

LA IMPRUDENCIA PROFESIONAL.

D. José Luis Gutiérrez Aranguren
Abogado

I.- SU TIPIFICACIÓN EN EL DERECHO PUNITIVO: ANTECEDENTES PRÓXIMOS Y ACTUAL REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE 1.995.

La Ley Orgánica 10/1.995, de 23 de Noviembre, del nuevo Código Penal, publicada en el BOE nº 281, de 24 de Noviembre de 1.995, en cuya Disposición final séptima se establecía su entrada en vigor “a los seis meses de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado” y su aplicabilidad “a todos los hechos punibles que se cometan a partir de su vigencia”, ha supuesto una importante modificación en relación con la regulación anterior a la meritada Ley.

I. 1.- Antecedentes próximos

El precedente texto punitivo **-Código Penal de 1.973**, en la redacción posterior a la Ley Orgánica 3/1.989, de 21 de Junio, última modificación en la materia que nos ocupa- contemplaba una **regulación unitaria** de la negligencia y establecía al respecto dos categorías en función de la gravedad de la conducta, sancionando como falta las actuaciones de menor entidad -imprudencia simple, con o sin infracción de reglamentos- y reservando la categoría de delito para los supuestos graves -imprudencia temeraria-.

El recuerdo del viejo Código es importante no sólo en cuanto constituye una referencia a tener en cuenta a la hora de efectuar una valoración comparativa con el vigente, sino también porque todavía es de aplicación a las actividades imprudentes cometidas con anterioridad al 25 de Mayo de 1.996 que puedan estar siendo investigadas judicialmente en la actualidad o que pudieran estarlo en aquellos casos en que todavía no haya operado la prescripción.

I. 1. A)- El delito de imprudencia temeraria.

Bajo la denominación “De la imprudencia punible” (Título XIV, Libro II), se sancionaba en el **artículo 565** a quien “por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare dolo, constituiría delito” con la pena de prisión menor (de seis meses y un día a seis años), agravando tal sanción e imponiendo la referida pena “en su grado máximo” en aquellos supuestos en que “se produjere muerte o lesiones con los resultados previstos en los artículos 418, 419 o 421.2º, a consecuencia de **impericia o de negligencia profesional**”, y contemplando además la posibilidad de elevarla “en uno o dos grados, a juicio del Tribunal, cuando el mal causado fuere de extrema gravedad”. Todo ello con una salvedad, contemplada en el párrafo cuarto del artículo 565: “Lo dispuesto en los dos primeros párrafos de este artículo no tendrá lugar cuando las penas previstas en el mismo sean iguales o superiores a las del correspondiente delito doloso, en cuyo caso los Tribunales aplicarán la inmediata inferior a esta última en el grado que estimen conveniente”.

Tal panorama equivalía a la imposición de condenas a penas privativas de libertad desde cuatro años, dos meses y un día hasta seis años (e incluso de hasta diez años de prisión en los ya mencionados supuestos de extrema gravedad del mal) cuando el resultado de la conducta negligente consistiere en mutilación o inutilización de un órgano o miembro principal, privación de la vista o del oído, anulación o grave limitación de la aptitud laboral, grave enfermedad somática o psíquica o incapacidad mental incurable (artículo 418), o en mutilación o inutilidad de un órgano o miembro no principal, esterilidad o deformidad (artículo 419), o de condenas de hasta 4 años y dos meses de prisión menor si aquel resultado fuere de impotencia o pérdida de un miembro, órgano o sentido (artículo 421.2º).

I. 1. B).- La falta de imprudencia simple.

El **artículo 586 bis** del Código de 1.973 (Libro III, Título III), bajo la rúbrica “De las faltas contra las personas”, castigaba a “los que, por **simple imprudencia o negligencia** causaren un mal a las personas que, de mediar dolo, constituiría delito” con la pena de arresto menor (de uno a treinta días) y multa de 50.000 a 100.000 pesetas si concurría **infracción de reglamentos**, y con la de uno a quince días de arresto menor o multa de 50.000 a 100.000 pesetas si no concurría tal circunstancia. Se exigía, además, la previa denuncia del ofendido como requisito de perseguibilidad de estas conductas.

I. 2.- Derecho positivo vigente: El Código Penal de 1.995

Frente al estudio unitario al que hemos hecho referencia al contemplar el texto de 1.973, el actual y vigente Código Penal establece un cambio de criterio legislativo consistente en una regulación disgregada de esta materia, y si bien se

sigue manteniendo la diferencia entre el delito (grave imprudencia profesional con resultado de muerte o de lesiones graves) y la falta (imprudencia grave con resultado de lesiones que no merezcan la categoría de graves o imprudencia leve con resultado de muerte o de lesiones graves), prescinde de agrupar bajo una única rúbrica las posibles acciones de esta naturaleza y efectúa un estudio separado de las mismas en los apartados correspondientes a los eventuales resultados que pudieran derivarse de tales conductas, regulando éstas como modalidades comisivas de cada tipo de delito imprudente en el mismo Capítulo de la correlativa figura dolosa.

I. 2. A).- La imprudencia grave profesional como delito.

I. 2. A) a. (Título I, Libro II, “DEL HOMICIDIO Y SUS FORMAS”)

El **artículo 142.3** -en relación con el número 1 del mismo precepto-, a continuación de la figura dolosa, regula la categoría delictiva del homicidio imprudente profesional y sanciona tal conducta con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años, cuando mediando imprudencia grave se causare la muerte de una persona.

I. 2. A) b. (Título II, Libro II, “DEL ABORTO”)

El **artículo 146** prescribe que quien “por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana”, y que cuando el sujeto activo de tal conducta fuere profesional se le impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años.

I. 2. A) c. (Título III, “DE LAS LESIONES”)

El **artículo 152. 3**, en relación con el artículo 152.1, establece para los profesionales la pena de inhabilitación especial por tiempo de uno a cuatro años cuando por imprudencia grave causare lesiones a un tercero, imponiéndoles además penas privativas de libertad cuya extensión y naturaleza dependerá de la gravedad de las lesiones causadas: Arresto de siete a veinticuatro fines de semana cuando las lesiones menoscaben la integridad corporal o la salud física o mental y precisen objetivamente para su sanidad “además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico” -no simple vigilancia o seguimiento facultativo-; prisión de uno a tres años si se derivase pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, o impotencia, o esterilidad, o grave deformidad o grave enfermedad somática o psíquica; y prisión de seis meses a dos años si el resultado consistiere en pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal, o deformidad.

I. 2. A) d. (Título IV, “DE LAS LESIONES AL FETO”)

En el **artículo 158** del Código de 1.995 impone la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana, e inhabilitación especial por un período de seis meses a dos años, a quienes por imprudencia profesional causaren en un feto lesión o enfermedad “que perjudique gravemente su normal desarrollo o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica”.

I. 2. A) e. (Título IX, “DE LA OMISION DEL DEBER DE SOCORRO”)

“El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas” -**artículo 196**- será castigado con la pena de multa de tres a doce meses, o con la de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses si la víctima lo fuere por accidente ocasionado por el que omitió el auxilio, en ambos casos en su mitad superior, y con la de inhabilitación especial por tiempo de seis meses a tres años.

I. 2. A) f. (Título XVII, Capítulo III, “DE LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PUBLICA”)

Los actos de elaboración de sustancias nocivas, de suministro de las mismas, de expendición de medicamentos deteriorados, de alteración de dosis de medicamentos que les priven total o parcialmente de su eficacia terapéutica, de distribución, producción, comercialización o adulteración de productos alimentarios que pongan en peligro la salud de los consumidores, o adulteración o envenenamiento de aguas potables o sustancias alimenticias destinadas al uso público o al consumo de una colectividad, cuando fueren realizados por imprudencia grave, serán sancionados con las penas inferiores en grado que corresponderían a aquéllos que realizaren tales conductas dolosamente (**artículo 367**).

I. 2. B) La imprudencia profesional como falta.

En el **Libro III, Título I**, bajo el epígrafe “**Faltas contra las personas**”, se contempla una doble regulación de esta modalidad más leve de las imprudencias profesionales:

I. 2. B) a. Imprudencia grave con resultado de lesiones no graves

El **artículo 621.1** del nuevo Código sanciona a quienes “por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en el apartado 2 del artículo 147” (es decir, las lesiones que menoscaben la integridad corporal o la salud física o mental que requieran objetivamente para su sanidad primera asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico cuando el hecho sea de menor gravedad,

atendidos el medio empleado o el resultado producido) con la pena de multa de uno a dos meses.

I. 2. B) b. Imprudencia leve con resultado de muerte o de lesiones graves

Su tipificación viene regulada en el **artículo 621.2 y 3**, en el que se establecen penas de multa de uno a dos meses cuando el resultado fuere de muerte, o de quince a treinta días cuando lo fuere de lesión constitutiva de delito.

En todos los supuestos sancionados como falta, el propio **artículo 621.6** sigue exigiendo el antiguo requisito de perseguibilidad a que aludíamos cuando comentábamos el artículo 586 bis del derogado Código Penal de 1.973: la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

El estudio que acabamos de efectuar pone inequívocamente de manifiesto que las novedades que introduce el Código de 1.995 respecto al texto por él derogado no se limitan al ya mencionado cambio de criterio sistemático (paso de la anterior regulación unitaria al criterio de la disgregación de la figura delictiva de la imprudencia profesional a través de su incardinación en diferentes Títulos y de su estudio como modalidad comisiva propia), sino que además establecen dos aspectos de especial relevancia, cuales son:

A) La imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión.

B) La agravación de las penas. Sobre esta segunda cuestión ha de tenerse en cuenta que si bien en un principio pudiera entenderse que las sanciones consistentes en privación de libertad contemplan condenas menores a las que establecía el Código de 1.973, lo cierto es que el nuevo Código castiga con mayor dureza las conductas cuyo estudio analizamos habida cuenta que en éste se abandona el viejo principio de la redención de las penas por el trabajo que con carácter general establecía el texto de 1.973 -artículo 100: “Al recluso trabajador se abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta,, un día por cada dos de trabajo, y el tiempo así redimido se le contará también para la concesión de la libertad condicional”-, de suerte que una pena teóricamente inferior puede tener mayor alcance real que otra superior al no ser ya de aplicación a la primera el mencionado principio general.

II.- REQUISITOS DE LA IMPRUDENCIA PROFESIONAL Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL.

Pese a las diferencias que acabamos de destacar, es lo cierto que tanto en el derogado Código Penal como en el vigente de 1.995 los requisitos exigibles para considerar imprudente una conducta siguen siendo los mismos:

1. ACTUACION NEGLIGENTE**2. RESULTADO LESIVO****3. NEXO O RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE LA ACTIVIDAD Y EL RESULTADO**

No cabe, pues, calificar como imprudente una conducta que no reúna los tres mencionados requisitos, de suerte que aún en aquellos supuestos en los que la conducta inicial pudiera ser considerada como negligente, no habrá posibilidad de sancionarla si no se produce un resultado de muerte o de lesiones en los términos contemplados en los diversos preceptos que hemos descrito.

Además, ha de establecerse con carácter previo la aclaración de que los delitos y las faltas imprudentes pueden ser cometidos tanto por acción como por omisión (**artículo 10**), y que “los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente” (**artículo 11**).

De igual manera tampoco podrá ser objeto de punición aquella actuación imprudente que no esté expresamente contemplada por la Ley (**artículo 12**). No sucedía lo mismo en el Código de 1.973 ni en los anteriores, pues al integrar la culpa en el último Título del Libro II en un sólo artículo, el 565, tal texto establecía, a decir de Quintana Ripollés, un delito autónomo: el crimen culpae, estableciendo una formulación abierta aplicable, al menos teóricamente, a las más variadas figuras delictivas.

“Con el art. 12 CP 1.995 se sustituye el anterior sistema del crimen culpae establecido básicamente en el art. 565 CP 1.973 y se opta por un sistema de **cláusula específica** o de **numerus clausus** en la fijación de los tipos imprudentes, fortaleciéndose así el principio de legalidad y de seguridad jurídica. Se cumple además el designio programático del **principio de intervención mínima** en la esfera de la imprudencia relevante jurídico-penalmente, por cuanto el delito culposo constituye un minus, en cuanto a su gravedad, con respecto al delito doloso. En este sentido el art. 12 CP 1.995 constituye un jalón de gran trascendencia en la paulatina limitación que ha sufrido el ordenamiento con respecto a la incriminación de la imprudencia; se trata de un paso más en la dirección postulada por la LO 3/1.989 de 21 Jun., pero ahora con el cualitativo cambio de sistema legal incriminador” (TS 2^o s 3 Octubre de 1.997, LA LEY 1.997, 10257).

II. 1.- La imprudencia punible: requisitos

“La imprudencia requiere la concurrencia de los siguientes **requisitos**: a) una **acción u omisión voluntaria no maliciosa**; b) **infracción del deber de cuidado**; c) **creación de un riesgo previsible y evitable**; d) un **resultado dañoso** derivado, en adecuada **relación de causalidad**, de aquella descuidada conducta (Cfr. TS 2ª, ss 19 Abril 1.926, 7 Enero 1.935, 6 Marzo 1.948, 28 Junio 1.957, 19 Junio 1.972 y 15 Marzo 1.976)” (TS 2ª, s 3 Octubre 1.997, LA LEY 1.997, 10257).

“El delito imprudente, desechando cualquier tipo de intencionalidad directa, indirecta o eventual, aunque no constituya en sí mismo un delito -o falta- de peligro, si **necesita en su inicio un peligro potencial**, que luego se concreta cuando se produce el **resultado**; de ahí que, con independencia del cordón umbilical de la **causalidad**, el círculo de las acciones imprudentes queda cerrado cuando se aprecien estos tres elementos: falta de deber de cuidado, peligro latente en la actividad y **resultado dañoso** ... La jurisprudencia y la doctrina han venido a determinar, tradicionalmente, como **requisitos básicos** e imprescindibles que deben acompañar a la figura jurídica de la imprudencia, en cualquiera de sus facetas -temeraria, simple, hoy grave o leve-, los siguientes: a) la **previsión** o posibilidad de un **resultado dañoso** por parte del sujeto activo de la acción; b) que este resultado no sea querido por dicho sujeto, pues, si así fuese, lo simplemente culposo se convertiría en actividad dolosa, con las consecuencias calificadoras del tipo delictivo y subsiguiente diferencia de penas a imponer; c) esta actuación ha de **infringir una norma de cuidado**; d) la causación de un **resultado** que constituya infracción legal, y e) finalmente, un enlace lógico entre la actividad inicial y ese resultado, que constituye el requisito de lo que se ha dado en llamar **relación de causalidad**” (TS 2ª, S 26 Septiembre 1.997, LA LEY 1.997, 9933).

“Según la jurisprudencia, la estimación de la imprudencia requiere la concurrencia de los siguientes **requisitos**: a) una **acción u omisión** voluntaria no maliciosa; b) **infracción del deber de cuidado**; c) creación de un **riesgo previsible y evitable**, y d) un **resultado dañoso** derivado, en adecuada **relación de causalidad**, de aquella descuidada conducta” (TS 2ª, s 10 Abril 1.997, LA LEY 1.997, 6071).

“Incluso la más añeja jurisprudencia, ya abandonada, distinguió en la imprudencia punible tres **elementos fundamentales**: una **acción u omisión** voluntaria no maliciosa, un **mal efectivo** y concreto y una **relación de causalidad entre ambos**. Más modernamente, la TS 2ª s 2 Mayo 1.975 configura el delito culposo como la **voluntaria omisión de la diligencia personal, y del deber objetivo de cuidado exigido**, que genera, en una adecuada relación causal, un resultado punible, y que por su naturaleza de previsible pudo y debió preverse por el agente, cuya naturaleza ha de reprocharse culpabilísticamente por su manifiesta e

indebida deficiencia. Por tanto, **no es suficiente una conducta imprudente**, pues se precisa, además, la producción de un **resultado material perjudicial**, ya que se trata de un delito de resultado material. La jurisprudencia exige el daño o perjuicio concreto, sobrevenido como consecuencia de aquella conducta negligente, en su doble vertiente de falta de previsión o deber saber y la falta de cuidado o deber evitar, añadiendo, además, que entre la actuación negligente y el resultado dañoso ha de mediar la correspondiente relación de causalidad, de causa a efecto, lo que a su vez generará la responsabilidad cuando el reproche sea imputable a persona determinada (Cfr. TS 2ª s 14 Febrero 1.991)” ... “El delito imprudente en la actividad sanitaria requiere en la estructura de su tipo: a) la **inobservancia de los deberes objetivos de cuidado** que impone la concreta actividad; b) la producción de **muerte o lesiones**; c) una **relación de causa a efecto** entre la conducta del agente y el resultado dañoso producido, y d) la imputación objetiva del resultado” (TS 2ª s 13 Febrero 1.997, LA LEY 1.997, 3795).

“Son requisitos configuradores de las infracciones culposas. a) una **acción u omisión** voluntaria, no intencional o maliciosa, o sea, que se halle ausente de ella todo dolo directo o eventual; b) **factor psicológico o subjetivo**, eje o nervio de la conducta imprudente en cuanto propiciador del riesgo ..., elemento de rai-gambre anímica no homogeneizable y, por lo mismo, susceptible de apreciarse en una gradación diferenciadora; c) factor normativo o externo, representado por la **infracción del deber objetivo de cuidado**; d) originación de un **daño**, temido evento mutatorio o alterador de situaciones preexistentes, y e) adecuada **relación de causalidad** entre el proceder descuidado e inobservante, desatador del riesgo, y el *damnum* o mal sobrevenido, lo que supone la traducción del peligro potencial entrevisto o que se puede prever en una consecuencialidad real, en un efectivo resultado lesivo; constatación de la relación causal que conecta el efecto criminal con el comportamiento delictivo, juicio a posteriori que permite atribuir el efecto dañoso a la acción humana desplegada por el agente (Cfr. TS 2ª ss 4 Febrero 1.993, 29 Octubre 1.994 y 22 Septiembre 1.995)” (TS 2ª s 14 Febrero 1.997, LA LEY 1.997, 2257).

II. 2.- Responsabilidad del médico

“La exigencia de responsabilidad al médico presenta siempre graves dificultades, porque la ciencia que profesan es inexacta por definición, confluyen en ella factores y variables totalmente imprevisibles que provocan serias dudas sobre la causa determinante del daño, y a ello se añade la necesaria libertad del médico, que nunca debe caer en audacia o aventura. La relatividad científica del arte médico -los criterios inamovibles de hoy dejan de serlo mañana-, la libertad, en la medida expuesta, y el escaso papel que juega la previsibilidad, son notas que

caracterizan la actuación de estos profesionales. La profesión en sí misma no constituye, en materia de imprudencia, un elemento agravatorio ni cualificativo -no quita ni pone imprudencia-, pero sí puede influir, y de hecho influye, para determinar no pocas veces la culpa o para graduar su intensidad. La primera modalidad surge cuando se produjere muerte o lesiones a consecuencia de impericia o negligencia profesional, equivalente al desconocimiento inadmisibles de aquéllo que profesionalmente ha de saberse; esta imprudencia profesional, caracterizada por la transgresión de deberes de la técnica médica, por evidente inepticia, constituye un subtipo agravado caracterizado por un plus de culpa, y no una cualificación por la condición profesional del sujeto, de suerte que a su lado conviven las modalidades comunes de imprudencia, la culpa profesional sin impericia en las categorías de temeraria y de simple, por el orden de su respectiva gravedad (Cfr. TS 2ª ss 8 Junio 1.994 y 29 Febrero 1.996)” (TS 2ª s 3 Octubre 1.997, LA LEY 1.997, 10257).

En idéntico sentido -incluso utilizando la misma terminología-, TS 2ª, s 29 Febrero 1.996, LA LEY 1.996, 3598).

II. 3.- Culpa profesional y culpa del profesional

“1º. La culpa sólo merece calificarse de profesional cuando el resultado, al cual debe ir ligado por una relación causal inexcusable, se produzca a consecuencia de un acto profesional de impericia o negligencia profesional, ésto es, una ineptitud incompatible con la profesión, torpeza o descuido inexcusables conforme a la *lex artis* (TS 2ª ss 29 Mayo 1.973, RJ 2467; 4 Mayo 1.974, RJ 2083; 29 Abril 1.974, RJ 1957; 16 Junio 1.972, RJ 3512). 2º. Hay que distinguir entre la culpa del profesional, que es imprudencia o negligencia comunes cometidas por el mismo en el ejercicio de la profesión, y la culpa profesional, que es la impericia, ineptitud o ignorancia, es decir, la falta de los conocimientos básicos y elementales propios de su técnica o ciencia, que puede ser de origen o bien incurriendo en ella por olvido o falta de ejercicio, de práctica o de perfeccionamiento posterior. En la primera se encuentra el sujeto en posesión de los conocimientos suficientes, pero obra con abandono o descuido; en la segunda se ha producido una impericia por los factores ya señalados, u otros semejantes que puedan concurrir (TS 2ª s 21 Junio 1.974, RJ 2918). 3º. En esta culpa profesional hay, por consiguiente, un plus de culpa sobre la temeraria que radica en la torpeza o descuido inexcusable del profesional que torna su acción u omisión en extremadamente peligrosas e incompatibles con el correcto ejercicio de la profesión (TS 2ª s 29 Diciembre 1.975, RJ 4979). 4º. Por tanto, y resumiendo, la culpa propiamente profesional descansa en la impericia, en la ignorancia, al ejecutar el acto profesional, de las exigencias de la *lex artis*” (TS 2ª s 21 Febrero 1.986, RJ 1.986, 910).

“El adjetivo profesional aplicado al delito de imprudencia adiciona, por lo que respecta al sujeto, una especial preparación y objetivamente un tema o una situación que precisamente corresponden a esa especialización, y dentro de ese colectivo -en el caso, médicos-, el módulo de exigibilidad cautelar preventiva hará patente la temeridad si se prescinden de los cuidados usuales en la profesión y si la situación de emergencia es frecuente y por ello la previsibilidad del peligro es representable a todos los facultativos de esa especialidad” (TS 2ª s 21 Julio 1.995, LA LEY 1.995, 2703).

“La imprudencia profesional se caracteriza por la inobservancia de las reglas de actuación que vienen marcadas por lo que se conoce en términos jurídicos como *lex artis*, lo que conlleva un plus de antijuridicidad que explica la elevación penológica. El profesional que se aparta de estas normas específicas que le obligan a un especial cuidado merece un mayor reproche en forma de sanción punitiva. Al profesional se le debe exigir un plus de atención y cuidado en la observancia de las reglas de su arte, que no es exigible al que no es profesional. La imprudencia profesional aparece claramente definida en aquellos casos en que se han omitido los conocimientos específicos que sólo tiene el sujeto por su especial formación, de tal manera que los particulares no tienen este deber especial, porque carecen de los debidos conocimientos para actuar en el ámbito de los profesionales (Cfr TS 2ª s 8 Mayo 1.997)” (TS 2ª s 3 Octubre 1.997, LA LEY 1.997, 10257).

II. 4.- Error en el diagnóstico y falta de pericia

“La jurisprudencia, en lo relativo a la imprudencia médica, ha señalado:

a) la **no incriminación**, vía delito, del delito de imprudencia en función de un **simple error científico o del diagnóstico equivocado**, salvo cuando por su propia categoría o entidad cualitativa o cuantitativa resulten de extrema gravedad; b) que **tampoco** se reputa como elemento constitutivo, sin más, de la imprudencia, el hecho de **carecer** el facultativo de una **pericia** que pueda considerarse **extraordinaria**; c) que no es posible en este campo hacer una formulación de generalizaciones aplicables a todos los supuestos, sino que es indispensable la individualizada reflexión sobre el supuesto concreto de que se trate; d) por consiguiente, más allá de puntuales deficiencias técnicas o científicas, salvo cuando se trate de supuestos cualificados, ha de ponerse el acento de la imprudencia en el comportamiento específico del profesional que pudiendo evitar con una diligencia exigible a un médico normal, diligencia media por sus conocimientos y preparación, el resultado lesivo o mortal para una persona, no pone a su contribución imputada a contrarrestar las patologías existentes con mayor o menor acierto si este arco de posibilidades está abierto a la actuación ordinaria de un profesional de la medicina” (TS 2ª s 12 Marzo 1.990, LA LEY 1.990-2, 1599).

“El estado actual de la jurisprudencia estima que **no es incriminable**, por vía de imprudencia profesional, **el simple error científico** (Cfr TS ss 10 Marzo 1.959, 17 Agosto 1.982 y 4 Octubre 1.990) o el **diagnóstico médico equivocado** (Cfr TS ss 16 Abril 1.979, 5 Febrero 1.981 y 17 Octubre 1.986), salvo cuando por su propia categoría o entidad cualitativa o cuantitativa resulten de extrema gravedad” (TS 2ª s 28 Septiembre 1.992, LA LEY 1.992-4, 559).

“Respecto a la imprudencia médica profesional, la jurisprudencia ha venido manteniendo que: a) por regla general, el **error en el diagnóstico no es tipificable** como infracción penal, salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable; b) queda también **fuera del ámbito penal**, por la misma razón, la **falta de pericia** cuando ésta sea de naturaleza **extraordinaria** o excepcional” (TS 2ª s 29 Febrero 1.996, LA LEY 1.996, 3598).

“Una jurisprudencia extensa y pormenorizada, respecto a la llamada imprudencia médica, ha recordado: a) que el **error en el diagnóstico**, por regla general, **no es tipificable como infracción penal**, salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable; b) que queda también **fuera del ámbito penal**, por la misma razón, la **falta de pericia** cuando ésta sea de naturaleza **extraordinaria** o excepcional, y c) que la determinación de la responsabilidad médica ha de hacerse en contemplación de las situaciones concretas y específicas sometidas al enjuiciamiento penal, huyendo de todo tipo de generalizaciones” (TS 2ª s 3 Octubre 1.997, LA LEY 1.997, 10257).

II. 5.- Grados de imprudencia. Distinción. Criterios. La imprudencia temeraria

“En el vigente CP 1.995 sólo se castigan determinados y específicos delitos culposos -crimina culposa-, a diferencia del derogado CP, atinente al crimen culpae genérico; la punición del delito imprudente cuenta con la realización objetiva del tipo de injusto y la previsión específica por parte de la norma penal de incriminación de la comisión imprudente, sea en forma grave o en forma leve -arts. 5, 12 y 621 CP 1.995-. La gravedad de la infracción de la norma de cuidado es el elemento normativo a que atiende la clasificación legal de las distintas infracciones culposas, debiendo tenerse en cuenta tanto la peligrosidad de la conducta como la valoración social del riesgo” (TS 2ª s 14 Febrero 1.997, LA LEY 1.997, 2257).

“Para calificar la entidad de un hecho descuidado o imprudente ha de realizarse una labor individualizadora, atendiendo a todas las particularidades y circunstancias del hecho concreto enjuiciado; el órgano judicial, en delicada labor valorativa ex post facto, ha de proceder al cuidadoso análisis de los básicos elementos constitutivos de la culpa penal, a la mayor o menor gravedad del fallo psicológico padecido y a la cualidad o intensidad de la desatención” (TS 2ª s 18 Septiembre 1.992, LA LEY 1.993-5, 1785).

“La diferencia entre las distintas clases de imprudencia no es cualitativa sino cuantitativa, de grado, por la mayor o menor previsibilidad del evento, por la mayor o menor exigibilidad de cuidado para prevenirlo, por la mayor o menor reprochabilidad o repulsa social ante la infracción de cautela omitida; las distintas modalidades de imprudencia tienen la misma estructura elemental y así son comunes los elementos integrantes de las respectivas figuras punitivas, diferenciándose en el grado de intensidad del elemento psicológico, en tanto en cuanto ha prescindido más de las precauciones exigibles conforme a la normativa socio-cultural del ambiente medio” (TS 2ª s 24 Marzo 1.992, LA LEY 1.992, 1746).

“La distinción entre las distintas clases de imprudencia que se distinguen en la regulación de la culpa en el derecho positivo no presenta caracteres nítidos o tajantes, sino que, por el contrario, se presentan brumosos, ténues o desdibujados, por lo que es preciso atender en cada caso concreto objeto de enjuiciamiento a las circunstancias concurrentes respecto a los dos elementos integrantes de la imprudencia, o sea, el psicológico o volitivo, consistente en la omisión de la diligencia exigible que hace nacer un riesgo para el bien jurídico protegido por el precepto penal, y la violación del deber objeto de cuidado que puede encarnar en una norma de cultura, o de común experiencia, o en una norma profesional o derivada de la *lex artis* que rige la actividad desplegada por el agente ... Bien entendido que los elementos se hallan íntimamente enlazados y que de la intensidad de los mismos depende la mensuración de la culpa” (TS 2ª s 22 Febrero 1.992, LA LEY 1.992, 1480).

“A través del articulado de la Ley penal sustantiva se definen las diversas especies de culpas que, articuladas en varios tipos, representan una escala jerárquica en cuya cúspide estructural, como la más grave de las infracciones, figura la **imprudencia temeraria**, suponiendo la misma la **eliminación de la atención más absoluta, la inadopción de los cuidados más elementales o rudimentarios exigidos por la vida de relación**, suficientes para impedir o contener el desencadenamiento de resultados dañosos previsibles, infringiéndose deberes fundamentales que atañen a la convivencia y a principios transidos de alteridad” (TS 2ª s 21 Enero 1.997, LA LEY 1.997, 2210).

“La imprudencia temeraria consiste en la omisión de elementales normas de cuidado que cualquier persona debe observar y guardar en los actos de la vida ordinaria, o en la omisión de la diligencia que resulte **indispensable** en el ejercicio de la actividad o profesión que implique riesgo propio o ajeno, viniendo a constituir, en definitiva, una forma de culpabilidad que limita con el dolo eventual” (TS 2ª s 15 Octubre 1.991, LA LEY 1.992, 428).

“La cúspide de la escala culposa o la tonalidad más intensa de la gama de dicha forma de culpabilidad la ocupa la denominada **imprudencia temeraria**, que se caracteriza, no por la gravedad del resultado, sino por la **omisión de todas**

las precauciones propias al caso o, al menos, de las más elementales y rudimentarias, por haber incidido el agente en **descuido, negligencia o abandono de tal magnitud** que no hubiera incurrido en ellos el menos cauto, precavido y diligente de los hombres, por la **absoluta insociabilidad** del infractor y, finalmente, por el **desdén y el desprecio** que el sujeto activo muestra por la vida, integridad corporal y patrimonio de los demás implicados en el evento” (TS 2ª s 28 Marzo 1.988, LA LEY 1.988-2, 1409).

Los médicos o los técnicos sanitarios incurrirán en conductas incardinables en la **imprudencia temeraria** “cuando en el tratamiento efectuado al paciente se incide en **conductas descuidadas** de las que resulte un **proceder irreflexivo, la falta de adopción de cautelas de generalizado uso o la ausencia de pruebas, investigaciones o verificaciones precisas como imprescindibles** para seguir el curso en el estado del paciente, aunque entonces el reproche de culpabilidad viene dado en estos casos no tanto por el error, si lo hubiere, sino por la **dejación, el abandono, la negligencia y el descuido**” (TS 2ª s 14 Febrero 1.991, LA LEYH 1.991-2, 451); o cuando el médico actúe “con **olvido o menosprecio de las reglas técnicas o de la lex artis**” (TS 2ª s 31 Mayo 1.994, LA LEY 1.994, 3411); o cuando se elimina “la **atención más absoluta, la no adopción de los cuidados más elementales**” (AP Madrid, Secc. 2ª, s 31 Enero 1.991, LA LEY 1.991, 715); o cuando se incurre en una “**notoria vulneración de la lex artis**” (TS 2ª s 5 Noviembre 1.990, LA LEY 1.990-1, 482). Existe imprudencia temeraria “cuando se introduce un **peligro que supera considerablemente el límite del riesgo permitido**” (TS 2ª s 24 Noviembre 1.989, LA LEY 1.989-2, 744); cuando se actúa con “**irreflexión, negligencia inexcusable y olvido de las precauciones que aconseja la más elemental prudencia**” (TS 2ª s 23 Febrero 1.990, LA LEY 1.990-2, 1145).

“Para que la imprudencia pueda calificarse de temeraria es menester que la previsibilidad del evento sea notoria y esté acompañada de una **omisión de las más elementales precauciones** ... La imprudencia temeraria se sitúa, dentro de la escala jerárquica de las actuaciones culposas, en la cúspide estructural, correspondiendo su definición al órgano judicial en correspondencia con los datos más significativos y reveladores de la causa generadora del riesgo, su racionalidad y previsibilidad, su potencialidad peligrosa y probabilidades de desencadenamiento del *damnum*, sin dejar de ponderar adecuadamente la mayor o menor entidad de las omisiones espirituales o fallos psicológicos acusables en el agente ... Expresando la alta consideración que la medicina y la clase médica merecen por la trascendencia individual y social de su tarea y los sacrificios, muchas veces inmensos, que su correcto ejercicio impone, hay que poner de relieve que la **imprudencia temeraria** nace cuando el tratamiento médico o quirúrgico incide en **comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exi-**

gible, atendidas las circunstancias del lugar, tiempo, personas, naturaleza de la lesión o enfermedad que conduzcan, **olvidando la lex artis**, a resultados lesivos para las personas” (TS 2ª s 3 Octubre 1.997, LA LEY 1.997, 10257).

II. 6.- Información del facultativo al paciente. El consentimiento informado

Por consentimiento ha de entenderse “el acuerdo de voluntades” (CERRILLO), el “encuentro de dos declaraciones de voluntad que, partiendo de dos sujetos diversos, se dirigen a un fin común y se unen” (RUGGIERO) o “la declaración de la conformidad de la voluntad de la persona consentidora con el acto voluntario de otro” (KESSELER).

El consentimiento es un acto jurídico, y como tal ha de reunir unos requisitos mínimos relativos a la adecuación subjetiva, objetiva y formal del acto para producir los efectos previstos, regulados en los artículos 1.261 y siguientes del Código Civil y de aplicación en el ámbito jurídico-penal: capacidad (aptitud para realizar actos con trascendencia jurídica), titularidad (el que consiente ha de ser titular del bien jurídico o derecho del que dispone), libertad, objeto, causa, forma (para que pueda ser conocido por los demás y que la voluntad manifestada coincida con la interna) y tiempo (ha de concurrir en el momento de la realización de la acción).

“En el tratamiento médico-quirúrgico, al tener un fin curativo, la ratio iuris de la exigencia del consentimiento es la vinculación con los derechos de la personalidad que tiene una decisión sobre el destino del cuerpo humano. Aceptar o rechazar un tratamiento médico significa elegir entre un riesgo y otro riesgo, entre un sufrimiento y otro sufrimiento, y esa elección es rigurosamente personal En los supuestos en que resulte imposible que el interesado pueda dar su consentimiento y sea urgente intervenir para evitar la muerte o una pérdida grave probables, la práctica ha venido exigiendo el consentimiento de los familiares que conviven con el interesado ... Si el médico estimara que la voluntad de los familiares no es leal para con el enfermo y presenta motivaciones egoístas, debería deferir el posible conflicto de intereses al órgano jurisdiccional ... La actividad médica puede afectar también a la libertad religiosa o de conciencia del paciente. Varios Autos del Tribunal Supremo de 14 de Marzo de 1.979, 23 de Diciembre de 1.983 y 25 de Enero de 1.984 han abordado el tema y han declarado la justificación de la conducta del médico y del Juez autorizante sobre la base del estado de necesidad, la primacía del derecho a la vida y a la salud sobre la libertad religiosa y la libertad general y la consideración de que la vida no es sólo un bien personal, sino algo que se debe en gran parte a la familia y a la Comunidad Ciertamente en las condiciones indicadas por dicha jurisprudencia el facultativo no sería responsable de un delito contra la vida o contra la salud en el caso de resultado favora-

ble, pero sí lo sería contra la libertad” (“DERECHO MEDICO”, VOLUMEN I, EDITORIAL TECNOS, 1.986, páginas 287 y ss., por LUIS MARTINEZ CALCERRADA).

“La información del médico al paciente -en una razonable exégesis del art. 10 L. 14/1986 de 25 Abril (Ley General de Sanidad)- ha de ser **suficiente, escla- recedora, veraz y adecuada a las circunstancias** o, si se quiere, simple, aproxima- tiva, inteligible y leal, sin que su formulación y la de la consiguiente manifes- tación del consentimiento transformen la existencia de dicho binomio garantista del derecho a la salud en una exigencia con caracteres de requisito ad solemnita- tem ni, por contra, sus trámites formales reduzcan la operatividad de aquél a la de un puro trámite burocrático estandarizado, devaluando así la integración del deber de informar y el correlativo derecho a recibir información en lo que se ha dado en llamar *lex artis ad hoc*. Por ello, en el caso, si existió información, consentimien- to expreso del enfermo y de sus familiares más allegados, exposición previa de incidencias quirúrgicas, aceptación de las mismas por aquéllos y ausencia de que- branto de confianza, junto a una correcta técnica operatoria y adecuada atención facultativa en el período postquirúrgico inmediato a la intervención por parte del cirujano protagonista de la imputación por negligencia temeraria profesional, se cancela toda probabilidad de que prospere aquélla, aún cuando a través de la misma se exacerbe, hasta asignarle caracteres de requisito formal inalterable des- naturalizador de la relación de confianza que debe existir entre el facultativo y el paciente, la exigencia de una adecuada información como soporte del consenti- miento prestado” (TS 2ª s 3 Octubre 1.997, LA LEY 1.997, 10257).

II. 7.- Tutela judicial efectiva. Principio de Legalidad

“El derecho a la tutela judicial efectiva, que consagra el art. 24.1 CE, tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a Jueces y Tribunales y el derecho a obtener un fallo de éstos y a que el fallo se cumpla. Tal derecho se satisface siempre que el órgano judicial competente haya resuelto en Derecho y razonadamente sobre las pretensiones deducidas en el proceso, incluso si se declara la inadmisión de la acción o recurso instado, en aplicación, asimis- mo fundada en Derecho, de una causa legal de inadmisión (Cfr TS 2ª ss 5 Octubre 1.995, 10 Mayo 1.996 y 6 Marzo 1.997). **La CE no otorga ningún derecho a obtener condenas penales.** La tutela penal no se anuda inmediatamente a la rea- lización de cualquier conducta vulneradora de derechos fundamentales, sino que, para que pueda desplegar sus efectos, precisa la mediación de la ley, que es la que define los casos y circunstancias que dan lugar a la estimación del delito y a la aplicación de su consecuencia jurídica, la pena. La potestad punitiva, en cuanto poder concreto de castigar hechos concretos, nace, pues, de la ley, no de la CE. Y

si bien la CE consagra, en su art. 25.1, el principio de legalidad, como derecho a no ser condenado ni sancionado sino por acciones u omisiones legalmente previstas, no existe un principio de legalidad invertido, esto es, un derecho fundamental de la víctima a obtener la condena penal de otro, haya o no vulnerado sus derechos fundamentales, pues éstos son derechos de libertad, e introducir entre ellos la pretensión punitiva supondría alterar radicalmente su sentido” (TS 2ª s 3 Octubre 1.997, LA LEY 1.997, 10257).

“El derecho a la tutela judicial efectiva se concreta en el derecho de los justiciables a obtener de los órganos jurisdiccionales competentes una respuesta fundada en derecho sobre las pretensiones oportunamente deducidas ante ellos, sin que, lógicamente, las decisiones judiciales tengan que ser estimatorias de tales pretensiones” (TS 2ª s 21 Enero 1.997, LA LEY 1.997, 1517).

Este derecho exige una respuesta motivada del órgano judicial, “lo que no quiere decir, obviamente, que la tutela judicial efectiva lleve aparejada la necesidad de dar la razón a quien estima que se le ha causado indefensión y falta de tutela judicial efectiva, pues **ambos contendientes tienen idéntico derecho a ella** (Cfr TS ss 1 Diciembre 1.988, 29 Enero 1.990, 18 Febrero 1.991, 22 Septiembre 1.992 y 18 Marzo y 7 Noviembre 1.994)” (TS 1ª s 10 Diciembre 1.996, LA LEY 1.997, 349).

III.- CONSIDERACIONES FINALES.

En la obra “LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MEDICO Y DEL SANITARIO” (Editorial COLEX, 1.990, páginas 39 y siguientes), José Manuel MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, Doctor en Derecho y Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, efectuaba afirmaciones del siguiente tenor: “Cuando en 1.958 escribía Quintano Ripollés que la doctrina jurisprudencial era tan escasa en lo referente a la culpa médica, al punto de no poder hallarse un cuerpo de doctrina en la materia, tal afirmación debía tenerse por válida ya que a la sazón sólo se había producido un mínimo porcentaje de sentencias de casación; esta misma afirmación mantenida después no resulta ya aceptableel médico, el profesional escrupuloso, amenazado por una querrela, desorientado por el temor que se acrecienta a su buena fe, se presta fácilmente a pagar indemnizaciones y a renunciar a sus derechos aunque tal vez, en la gran mayoría de los supuestos, se produjera la absolución al no acreditarse imprudencia alguna punible. No debe olvidarse que el proceso penal, por mucho que se pretenda su contradicción e igualdad de armas procesales entre las partes intervinientes incluso desde su primer momento, funciona como pena, porque la parte pasiva de la acusación no sólo puede ser condenada, sino que sufre las medidas cautelares”.

La cita de la obra de Martínez-Pereda enlaza directamente con lo que últimamente ha venido en denominarse la **MEDICINA DEFENSIVA**, obviamente perjudicial tanto para los propios profesionales de la Sanidad como para los mismos pacientes, pero que en realidad -y bajo mi punto de vista- está más que justificada, pues es lo cierto que si bien la Jurisprudencia demuestra que las condenas penales al personal sanitario únicamente se establecen en supuestos excepcionales y en un porcentaje ciertamente bajo de los casos que llegan a los órganos judiciales (que, en todo caso, dependerán de la valoración de la prueba por los titulares de tales órganos, quienes habrán de examinar pormenorizadamente cada supuesto objeto de enjuiciamiento), no es menos cierto que la carga de un proceso penal, incluida la llamada “pena de banquillo”, causa unos irreparables perjuicios a aquél que la sufre, y que éstos perjuicios jamás llegan a ser resarcidos en su justa medida, y si bien los daños morales son difícilmente reparables, tal dificultad no debería impedir que económicamente se reflejase en las medidas correctoras de quienes alegremente y sin fundamento alguno interponen querellas o denuncias por imprudencia profesional. Pese a ello, el panorama actual no parece ir en esta dirección, como lo demuestra la reciente jurisprudencia sobre la materia, de la que es fiel exponente la **sentencia del TS 2ª de 18 de Febrero de 1.997 (LA LEY 1.997, 3804**, del siguiente tenor: “La posición de la acusación ha llevado consigo que el inculpado haya tenido que soportar, sin justificación alguna, la carga de un proceso penal. Como esta carga lleva, por un lado, una serie de perjuicios personales -tales como la angustia de tener pendiente una petición de pena o las numerosas molestias-, y también unos daños económicos, cuantificables en los gastos que ha tenido que soportar para ejercer su defensa, justo es que, conforme al art. 240.3 LECRIM, se le compense por estos últimos, y que no es posible hacerlo por los primeros”.