusión: Si hecho lesivo es único causante del daño
- PERJUICIOS PATRIMONIALES. Pueden determinarse en:
 - ✓ Incapacidad permanente o incapacidad temporal. Con la consiguiente pérdida de capacidad de ganancia en cada caso.
 - ✓ Gastos sanitarios originados por la necesidad de asistencia.

- PERJUICIOS PERSONALES.
 - ✓ Dolor y sufrimiento físico
 - ✓ Menoscabo para disfrutar el ocio o el placer
 - ✓ Menoscabo para la realización de actividades cotidianas.
- CONCLUSIONES
- CLAUSULA DE CIERRE

Madrid, Mayo de 2004

© Juan Siso Martín

jE.Mail: juan.siso@salud.madrid.org

Teléfono : 625 555 266

INDICE

Una reflexión para empezar

De donde venimos

EXPOSICION PREVIA. FORMAS DE EXIGENCIA DE LA RESPONSABILIDAD

Sus variantes e implicación que suponen para el profesional

LA RESPONSABILIDAD PENAL

PARTICULARIDADES EN LAS UNIDADES DE URGENCIA

Motivos de condena por la actuación en las mismas

Motivos de exención o atenuación de la responsabilidad

PRECISIONES DE CARÁCTER GENERAL

Formas de culpabilidad

Formas de comisión del ilícito

Formas de participación en la comisión delictiva

Grados de ejecución del delito

Circunstancias modificativas de la culpabilidad

Extinción de la responsabilidad penal . La Prescripción

LAS NOVEDADES DEL CODIGO. CLAROSCURO LEGAL

Inhabilitación Profesional

Penas leves sin ingreso en prisión

No se cubre al profesional su responsabilidad por falta

La pena de localización permanente

La pena de trabajos en beneficio de la Comunidad

La pena de días multa

La prescripción de la acción para reclamar

La necesidad de un Baremo universal

LAS CONDUCTAS SANCIONABLES

A/ Conductas no específicas de profesionales sanitarios

El Homicidio

Inducción, cooperación y auxilio al suicidio

El aborto

Las lesiones

Omisión del deber de socorro y denegación de auxilio

Detención ilegal

Falsedades

Liberación de energía nuclear o elementos radioactivos

B/ CONDUCTAS ESPECIFICAS DE PROFESIONALES SANITARIOS

Denegación de asistencia o abandono del servicio

Secreto profesional

Intrusismo

Eutanasia y suicidio asistido

Delitos en torno al parto

El aborto sanitario

Manipulación genética

LA RESPONSABILIDAD POR IMPRUDENCIA

Delitos de comisión imprudente

Faltas de comisión imprudente

UNA PASEO POR LAS UNIDADES DEL HOSPITAL

Urgencias

Historias Clínicas

Quirófano

Paritorio

Genética

Neonatología

Farmacia

Radiología

Medicina Interna

Consultas

LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL CENTRO SANITARIO

Extensión de la responsabilidad directa

Responsabilidad del asegurador

Responsabilidad civil subsidiaria

EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD

Cobertura actual

El Seguro Privado

Régimen de concurrencia

El Seguro Público

El Seguro Sueco

EL PROCESO PENAL

Actuaciones previas

El Juicio Oral

LA EMISION DE INFORMES PERICIALES

Concepto de informe pericial

Concepto de lesión, como objeto del informe

Elementos del Informe Pericial

Madrid, Mayo de 2004

© Juan Siso Martín

jE.Mail: juan.siso@salud.madrid.org

Teléfono : 625 555 266

SUPUESTO PRACTICO

Responsabilidad en las Unidades de Urgencias

Era la medianoche de un sábado de verano que transcurría con una continua afluencia de pacientes a la Unidad de Urgencias de determinado hospital del norte de España. Acude, entonces, la Policía Local que trae a una persona que había protagonizado un altercado en un bar próximo y al que manifiestan conocer de otras ocasiones como un enfermo mental que provoca repetidos avisos de sus vecinos y conocidos.

Al encontrarse en el hospital, en su Unidad de Urgencias, entra en un estado de fuerte excitación ante lo cual es reducido por personal de seguridad y dos celadores del centro mientras acude un psiquiatra que se encontraba de guardia.

Mientras se le sube a una camilla se le cae del bolsillo del pantalón un frasco vacío de medicamentos que resultó ser DEXTROPROPOXINO. Al tratar, una enfermera, de recoger el frasco del suelo, Daniel, que así se llamaba el enfermo, le propinó una patada y trató de abalanzarse sobre ella. Cosa que no consiguió por la contención a la que era sometido. Preguntado acerca del motivo de llevar el frasco consigo manifestó que se había tomado todas las pastillas que contenía y que calculaba en unas diez.

El psiquiatra Dr. Tolosa y otros dos médicos que se encontraban presentes, una vez examinado el enfermo y constatadas sus reacciones violentas estaban de acuerdo en no creer que había ingerido esa medicación en tal cantidad, pues sus lógicos efectos serían contrarios a lo que tenían delante. El Dr. Tolosa habló telefónicamente con un hermano de Daniel preguntándole qué medicación estaba tomando el enfermo, a lo que el hermano repuso que no lograban hacerle tomar medicación alguna. Ante la violencia continuada del paciente le recetaron un cóctel sedante al que siguió, más adelante, otro más.

Tras esta segunda administración cedió notablemente la hostilidad de Daniel y se mantuvo tranquilo por un espacio de aproximadamente media hora. Transcurrido este tiempo sufrió una repentina parada respiratoria que no se logró revertir y falleció. Después se supo que el paciente sí que había ingerido una fuerte dosis de

DEXTROPROPOXINO cuyos efectos sedantes fueron multiplicados por el cóctel sedante ocasionándole la muerte.

Ante este relato se pregunta:

1.- ¿ Le parece correcta y fundada la actuación seguida por los facultativos actuantes respecto de Daniel ?

2.- ¿ Habría procedido, quizás, la práctica de algún tipo de prueba clínica para determinar si había ingerido, o no, la medicación cuyo frasco vacío portaba ?

3.- ¿ Tal vez convendría haber examinado la historia clínica? ¿ Qué habríamos podido deducir de la misma ?

4.- El Juzgado de Instrucción que conoció, en primera instancia de este asunto, condenó a los profesionales como culpables de homicidio por imprudencia temeraria. ¿ Qué cree que pasó en la sentencia definitiva de la Audiencia Provincial ?

Caso basado en una sentencia de la Audiencia Provincial de León

SUPUESTO PRACTICO

Responsabilidad en las Unidades de Urgencias

Acude a determinado hospital del Mediterráneo un hombre, acompañado de su esposa, quien manifiesta en la Unidad de Urgencias de dicho centro que padecía, desde hacía varias horas, un dolor en la parte superior del abdomen y que ocasionalmente presentaba vómitos. Atribuía dicha sintomatología a la úlcera duodenal que venía padeciendo desde años atrás. Este paciente tenía un seguro privado, por lo que no pareciendo urgente la situación, con las manifestaciones del interesado, fue remitido a la clínica que atendía su seguro privado.

Veinte minutos después se personó en la clínica referida, con el mismo taxi que le había llevado al hospital primero, y mientras era examinado, de forma repentina, le sobrevino un fuerte dolor en el pecho irradiado al brazo izquierdo y sufriendo una parada cardiaca con fibrilación auricular. A pesar de la prolongada resucitación cardiopulmonar a la que fue sometido falleció una hora después.

La esposa del paciente fallecido demandó al médico que le atendió en el primer hospital por error de diagnóstico con resultado muerte, pues a su parecer el fallecido llegó con evidente sintomatología de un infarto de miocardio, al presentar, según ella, fuerte dolor en el pecho y brazo izquierdo, sudoración y ahogos. Sintomatología que, dijo, se puso de manifiesto a quien atendió al paciente.

1.- ¿ Le parece correcta la actuación del facultativo del hospital que le atendió primero ? ¿ Y de quien le atendió en segundo lugar en la clínica ? ¿ Por qué ?

2.- ¿ Habría resultado procedente, quizás, la práctica de un Electrocardiograma? ¿ Y de un análisis de sangre para determinar el índice de enzimas cardíacas (CPK sub Mb) ? ¿ Habría resultado útil esta última prueba de haber sido hecha durante las maniobras de resucitación ?

3.- ¿ Qué medios de prueba se le ocurre que podrían aportarse por quien le atendió en el primer hospital para tratar de obtener una declaración judicial de irresponsabilidad ?

4.- ¿ Puede encontrar algunas incoherencias que se encuentran en el relato y que son ilustrativas de la motivación en la que se basó el fallo judicial ?

5.- Añada alguna otra cosa que estime de interés.

Supuesto basado en Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona