



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
fin de grado

Delitos contra la salud,
Responsabilidad penal del
personal sanitario por
denegación de asistencia
sanitaria y violencia
obstétrica

Raquel Cuadrillero Arias

Tutor: Luis Fernando De Castro Mejuto

Doble grado en ADE y Derecho
Año 2021

Trabajo de Fin de Grado presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña para la obtención del Grado en Derecho

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	4
SUPUESTO DE HECHO.....	5
I. INTRODUCCIÓN.....	6
II. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS.....	6
II.1 Nociones previas.....	6
II.1. a) Modalidades de acción.....	6
II.1. b) Teoría de la causalidad e imputación objetiva.....	7
II.1. c) Dolo.....	7
II.1. d) Imprudencia.....	7
II.2. El delito de aborto.....	8
II.2. a) Regulación del aborto.....	8
II.2. b) Cuestiones generales	8
II.3. El delito de homicidio.....	9
II.4. Responsabilidad penal de Marta.....	10
II.5. Responsabilidad penal de Iago.....	13
III. RESPONSABILIDAD CIVIL Y PATRIMONIAL.....	15
III.1. Responsabilidad civil. Contractual y extracontractual.....	15
III.2. Orden competente.....	16
III.3. Responsabilidad civil de los sanitarios.....	17
III.3. a) Naturaleza de la obligación.....	17
III.3. b) Responsabilidad civil.....	18
III.4. Responsabilidad civil del SERGAS.....	22
III.4. a) Características de la Responsabilidad.....	22
III.4. b) Requisitos de la Responsabilidad.....	23
IV. JURISDICCIÓN COMPETENTE.....	25
IV.1. Competencia Judicial Internacional.....	25
IV.1. a) Características de la CJI.....	26
IV.1. b) Límites de la CJI.....	26
IV.1. c) Foros de la CJI.....	27
IV.2. Sistema Español de Derecho Internacional Privado.....	28
IV.2. a) Bruselas II bis.....	29
IV.2. b) Convenio de Lugano.....	30
IV.2. c) Bruselas I bis.....	31
IV.3. Determinación de la Competencia Judicial Internacional.....	33

V.	CONTRATACIÓN IRREGULAR.....	35
	V.1. Relación laboral especial de residencia.....	35
	V.2. Conflicto colectivo.....	36
	V.3. Otras posibles acciones.....	38
VI.	OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.....	39
	VI.1. Antecedentes y Regulación de la objeción de conciencia.....	39
	VI.2. Posición Jurisprudencial.....	40
	VI.3. Objeción de conciencia y Aborto.....	42
	VI.4. Posible objeción de conciencia de Marta Fiaño.....	42
VII.	CONCLUSIONES.....	44
	BIBLIOGRAFÍA.....	46
	APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.....	49

ABREVIATURAS

Art: Artículo.

Arts: Artículos.

CC: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil

CCAA: Comunidad Autónoma

CE: Constitución Española de 1978.

CJI: Competencia Judicial Internacional.

CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

ET: Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

LECrím: Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

LRJS: Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

LO: Ley Orgánica.

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

LOPS: Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

RD: Real Decreto.

RJ: Repertorio de jurisprudencia de Aranzadi.

RTC: Repertorio del Tribunal Constitucional de Aranzadi.

SAP: Sentencia Audiencia Provincial.

STC: Sentencia Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

UE: Unión Europea.

SUPUESTO DE HECHO

Elisa Fiore Giordano, de 28 años, embarazada de 7 meses y de nacionalidad italiana, acude al hospital público Las Flores de urgencia el día 27 de diciembre de 2019, junto con su pareja Tomás Gómez Pedreira, debido a que nota unos fuertes dolores en el vientre. Éstos tienen su residencia en Nápoles, Italia, ya que el trabajo de ella lo requiere, pero se encuentran de vacaciones de navidad en A Coruña, ciudad natal de Tomás.

Llega sobre las 22:30 y, tras entregar la respectiva y necesaria documentación clínica, le hacen esperar 50 minutos. Primero le atiende Iago Rouco, enfermero en prácticas en proceso de especializarse en enfermería obstétrico-ginecológica, y, sin siquiera consultar el cuadro clínico, le dice que le van a provocar el parto por riesgo de sufrimiento fetal. En este momento la somete a la percusión por goteo mezclando asépticamente 5 U.I (1 ml) de oxitocina en una solución fisiológica.

30 minutos más tarde, Elisa comienza a notar leves contracciones, aunque no suficientes para la necesaria inducción al parto, por lo que el enfermero le vuelve a inyectar otra dosis de oxitocina, esta vez de 10 U.I. (2 ml) en la misma solución fisiológica.

A las 00:00 Iago termina su turno, por lo que a partir de ese momento le atenderá la doctora Marta Fiaño, especializada en ginecología y asegurada por el seguro de responsabilidad civil del SERGAS.

La frecuencia, intensidad y duración de las contracciones, así como la frecuencia cardíaca fetal, deben ser monitorizadas cuidadosamente durante la percusión y Iago no había dejado constancia de nada, por lo que la doctora procedió a someterle nuevamente a oxitocina, pensando que el enfermero no lo había hecho.

Después de esto, comenzó a tener síntomas de hiponatremia: vómitos, confusión y cefalea, y esto hizo que la doctora reaccionase y consultase el historial clínico de la paciente, en el que, además, se recoge su intolerancia al látex, lo cual puede ser un importante factor de riesgo predisponente para la reacción anafiláctica tras la administración de oxitocina.

Con la sospecha de reacción alérgica se buscó una vía periférica para administrarle suero Ringer lactato a alta velocidad. Se le colocó una mascarilla de oxígeno de alto flujo y se le administraron 5 mg de dexclorfeniramina y 40 mg de metilprednisolona, ambos por vía intramuscular. A la exploración ginecológica se objetivó pérdida de líquido amniótico y desaceleración del pulso fetal con bradicardias de hasta 60 lpm. A los pocos minutos del tratamiento farmacológico se observó una mejoría leve, por lo que la doctora decidió esperar un poco más en vez de someter a la paciente a una cesárea de urgencia por riesgo de sufrimiento fetal e incluso muerte.

Finalmente se aprecia un descenso absoluto de la frecuencia cardíaca fetal provocando la pérdida del feto, además de lesiones negligentes en la paciente, la cual denuncia los actos cometidos contra su integridad física y psicológica.

Al hilo de la investigación de estos hechos, se descubre que la UGT denunció contratos irregulares de sustitución que infringían la normativa de contratación a través de la bolsa de trabajo en el periodo vacacional para cubrir sustituciones de licencias y permisos de los que disponen los profesionales de la institución sanitaria, siendo el enfermero Iago Rouco uno de ellos.

En cuanto a la toma de decisiones de la doctora Fiaño, ésta alega que no le sometió a la cesárea por motivos ideológicos, ya que forma parte de un grupo social de índole religioso que no le permitió tomar la decisión de forma objetiva.

I. INTRODUCCIÓN

En este Trabajo de Fin de Grado se tratará de proporcionar la respuesta correcta a las cuestiones planteadas, amparándose en la jurisprudencia, doctrina y textos legales aplicables al caso.

El caso propuesto versa sobre unas negligencias o irregularidades cometidas por dos profesionales sanitarios, afectando estas a una mujer embarazada y al feto.

Por lo tanto, se van a tratar en la mayor parte cuestiones relativas al Derecho Penal, Civil, Laboral e Internacional Privado.

II. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

La primera de las cuestiones requiere que se califique jurídicamente los hechos realizados por Iago y Marta y se determine las consecuencias que se derivan de ellos.

II.1. Nociones previas.

Parece conveniente clarificar, antes de entrar en el caso y en los tipos delictivos aplicables al mismo, algunas nociones características del derecho penal.

II.1. a) Modalidades de acción

En cuanto a las modalidades de conducta, nos encontramos con tres clases que interesan al derecho penal: la acción en sentido estricto, la omisión y la comisión por omisión u omisión impropia.

Atendiendo al supuesto planteado, se debe hacer una diferenciación entre omisión pura y comisión por omisión.

La primera de las dos conductas es un concepto normativo y no naturalístico que consiste en no llevar a cabo un comportamiento que sería el esperado atendiendo al ordenamiento jurídico (existe una acción esperada) (Orts Berenguer y González Cussac, 2015, 251) como por ejemplo el artículo 195 del CP.

Son delitos que se recogen en la parte especial del CP que contienen una orden de ejecutar una acción (Moreno Torres-Herrera, et al. 2021, 278).

En los delitos de omisión propia, pura o simple no hay nada más que esa mera omisión, el delito consiste en la infracción de un mandato.

Los delitos de omisión son menos que los de acción, pero han aumentado con el estado social de derecho, especialmente en derecho penal económico.

Por otra parte, la comisión por omisión (regulada en el artículo 11 del CP) se caracteriza por que consiste en algo más que un no hacer. Este no hacer va a causar un resultado que se va a poder atribuir a la omisión.

Es llamativa la posibilidad de atribuir un resultado a una omisión, por ello esta clase de acción esta muy restringida y para su aplicación deben concurrir los siguientes requisitos (Orts Berenguer y González Cussac, 2015, 254):

- El sujeto no debe haber realizado la acción esperada, surgiendo la posición de garante. Este es el especial deber jurídico del autor, que debe garantizar la protección del bien jurídico. Esta posición puede tener su origen en la ley o en un contrato y la anterior creación de riesgo para el bien jurídico protegido.
- La posición de garante es necesaria pero no suficiente, si no que hay que demostrar que el no hacer es equivalente a la causación activa.
- El último requisito es que el sujeto podría haber impedido el resultado de haber realizado la acción esperada.

Finalmente podemos indicar a modo de distinción que mientras en la omisión pura se castiga el no hacer independientemente del resultado y de la persona, la comisión por omisión se refiere al garante (no a todas las personas).

II.1. b) Teoría de la causalidad e imputación objetiva

La relación de causalidad es fundamental para el derecho penal, para analizar cuando un resultado es imputable a una acción u omisión. Existen numerosas teorías al respecto, pero coinciden en dos momentos u operaciones intelectuales:

- Averiguar si un resultado puede ser consecuencia de una acción u omisión con arreglo al concepto lógico-científico de causa (esto es necesario, pero no suficiente).
- Acreditar la teoría de la imputación objetiva que trata de limitar la causalidad. Se habla de una reprochabilidad objetiva y recurre a la adecuación (comportamientos inadecuados no son típicos ni causa de resultado), el ámbito de protección de la norma (el hecho debe encajar en el fin de protección de la norma) y el incremento del riesgo (se debe aumentar la posibilidad de vulneración del bien jurídico protegido).

II.1. c) Dolo

En el artículo 5 del CP se indica que “no hay pena sin dolo o imprudencia”, por ello, para finalizar estos conceptos previos, resulta interesante analizar la distinción entre dolo e imprudencia.

En cuanto al dolo, este requiere discernimiento e intención de cometer el acto tipificado como delito (González Cussac, J.L., et al. 2010, 81).

Hay que resaltar que no es posible penetrar en los pensamientos del autor, por lo tanto, según MARTÍNEZ BUJÁN para averiguar la intención es necesario acudir al significado exterior de la acción, atendiendo a las pautas sociales que se manejan en el medio social y atendiendo además a la persona del autor (sus conocimientos, experiencia... tener en cuenta sus competencias).

El dolo tiene un elemento intelectual: el autor debe conocer los hechos en el instante que se cometen y un elemento de voluntad: debe querer hacerlo (Orts Berenguer y González Cussac, 2015, 322).

Existen dos clases de dolo: directo y eventual.

En el dolo directo, el autor representa al menos como necesarios los resultados de su actuación y en el eventual representa como probables los resultados de la acción, pero los asume y acepta.

II.1. d) Imprudencia

El concepto de imprudencia es distinto al del dolo y resulta importante clarificarlo para el caso que se nos presenta.

En primer lugar, se debe señalar que la imprudencia se castigará únicamente si esta expresado así en la parte especial, por lo que existe un *numerus clausus*, extrayendo esta conclusión del art. 12 del CP (“*Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.*”)

Las notas definitorias de la imprudencia se recogen en sentencias como la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 23 de octubre de 2001¹ y son las siguientes: “*una acción u omisión voluntaria, la creación con ella de una situación de riesgo previsible y evitable, la infracción de una norma de cuidado y la producción de un resultado dañoso*”.

¹ STS, Sala de lo Penal, 23 de octubre de 2001. (RJ: 2001/9074).

Por lo tanto:

- No concurre el querer, característico del dolo.
- Infracción del deber de cuidado: para determinar esto hay que analizar los conocimientos, habilidades y circunstancias personales ya que se debe examinar si actuó con diligencia (González Cussac, J.L., et al. 2010, 82).
- Realización de una conducta de autoría: según la tesis mayoritaria, para que se castiguen deben ser conductas de autoría, no participación.
- Realización completa del tipo: se deben producir todos los elementos del tipo, es decir, no cabe la tentativa imprudente. Lo que si es posible es que el legislador tipifique delitos de peligro abstracto.

A modo de resumen, se puede indicar que el actor infringe el deber de cuidado y a causa de esto se produce un resultado que podía y debería haberse evitado si hubiera actuado conforme a Derecho (Orts Berenguer y González Cussac, 2015, 328).

Un concepto importante en el caso va a ser el de la imprudencia profesional: el profesional causa un resultado infringiendo la normativa profesional y los cuidados más básicos que la regulan.

Son profesionales que tienen un oficio gracias a unas nociones concretas y unas licencias o titulaciones (arquitectos, médicos...)

Se analizará la distinción entre dolo eventual e imprudencia a la hora de determinar la responsabilidad de Marta Fiaño.

II.2. El delito de aborto.

II.2. a) Regulación del aborto

La regulación del aborto en España ha sufrido numerosas alteraciones en los últimos treinta años, pasando de una punición total a un sistema de plazos que ampara la despenalización del aborto siendo este tema uno de los más debatidos en ámbito del derecho y de la vida social.²

La LO 9/1985 incorpora el artículo 417 bis al CP, el cual contiene las indicaciones para conseguir la viabilidad jurídica del aborto.

El Proyecto fue objeto de recurso de inconstitucionalidad resuelto en la Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de abril de 1985³, donde se declara inconstitucional por no ser compatible con las reivindicaciones del artículo 15 de la Constitución Española.

Tras la aprobación de la ley, se entiende el aborto como un hecho excepcional (solo si concurren los requisitos tasados) y contrario al Derecho.⁴

La LO 2/2010 supuso una modificación en el tratamiento del aborto siendo la primera ley que establece el sistema de plazos, siendo el aborto no punible siempre y cuando se cumplan dichos plazos. Por lo tanto, se establece un sistema mixto en el que conviven tanto plazos como indicaciones.

Una vez analizada muy brevemente la historia de la regulación del aborto, se analizará el tipo delictivo.

II.2. b) Cuestiones generales

El aborto se encuentra regulado en el Libro II, Título II del CP, siendo considerado un delito contra la vida humana dependiente, en formación o también llamada vida prenatal.

² SALINERO ALONSO, C. 2018. El aborto no punible en el ordenamiento jurídico español: la casi eterna respuesta a una incertidumbre. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. [en línea] núm. 20-31 [consulta marzo de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6745286>

³ STC de 11 de abril de 1985. (RTC 1985\53).

⁴ CAPODIFERRO CUBERO, D. 2016. La evolución de la regulación del aborto en España: Perspectivas teóricas y proyección normativa. *Anuario da Facultade de Dereito da UDC*. [en línea]. Vol. 20, pp 72-97. [consulta marzo de 2021]. Disponible en: <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/21736>

Por lo tanto, el bien jurídico protegido en los delitos de aborto es la vida prenatal ya que al existir vida nos encontramos ante un bien necesitado de tutela penal que, sin embargo, no alcanza la estimación de la vida independiente o postnatal (González Cussac, et al. 2016, 83).

También podemos hablar de otros bienes jurídicos protegidos como la libertad y la dignidad de la embarazada en abortos practicados sin consentimiento de esta.

El nasciturus, al ser titular del bien jurídico protegido sería el sujeto pasivo, sin embargo, existe una discusión doctrinal en torno a esto:

VIVES ANTÓN indica que “*el nasciturus no es, al menos por sí mismo y de un modo directo, un bien jurídico constitucional*”, indicando que la Constitución reconoce como valor la vida de las personas, convirtiéndose en persona el nasciturus con el nacimiento.⁵

Otros autores, como ARROYO indican que la comunidad sería el sujeto pasivo de este tipo delictivo, por utilizar la dignidad como fundamento de la vida humana dependiente (González Cussac, et al. 2016, 84).

En cuanto al sujeto activo, puede ser cualquiera que atente contra la vida del nasciturus, ya que nos encontramos ante un delito común (aunque se reconoce en el art 144 del CP penas especiales en caso de que el autor sea un profesional de la salud).

Por otra parte, nos encontramos con dos delitos especiales, el art 145.2 (es la propia embarazada sujeto pasivo) y el art 145 bis (profesionales de la salud).

El concepto de aborto como tal no existe, si no que es un concepto doctrinal-jurisprudencial, según MARTÍNEZ BUJÁN “toda interrupción del proceso fisiológico de la gestación realizado por la actividad humana que ocasiona la destrucción del fruto de la concepción”. Añadido a esta definición podemos indicar que es un delito de lesiones ya que implica la destrucción del bien jurídico protegido.

Atendiendo a este concepto, no se puede contemplar dentro del objeto material supuestos en los que la gestación nunca llegaría a término o supuestos en los que el feto está muerto.

Un debate importante surge en torno a los límites del delito de aborto:

Algunos autores establecen el límite mínimo en la anidación del óvulo ya fecundado en el útero mientras que otros como HUERTA TOCILDO afirman que el límite mínimo se sitúa en el conocimiento de la esperanza de vida (González Cussac, et al. 2016, 86).

El límite máximo será el momento del nacimiento, donde el nasciturus se convierte en persona y surge el tipo delictivo del homicidio.

Podemos dividir la regulación del aborto en tres grupos:

- Grupo I (art. 144 y 145.1 CP): tercero que actúa dolosamente.
- Grupo II (art. 146 CP): tercero que actúa por imprudencia grave.
- Grupo III (art 145.2 CP): propia embarazada actúa dolosamente.

El aborto es un delito resultativo, siendo posible la tentativa y la comisión por omisión.

Al hablar de omisión, se debe distinguir entre comisión por omisión y omisión pura lo que ya se trató en los conceptos introductorios.

En la omisión pura el sujeto no interviene ante un peligro existente y resulta sancionado se produzca o no resultado.

Centrándonos en el caso, a la hora de determinar la responsabilidad penal de los sanitarios en apartados siguientes, el artículo que más interesa analizar es el 146 del CP, que castiga el aborto consecuencia de una imprudencia de carácter grave

II.3. El delito de homicidio.

El homicidio se regula en España en el Libro II, Título I del CP.

⁵ VIVES ANTÓN, T. 1985. Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido. *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 15, pp 121-157.

Es uno de los delitos más graves de nuestro ordenamiento jurídico y consiste en acabar con la vida de otro.

Debido a la gravedad del hecho, parece coherente que en el art 141 del CP se castigue el iter criminis (se castigan los actos preparatorios).

Nos encontramos ante un delito de resultado material (de resultado puro) pero también cabe tentativa. Esto nos permite distinguir entre esta figura y el de lesiones dolosas consumadas.

El bien jurídico protegido es la vida humana independiente, siendo su fundamento constitucional el artículo 15 de la CE.

Como ya se trató antes, se debe fijar cuando se produce el nacimiento (punto clave homicidio/aborto) y cuando se produce el fallecimiento de la persona (a partir de aquí no habría homicidio).

Para la rama civil, siguiendo el art 30 del CC, “*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*”, pero en penal no se requiere que se concreten las condiciones que se exigen en civil.

La línea característica en Derecho Penal ha sido determinar la existencia o no de respiración pulmonar autónoma (González Cussac, et al. 2016, 42).

En cuanto a la muerte, es el límite máximo del homicidio. Para determinarla se atiende al RD 1723/2012, que recoge la comprobación de la muerte cerebral⁶ (González Cussac, et al. 2016, 43).

En este tipo, el objeto material y el sujeto pasivo se corresponden, sin embargo, hay que hacer una diferenciación: el sujeto pasivo es el titular de la vida humana independiente, y el objeto material es el cuerpo humano (González Cussac, et al. 2016, 42).

En cuanto al sujeto activo es indiferenciado.

II.4. Responsabilidad penal de Marta Fiaño.

En relación con la conducta de Marta Fiaño, se debe resaltar que proporciona a la paciente dosis de oxitocina sin consultar su cuadro médico, lo que causa una hiponatremia debido a sus alergias, y posteriormente se niega a realizar una cesárea ante el evidente sufrimiento fetal.

Por lo tanto, se va a analizar si ha cometido alguno de los siguientes delitos o todos ellos: delito de aborto imprudente, delito de lesiones imprudentes, delito de denegación de asistencia sanitaria.

Es conveniente delimitar si nos encontramos ante un supuesto de dolo eventual o imprudencia ya que en ambos casos no se persigue el resultado, pero el autor es consciente de la viabilidad de que ocurra.

Haciendo uso de una tesis intermedia de la teoría del consentimiento, la cual indica que hay imprudencia cuando el autor confía en que no ocurra el resultado y la teoría de la probabilidad, que establece que hay dolo eventual cuando el sujeto es consciente de la alta peligrosidad de su conducta (se atiende a datos objetivos y se prescinde del querer o no), podemos concluir que aunque la probabilidad de que el feto falleciera fuera alta si no se realiza la cesárea de urgencia, el sujeto no quiso el resultado de ningún modo, por ello nos encontramos ante una imprudencia. Además, se recoge en el caso una mejoría antes del fallecimiento. En cuanto a las lesiones, la ginecóloga no sabía que la paciente era alérgica al látex, desconociendo por lo tanto la gravedad de su conducta.

Por todo ello, nos encontramos ante una imprudencia profesional, definida por la STS, Sala de lo Penal, de 3 de octubre de 1997⁷ como: “*inobservancia de las reglas de*

⁶ En el art 9, se recogen los requisitos de muerte por parada cardiorespiratoria y muerte cerebral

⁷ STS, Sala de lo Penal, de 3 de octubre de 1997. (RJ: 1997/7169).

actuación que vienen marcadas por lo que en términos jurídicos se conoce como «lex artis», lo que conlleva un plus de antijuricidad que explica la elevación penológica.»

Como vemos, este hecho conlleva un mayor reproche por parte del ordenamiento jurídico ya que el profesional debe cumplir un deber que no tienen las personas carentes tal condición.⁸

En cuanto a estas inobservancias de la *lex artis*, que se analizarán más detalladamente a la hora de determinar la responsabilidad civil, podemos destacar, entre otras, la no consulta del cuadro clínico de la paciente, la no monitorización y la inobservancia de los protocolos establecidos.

Por todo ello, podemos definir la imprudencia profesional como grave, debido a la gravedad de la infracción del deber de cuidado.

Parece claro que al tratar de calificar los hechos cometidos por una ginecóloga como Marta, obviando una serie de tipos en los que concurre el dolo como el 144 del CP, tenemos que acudir a los delitos cometidos por imprudencia, ya que otros de los que pudiera ser autora no tienen particularidad alguna.

Visto lo anterior, la siguiente controversia que aparece es enmarcar el comportamiento de la ginecóloga dentro del delito de aborto por imprudencia o del homicidio imprudente.

Esta problemática surge como consecuencia de la ausencia de un concepto penal de nacimiento.

Como se exponía en los conceptos introductorios del trabajo, el dato determinante era la existencia o no de respiración pulmonar autónoma. Atendiendo a esta tesis nos encontraríamos ante un caso de aborto imprudente por el fallecimiento del feto antes del nacimiento pero existe un debate cuando el fallecimiento se produce durante el parto.

En este último caso puede ser lógico tipificar los hechos como aborto, pero la jurisprudencia ha considerado en ocasiones que el nacimiento comienza con el parto, e incluso con contracciones y dilatación (momentos anteriores al parto) como refleja la STS, Sala de lo penal, de 22 de enero de 1998⁹ y se llega a la conclusión de que el fallecimiento en el parto es homicidio.

A mi parecer y siguiendo la opinión recogida en el libro “Derecho penal. Parte especial” de GONZALEZ CUSSAC esta interpretación es perjudicial para el reo, lo que es contraria a los principios del derecho penal y tergiversa la figura de la persona (González Cussac, et al. 2016, 88). Se podría utilizar como fundamento de esta opinión el principio in dubio pro reo al existir una duda en el caso.

Es de la misma opinión GONZALEZ RUS J.J., que entiende que, en el aborto, los actos que van a perjudicar al feto se realizan sobre la figura de la mujer.

Volviendo al art 146 del CP, nos encontramos ante un delito de resultado, en la modalidad de comisión por omisión donde, como se verá a continuación, se cumplen todos los requisitos relativos a este tipo de actuación.

Lo primero que se debe analizar es si existe posición de garante ya que en los delitos de comisión por omisión el autor tiene un deber jurídico de actuar y por lo tanto se había convertido a consecuencia de ese deber en garante de la situación de no producción del hecho dañoso.¹⁰

⁸ BENTABOL MANZANARES, F. (18 y 19 de abril de 2017). *La imprudencia grave en los casos de responsabilidad sanitaria. Referencias Jurisprudenciales*. [sesión del curso]. Responsabilidad sanitaria y la nueva configuración legal de la imprudencia médica.

⁹ STS, Sala de lo Penal, de 22 de enero de 1998. (RJ 1999/275).

¹⁰ CUADRADO RUIZ, M^a.A. 2000. La posición de garante. *Revista de derecho penal y criminología* [en línea]. N^o 6, pp 11-68. [consulta: abril de 2021]. ISSN 11329955. Disponible en: <http://espacio.uned.es/fez/view/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2000-6-2000>

Se debe señalar que la ginecóloga se encuentra en posición de garante, ya que siguiendo a JORGE BARREIRO y atendiendo a su tesis más limitativa, el médico se encuentra en esta posición cuando acepta ocuparse del enfermo.¹¹

Además, la ginecóloga se niega a realizar una cesárea de urgencia (acción esperada) que podría haber evitado el fallecimiento del feto. Por lo tanto, a consecuencia de su actuación omisiva (donde existe una clara vulneración del deber de cuidado), se crea un peligro que se podría haber eludido si la ginecóloga hubiera actuado conforme a los conocimientos relativos a su profesión y a lo que la situación requería, que consistía en la realización de una cesárea de urgencia.¹²

En sentencias como la de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 5 de mayo de 2003, se establece que:

Quando el obstetra sospecha una alteración del bienestar fetal, sea por la auscultación o por cualquier otro medio, debe extraer el feto de la forma menos traumática y más rápida posible, aconsejándose la práctica de la cesárea de urgencia ante la existencia de sufrimiento fetal para evitar en la medida de lo posible la exposición del feto al mismo y aunque en términos generales sea cierto que detectado el sufrimiento fetal no ordenar la práctica inmediata de la cesárea, supone alterar las más elementales normas de la *lex artis*...¹³

Parece claro, como se indicó anteriormente, que la ginecóloga podría haber evitado el resultado (muerte del feto) de haber realizado la cesárea cuando se presentó la situación de urgencia.

Por todo ello, Marta Fiaño sería autora del delito tipificado en el art 146 del CP, aborto por imprudencia.

En cuanto a las lesiones causadas a la embarazada (ya que las posibles lesiones causadas al feto, tipificadas en el art 158 del CP, quedarían absorbidas según la regla de la consunción siguiendo el art 8 del CP por el aborto imprudente, ya que contempla toda la crítica que el derecho penal atribuye a ese comportamiento), Marta podría ser autora de un delito de lesiones por imprudencia recogido en el art 152 del CP, ya que suministra oxitocina pasadas las 00.00 horas sin haber consultado ningún cuadro clínico y provocando o aumentando una reacción alérgica en la paciente, cometiendo por lo tanto una imprudencia grave por obviar el deber de diligencia más elemental (Orts Berenguer y González Cussac, 2015, 329).

Este artículo castiga al que cause lesiones por imprudencia grave si son lesiones recogidas en el art 147.1. del CP

Por lo tanto, vemos que para poder aplicar el art 152 del CP se requiere que se cumplan las características del tipo básico, que es el art 147.1. del CP.

Este último artículo exige para su aplicación que la lesión, aparte de requerir una primera asistencia facultativa, necesite para su curación tratamiento médico o quirúrgico.

En la redacción del caso se indica expresamente que Elisa sufre unas lesiones negligentes, las cuales denuncia, y además recibe una primera asistencia sanitaria con la administración de medicamentos para eliminar los efectos de la reacción.

Por lo tanto, aunque no se describa detalladamente el alcance de las lesiones, siguiendo la literalidad del supuesto planteado, entendemos que se cumplen los requisitos (que

¹¹BENTABOL MANZANARES, F. (18 y 19 de abril de 2017). *La imprudencia grave en los casos de responsabilidad sanitaria. Referencias Jurisprudenciales*. [sesión del curso]. Responsabilidad sanitaria y la nueva configuración legal de la imprudencia médica.

¹²BENTABOL MANZANARES, F. (18 y 19 de abril de 2017). *La imprudencia grave en los casos de responsabilidad sanitaria. Referencias Jurisprudenciales*. [sesión del curso]. Responsabilidad sanitaria y la nueva configuración legal de la imprudencia médica.

¹³ SAP de Vizcaya, de 5 de mayo de 2003. (AC 2003/1749)

posteriormente recibe tratamiento médico a consecuencia de la reacción, además de la primera asistencia) y por lo tanto sería de aplicación el art 152 del CP.

Finalmente, se debe analizar si Marta incurre en el delito tipificado en el art 196 del CP relativo a la denegación de asistencia sanitaria.

Este delito es especial (son sujetos activos los sanitarios) y se basa en el rechazo de proporcionar asistencia sanitaria, siendo un delito de comisión por omisión que se ejecuta en ese momento (omisión de la conducta esperada por la persona en posición de garante). Es decir, la acción típica es la denegación de prestar un servicio sanitario o el abandono de la prestación del servicio por parte de los sanitarios, de tal manera que produzca un peligro para la salud de los pacientes (Muñoz Conde, 2017, 309).

Según la STS, Sala de lo Penal, de 29 de noviembre de 2001, se entiende consumado el delito cuando se realicen: *“sus verbos rectores, denegar o abandonar y concurrir otros dos requisitos, ambos de naturaleza normativa, el primero es que la conducta comporte un riesgo grave para la salud y el segundo que el sujeto activo sea un profesional, obligado por normas extrapenales.”*¹⁴

Marta es ginecóloga, por lo tanto, personal sanitario, que se niega a realizar un tratamiento como es la cesárea para disminuir el riesgo de que la salud de Elisa Fiore se vea perjudicada.

Sin embargo, en el supuesto no se indica que Marta abandone o deniegue la asistencia sanitaria, si no que su intención es conseguir el nacimiento del feto por otra vía distinta a la cesárea, por lo tanto, el precepto no es de aplicación al caso.

Además, este delito es de peligro, por lo tanto según la regla de la consunción quedaría absorbido por el delito del art 146 del CP. (art 8 CP).

En el caso de Marta sería autora del delito recogido en el art 146 del CP (aborto imprudente) y autora del delito 152 del CP (lesiones por imprudencia), ambos en concurso real.

El concurso es real ya que la infracción de las normas penales realizada por Marta requiere varias acciones (suministración de oxitocina para las lesiones y negación a la realización de la cesárea para el aborto), es decir existe una pluralidad de hechos. (Orts Berenguer y González Cussac, 2015, 170).

El delito de aborto imprudente se castiga con pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses y, como ocurre en el caso, cuando fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años.

El art 152 castiga a quien cometa por imprudencia grave las lesiones del apartado 1 del art 147 con pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses.

No concurren en el caso circunstancias modificativas de la responsabilidad penal

II.5. Responsabilidad penal de Iago Rouco.

Iago Rouco es la primera persona que atiende a Elisa a su llegada al hospital, y atendiendo al caso, lo hace con dejación absoluta de la *lex artis*.

El enfermero en prácticas no consulta el cuadro clínico de la paciente y decide provocar el parto por sufrimiento fetal. Además, no deja constancia de su actuación ni comunica sus hechos al cambiar de turno.

En la conducta de Iago no aparece dolo, ni directo ni eventual (en ningún momento se entiende que Iago estudie como probables las lesiones o el aborto) y por tanto nos encontramos otra vez con una imprudencia, siguiendo la explicación dada en el apartado anterior.

¹⁴ STS, Sala de lo Penal, 29 de noviembre de 2001. (ECLI:ES:TS:2001:9375)

Sin embargo, su actuación no dolosa es muy reprochable, ya que ni siquiera monitoriza a la paciente ni consulta su cuadro clínico, del que pueden extraerse datos tan importantes como su alergia al látex.

Existe una falta de diligencia clara, constitutiva de una imprudencia grave en su comportamiento como consecuencia de la importante infracción del deber de cuidado, ya que cualquier persona con nociones científico-médicas, como es el caso de Iago, sería consciente de la importancia de monitorizar a la paciente y consultar el cuadro para evitar riesgos y daños.

Por el contrario, crea un peligro al establecer un tratamiento (suministración de oxitocina), incompatible con la paciente, que era evitable de haber actuado conforme a la *lex artis*.

Debido a las dosis de oxitocina que se suministran a la paciente y a la no consulta del cuadro clínico para comprobar si el medicamento es apto para Elisa, esta sufre unos daños, que vulneran el bien jurídico protegido (la salud) por el delito de lesiones.

Entendemos, a partir de la redacción del caso, que las dosis suministradas por Iago son suficientes para desencadenar la reacción anafiláctica, por ser ella alérgica al látex.

Esta reacción requiere una primera asistencia facultativa y un tratamiento médico, por lo que se cumplen los requisitos del art 147.1 del CP, necesarios como ya vimos para la aplicación del art 152 del CP.

Lo que a continuación procede es analizar la participación de Iago en el delito de aborto imprudente.

En cuanto a la participación de Iago en el delito, se debe evaluar si es cooperador necesario.

Esta modalidad de participación se recoge en el apartado b) del art 28 del CP y consiste en una aportación a la actuación del autor tan relevante que aumenta de manera significativa las posibilidades de realización del hecho delictivo (Moreno Torres-Herrera, et al. 2021, 235).

Iago no es autor por que no ejecuta el hecho (las dosis de oxitocina suministradas, según el método Cardiff y distintos tratados no son suficientes para causar la muerte del feto y por lo tanto no existe relación de causalidad)¹⁵, pero siguiendo la teoría de los bienes escasos, que aparece en sentencias del Tribunal Supremo como la STS, Sala de lo Penal, de 4 de marzo de 1999¹⁶, podría ser cooperador necesario por ser su conducta necesaria para la realización del hecho y también difícil de conseguir, ya que no podría haber sido realizada por otras personas.

Si Iago hubiera consultado el cuadro médico, no hubiera suministrado oxitocina y hubiera monitorizado a la paciente es más que probable que no se llegara a la situación en la que Marta no realiza la cesárea de urgencia, cometiendo el delito de aborto por imprudencia.

Sin embargo, como nos indica la STS de 17 de julio de 2008:

es preciso para que proceda la condena como cooperador un doble dolo, concretado en que el sujeto conozca el propósito criminal del autor y que la voluntad del cooperador se oriente a contribuir de un modo consciente a la realización de aquél. Y en segundo lugar, un concierto de voluntades entre autor y cooperador.¹⁷

Por lo tanto Iago no puede ser cooperador necesario del aborto imprudente atendiendo a los requisitos establecidos por la jurisprudencia.

Por todo ello, a mi parecer, Iago Rouco es autor del delito de lesiones por imprudencia (art 152 CP).

No concurren en el caso circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

¹⁵ SAP de Córdoba, de 22 de marzo de 2002. (ARP 2002/330)

¹⁶ STS, Sala de lo Penal, de 4 de marzo de 1999. (RJ 1999/1947).

¹⁷ STS, Sala de lo Penal, de 17 de julio de 2008. (RJ 2008/5159)

III. RESPONSABILIDAD CIVIL Y PATRIMONIAL

La segunda de las cuestiones es relativa a la correspondiente responsabilidad civil y patrimonial por parte del personal sanitario y del SERGAS por el aborto y las lesiones negligentes causadas a la víctima.

En nuestro ordenamiento jurídico, en caso de padecer algún perjuicio derivado de la conducta de personal dedicado a la sanidad, tendremos derecho a una compensación.

Además, siguiendo el art 109 del CP: *“La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.”*

III.1. Responsabilidad civil. Contractual y extracontractual

La responsabilidad civil podemos definirla como una obligación de indemnizar donde aparece un derecho perteneciente al agraviado y de forma correlativa surge un deber que debe acatar el causante.¹⁸

Los requisitos de la responsabilidad civil para la jurisprudencia son los siguientes (extraídos de la STS, Sala de lo Civil, 29 de octubre de 2008)¹⁹:

- Se presume que el autor incurre en culpa y es este quién debe desmerecer esta presunción, probando su actuación diligente.
- Cuando se carezca de prueba relativa a la causa del daño, el responsable debe probar su diligencia.
- La actuación lícita en la que el agente no se asegure de la magnitud de su actuación podrá ser indemnizable.
- En relación a la responsabilidad extracontractual, se aplica el art 1104 del CC (diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.)
- Si la normativa y reglamentos aplicables al caso relativos a la previsión y evitación de daños no son suficientes, se pone de manifiesto la falta de prevención y la actuación sin diligencia.

La responsabilidad civil podemos dividirla en contractual y extracontractual

En relación a la responsabilidad civil contractual, encontramos uno de sus fundamentos en el art 1101 del CC, donde se indica que *“quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.”*

Se puede ejercitar entonces una acción de responsabilidad contractual, cuando entre la víctima y el responsable medie un contrato. Además, esta responsabilidad no requiere una inobservancia completa del comportamiento esperado, si no que también surge por una realización deficiente cuando exista dolo, negligencia o culpa.²⁰

En cuanto al nivel de diligencia exigible, el CC indica en su art 1104 CC que *“la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la*

¹⁸ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, R, 2013. Responsabilidad contractual y extracontractual: barrera entre ambas. *Anuario jurídico y económico escorialense* [en línea]., Nº 46, pp 203-214. [consulta: abril de 2021]. ISSN 11333677. Disponible en : <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4182108>.

¹⁹ STS, Sala de lo Civil, de 29 de octubre de 2008. (RJ 2008/5801).

²⁰ JEREZ DELGADO, C. 2005. La responsabilidad civil médico sanitaria en el ordenamiento jurídico español. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [en línea]. Vol 2, Nº 16, pp 221-250. [consulta: abril de 2021]. ISSN 07186851. Disponible en: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/681704>

naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.”

En la responsabilidad civil extracontractual, por el contrario, no existirá ningún contrato entre el paciente y el sanitario por el que este último se obligue a proporcionar asistencia sanitaria. Por lo tanto, cuando el paciente presente una reclamación se podrá basar en la inobservancia de la obligación de no dañar a otro, el principio *alterum non laedere* (Vázquez Barros, 2009, 212).

Se configura un sistema de *numerus apertus* y por ello no se establecen los perjuicios que pueden provocar el nacimiento de la obligación de resarcir el daño causado.

Debemos analizar el art 1902 del CC²¹, ya que dicho artículo trata de delimitar la responsabilidad extracontractual indicando que debe ser originada por culpa o negligencia, dejando fuera del concepto las situaciones originadas por sucesos fortuitos. (Vázquez Barros, 2009, 199).

La STS, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 1999, indica que para aplicar el art 1902 del CC, se requiere la concurrencia de varios requisitos: “*uno subjetivo, que es la acción u omisión generadora de una conducta imprudente o negligente atribuible a la persona o entidad contra la que la acción se dirige; otro, objetivo, relativo a la realidad de un daño o lesión; y, por último, la relación causal entre el daño y la falta*”.²²

La responsabilidad extracontractual puede ser por hecho propio o por hecho de otro (cuando se obliga a una persona a resarcir el perjuicio causado por una acción u omisión de otro).²³

Visto esto y atendiendo al apartado 4 del art 1903 del CC, se puede denunciar la responsabilidad del administrador o persona al cargo del centro sanitario privado como consecuencia de la conducta del personal sanitario que trabaje en él. Por lo tanto, se va a poder exigir la responsabilidad del centro privado (por hecho ajeno) o del sanitario que causa el daño (por hecho propio).²⁴

Además, en el Auto del TS, de 24 de marzo de 2021²⁵, se indica que para que el centro privado sea responsable por la actuación de sus contratados, siguiendo el art 1903.4 del CC, se requiere una actuación negligente de estos.

Las principales diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual son las siguientes:

En la contractual la carga de la prueba recae sobre el demandado, siendo este quién tiene que probar el caso fortuito ya que hay una presunción de culpabilidad, pero en la extracontractual la carga de la prueba se invierte y debe ser el dañado quien pruebe la culpa y el resultado dañoso. Por otra parte, la acción extracontractual prescribe al año y la contractual a los quince años (Vázquez Barros, 2009, 200).

III.2. Orden competente.

El primer problema que se plantea es establecer la regulación aplicable al caso y la jurisdicción que debe conocer el mismo.

²¹ Art 1902 CC: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

²² STS, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 1999. (RJ 1999/5046).

²³ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, R, 2013. Responsabilidad contractual y extracontractual: barrera entre ambas. *Anuario jurídico y económico escorialense* [en línea]., Nº 46, pp 203-214. [consulta: abril de 2021]. ISSN 11333677. Disponible en : <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4182108>.

²⁴ JEREZ DELGADO, C. 2005. La responsabilidad civil médico sanitaria en el ordenamiento jurídico español. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [en línea]. Vol 2, Nº 16, pp 221-250. [consulta: abril de 2021]. ISSN 07186851. Disponible en: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/681704>

²⁵ Auto del TS, de 23 de marzo de 2021. (ECLI:ES:TS:2021:3695A)

En el caso objeto de estudio, los hechos causados por los sanitarios son constitutivos de delitos tipificados en el CP.

La “responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas” se encuentra en el Libro I, Título V, Capítulo I del CP en los art 109 a 122.

El CC remite a este apartado del CP en el artículo 1092, donde se establece que cuando las penas civiles tengan su origen en un delito, se van a regir por lo establecido en el CP. Sin embargo, siguiendo el art 4.3 del Título preliminar CC, este será de aplicación en lo no previsto en el CP (Roig Torres, 2010, 18).

Por lo tanto, el orden penal va a conocer la responsabilidad civil y penal que se derivan de los hechos²⁶ principalmente por razones de economía procesal.

Lo anterior tiene una excepción recogida en el art 109.2 del CP, que ocurre cuando la víctima reserva la acción civil a los tribunales civiles.

Puede ocurrir que el proceso penal finalice con una sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento, en este caso, el dañado podrá acudir al orden civil salvo que quede probado la inexistencia del hecho, como indica el art 116 de la LECrim o que la sentencia recoja ya la condena civil (art 119 CP) (Roig Torres, 2010, 19).

Además, según el art 76 de la Ley de Contratos de Seguro (Ley 50/1980, de 8 de octubre): *“El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero.”*

III.3. Responsabilidad civil de los sanitarios.

La responsabilidad sanitaria ha sido objeto de discusión doctrinal originando numerosas posturas.

Esta responsabilidad puede ser contractual, cuando se origina por la inobservancia completa o incompleta de un contrato, contemplándose esta en el art 1101 del CC o extracontractual, cuando no existe contratación alguna entre paciente y profesional y el daño tiene lugar fuera de cualquier marco contractual basándose en el principio *alterum non laedere* y regulándose en el art 1902 del CC (Vázquez Barros, 2009, 210).

Los sanitarios pueden realizar actos tipificados como delitos en el CP derivándose de ellos responsabilidad civil, como se recoge en el art 1902 del CC y 116 y siguientes del CP.

Además, también se recoge la responsabilidad penal, así como la responsabilidad civil derivada del delito cometido por el personal sanitario (en concreto de todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas) en el art 37 de la ley 40/2015, de 1 de octubre.

III.3. a) Naturaleza de la obligación.

Parece conveniente estudiar la naturaleza de la obligación del personal sanitario.

En un principio, podemos pensar que la obligación del médico no es la de obtener un resultado de curar al paciente, si no que nos encontramos ante una obligación de medios, en la que el sanitario trata de proporcionar el mejor de los servicios para conseguir un fin. Por lo tanto, la obligación del médico sería una obligación de medios y no de resultado, ya que no debe lograr devolver la salud al paciente sino que se obliga a proporcionar las asistencias y terapias necesarias, según el estado de la ciencia, para conseguir la mejoría de la persona tratada (Vázquez Barros, 2009, 18).

²⁶JEREZ DELGADO, C. 2005. La responsabilidad civil médico sanitaria en el ordenamiento jurídico español. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [en línea]. Vol 2, Nº 16, pp 221-250. [consulta: abril de 2021]. ISSN 07186851. Disponible en: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/681704>

Sin embargo, hay una discusión en torno a la obligación de los profesionales que se dedican a la medicina opcional, la cual tiene como fin mejorar el físico o apariencia (medicina estética o plástica...) ²⁷ y que se ha tratado en STS como la STS, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 1994²⁸ que versa sobre una vasectomía.

En estos casos, surge la duda de si nos encontramos ante una obligación de medios o resultado, o en su caso, contrato de obra o de servicios.

La jurisprudencia resuelve este debate indicando que existen ciertos peligros en este tipo de medicina que pueden materializarse a pesar de que el sanitario haya obrado con diligencia y cumpliendo con la *lex artis ad hoc*.

En estos casos, el médico no es responsable del resultado si actúa con diligencia ya que no pueden atribuirse al él los peligros propios de tratamientos sanitarios.

Sin embargo, al ser tratamientos opcionales y de los que no depende la salud del paciente, se requiere por parte del médico que comunique todos los riesgos que puedan surgir, ya que puede reservarse información con el objetivo de que el interesado no cambie de opinión con relación a la realización del tratamiento.²⁹

En la STS de 27 de septiembre de 2010 se indica que en este tipo de medicina “*el deber del médico de informar a los clientes sobre la intervención y sus posibles complicaciones es aún mayor*”.

También recoge dicha sentencia que “*la distinción entre obligación de medios y de resultados no es posible mantener en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial*”.³⁰

III.3. b) Responsabilidad civil de los sanitarios.

Antes de analizar la responsabilidad de los sanitarios, debemos señalar que para que estos tengan algún tipo de responsabilidad por lo actos realizados sobre los pacientes debe concurrir culpa o negligencia en el comportamiento del profesional. Es decir, no existe posibilidad de reclamar una responsabilidad objetiva (Vázquez Barros, 2009, 212).

La culpa y la causalidad entre el resultado dañoso y la actuación u omisión del sanitario debe ser probada por quién sufre el daño.

La STS, Sala de lo Civil, de 24 de noviembre de 2005 resume lo anterior indicando que:

Este Tribunal en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico, ha descartado toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, incluida la técnica de la inversión de la carga de la prueba. También recoge la obligación del paciente de demostrar la culpa y la relación de causalidad: El criterio de imputación en virtud del artículo 1902 CC, se basa en el reproche culpabilístico y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo –*lex artis ad hoc*–

³¹

En cuanto a si la responsabilidad sanitaria es contractual o extracontractual, se debe indicar que pueden concurrir las dos situaciones y coexistir elementos de la responsabilidad contractual y extracontractual, ya que a parte de tener que observar el contrato, el sanitario tiene una obligación de no dañar a otro. Cuando exista dicha concurrencia, el paciente puede optar por ejercitar una u otra acción (cuando hay

²⁷ BELLO JANEIRO, D. 2012. *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria*. Madrid: Reus. ISBN 9788429017229

²⁸ STS, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 1994. (RJ 1994/3073).

²⁹ BELLO JANEIRO, D. 2012. *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria*. Madrid: Reus. ISBN 9788429017229

³⁰ STS, Sala de lo Civil, 27 de septiembre de 2010. (ECLI:ES:TS:2010:4725).

³¹ STS, Sala de lo Civil, 24 de noviembre de 2005. (RJ 2005/7855).

inobservancia de contrato y de la obligación general), siempre y cuando sea el mismo perjudicado (Vázquez Barros, 2009, 213).

Por lo tanto, se admite la teoría denominada de "la unidad de la culpa civil", en cuya virtud el perjudicado por un comportamiento dañoso puede basar su pretensión contra el dañador con la invocación conjunta o cumulativa de la fundamentación jurídica propia de la responsabilidad extracontractual y la de la responsabilidad contractual.³²

La responsabilidad civil del personal sanitario se ha reclamado tradicionalmente ejerciendo una acción de responsabilidad civil extracontractual (se aplica el régimen de responsabilidad civil subjetivo que tiene como fundamento el art 1902 del CC).³³

En el caso que se nos presenta, la responsabilidad es extracontractual ya que la relación entre los sanitarios del SERGAS y la paciente no tiene su origen en un acuerdo de voluntades. La obligación de los sanitarios no surge de un contrato privado con Elisa Fiore, si no que tiene carácter público.

Se debe señalar en este punto que Elisa Fiore, a pesar de tener su residencia en Nápoles, puede recibir asistencia sanitaria en hospitales españoles gracias a distintos reglamentos comunitarios como en nº 883/04 y nº 987/09 que se aplican para la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros de la Unión Europea y Directivas como la 2011/24/UE de Asistencia Sanitaria Transfronteriza.³⁴

Siguiendo con la distinción entre responsabilidades, podemos indicar que la diferencia entre responsabilidad extracontractual y contractual reside en que en la primera se presupone un daño con independencia de cualquier relación jurídica antecedente entre las partes, que no sea la obligación *alterum non laedere*, mientras que en la segunda aparece una relación anterior entre las partes que comúnmente es un contrato (Vázquez Barros, 2010, 222).

Los requisitos para que exista responsabilidad civil de los sanitarios se asemejan a los de la responsabilidad penal: acción u omisión, daño, relación de causalidad y culpa (infracción de la *lex artis*):

- *Existencia de daño*. No todos son objeto de indemnización, como los daños irremediables, los daños menores para prevenir uno mayor...

Por lo tanto, los daños indemnizables son los injustos (lesión injustificada de un derecho o interés).³⁵ En este caso, el daño que se provoca a la paciente como consecuencia de la actuación sanitaria es un daño físico consistente en una grave reacción alérgica que resultará fácilmente probado en el proceso. También concurre otro daño (aborto) que podría haberse evitado si los sanitarios hubieran actuado correctamente.

- *Relación de causalidad entre el daño producido a la paciente y la acción u omisión del personal sanitario*.

Parece claro que cuando Iago no examina el cuadro clínico de la paciente (suministrando un medicamento al que Elisa es alérgica) y omite la monitorización esta llevando a cabo un comportamiento negligente, que finaliza en la provocación de lesiones a la paciente. Tendría que haber comprobado el cuadro clínico para analizar cual sería el tratamiento idóneo y dejar constancia de

³² STS, Sala de lo Civil, de 29 de octubre de 2008. (RJ 2008/5801).

³³ JEREZ DELGADO, C. 2005. La responsabilidad civil médico sanitaria en el ordenamiento jurídico español. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [en línea]. Vol 2, Nº 16, pp 221-250. [consulta: abril de 2021]. ISSN 07186851. Disponible en: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/681704>

³⁴ Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

³⁵ BELLO JANEIRO, D. 2012. *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria*. Madrid: Reus. ISBN 9788429017229

sus actos (cumpliendo así con los protocolos y actuando con diligencia) además de cumplir con el deber de informar a la paciente en lo relativo a su dolencia y al tratamiento necesario.

En el caso de Marta, la no comprobación del cuadro y la administración del medicamento causante de la reacción alérgica, así como la actuación omisiva de no realizar una cesárea de urgencia ante el evidente sufrimiento fetal, constituye una conducta contraria a cualquier conocimiento básico del ámbito ginecológico y causante de los daños potencialmente indemnizables.

El fallecimiento del feto no fue inmediato, si no que durante un período hay pérdida de líquido amniótico y desaceleración del pulso, por lo tanto, se hubiera podido haber evitado mediante la realización de la cesárea de urgencia que la ginecóloga no realizó.

Por lo tanto, en ambas conductas hay una relación de causalidad entre las actuaciones negligentes y los daños causados.

- *Daño imputable a la parte demandada.* La culpa de los sanitarios requiere una falta de diligencia, que según BUSTO LAGO viene definida como “infracción por parte del médico de algún deber propio de su profesión y, más concretamente, del deber de actuar con la diligencia objetivamente exigida por la naturaleza del acto médico que se ejecuta, según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”, es decir, inobservancia de la *lex artis*.

La STS, Sala de lo Civil, de 18 de diciembre de 2006 define la *lex artis* como:

criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico, en cuanto comporta no sólo el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias.³⁶

Atendiendo al art 4.7 de la ley 44/2003, de Ordenación de las profesiones sanitarias una inobservancia de la *lex artis* es no realizar las pruebas necesarias atendiendo el estado de la ciencia médica en ese momento, incluidos los protocolos indicativos.

Si se realizan, la STS, Sala de lo Civil de 23 de septiembre de 2004 indica que “realizadas todas las comprobaciones necesarias, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas puede servir de base para declarar la responsabilidad”.³⁷

En este caso, ni Iago ni Marta siguieron los protocolos establecidos ni se realizaron las pruebas necesarias para comprobar cuál era el origen de la dolencia de Elisa.

Un caso similar al que estamos estudiando lo encontramos en la SAP de Córdoba, Sección 2ª, de 22 de marzo de 2002³⁸, donde el feto muere por hipoxia por altas dosis de oxitocina sin estar monitorizada la madre. En este caso, se encuentran por lo menos dos inobservancias de la *lex artis* que son similares al caso objeto de estudio³⁹:

- Dosis excesivas de oxitocina e incumplimiento de los protocolos de administración de esta peligrosa sustancia.
- Situación de mala praxis al no monitorizar a la paciente desde el primer momento de inducción al parto, como marcan los protocolos. Existe una infracción de normas objetivas de cuidado exigibles a enfermeros y médicos.

³⁶ STS, Sala de lo Civil, de 18 de diciembre de 2006. (RJ 2006/9172).

³⁷ STS, Sala de lo Civil, de 23 de septiembre de 2004. (RJ 2004/5890).

³⁸ SAP de Córdoba, Sección 2ª, de 22 de marzo de 2002. (ARP 2002/330)

³⁹ MAGRO SERVET, V. 2007. *Guía práctica de la responsabilidad sanitaria*. Madrid: Marcial Pons. ISBN 8497257863

Por lo tanto, queda comprobado que los sanitarios no actuaron conforme a lo marcado por la *lex artis*, entre otras cosas, por la no monitorización y no consulta del cuadro clínico además de no cumplir con los protocolos relativos a los tratamientos y la negativa a realizar la intervención necesaria.

En cuanto a Iago, se debe tener en cuenta que es un sanitario en formación, ya que en el caso se nos indica que es un enfermero en formación especializada, en concreto desea especializarse en ginecología y obstetricia.

En el art 15.2 de la LOPS se indica que:

La formación especializada en Ciencias de la Salud tiene como objeto dotar a los profesionales de los conocimientos, técnicas, habilidades y actitudes propios de la correspondiente especialidad, de forma simultánea a la progresiva asunción por el interesado de la responsabilidad inherente al ejercicio autónomo de la misma.

En relación a la responsabilidad civil se deberá distinguir si el residente actúa en el marco de sus funciones, y cuando concurre extralimitación.

Cuando se extralimite, puede existir alguna justificación (situaciones de urgencia y no pueda solicitar apoyo de otro profesional) o extralimitarse sin justificación alguna. Si el daño tiene lugar por falta de vigilancia del facultativo superior (art 4.1 b) RD 1146/2006), o bien por falta de ayuda de otro profesional habiendo pedido asistencia (art 4.1 f) RD 1146/2006), se aplica la responsabilidad *in vigilando* (art 1903 CC) pero si se extralimita, actuando sin tener en cuenta su situación de formación y no observando el programa de estudio o no solicita apoyo del tutor o inobservando sus indicaciones (art 4.2 b) RD 1146/2006), podrá responder directamente por su actuación negligente⁴⁰.

Por lo tanto, Iago es responsable civilmente a pesar de estar en período de formación por actuar con total autonomía y sin ninguna supervisión. Además, en ningún momento solicita ayuda de otro facultativo especialista o de su tutor, no encontrando en el caso justificación alguna a su actuación extralimitada.

Una vez aplicados los requisitos de la responsabilidad extracontractual al caso concreto, parece conveniente recordar que corresponderá a Elisa la carga de probar la culpa del personal sanitario, es decir, le incumbe a esta probar que los sanitarios actuaron con inobservancia de la debida diligencia o *lex artis*.

En caso de que resulte complicado probar por parte de la paciente la omisión o acción negligente, se establece una obligación de colaboración procesal que recae sobre los sanitarios, quienes deberán aportar, a petición de parte, documentos como la historia clínica con el objetivo de acreditar la licitud de sus pretensiones.⁴¹

Debemos valorar si en el caso podría darse la inversión de la carga de la prueba (es el sanitario quién debería probar que actuó con diligencia).

Lo anterior se produce cuando el daño causado es desproporcionado, lo que ocurre si el resultado dañoso no se produciría si no mediara una conducta negligente. Este caso debe restringirse a resultados extraños, no previsibles, atendiendo a lo que es usual “según las reglas de la experiencia y del sentido común”.⁴²

⁴⁰ BAZ RODRÍGUEZ, J. 2007. La nueva regulación del contrato de trabajo de los residentes en formación. *Derecho y Salud*. [en línea]. Vol 15, nº 2, pp 237-288 [consulta en mayo de 2021]. ISSN 1133-7400. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

⁴¹ SISO MARTÍN, J. 2017. “La historia clínica su importancia en el proceso de responsabilidad sanitaria y su valor como medio probatorio”. En: *curso Responsabilidad sanitaria y la nueva configuración legal de la imprudencia médica*, (Madrid 18 y 19 de abril de 2017).

⁴² SÁNCHEZ GARCÍA, M.M. 2013. El daño desproporcionado. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. [en línea]. Nº 8, pp 240-258. [consulta en mayo de 2021].ISSN 2254-2582. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

Podemos indicar que no hay seguridad de encontrarnos ante un supuesto de daño desproporcionado, por lo que la carga de la prueba recae sobre Elisa.

En el art 46 de la LOPS se establece la obligación que tienen los trabajadores de centros sanitarios privados de suscribir un seguro de responsabilidad.

El en art 36 del RD 29/2000, sobre nuevas formas de gestión del instituto nacional de la salud, se establece que:

El personal que preste sus servicios en los centros sanitarios regulados en el presente Real Decreto tendrá cubierta la responsabilidad profesional derivada de los daños y perjuicios no intencionados causados a terceros, por acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones asistenciales. A tal fin, el centro sanitario o el Instituto Nacional de la Salud suscribirá la correspondiente póliza de responsabilidad civil que determinará los riesgos incluidos y excluidos.

Por lo tanto, todos los sanitarios deben tener un seguro por el que según los art 116 y 117 del CP será responsable la entidad aseguradora de la indemnización hasta el límite de la póliza establecida o convencionalmente pactada.

III.4. Responsabilidad civil del SERGAS.

Visto que ambos sanitarios son responsables civilmente procede ahora examinar la responsabilidad de la administración.

Debemos partir del artículo 32 de la Ley 40/2015, donde se indica que:

Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.”

III.4. a) Características de la Responsabilidad.

La responsabilidad civil que recae sobre las administraciones públicas sanitarias, como es el SERGAS, se define principalmente por las siguientes características⁴³ :

- En un principio, es una responsabilidad de carácter directo. Es decir, la administración va a responder por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sin necesidad de que el actor tenga que reclamar o demandar al personal sanitario que lleva a cabo el comportamiento causante del daño. La administración, como persona jurídica va a responder del daño pudiendo ejercitar después acción de regreso contra el sanitario (Quintana López,2013, 42). Sin embargo, en nuestro caso concurren unas actuaciones de interés penal y siguiendo el art 121 del CP la responsabilidad del SERGAS sería subsidiaria.
- Otra característica que se extrae del artículo 32 de la Ley 40/2015 es la responsabilidad objetiva, en la que no se valora la conducta del personal sanitario. Es decir, no es necesario que se pruebe el dolo, la culpa o negligencia del personal sanitario.

Como hemos visto, los daños que sean provocados por el desempeño de la actividad médica generan un deber de resarcirlos por parte de las administraciones públicas sanitarias si son responsables de forma objetiva.

Por lo tanto, la administración tendrá obligación de resarcir el daño si se prueba una incorrecta actividad en la prestación de asistencia sanitaria imputable al hospital

⁴³ BUSTO LAGO, J.M. 2010. *La responsabilidad civil por defectuosa prestación de asistencia sanitaria al parto*. Jornadas Universitarias. [sesión del curso]. Jornadas Multidisciplinares para la Humanización del Parto, A Coruña: Universidade, pp 103-135.

(materiales defectuosos, infecciones nosocomiales...) o al personal sanitario (médico que establece un tratamiento erróneo...).⁴⁴

III.4. b) Requisitos de la Responsabilidad.

Los requisitos para apreciar la responsabilidad de la administración pública son los siguientes:

En primer lugar, debe ser una lesión resarcible. Este requisito se entenderá cumplido cuando el paciente no tenga deber jurídico de soportar el daño y este sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (Quintana López, 2013, 45).

Los daños son efectivos desde el momento en el que se materializa el aborto y las lesiones. En cuanto a la evaluación de los daños, el TS en sentencias como la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, del 8 de octubre de 1998 expone que *“la jurisprudencia de este Tribunal en materia de evaluación de daños es casuística y viene determinada por la ponderación de una serie de circunstancias que de modo particularizado concurren en cada caso”*⁴⁵.

Por otra parte, el daño debe ser antijurídico en el sentido de que no debe tener que ser soportado por la paciente. Debemos de recordar en este punto que la obligación de los sanitarios es una obligación de medios, pero que deben emplear correctamente la ciencia y la técnica atendiendo a las circunstancias del caso. No se somete a la paciente a una cesárea de urgencia cuando era conveniente y por lo tanto se produce el daño antijurídico, además se le suministra un medicamento siendo alérgica al mismo, pudiendo evitarse las lesiones si se hubiera consultado el cuadro clínico y seguido los protocolos.

En materia sanitaria es importante señalar el art 34 de la Ley 40/2015, donde se indica que *“no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos”*.

En segundo lugar, debe existir una relación de causalidad. Es decir, la acción u omisión del sanitario debe haber causado el daño. Para determinar esta relación se puede hacer uso de teorías como la de la causalidad adecuada, que indica que una acción es causa adecuada de un resultado, cuando éste era objetivamente previsible (Quintana López, 2013, 61).

Nos podemos remitir a los puntos anteriores para que quede más que probada la relación existente entre los daños sufridos y la conducta de los sanitarios.

Se debe señalar que la Administración no va a responder solo por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, si no también del funcionamiento normal.⁴⁶

En nuestro caso, se puede considerar que existe un funcionamiento contrario al normal en la sanidad pública a consecuencia de los siguientes hechos:

- No interviene el personal adecuado

Elisa acude al hospital a las 22.30 con fuertes dolores en el vientre embarazada de siete meses. Le atienden 50 minutos después de su llegada y lo hace un enfermero en formación. Hasta las 00.00 no le atiende una ginecóloga, aunque parece claro que debido a los síntomas y al avanzado estado de gestación sería necesaria su presencia desde el momento en el que Elisa ingresa en el hospital. En la STS, Sala de lo Contencioso-

⁴⁴ BUSTO LAGO, J.M. 2010. *La responsabilidad civil por defectuosa prestación de asistencia sanitaria al parto*. Jornadas Universitarias. [sesión del curso]. Jornadas Multidisciplinares para la Humanización del Parto, A Coruña: Universidad, pp 103-135.

⁴⁵ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, del 8 de octubre de 1998. (RJ: 1998/7815).

⁴⁶ Art 32.1 de la Ley 40/2015

Administrativo de 25 de septiembre de 2007⁴⁷, se indica que solo en partos comunes y sin ninguna complicación se puede renunciar de la figura del médico ya que si no nos encontramos ante una inobservancia de la *lex artis* al no hacer uso de los medios personales necesarios. Además, la sentencia de la audiencia provincial de Barcelona, Sección 1ª, de 21 de febrero de 2007 indica que:

el obstetra es perfectamente sabedor que, aunque con riesgo estadístico mínimo, la inducción al parto mediante oxitocina es generador de peligro lejano que le obliga a estar presente y vigilante en las secuencias de la preparación de la gestante que va a alumbrar, para que, caso que el peligro se materializase o concretase, presentando una alarma de inseguridad, poder de inmediato atajar la contingencia.⁴⁸

Por lo tanto, viendo esto parece claro que la ginecóloga debería haber estado presente desde el momento en que se decide inducir el parto.

Por otra parte, se debe recordar que Iago tiene un contrato irregular de sustitución que infringe la normativa de contratación a través de la bolsa de trabajo en el periodo vacacional para cubrir sustituciones de licencias y permisos de los que disponen los profesionales de la sanidad.

- Incorrecta o insuficiente elaboración de pruebas para obtener un diagnóstico⁴⁹

Debido a la no monitorización, la omisión en la consulta del cuadro clínico y al retraso en la realización de la cesárea cuando era necesaria se producen el aborto y las lesiones a la paciente, cuando si se hubiera realizado una cesárea y consultado las alergias el resultado hubiera sido distinto.

Si se hubiera atendido a los protocolos, cuando hay una desaceleración del pulso o respiración del feto se debería haber realizado la cesárea.

La paciente deberá probar que se podía haber evitado el aborto y las lesiones o disminuido su posibilidad si los sanitarios hubieran actuado con diligencia.

Por todo ello, parece claro que el SERGAS es responsable civilmente ya que los daños pueden imputarse objetivamente a este como consecuencia de una pésima actividad sanitaria. Debe recordarse que será responsable subsidiario al concurrir unas actuaciones de interés penal (art 121 CP).

⁴⁷ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 25 de septiembre de 2007. (RJ: 2007/7017).

⁴⁸ SAP de Barcelona, Sección 1ª, de 21 de febrero de 2007. (Recurso de apelación 907/05)

⁴⁹ BUSTO LAGO, J.M. 2010. *La responsabilidad civil por deficiente prestación de asistencia sanitaria al parto*. Jornadas Universitarias. [sesión del curso]. Jornadas Multidisciplinares para la Humanización del Parto, A Coruña: Universidade, pp 103-135.

IV. JURISDICCIÓN COMPETENTE

En este apartado, al ser un caso de reclamación por parte de una ciudadana extranjera por actos médicos realizados en España, se nos plantea la cuestión de quién debe juzgar lo sucedido.

Los supuestos en los que se da una asistencia sanitaria transfronteriza son numerosos: médicos que se desplazan a otros países, asistencia sanitaria a extranjeros que residen en España, españoles que reciben tratamientos en el extranjero, elementos sanitarios defectuosos de procedencia extranjera (por ejemplo, la STJUE, Sala Primera, de 16 de febrero de 2017⁵⁰ que versa sobre la implantación de unas prótesis de mama defectuosas)... (Álvarez González, et al. 2018, 360).

En este punto, se va a tratar de establecer a que tribunal corresponde conocer el asunto en cuestión, ya que existen conexiones entre dos Estados: España e Italia.

Se debe recordar que para que los tribunales o juzgados españoles tengan competencia para tratar un determinado tema, estos deben tener jurisdicción sobre tal asunto (potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado). Es lo que se conoce como competencia judicial internacional (Esplugues Mota, Iglesias Buhigues, y Palao Moreno, 2020, 110).

IV.1. Competencia Judicial Internacional.

Debemos determinar la competencia judicial internacional relativa al caso, ya que las normas que la regulan tienen como objeto determinar cuáles son los tribunales competentes para conocer el asunto internacional, esto es, para conocer un caso en el que existen vínculos con varios Estados⁵¹.

En este caso, Elisa Fiore, de nacionalidad italiana, sufre unos daños a consecuencia de una actuación negligente de sanitarios en un hospital de A Coruña, España.

Hay que tener en cuenta que, según el principio de territorialidad, le corresponde a la jurisdicción española conocer los procesos penales derivados de delitos en territorio español, independientemente de la procedencia del sujeto activo o el bien jurídico protegido (idea extraída del art 23 de LOPJ).

Volviendo a la CJI, como hemos visto, consiste en atribuir la competencia para conocer un asunto de carácter internacional a los órganos jurisdiccionales de un determinado Estado cuando en dicho asunto existen conexiones relevantes con el Estado, las cuales se van a fijar por el legislador y varían de un caso a otro. Por ello hablamos de un Derecho de conexiones (Gómez Jene, et al. 2019, 78).

De esta manera, los tribunales españoles pueden ser competentes, por ejemplo, cuando el demandado este domiciliado en España o en casos de responsabilidad extracontractual cuando el daño se produzca en territorio español. En el primer caso hablamos del criterio de domicilio del demandado y en el segundo caso, se atribuye a los tribunales españoles la competencia para conocer los daños que se produzcan en España a consecuencia de relaciones extracontractuales cuando el demandante sea extranjero por el criterio de lugar donde se sufre el daño.⁵²

⁵⁰ STJUE, Sala Primera, de 16 de febrero de 2017. (Caso Elisabeth Schmitt contra TÜV Rheinland LGA Products GmbH. TJCE 2017/41)

⁵¹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. 2019. *Derecho internacional Privado*. [en línea] Madrid: Civitas [consulta abril de 2021]. ISBN 978-84-9197-921-0. Disponible en: <https://www.dykinson.com/libros/derecho-internacional-privado/9788491979210/>

⁵² GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. 2019. *Derecho internacional Privado*. [en línea] Madrid: Civitas [consulta abril de 2021]. ISBN 978-84-9197-921-0. Disponible en: <https://www.dykinson.com/libros/derecho-internacional-privado/9788491979210/>

Finalmente, podemos indicar que las reglas de CJI determinan únicamente si los tribunales de un Estado tienen competencia para conocer un asunto, fijándose después el juez o tribunal competente atendiendo a reglas internas de competencia objetiva, funcional y territorial. Posteriormente, el juez o tribunal aplicará el sistema de reglas de conflicto de leyes para establecer el Derecho material aplicable, siendo esto un efecto indirecto de las reglas de CJI (Esplugues Mota, Iglesias Buhigues, y Palao Moreno 2019, 109).

Es decir, las normas de CJI nos indican la competencia de los tribunales españoles y las normas de competencia territorial establecen, dentro de los tribunales españoles cual va a ser el competente para conocer el caso⁵³.

IV.1. a) Características de la CJI

Las características de las reglas de CJI son las siguientes:

- Las reglas de CJI son de aplicación previa, es decir, solo cuando un juez o tribunal sea competente para conocer un asunto por tener atribuida la CJI se podrá plantear la controversia de Derecho aplicable.
- Las normas que atribuyen la CJI son establecidas por el legislador estatal y van a determinar los límites y la extensión de la jurisdicción del Estado. Como nos podemos imaginar, puede darse el caso de que varios Estados se consideren competentes para conocer, o que por el contrario ninguno se presente como competente (Esplugues Mota, Iglesias Buhigues, y Palao Moreno 2019,109). Sin embargo, el legislador busca la existencia de una proximidad razonable entre el litigio y el Estado para atribuir la CJI a los tribunales. Es posible, como ya se ha explicado, que esta proximidad razonable se manifieste en más de un Estado, considerándose competentes varios. En este caso se produce el fenómeno conocido como *forum shopping* ya que el demandante puede, atendiendo a lo que más le convenga, escoger el Estado en el que va a presentar la demanda y por lo tanto de una manera indirecta incide también en el derecho que se va a aplicar (Gómez Jene, et al. 2019, 79).
- La CJI tiene carácter global ya que engloba la totalidad de los órganos jurisdiccionales (Gómez Jene, et al. 2019, 79).

IV.1. b) Límites de la CJI.

Como se ha visto a la hora de estudiar las características de la CJI, el legislador disfruta de libertad en la fijación de las reglas de la CJI.

De ser así esto le facultaría para determinar como competentes a sus jueces y tribunales en el conocimiento de asuntos que contengan elementos internacionales.

En los art 22 a 25 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, el legislador establece los principios por los que van a ser competentes los tribunales españoles, excepto los casos en los que se tenga que atender a lo dispuesto en los acuerdos internacionales y de la UE, los cuales son de aplicación preferente, como veremos posteriormente.

En la CE no aparecen expresamente límites al establecimiento de reglas de CJI, no obstante, el Tribunal Constitucional sí se ha pronunciado a través de sus sentencias.

En la STC, de 28 de septiembre de 1995, cuando se habla de la potestad jurisdiccional de los Estados en el ámbito internacional se indica que:

ha de tenerse presente que el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (Sentencia de 1927 en el asunto del Lotus, Francia c. Turquía, Serie A, núm. 10) ha declarado al

⁵³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. 2019. *Derecho internacional Privado*. [en línea] Madrid: Civitas [consulta abril de 2021]. ISBN 978-84-9197-921-0. Disponible en: <https://www.dykinson.com/libros/derecho-internacional-privado/9788491979210/>

respecto que aunque el Derecho internacional atribuye a los Estados una amplia libertad en esta materia, permitiéndoles extender su jurisdicción a supuestos relacionados con personas, actos y bienes que se hallan fuera de su territorio, no es menos cierto que también les impone determinadas prohibiciones y límites.⁵⁴

En la misma línea, la STC, Sala Primera, de 13 de marzo de 2000, en relación a la defensa del demandado, indica que:

A nadie puede exigírsele una diligencia irrazonable o cargas excesivas para poder ejercitar su derecho de defensa en juicio; de modo que el demandado en el proceso civil sólo podrá ser sometido a una determinada jurisdicción si las circunstancias del caso permiten considerar que el ejercicio del derecho de defensa no se verá sometido a costes desproporcionados⁵⁵.

Por lo tanto, el legislador establece ciertos límites relacionados con las conexiones del asunto internacional y el Estado. Estos límites aparecen en el libro “Derecho Internacional Privado”, de Esplugues Mota, Iglesias Buhigues, y Palao Moreno (2019, 112):

- En primer lugar el legislador no va a poder atribuir en ningún momento la competencia a los jueces y tribunales cuando no exista conexión entre el Estado y el caso internacional. Esto es así ya que, como vimos en la STC, Sala Primera, de 13 de marzo de 2000 se podría vulnerar el derecho a la defensa en el juicio, ya que las cargas y los costes se incrementarían sin razón alguna.
- En segundo lugar, la conexión entre Estado y asunto debe ser suficiente y proporcionada ya que si no nos encontraríamos ante una inobservancia del derecho a la tutela judicial efectiva.
- En tercer lugar, a pesar de que exista una conexión entre el asunto y el Estado, los tribunales del mismo no deberían ser competentes cuando el punto de conexión sea exagerado o exorbitante o sitúe a una de las partes en una posición favorable. Esto tendría lugar si, por ejemplo, se utiliza la nacionalidad para declarar competentes a los tribunales de un Estado en todos los supuestos que se planteen. Este límite hace referencia a los foros privilegiados para alguna de las partes.
- En cuarto lugar, nos encontramos con el límite de inmunidad de jurisdicción o ejecución. Lo encontramos en el art 21.2 de la LOPJ, donde se indica que los tribunales españoles no van a conocer “*las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público*”. También se refleja en el art 36.2 de la LEC⁵⁶.

En este caso, el tribunal español a pesar de ser competente para tratar un asunto internacional no podrá continuar con lo trámites cuando el demandado ponga de manifiesto su titularidad de inmunidad de jurisdicción (Gómez Jene, et al. 2019, 81).

La inmunidad de jurisdicción es compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva (recogido en el art 24 de la CE) siempre que el demandante pueda acudir a otra vía para hacer valer sus derechos. Ante esta inmunidad, la parte actora puede interponer la demanda en el Estado que sea competente cuando haya garantía de que va a ser un proceso justo o solicitar protección diplomática por parte de las autoridades españolas (Garcimartín Alférez, 2019, capítulo III).

IV.1. c) Foros de la CJL.

⁵⁴ STC, Pleno, de 28 de septiembre de 1995. (RTC 1995/140).

⁵⁵ STC, Sala Primera, de 13 de marzo de 2000. (RTC 2000/61).

⁵⁶ Art 36.2 de la LEC: “Los tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando concurra en ellos alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Cuando se haya formulado demanda o solicitado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público.”

Los foros de competencia internacional podemos definirlos como aquella particularidad determinada por la cual los tribunales de un Estado se presentan como competentes para conocer un asunto internacional (Gómez Jene, et al. 2019, 83).

Existe una pluralidad de foros de competencia que se han agrupado tradicionalmente en las siguientes clases o tipos:

1.- De carácter *objetivo* o *subjetivo*: Los primeros vienen marcados por circunstancias de las partes (nacionalidad, sede social, domicilio...) o del territorio (lugar en el que radica el bien, donde se ha producido el hecho que origina el daño...) sin que en ningún momento intervenga la voluntad de las partes (Esplugues Mota, Iglesias Buhigues, y Palao Moreno 2020, 115). Por el contrario, en los foros de carácter subjetivo son las partes las que establecen el tribunal competente de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad. Las partes pueden atribuir la CJI a los tribunales españoles o excluirlos y atribuirlos a los tribunales de otro Estado o incluso solucionar el asunto a través del arbitraje u otros procedimientos.⁵⁷

2.- También podemos hablar de foros *exorbitantes* cuando no responden a criterios de proximidad más o menos objetiva, si no que parten de puntos de conexión frágiles con el objetivo de favorecer el interés de un Estado. Los legisladores pueden establecer foros exorbitantes, pero se pueden encontrar con una denegación del resto de los Estados del reconocimiento de una resolución fundada en ese foro⁵⁸.

Frente a los foros exorbitantes, están los *usuales*, que atribuyen la CJI a los tribunales de un Estado atendiendo a reglas de proximidad razonables (lugar en el que radica el bien...).

IV.2. Sistema Español de Derecho Internacional Privado

En primer lugar, debemos acudir a la CE, donde en su artículo 117.3 establece a quién corresponde el ejercicio de la potestad jurisdiccional, indicando que “*en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.*” Continúa el art 117.4 de la CE estableciendo que “*Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho.*”

Esta potestad jurisdiccional se extiende, según el art 4 de la LOPJ “*a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las leyes.*”

Por razones de práctica y efectividad de los tribunales, así como la observancia de principios del ordenamiento jurídico, parece conveniente que se limite el número de casos transfronterizos sobre los que se va a extender la potestad jurisdiccional o que se celebren tratados de carácter internacional que establezcan reglas comunes de CJI.⁵⁹

En España las fuentes normativas relativas a al CJI son:

⁵⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. 2019. *Derecho internacional Privado*. [en línea] Madrid: Civitas [consulta abril de 2021]. ISBN 978-84-9197-921-0. Disponible en: <https://www.dykinson.com/libros/derecho-internacional-privado/9788491979210/>

⁵⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SANCHEZ LORENZO, S.A. 2020. *Derecho Internacional Privado*. [en línea]. Madrid: Civitas.[consulta abril de 2021]. ISBN 9788413085203. Disponible en: <https://www.dykinson.com>

⁵⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SANCHEZ LORENZO, S.A. 2020. *Derecho Internacional Privado*. [en línea]. Madrid: Civitas.[consulta abril de 2021]. ISBN 9788413085203. Disponible en: <https://www.dykinson.com>

- *Normas internacionales* (tratados y convenios en los que España es parte, ya sean bilaterales o multilaterales). Dentro de estos convenios y tratados destacan los aceptados en la Conferencia de la Haya, ya que en sus Estatutos (concretamente en su art 1) se indica que: “*La Conferencia de La Haya tiene por objeto trabajar en la unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado*”
- *Normas europeas* (el art 21.1 de la LOPJ recoge que “*Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas.*” El Derecho originario de la UE no contiene reglas relativas al DIPr, sin embargo, parece claro que es necesario llevar a cabo una recopilación de las reglas de DIPr para conseguir que exista cierta seguridad sobre los jueces competentes para conocer un asunto, cual es el derecho aplicable y garantías relativas al reconocimiento y exequatur de las resoluciones en el resto de Estados (idea que parte del art 81 del TFUE⁶⁰)⁶¹.
- *Normas internas*: art 22 y siguientes de LOPJ. En estos art se contienen reglas relativas a los distintos ordenes jurisdiccionales. También se puede hacer referencia al CC y a la Constitución, aunque su importancia en esta materia cada vez es menor.

Las reglas de atribución de CJI contenidas en la LOPJ son de aplicación secundaria respecto a las normas internacionales y europeas. Esto quiere decir que serán de aplicación cuando no haya nada previsto en Reglamentos de la UE o tratados y convenios internacionales (Esplugues Mota, Iglesias Buhigues, y Palao Moreno, 2020,119) (art 96 CE y art 36.1 LEC⁶²).

Por lo tanto, para resolver la cuestión en primer lugar se debe identificar el texto normativo institucional, convencional o autónomo donde se contiene la regulación de la CJI que es aplicable al caso objeto de estudio.

Visto lo anterior, parece conveniente examinar los 4 textos principales para reconocer cual es aplicable al caso: el Reglamento Bruselas I bis, Reglamento Bruselas II bis, Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007 y LOPJ. Esto textos podemos indicar que son los más destacados en este ámbito dentro de la pluralidad de normas.

IV.2. a) Bruselas II bis

En primer lugar, se puede analizar el Reglamento nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, también conocido como “Bruselas II bis”, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Dicho Reglamento tiene como predecesor el Convenio de 28 de mayo de 1998, sobre competencia judicial internacional reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental.

El Reglamento Bruselas II bis sustituye al Reglamento nº 1347/2000 de 29 de mayo que tenía una operatividad más restringida.

⁶⁰ Art 81 del TFUE: “La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales.”

⁶¹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. 2019. *Derecho internacional Privado*. [en línea] Madrid: Civitas [consulta abril de 2021]. ISBN 978-84-9197-921-0. Disponible en: <https://www.dykinson.com/libros/derecho-internacional-privado/9788491979210/>

⁶² Art 36.1 de la LEC: “La extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte”.

Este Reglamento tiene como fin conseguir la agrupación de las normas de CJI y reconocimiento y ejecución relativas a materia matrimonial y responsabilidad parental en el ámbito de los Estados Miembros.⁶³

En el art 1 se establece el ámbito de aplicación: “*El presente Reglamento se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas: a) al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial; b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental.*” Podemos indicar que es un Reglamento doble, ya que contiene normas de CJI y reconocimiento y exequatur de resoluciones.

En el art 3 se encuentran unos foros alternativos (residencia habitual de los cónyuges, residencia habitual del demandado...) y si concurre cualquiera de esas situaciones, los tribunales españoles serán competentes.⁶⁴

Esto se refleja en la STS, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 2017 donde se indica que: “*los foros del art 3 del Reglamento son alternativos, sin ninguna jerarquía entre ellos: basta con que concurra uno cualquiera de los siete foros de competencia judicial internacional, los tribunales españoles son competentes*”.⁶⁵

Como podemos observar, el caso que estamos estudiando no contiene ningún elemento por el cual sea de aplicación este Reglamento, por lo tanto, este instrumento no nos ayudará a determinar la CJI y los tribunales competentes.

IV.2. b) Convenio de Lugano

El siguiente texto que se debe tener en cuenta es el Convenio de Lugano II de 30 de octubre de 2007 (que reemplaza al Convenio de Lugano I de 1988, celebrado entre los Estados de la CE y los Estados de la European Free Trade Association), el cual versa sobre competencia judicial, reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

El Convenio de 1988 nace para extender la aplicación del Convenio de Bruselas de 1968 a los países de la AELE, por ello se indica que son Convenios paralelos ya que sus similitudes son enormes.

El Convenio de Lugano II se adapta al Reglamento Bruselas I, y ante el cambio sufrido por este con Bruselas I bis, parece conveniente una nueva actualización del Convenio de Lugano.

Este Convenio es de aplicación en los Estados de la UE y en Dinamarca, Noruega, Suiza e Islandia, pero al ser un texto internacional hay que tener en cuenta que puede llegar a ser parte cualquier Estado, sin que se requiera la condición de Estado de la UE o AELA. Antes de señalar si el Convenio de Lugano de 2007 es de aplicación al caso, hay que analizar las relaciones de este con otros Convenios y Reglamentos, como Bruselas I bis. En el art 73.1 del Reglamento Bruselas I bis se establece una cláusula de compatibilidad entre el Convenio y dicho Reglamento.⁶⁶

⁶³ OREJUDO PRIETO, P. 2014. Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental. *La Ley, Unión Europea* [en línea], N°21, pp 5-22 [consulta abril de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4927245>

⁶⁴ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. 2019. *Derecho internacional Privado*. [en línea] Madrid: Civitas [consulta abril de 2021]. ISBN 978-84-9197-921-0. Disponible en: <https://www.dykinson.com/libros/derecho-internacional-privado/9788491979210/>

⁶⁵ STS, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 2017. (ECLI:ES:TS:2017:4113).

⁶⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SANCHEZ LORENZO, S.A. 2020. *Derecho Internacional Privado*. [en línea]. Madrid: Civitas.[consulta abril de 2021]. ISBN 9788413085203. Disponible en: <https://www.dykinson.com>

Para determinar cuando es aplicable el Convenio y cuando es aplicable el Reglamento (ya que como hemos visto sus contenidos son similares), tendremos que acudir al art 64 del Convenio.

Las reglas que regulan esta compatibilidad son las siguientes:

- Si el demandando tiene su domicilio en un Estado Miembro de la UE, los tribunales españoles aplicarán el Reglamento 1215/2012. Es decir, se aplicará el Convenio únicamente cuando el domicilio del demandado se encuentre en un Estado que únicamente es parte del Convenio de Lugano (Suiza, Noruega e Islandia) (Mota Esplugues, Iglesias Buhigues, y Palao Moreno, 2020,163).
- Cuando aparezcan competencias exclusivas o sumisión se procederá a la aplicación del Convenio siempre que el juez o tribunal que se fije se encuentre en uno de los anteriores Estados.⁶⁷

En el caso objeto de estudio, los Estados que presentan puntos de conexión con la situación son España (donde se produce la atención médica y el hecho dañoso) e Italia (ya que la demandante o quién sufre los daños es de nacionalidad Italiana).

España es Estado Miembro de la UE desde 1986 e Italia desde 1958, por lo tanto, el Convenio de Lugano no sería de aplicación ya que quedaría desplazado por el Reglamento 1215/2012.

Visto lo anterior, parece necesario analizar el Reglamento nº 1215/2012, Bruselas I bis para determinar si finalmente este es el aplicable al caso que nos ocupa.

IV.2. c) Bruselas I bis

Como ya se vio anteriormente, el Reglamento Bruselas I (nº 44/2001) transforma en Reglamento el Convenio de Bruselas de 1968. Este Reglamento fue modificado por el nº 1215/2012, aplicable desde el 10 de enero de 2015 (en el art 80 del Reglamento nº 1215/2002 se establece la derogación del nº 44/2001).

En la línea con los otros Reglamentos y Convenios, tiene como fin la recopilación de las normas en materia de CJI en la UE.

Los aspectos generales del Reglamento son los siguientes: es un Reglamento doble (contiene normas de CJI y reconocimiento y exequatur de resoluciones), es directamente aplicable en los Estados Miembros y sus normas prevalecen sobre el Derecho Autónomo de los Estados (en España solo se podrá aplicar la LOPJ cuando el Reglamento no sea de aplicación o este nos remita a ella) (Gómez Jene, et al. 2019, 86).

Además, el Reglamento prevalece sobre otros Convenios o Tratados bilaterales entre Estados (como indican sus art 69 y 70) cuando hay similitudes en sus ámbitos de aplicación. Es decir, cuando la situación sea subsumible en alguno de los presupuestos del Reglamento nº 1215/2012, este será el que se aplique.

En cuanto a su ámbito de *aplicación material*, en su art 1 se recogen una serie de materias a las que le es de aplicación y otras a las que no. En concreto, este Reglamento regula la materia civil y mercantil con alguna excepción, como las obligaciones de alimentos.

También en este art 1 se indica que el Reglamento no se aplicará a la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*irue imperii*), excluyendo también materias relativas a la seguridad social.

Sin embargo, los Tribunales han reducido el ámbito de aplicación de esta excepción llegando a la conclusión de que la LOPJ, en el caso de España, será de aplicación cuando el Estado actúe *iure imperii*, pero cuando sea parte de un procedimiento siguiendo las normas de Derecho Privado (como la responsabilidad civil, cuando el Estado actúe *iure*

⁶⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. 2019. *Derecho internacional Privado*. [en línea] Madrid: Civitas [consulta abril de 2021]. ISBN 978-84-9197-921-0. Disponible en: <https://www.dykinson.com/libros/derecho-internacional-privado/9788491979210/>

gestionis), para la determinación de la CJI habrá que acudir a Bruselas I bis. Por lo tanto, en nuestro caso si que podríamos reclamar la responsabilidad civil del SERGAS atendiendo a lo establecido en el Reglamento (Álvarez González, et al. 2018, 374).

Siguiendo con los límites del ámbito de aplicación material, hay que recordar que Elisa Fiore es víctima de un ilícito penal, y por ello acudirá al orden penal para denunciar los hechos, siendo este competente como ya se indicó para resolver la responsabilidad penal y civil de los hechos.

Se debe tener en cuenta que el Reglamento se aplica, como vimos, a cuestiones de Derecho Privado (dejando fuera materia fiscal, aduanera, seguridad social...). Sin embargo, lo importante a la hora de determinar la aplicación del Reglamento no es qué orden jurisdiccional es competente, ni las partes (como ya vimos a la hora de aplicar el Reglamento al SERGAS) si no la naturaleza de las relaciones jurídicas existentes o el objeto del proceso.

Por lo tanto, a pesar de encontrarnos en el orden penal, estamos dentro del ámbito de aplicación del Reglamento.

Esta idea viene reflejada en la STJUE, de 21 de abril de 1993, en el asunto C-172/91⁶⁸, que consideró incluida dentro del ámbito del Reglamento Bruselas I la acción de reclamación de responsabilidad civil ejercitada contra un profesor de una escuela pública ante un órgano jurisdiccional penal cuando un alumno sufrió un daño a consecuencia de la infracción del deber de vigilancia, indicando la sentencia la poca relevancia del orden ante el que se presente la acción civil (Álvarez González, et al. 2018, 374).

En cuanto al ámbito de *aplicación territorial*, podemos indicar que opera en todos los Estados Miembros de la UE (art 68 del Reglamento). Además, hay que indicar que también se aplica en Dinamarca debido al Acuerdo entre la Comunidad Europea y Dinamarca de 19 de octubre de 2005 (Decisión del Consejo de 27 de abril de 2006).

Anteriormente ya vimos que en caso de que el paciente quiera demandar a un sanitario domiciliado en Suiza, Noruega o Islandia esté deberá acudir al Convenio de Lugano.

En este caso, tanto Italia como España son países miembros de la UE y además los demandados están domiciliados en España.

El art 81 del Convenio hace referencia al *ámbito temporal*: “*El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Será aplicable a partir del 10 de enero de 2015, con excepción de los artículos 75 y 76, que serán aplicables a partir del 10 de enero de 2014.*”

En cuanto a su ámbito de *aplicación espacial*, podemos indicar que el reglamento se aplica en todos los Estados Miembros, por lo tanto, tiene un ámbito de aplicación espacial universal.

Esto es así por que según los art 4 y 5 del Reglamento se aplica cuando los demandados están domiciliados en un EM y según el art 6 también cuando no está domiciliado en un EM. Hay que señalar que este último artículo remite a la norma interna de DIPr para determinar la CJI (en el caso de España, a la LOPJ).

Los foros del Reglamento son los siguientes:

- Foros exclusivos que se encuentran en el art 24 (son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio de las partes, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en las materias que aparecen en dicho art: derechos reales, inscripciones en registros públicos...).
- Foros de sumisión tácita y expresa, que aparecen en los art 25 y 26 del Reglamento
- El foro general del domicilio del demandado (que se recoge en el art 4 del Reglamento: son competentes los tribunales del Estado Miembro en el que esté

⁶⁸ STJUE, de 21 de abril de 1993, en el asunto C-172/91.

domiciliado el demandado) y los foros especiales por razón de la materia (de los art 7 a 23 del Reglamento).

IV.3. Determinación de la Competencia Judicial Internacional

En el caso objeto de estudio, no nos encontramos en ninguna de las situaciones establecidas en el art 24 por lo tanto, se descarta la idea de encontrarnos ante un foro exclusivo.

Como ya se indico el *art 4 del Reglamento* establece el foro general del domicilio del demandado. Por lo tanto, en virtud del art 4.1 del Reglamento van a ser competentes los tribunales del Estado Miembro en el que se encuentre el domicilio del demandado (*actor sequitur forum rei*), descartándose otros criterios como la nacionalidad, la residencia...⁶⁹ En virtud de este artículo, Elisa debería presentar la demanda en España, ya que en este Estado es donde se encuentra el domicilio de los demandados.

Además de esto hay que acudir a los foros especiales por razón de la materia.

Estos foros especiales son concurrentes o alternativos con el foro general del domicilio del demandado. Esto quiere decir que la parte actora podrá optar por interponer la demanda en los tribunales del Estado en el que se encuentre el domicilio del demandado o por el contrario en los de el Estado competente según los foros especiales, también denominados foros de ataque, ya que otorgan a la parte actora la posibilidad de no contemplar el foro general del domicilio del demandado (Esplugues Mota, Iglesias Buhigues, y Palao Moreno, 2020, 141).

El foro especial que puede ser de aplicación al caso es el recogido en el *art 7 del Reglamento, en concreto los apartados 2 y 3* del mismo donde se regula responsabilidad extracontractual y la materia delictual o cuasi delictual:

Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro:

- 2) en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso;
- 3) si se trata de acciones por daños y perjuicios, o de acciones de restitución fundamentadas en un acto que dé lugar a un proceso penal, ante el órgano jurisdiccional que conozca de dicho proceso, en la medida en que, de conformidad con su ley, dicho órgano jurisdiccional pueda conocer de la acción civil.

El principio sobre el que se asienta este foro es el de proximidad razonable, ya que parece entendible que el tribunal del lugar del daño es el más cercano a las causas que originan el procedimiento (se facilita la comprobación de los indicios...)⁷⁰

Este artículo se podrá aplicar en nuestro caso, ya que nos encontramos con unos hechos constitutivos de delito (las negligencias de los sanitarios provocan el aborto y las lesiones) y derivados de ellos, una responsabilidad de carácter extracontractual (por el carácter de la relación entre los sanitarios y Elisa).

El apartado 3 del art 7 del Reglamento nos remite a la normativa autónoma de DIPr, por lo tanto, tenemos que examinar la LOPJ.

En su art 23 establece que: *“En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.”*

⁶⁹ CARRASCO GONZÁLEZ, J. 2019. Foro del domicilio del demandado y reglamento Bruselas I-bis 1215/2012. *Cuaderno de Derecho Transnacional* [en línea] Vol 11, Nº 1, pp 122-138 [consulta en abril de 2021]. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es>

⁷⁰ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. 2019. *Derecho internacional Privado*. [en línea] Madrid: Civitas [consulta abril de 2021]. ISBN 978-84-9197-921-0. Disponible en: <https://www.dykinson.com/libros/derecho-internacional-privado/9788491979210/>

Además, como ya sabemos, es posible y conveniente por motivos de economía procesal acumular la acción penal y civil en el proceso penal (art 100 y ss de la LECrim).

Visto todo lo anterior y analizando el caso objeto de estudio, debido a que la materia no está comprendida en los distintos foros exclusivos del Reglamento nº 1215/2012 y que tampoco existe ningún tipo de sumisión expresa o tácita entre los sanitarios y Elisa Fiore, la demandante va a poder presentar la demanda únicamente en España tanto si se atiende al art 4.1 del Reglamento (ya que es el Estado Miembro donde están domiciliados los sanitarios) como si se aplica el foro especial del art 7, ya que son los tribunales de dicho país competentes por razón de la materia (el lugar donde se ha producido el hecho dañoso).

En este caso, el foro especial no proporciona una alternativa al foro general del domicilio del demandado.

V. CONTRATO IRREGULAR

Como nos indican las cuestiones planteadas, en este apartado se tratará de determinar las acciones legales que pueden emprenderse frente al hospital como consecuencia del contrato irregular que infringe la normativa de contratación a través de la bolsa de trabajo en el período vacacional para cubrir sustituciones y permisos.

V.I. Relación laboral especial de residencia

Iago es un enfermero en proceso de especialización en ginecología y obstetricia y por lo tanto tiene la condición de trabajador residente.

Ginecología y obstetricia es una de las especiales que se recogen en el RD 450/2005, sobre especialidades de Enfermería.

La Ley 44/2003 establece en sus arts 19 y siguientes el sistema de formación de profesionales de la salud y encomienda al Gobierno el desarrollo legal de esta relación laboral de carácter especial, lo cual se materializa en el RD 1146/2006.⁷¹

En el art 20.3 f) de la Ley 44/2003 se recoge expresamente esta condición de relación laboral especial entre el servicio de salud y el especialista en formación. También se establece en el art 2 del Real Decreto Legislativo 2/2015 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores.

En aquellas cuestiones que no estén previstas en los textos legales anteriormente mencionados será de aplicación lo dispuesto en el ET (art 1.4 del RD 1146/2006).

Esta relación laboral especial permite a los profesionales de la salud adquirir los conocimientos suficientes como para desarrollar de una manera autónoma su profesión.⁷²

Únicamente pueden ser parte en esta relación laboral: “*los titulados universitarios que, previa participación en la convocatoria anual de carácter nacional de pruebas selectivas, hayan accedido a una plaza en un centro o unidad docente acreditada, para el desarrollo de un programa de formación especializada en Ciencias de la Salud, mediante el sistema de residencia, previsto en el artículo 20 de la Ley 44/2003*”⁷³

Entendemos por lo tanto que Iago ha superado la prueba selectiva anual y ha accedido a una plaza de residencia.

Figurará como titular del contrato de trabajo el hospital o, en su caso, la entidad que lo represente. También podrá ser cuando se trate de complejos sanitarios o conjuntos o agrupaciones de centros hospitalarios creados por las CCAA, como sería el SERGAS en nuestro caso.⁷⁴

Además, desde el punto de vista de los centros sanitarios, el citado precepto deja claro que podrán recurrir al contrato de residencia únicamente para el cumplimiento de las finalidades previstas en el ordenamiento sanitario, y no para satisfacer sus necesidades

⁷¹ MARTÍN RODRÍGUEZ, O. 2015. Relación laboral especial de residencia con fines de especialización sanitaria. *Revista del ministerio de empleo y seguridad social*. [en línea]. Nº 118, pp 223-267. [consulta en mayo de 2021]. ISSN 2254-3295. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

⁷² MARTÍN RODRÍGUEZ, O. 2015. Relación laboral especial de residencia con fines de especialización sanitaria. *Revista del ministerio de empleo y seguridad social*. [en línea]. Nº 118, pp 223-267. [consulta en mayo de 2021]. ISSN 2254-3295. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

⁷³ Art 1.2 del RD 1146/2006

⁷⁴ BAZ RODRÍGUEZ, J. 2007. La nueva regulación del contrato de trabajo de los residentes en formación. *Derecho y Salud*. [en línea]. Vol 15, nº 2, pp 237-288 [consulta en mayo de 2021]. ISSN 1133-7400. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

asistenciales⁷⁵. Por lo tanto, según esta interpretación, no deberían hacer uso de residentes como Iago para cubrir puestos de vacaciones o sustituciones.

Es un contrato laboral temporal, que deberá ser formalizado por escrito y siguiendo el art 8.2 del ET, si no se cumple este requisito surge una presunción *iuris tantum* de transformación a indefinido.

En el art 3 del RD 1146/2006 se establece la duración del contrato: “*será de un año, renovable por períodos iguales durante el tiempo que dure su programa de formación, siempre que, al final de cada año, el residente haya sido evaluado positivamente por el Comité de evaluación de la especialidad correspondiente.*”

Por lo tanto, el empleador deberá prorrogar el contrato siempre que exista una valoración favorable del comité sin poder oponerse.

En el art 11 del RD 1146/2006 se recogen las distintas causas de extinción del contrato, entre ellas: evaluación positiva el último año de formación, evaluación anual negativa... Además también se tienen que tener en cuenta las causas de extinción del régimen laboral común.

Es importante para el caso resaltar que el contrato laboral de los residentes, según el art 20.3 de la Ley 44/2003 es incompatible con el desempeño de otras actividades, sea en el campo público o privado ya que esta actividad de formación es a tiempo completo y requiere dedicación absoluta.⁷⁶ Esta idea se recoge también en el art 4.2 a) del RD 1146/2006.

V.II. Conflicto colectivo

Dentro de las posibles acciones que se podrían iniciar contra esta contratación irregular, la cual se basa en obviar el orden establecido en la bolsa, comenzamos por analizar esta acción.

El conflicto colectivo, como veremos más adelante al establecer los requisitos que debe cumplir una situación para ser considerada como tal, afecta a los intereses de un grupo genérico de trabajadores.

En cuanto a la legitimación activa, aparecen activamente legitimados para iniciarlos, entre otros, según el art 154 a) de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social, empresarios y los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto.

Por lo tanto, parece que el sindicato UGT si esta legitimado activamente para plantear el conflicto colectivo.

Sin embargo, siguiendo el principio de correspondencia, se exigen por los Tribunales unos requisitos para que el sindicato tenga legitimación activa. La STS, Sala de lo Social, de 3 de marzo de 2021, indica que: “*son requisitos constitutivos, para la legitimación del sindicato en los procesos de conflicto colectivo que el ámbito del sindicato sea igual o más amplio que el del conflicto y que acredite implantación suficiente en dicho ámbito*”⁷⁷

Por lo tanto, UGT debería acreditar implantación suficiente en el ámbito del conflicto.

Este sindicato, que según su página web corporativa tiene más de 100.000 delegados sindicales que representan a los trabajadores en todos los sectores, cuenta con una sección salud dentro de FeSP-UGT.

⁷⁵ BAZ RODRÍGUEZ, J. 2007. La nueva regulación del contrato de trabajo de los residentes en formación. *Derecho y Salud*. [en línea]. Vol 15, nº 2, pp 237-288 [consulta en mayo de 2021]. ISSN 1133-7400. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

⁷⁶ Art 20.3 Ley 44/2003: “Los residentes realizarán el programa formativo de la especialidad con dedicación a tiempo completo. La formación mediante residencia será incompatible con cualquier otra actividad profesional.”

⁷⁷ STS, Sala de lo Social, de 3 de marzo de 2021. (ECLI:ES:TS:2021:751)

Es uno de los principales sindicatos en España y en cuanto a las últimas elecciones sindicales en el SERGAS en el año 2019, obtuvo el resultado de 32 delegados, participando en la mesa sectorial con dos representantes.

De esta manera, además de su participación en la elaboración del pacto suscrito por la Administración sanitaria con las centrales sindicales CIG, CESM-O'MEGA, CC.OO., UGT y CSIF, sobre selección de personal estatutario temporal del Sistema público de salud de Galicia parece que queda argumentada su implantación en el ámbito del conflicto, y por lo tanto su legitimación activa.

En cuanto a los requisitos que debe presentar una situación para ser un conflicto colectivo encontramos los siguientes en la jurisprudencia (STS, Sala de lo Social, de 3 de marzo de 2016): *a) la existencia de un conflicto actual; b) el carácter jurídico del mismo, diferenciándose así del conflicto de intereses; y c) su índole colectiva*⁷⁸.

Además, atendiendo al último requisito, la citada STS indica que:

ateniéndose al Texto del art. 151 de la Ley de Procedimiento Laboral que previene que se tramitaran a través del proceso de conflicto colectivo las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores”, viene exigiendo dos requisitos:

- uno que llama subjetivo, que es la existencia de un grupo homogéneo definido por caracteres objetivos que lo configuran
- y otro objetivo, que consiste en la presencia de un interés general que reside en el grupo.

Por otra parte, la STS, Sala de lo Social, de 18 de enero de 2011 estudia el concepto de interés general, indicando que:

el interés colectivo es un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto, y por tanto no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros, y como un interés que aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general ⁷⁹

Además, conviene recordar que la determinación de individual/pluriindividual o colectivo del conflicto no se da por el número de partes del proceso sino por el interés que se tenga, ya sea porque el objetivo perseguido interese a una sola persona o bien porque ese mismo interés lo es para todo el grupo. ⁸⁰

En este caso parece que lo más conveniente es decantarse por un conflicto colectivo al existir un interés común que afecta al grupo homogéneo (se obvia la bolsa de trabajo para la contratación).

Nos encontraríamos ante un conflicto de carácter jurídico (art 153 de la LRJS), cumpliéndose así una de las características del conflicto colectivo ya que surge como consecuencia de la interpretación de una norma legal,⁸¹ en este caso de las que regulan la bolsa de trabajo del SERGAS, las relativas a sustituciones de sanitarios (como la resolución sobre selección de personal estatutario temporal del Sistema público de salud de Galicia) y la Ley 55/2003 (por ejemplo en su capítulo VI hace referencia a la provisión de plazas, selección y promoción interna).

Por otra parte, se deberá comprobar si el grupo que sufre las consecuencias de esta contratación tiene la consideración de “grupo genérico”.

Se cumple el requisito subjetivo al afectar a todos los trabajadores enfermeros que se encuentran en espera en la bolsa de trabajo temporal, minorando los derechos que habían adquirido.

⁷⁸ STS, Sala de lo Social, de 3 de marzo de 2016. (ECLI:ES:TS:2016:1263)

⁷⁹ STS, Sala de lo Social, de 18 de enero de 2011. (ECLI:ES:TS:2011:839)

⁸⁰ CARDONA MARTÍNEZ, G. 2000. Los Conflictos Colectivos de trabajo. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. [en línea]. Nº 102, pp 61-88. [consulta en mayo de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

⁸¹ CARDONA MARTÍNEZ, G. 2000. Los Conflictos Colectivos de trabajo. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. [en línea]. Nº 102, pp 61-88. [consulta en mayo de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

También se cumple el requisito objetivo, ya que existe un interés general en el que se respete el acceso a los puestos de trabajo en orden a lo establecido, atendiendo al esfuerzo y mérito de los profesionales.

V.III. Otras posibles acciones

Como es lógico, los que se encuentren en la bolsa en una situación preferente han visto mermado su derecho a adquirir una plaza, que fue otorgada a Iago sin acudir a la bolsa. Por lo tanto, estos podrán reclamar que se condene al SERGAS a abonar una indemnización por salarios dejados de percibir al no haber respetado su derecho a ser contratados en virtud de un contrato temporal para sustitución al figurar en la bolsa de trabajo.

Estaríamos ante un: *“proceso ordinario planteado individualmente por personas que figuraban en las listas o bolsas de trabajo reclamando su mejor derecho respecto a la persona nombrada y discutiendo jurídicamente esta cuestión frente a la Administración contratante y a la persona a la que se considera indebidamente contratada.”*⁸²

También cabría la posibilidad de presentar una denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como consecuencia de esta práctica irregular.

En el art 1.2 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social se indica que:

es un servicio público al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social y exigir las responsabilidades pertinentes, así como el asesoramiento y, en su caso, conciliación, mediación y arbitraje en dichas materias, lo que efectuará de conformidad con los principios del Estado social y democrático de Derecho que consagra la Constitución Española, y con los Convenios número 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo.

Por lo tanto se podrá presentar también una denuncia para que la ITSS actúe a instancia de parte y valore las irregularidades cometidas.

⁸² STS, Sala de lo Social, de 5 de octubre de 2016. (RJ 2016/5594)

VI. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

En este último punto, respecto a la decisión de la doctora, se deberá comprobar hasta qué punto puede alegar temas ideológicos para denegar a una paciente un proceso médico supuestamente necesario.

Por ello, se va a realizar un análisis de la objeción de conciencia en el ámbito sanitario para comprobar si se puede justificar de esta manera la negación de Marta Fiaño a la realizar una cesárea.

Las creencias religiosas, ideológicas, filosóficas... pueden derivar a situaciones de discrepancia con el procedimiento sanitario que exige cada caso, surgiendo una problemática de conciencia que confluye hacia una objeción de conciencia.⁸³

La objeción de conciencia, en sanidad, podemos definirla como la negativa del personal sanitario, por motivos de conciencia, a someterse a una conducta jurídicamente exigible (por provenir de una norma, resolución judicial, contrato...)⁸⁴

La no realización del tratamiento médico requerido puede ser consecuencia de la conciencia del paciente (problemática de los testigos de Jehová y transfusiones de sangre) y también por la conciencia de los profesionales que pueden oponerse a realizar determinados tratamientos (como ocurre en el caso objeto de estudio, al negarse Marta a realizar una cesárea alegando motivos religiosos) como un aborto conforme a la ley.⁸⁵

La objeción de conciencia puede ser de dos tipos:⁸⁶

- *Contra legem*: el comportamiento que una persona quiere llevar a cabo conforme a su conciencia o convicciones se encuentra en conflicto con una norma, cuyo incumplimiento lleva aparejado una sanción.
- *Secundum legem*: conductas que podrían ser sancionables pero que de manera extraordinaria la ley avala. (Tal es el caso de la objeción de conciencia a la que tienen derecho los sanitarios que deban participar directamente en un aborto legal, recogida en el art 19.2 de la LO 2/2010).

VI.1. Antecedentes y Regulación de la objeción de conciencia

En sus orígenes, la objeción de conciencia ha estado vinculada al servicio militar mediante el rechazo de grupos a participar en conflictos bélicos. Posteriormente, es en el ámbito sanitario donde cobra fuerza, especialmente con el tema central del aborto en los años 70, incluyendo países como Estados Unidos en su regulación del aborto disposiciones a favor de sanitarios que se negaran a practicar la interrupción del embarazo.⁸⁷

La objeción de conciencia sanitaria no debe equipararse a la objeción de conciencia general de todos los ciudadanos ya que los posibles objetores conciencia deben ser profesionales de la sanidad y la objeción relativa a un deber en el ejercicio de su profesión

⁸³ CEBRIÁ GARCÍA, M. 2013. La objeción de conciencia del aborto: su encaje constitucional. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*. [en línea] N° 21, pp 99-121 [consulta en mayo de 2021]. ISSN 0213-988X. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

⁸⁴ SÁNCHEZ CARRO, J. 2010. La objeción de conciencia sanitaria. *Revista de la escuela de medicina legal* [en línea]. N° 15, pp 23-29. [consulta en mayo de 2021].ISSN 1885-9577. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

⁸⁵ CEBRIÁ GARCÍA, M. 2013. La objeción de conciencia del aborto: su encaje constitucional. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*. [en línea] N° 21, pp 99-121[consulta en mayo de 2021]. ISSN 0213-988X. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

⁸⁶ TRIVIÑO CABALLERO, R. 2019. Objeción de conciencia. *Eunomía: Revista en cultura de la legalidad* [en línea]. N°15, pp 198-208. [consulta en mayo de 2021]. Dsponible en: <https://e-revistas.uc3m.es>

⁸⁷ TRIVIÑO CABALLERO, R. 2019. Objeción de conciencia. *Eunomía: Revista en cultura de la legalidad* [en línea]. N°15, pp 198-208. [consulta en mayo de 2021]. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es>

que va a afectar al desarrollo de una prestación sanitaria y va a tener efectos sobre los beneficiarios de la sanidad⁸⁸

En relación a su regulación, el art 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se indica que: “*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión*”.

Pronunciamientos similares los encontramos, entre otros, en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, perteneciente al Tratado de Lisboa y ratificado en nuestro país por la LO 1/2008 ⁸⁹.

En el art 10⁹⁰ de dicha Carta se recoge la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, incorporando el derecho a la objeción de conciencia y vinculándolo a las libertades recogidas en el artículo.

En España, la CE recoge expresamente el derecho a la objeción de conciencia en el art 30.2, pero únicamente en el ámbito militar.

Por otra parte, la objeción de conciencia sanitaria puede encontrar fundamento en el art 16 de la CE, ya que trata garantizar el respeto de integridad y de la libertad ideológica y de creencias del médico, libertades proclamadas en dicho artículo.⁹¹

En nuestro caso, nos encontramos ante una negativa de realizar un tratamiento que termina con la gestación como es una cesárea.

En esta materia, surge la Ley 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que contiene un reconocimiento legal expreso a la objeción de conciencia sanitaria en materia de aborto y se puede señalar que fuera de este caso, donde se prevé expresamente la objeción de conciencia sanitaria, la regulación de esta en otras situaciones es difusa.

En el art 19 de dicha ley, junto con el reconocimiento del acceso de las mujeres a la prestación de la interrupción del embarazo, se reconoce en el apartado segundo el derecho de sanitarios encargados de la interrupción del embarazo a objetar en conciencia⁹².

Por lo tanto, existe un conflicto entre el derecho a objetar de los profesionales y el derecho de las mujeres embarazadas a recibir dicha prestación.

VI.2. Posición Jurisprudencial

No hay una línea jurisprudencial clara en lo relativo a la objeción de conciencia.

⁸⁸ AHUMADA RUIZ, M. 2017. Una nota sobre la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios. *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid* [en línea] N° 35, pp. 307-320. [consulta mayo de 2021]. Disponible en: <https://revistas.uam.es>

⁸⁹ MEDINA CASTELLANO, C.D. 2012. Objeción de conciencia sanitaria en España: naturaleza y ejercicio. *Derecho PUCP: Revista de la facultad de derecho*. [en línea]. N° 69, pp 201-223. [consulta en mayo de 2021]. ISSN 0251-3420. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

⁹⁰ Art 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: 1. “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.”

2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

⁹¹ SEOANE J.A. 2009. El perímetro de la objeción de conciencia médica. *Indret: Revista para el análisis del Derecho* [en línea]. N° 4. [consulta en mayo de 2021]. ISSN 1698-739X. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

⁹²AHUMADA RUIZ, M. 2017. Una nota sobre la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios. *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid* [en línea] N° 35, pp. 307-320. [consulta mayo de 2021]. Disponible en: <https://revistas.uam.es>

Existe un debate relativo a si la objeción de conciencia es un reflejo de los derechos fundamentales a la libertad ideológica y religiosa, pudiendo ponerla de manifiesto sin una ley que lo ampare expresamente o que sea necesario que se exprese la posibilidad de objetar en conciencia por una ley⁹³

El propio TC no tiene una postura clara al respecto, destacando dos líneas jurisprudenciales relativas a esta materia:

En diversas sentencias (principalmente anteriores a 1987) el TC parece reconocer la objeción de conciencia como derecho general y por lo tanto avala la objeción de conciencia relativa a la interrupción del aborto no recogida en la CE indicando que la objeción puede ser ejercitada a pesar de que no exista ley alguna que lo regule o ampare⁹⁴ Destacamos aquí la STC 53/1985, Pleno, de 11 de abril de 1985 y relativa a la despenalización del aborto, donde se recoge la línea explicada anteriormente de la siguiente manera:

cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales.⁹⁵

Sin embargo, parece difícil extraer un principio general de esta sentencia y por ello surge la siguiente postura jurisprudencial.

Esta otra línea se manifiesta analizando el TC la objeción de conciencia militar en sentencias como la STC, Pleno, de 27 de octubre de 1987 indica que:

La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto. Y esto es lo que hizo el constituyente español, siguiendo el ejemplo de otros países, al reconocerlo en el art. 30 de la Norma suprema, respecto al deber de prestar el servicio militar obligatorio⁹⁶.

Se debe resaltar que el TC, fuera del ámbito militar, solo ha aceptado el derecho a objetar conciencia de los sanitarios en el caso de abortos que estén despenalizados, hasta que la LO 2/2010 reconoce la objeción de conciencia en caso de aborto⁹⁷

Lo más razonable parecía ser contemplar la objeción de conciencia como aplicable de forma directa cuando los sanitarios se encuentren con casos decisivos relativos al comienzo y término de la vida, por ser un supuesto límite.⁹⁸

Por todo ello, se puede concluir indicando que la jurisprudencia española no ofrece una base para reconocer la existencia del derecho general a la objeción de conciencia y que

⁹³SÁNCHEZ CARRO, J. 2010. La objeción de conciencia sanitaria. *Revista de la escuela de medicina legal* [en línea]. Nº 15, pp 23-29. [consulta en mayo de 2021].ISSN 1885-9577. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

⁹⁴SÁNCHEZ CARRO, J. 2010. La objeción de conciencia sanitaria. *Revista de la escuela de medicina legal* [en línea]. Nº 15, pp 23-29. [consulta en mayo de 2021].ISSN 1885-9577. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

⁹⁵ STC,Pleno, de 11 de abril de 1985. (RTC 1985/53).

⁹⁶ STC, PLENO, de 27 de octubre de 1987. (RTC:1987/161)

⁹⁷ MEDINA CASTELLANO, C.D. 2012. Objeción de conciencia sanitaria en España: naturaleza y ejercicio. *Derecho PUCP: Revista de la facultad de derecho*. [en línea]. Nº 69, pp 201-223. [consulta en mayo de 2021]. ISSN 0251-3420. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

⁹⁸SÁNCHEZ CARRO, J. 2010. La objeción de conciencia sanitaria. *Revista de la escuela de medicina legal* [en línea]. Nº 15, pp 23-29. [consulta en mayo de 2021].ISSN 1885-9577. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

en el ámbito sanitario, únicamente podrá alegarse en los supuestos del art 19.2 de la LO 2/2010.

El TS, en la misma línea que los últimos pronunciamientos del TC, niega la posibilidad de que exista un derecho a objetar en conciencia cuando no se cuenta con el respaldo de una ley.

La STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de mayo de 2009 indica que: “*se rechaza que tenga cabida en nuestro ordenamiento constitucional un derecho general a la objeción de conciencia susceptible de hacerse valer pese a no contar con un reconocimiento formal en el texto fundamental o en la Ley y que pueda sustentarse en el citado artículo 16 de la Constitución.*”⁹⁹ En dicha sentencia también se hace referencia a que el TC fuera del ámbito militar solo reconoce la objeción de conciencia a sanitarios en materia de aborto y que debe tenerse en cuenta el art 9.1 de la CE: “*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”.

La citada STS zanja el asunto indicando que:

El reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general a partir del artículo 16, equivaldría en la práctica a que la eficacia de las normas jurídicas dependiera de su conformidad con cada conciencia individual, lo que supondría socavar los fundamentos mismos del Estado democrático de Derecho

VI.3. Objeción de conciencia y Aborto

Como ya vimos, el TC antes de que se recogiera el derecho de objeción de conciencia en materia de aborto en el art 19.2 de la LO 2/2010, solo aceptaba el derecho a objetar conciencia de los sanitarios en este caso de abortos despenalizados.

En dicho artículo se establece que:

Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo.

De este artículo podemos extraer las siguientes exigencias para objetar en conciencia¹⁰⁰:

- Solo podrán hacer uso de este derecho los sanitarios que deban participar directamente en la realización de un aborto legal.
- En caso de que se ejercite este derecho, no se puede traducir dicho hecho en una disminución de la calidad de las prestaciones que va a recibir la mujer que aborta.
- El ejercicio de este derecho debe realizarse por escrito y de manera anticipada (por lo que se descarta una objeción de conciencia sobrevenida)¹⁰¹
- El objetor de conciencia deberá proporcionar a la paciente tratamiento y atención médica antes y después del aborto legal. Entre otras cosas, debe proporcionar información relativa al aborto...

VI.4. Posible objeción de conciencia de Marta Fiaño

⁹⁹ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de mayo de 2009. (RJ:2009/4279).

¹⁰⁰ RUIZ-BURSÓN, F.J. 2010. La regulación de la objeción de conciencia en la LO 2/2010 De 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo. *Revista Persona y Derecho*. Nº 63, pp 163-196.

¹⁰¹ MEDINA CASTELLANO, C.D. 2012. Objeción de conciencia sanitaria en España: naturaleza y ejercicio. *Derecho PUCP: Revista de la facultad de derecho*. [en línea]. Nº 69, pp 201-223. [consulta en mayo de 2021]. ISSN 0251-3420. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

En la redacción del caso se nos indica que la ginecóloga encargada de llevar el parto, se niega a realizar una cesárea (la cuál era necesaria debido a la urgencia de la situación) y decide esperar más tiempo antes de realizar la intervención, alegando motivos religiosos. La cesárea es una intervención que puede llegar a ser fundamental en partos obstruidos o con complicaciones.

En países de África como Nigeria, incluso en Europa, entienden que el parto natural forma parte de la condición de mujer y desde el punto de vista religioso, dar a la luz de manera natural es un símbolo de fortaleza.

En este caso, no nos encontramos ante un aborto legal que solicite la paciente, si no en una situación de urgencia que requiere un tratamiento para salvar al feto.

En otras situaciones en las que se ha retrasado la cesárea y el feto fallece, como la que recoge la SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4, de 22 de abril de 2004¹⁰², se califica como evidente la existencia de culpa por parte del ginecólogo al disponer tardíamente la cesárea tras el sufrimiento fetal producido, estableciendo la responsabilidad que está obligado a hacer frente el profesional.

Además, aunque ya hemos visto que el caso no entra dentro de la temática del aborto legal, tampoco se cumplirían los requisitos del art 19.2 de la LO 2/2010.

Marta presenta una objeción de conciencia sobrevenida, la cual no se aceptaría por tener que objetar en conciencia anteriormente y por escrito.

Por otra parte, siguiendo la línea repetida por el TC, en la que no se ignora el vínculo entre el art 16 de la CE y la objeción de conciencia, se manifiesta la necesidad de que el ejercicio de la objeción de conciencia tenga lugar en supuestos determinados ya que aunque la libertad de conciencia sea un derecho fundamental, por sí mismo no es capaz de dispensar a alguien de cumplir un deber jurídico (es necesaria una situación que cuente con normativa que justifique su uso)¹⁰³

Por todo ello, se puede concluir que en ningún caso podría la ginecóloga objetar en conciencia, ya que este derecho no ha venido siendo considerado por la jurisprudencia como un derecho general en los últimos años, siendo necesaria una normativa que permita su utilización en el caso concreto, cosa que aquí no ocurre ya que ningún texto legislativo contempla la objeción de conciencia en la cesárea, a diferencia del aborto legal. Además, se podría añadir que nos encontramos ante una situación de urgencia con sufrimiento fetal.

¹⁰² SAP de Las Palmas de Gran Canaria, de 22 de abril de 2004. (AC:2004/30).

¹⁰³ VILLANUEVA TURNES, A. 2016. La objeción de conciencia y el Tribunal del Jurado en España. *Revista Inciso*. [en línea] N° 2, pp. 37-45 [consulta en mayo de 2021]. ISSN 1794-1598. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

VII. CONCLUSIONES

Después de haber realizado un minucioso análisis de las cuestiones planteadas con relación al caso que nos ocupa, parece conveniente extraer a modo de síntesis las principales decisiones y términos de cada uno de los puntos que se han trabajado en dicho caso.

PRIMERA CUESTIÓN

En primer lugar, surge la problemática de la calificación jurídica de los hechos realizados por ambos sanitarios.

En este punto, fue importante la introducción de conceptos básicos del Derecho Penal relativos especialmente a las modalidades de acción y la imprudencia (debido a las actuaciones omisivas y la carencia de dolo por parte de los sanitarios).

En lo relativo a Marta, después de comprobar que actúa con dejación de la *lex artis* (existe una imprudencia grave de la sanitaria) se determina que es autora de un delito de aborto imprudente (no existe ningún tipo de dolo en su conducta), recogido en el art 146 del CP, al entender que se considera aborto los actos que perjudicando al feto se realizan sobre la mujer. Se niega a realizar una cesárea, cumpliendo los requisitos de la comisión por omisión: está en posición de garante, no realiza la acción esperada, omisión equivalente a una actuación y se podría haber evitado el resultado. Además, atendiendo a la literalidad del caso, también sería autora del delito relativo a lesiones imprudentes, recogido en el art 152 del CP, al entender que se cumplen los presupuestos para su aplicación (se requiere para la curación de la lesión además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico).

En relación con el delito de denegación de asistencia sanitaria, se entiende que no concurre en el comportamiento de Marta la acción típica de éste, consistente en denegar o abandonar la prestación de un servicio sanitario por parte de los profesionales de la sanidad, produciendo un peligro para la salud de los pacientes.

Marta únicamente se niega a realizar un tratamiento concreto como es la cesárea y por ello la denegación o el abandono de la prestación de asistencia sanitaria, verbos característicos básicos de este delito, no pueden utilizarse a la hora de referirnos a la conducta de la ginecóloga.

En cuanto a Iago, como consecuencia de la administración de oxitocina realizada sin consultar el cuadro médico (infracción de la *lex artis*) la paciente sufre una lesión que se materializa en una reacción anafiláctica, siendo por lo tanto el enfermero autor del delito de lesiones imprudentes recogido en el art 152 del CP. Nos encontramos ante una imprudencia grave, al no concurrir dolo en el comportamiento de Iago.

Se descarta la idea de que pueda ser cooperador necesario de Marta Fiaño en relación al aborto imprudente por ausencia de dolo y del conocimiento de la voluntad del autor.

SEGUNDA CUESTIÓN

En relación con la responsabilidad civil, se puede señalar que ambos sanitarios son responsables civilmente por los hechos realizados.

La responsabilidad civil es extracontractual, por no mediar contrato o relación previa alguna entre los sanitarios y Elisa y se cumplen los requisitos de esta:

Existencia de daño (son daños corporales y morales injustos), relación de causalidad entre el daño producido a la paciente y la acción u omisión del personal sanitario (no consulta de cuadro clínico, no monitorización, no realización de cesárea de urgencia que conducen al aborto imprudente y a las lesiones) y daño imputable a la parte demandada (infracción de la *lex artis*).

A pesar de que Iago es personal sanitario en formación, debido a la extralimitación en sus funciones y haber actuado sin avisar o sin pedir ayuda a su tutor o a otro personal sanitario podrá ser responsable civil.

Todos los sanitarios que trabajen en la sanidad pública tienen suscrito un seguro de responsabilidad por el que según los art 116 y 117 del CP será responsable la entidad aseguradora de la indemnización hasta el límite de la póliza establecida o convencionalmente pactada.

En cuanto a la responsabilidad del SERGAS, parece que es responsable civilmente ya que los daños pueden imputarse objetivamente a este como consecuencia de una pésima actividad sanitaria. Existe un funcionamiento del servicio contrario al normal (no interviene el personal adecuado, incorrecta o insuficiente elaboración de pruebas...) que justifica esta responsabilidad. Sin embargo, siguiendo el art 121 del CP, la responsabilidad del SERGAS sería subsidiaria.

TERCERA CUESTIÓN

En relación con la Competencia Judicial Internacional, los textos que se aplican para determinarla son la LOPJ (art 23) y el Reglamento Bruselas bis I, a pesar de que la cuestión pertenezca al orden penal (por ser comportamientos constitutivos de delito) ya que como se analizó lo importante no es qué orden jurisdiccional es competente, ni las partes si no la naturaleza de las relaciones jurídicas existentes o el objeto del proceso.

Debido a que la materia no está comprendida en los distintos foros exclusivos del Reglamento nº 1215/2012 y que tampoco existe ningún tipo de sumisión expresa o tácita entre los sanitarios y Elisa Fiore, la demandante va a poder presentar la demanda únicamente en España, tanto si se atiende al art 4.1 del Reglamento (ya que es el Estado Miembro donde están domiciliados los sanitarios) como si se aplica el foro especial del art 7, ya que son los tribunales de dicho país competentes por razón de la materia (el lugar donde se ha producido el hecho dañoso).

CUARTA CUESTIÓN

En cuanto al contrato irregular de Iago, al mediar entre dicho sanitario y el SERGAS una relación laboral de carácter especial no debería ser contratado para suplir bajas, si no que se debe acudir a la bolsa de trabajo. Además, el contrato laboral de los residentes, según el art 20.3 de la Ley 44/2003 es incompatible con el desempeño de otras actividades, sea en el campo público o privado.

Como consecuencia de esta acción se podría presentar contra el SERGAS un conflicto colectivo por parte un sindicato como UGT (ya se comprobó que UGT tiene implantación suficiente en el ámbito del conflicto y se cumplen los requisitos del conflicto colectivo), también podrían reclamar individualmente que se condene al SERGAS a abonar una indemnización por salarios dejados de percibir al no haber respetado su derecho a ser contratados en virtud de un contrato temporal y presentar una reclamación ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

QUINTA CUESTIÓN

En relación a la última cuestión planteada, después de analizar el derecho a objetar en conciencia se debe señalar que Marta no podrá hacer uso del mismo ya que este no ha venido siendo considerado por la jurisprudencia como un derecho general en los últimos años, siendo necesaria una normativa que permita su utilización en el caso concreto, cosa que aquí no ocurre ya que ningún texto legislativo contempla la objeción de conciencia en la cesárea, a diferencia del aborto legal, donde en el art 19 de la LO 2/2010 sí se recoge expresamente.

BIBLIOGRAFÍA

AHUMADA RUIZ, M. 2017. Una nota sobre la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios. *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid* [en línea] N° 35, pp. 307-320. [consulta mayo de 2021]. Disponible en: <https://revistas.uam.es>

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E.M. et al., 2018. *Sanidad transfronteriza y Libertad de circulación*. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 978-84-9169-660-5

BAZ RODRÍGUEZ, J. 2007. La nueva regulación del contrato de trabajo de los residentes en formación. *Derecho y Salud*. [en línea]. Vol 15, n° 2, pp 237-288 [consulta en mayo de 2021]. ISSN 1133-7400. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

BENTABOL MANZANARES, F. (18 y 19 de abril de 2017). *La imprudencia grave en los casos de responsabilidad sanitaria. Referencias Jurisprudenciales*. [sesión del curso]. Responsabilidad sanitaria y la nueva configuración legal de la imprudencia médica.

BELLO JANEIRO, D. 2012. *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria*. Madrid: Reus. ISBN 9788429017229

BUSTO LAGO, J.M. 2010. *La responsabilidad civil por defectuosa prestación de asistencia sanitaria al parto*. Jornadas Universitarias. [sesión del curso]. Jornadas Multidisciplinares para la Humanización del Parto, A Coruña: Universidade, pp 103-135.

CARDONA MARTÍNEZ, G. 2000. Los Conflictos Colectivos de trabajo. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. [en línea]. N° 102, pp 61-88. [consulta en mayo de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

CARRASCO GONZÁLEZ, J. 2019. Foro del domicilio del demandado y reglamento Bruselas I-bis 1215/2012. *Cuaderno de Derecho Transnacional* [en línea] Vol 11, N° 1, pp 122-138 [consulta en abril de 2021]. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es>

CAPODIFERRO CUBERO, D. 2016. La evolución de la regulación del aborto en España: Perspectivas teóricas y proyección normativa. *Anuario da Facultade de Dereito da UDC*. [en línea]. Vol. 20, pp 72-97. [consulta marzo de 2021]. Disponible en: <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/21736>

CEBRIÁ GARCÍA, M. 2013. La objeción de conciencia del aborto: su encaje constitucional. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*. [en línea] N° 21, pp 99-121 [consulta en mayo de 2021]. ISSN 0213-988X. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

CUADRADO RUIZ, M^a.A. 2000. La posición de garante. *Revista de derecho penal y criminología* [en línea]. N° 6, pp 11-68. [consulta: abril de 2021]. ISSN 11329955. Disponible en: <http://espacio.uned.es/fez/view/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2000-6-2000bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2000-6-2000>.

ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. 2020. *Derecho Internacional Privado*. Valencia: Tirant Lo Blanch. ISBN 9788413555751

ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. 2019. *Derecho Internacional Privado*. Valencia: Tirant Lo Blanch. ISBN 9788413360515

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SANCHEZ LORENZO, S.A. 2020. *Derecho Internacional Privado*. [en línea]. Madrid: Civitas.[consulta abril de 2021]. ISBN 9788413085203. Disponible en: <https://www.dykinson.com>

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. 2019. *Derecho internacional Privado*. [en línea] Madrid: Civitas [consulta abril de 2021]. ISBN 978-84-9197-921-0. Disponible en: <https://www.dykinson.com/libros/derecho-internacional-privado/9788491979210/>

GÓMEZ JENE, M, et al., 2019. *Lecciones de Derecho Internacional Privado*. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 97884133620

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L, et al., 2010. *Esquemas de Derecho Penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 8498769515

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L, et al., 2016. *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 9788491431626.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, R, 2013. Responsabilidad contractual y extracontractual: barrera entre ambas. *Anuario jurídico y económico escurialense* [en línea]., N° 46, pp 203-214. [consulta: abril de 2021]. ISSN 11333677. Disponible en : <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4182108>.

JEREZ DELGADO, C. 2005. La responsabilidad civil médico sanitaria en el ordenamiento jurídico español. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [en línea]. Vol 2, N° 16, pp 221-250. [consulta: abril de 2021]. ISSN 07186851. Disponible en: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/681704>

MAGRO SERVET, V. 2007. *Guía práctica de la responsabilidad sanitaria*. Madrid: Marcial Pons. ISBN 8497257863

MARTÍN RODRÍGUEZ, O. 2015. Relación laboral especial de residencia con fines de especialización sanitaria. *Revista del ministerio de empleo y seguridad social*. [en línea]. N° 118, pp 223-267. [consulta en mayo de 2021]. ISSN 2254-3295. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

MEDINA CASTELLANO, C.D. 2012. Objeción de conciencia sanitaria en España: naturaleza y ejercicio. *Derecho PUCP: Revista de la facultad de derecho*. [en línea]. N° 69, pp 201-223. [consulta en mayo de 2021]. ISSN 0251-3420. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

MORENO TORRES-HERRERA, M.R, et al., 2021. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 9788413783949

MUÑOZ CONDE, F. 2017. *Derecho Penal. Parte especial*. [en línea] Valencia: Tirant lo Blanch. [consulta: marzo de 2021]. ISBN 849169367X. Disponible en: <https://tirant.com>

OREJUDO PRIETO, P. 2014. Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental. *La Ley, Unión Europea* [en línea], N°21, pp 5-22 [consulta abril de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4927245>

ORTS BERENGUER, E y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. 2015. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 978849119154

QUINTANA LÓPEZ, T. 2013. *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*. [en línea] Valencia: Tirant lo Blanch. [consulta abril de 2021]. ISBN 9788490333129. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=535790>.

ROIG TORRES, M. 2010. *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*. [en línea] Valencia: Tirant lo Blanch. [consulta en abril de 2021]. ISBN 9788499858098. Disponible en: <https://editorial.tirant.com/es/ebook/la-responsabilidad-civil-derivada-de-los-delitos-y-faltas-margarita-roig-torres-9788498768435>

RUIZ-BURSÓN, F.J. 2010. La regulación de la objeción de conciencia en la LO 2/2010 De 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo. *Revista Persona y Derecho*. N° 63, pp 163-196

SALINERO ALONSO, C. 2018. El aborto no punible en el ordenamiento jurídico español: la casi eterna respuesta a una incertidumbre. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. [en línea] núm. 20-31 [consulta marzo de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6745286>

SÁNCHEZ CARRO, J. 2010. La objeción de conciencia sanitaria. *Revista de la escuela de medicina legal* [en línea]. Nº 15, pp 23-29. [consulta en mayo de 2021].ISSN 1885-9577. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

SÁNCHEZ GARCÍA, M.M. 2013. El daño desproporcionado. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. [en línea]. Nº 8, pp 240-258. [consulta en mayo de 2021].ISSN 2254-2582. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

SEOANE J.A. 2009. El perímetro de la objeción de conciencia médica. *Indret: Revista para el análisis del Derecho* [en línea]. Nº 4. [consulta en mayo de 2021]. ISSN 1698-739X. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

SISO MARTÍN, J. 2017. “La historia clínica su importancia en el proceso de responsabilidad sanitaria y su valor como medio probatorio”. En: *curso Responsabilidad sanitaria y la nueva configuración legal de la imprudencia médica, (Madrid 18 y 19 de abril de 2017)*.

TRIVIÑO CABALLERO, R. 2019. Objeción de conciencia. *Eunomía: Revista en cultura de la legalidad* [en línea]. Nº15, pp 198-208. [consulta en mayo de 2021]. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es>

VÁZQUEZ BARROS, S. 2009. *Responsabilidad Civil de los médicos*. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 9788498765748

VILLANUEVA TURNES, A. 2016. La objeción de conciencia y el Tribunal del Jurado en España. *Revista Inciso*. [en línea] Nº 2, pp. 37-45 [consulta en mayo de 2021]. ISSN 1794-1598. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

VIVES ANTÓN, T. 1985. Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 15, pp 121-157.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Sentencias del Tribunal Constitucional

STC de 11 de abril de 1985. (RTC 1985\53).

STC, PLENO, de 27 de octubre de 1987. (RTC:1987/161)

STC, Pleno, de 28 de septiembre de 1995. (RTC 1995/140).

STC, Sala Primera, de 13 de marzo de 2000. (RTC 2000/61).

Sentencias del Tribunal Supremo

STS, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 1994. (RJ 1994/3073).

STS, Sala de lo Penal, de 3 de octubre de 1997. (RJ: 1997/7169).

STS, Sala de lo Penal, de 22 de enero de 1998. (RJ 1999/275).

STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, del 8 de octubre de 1998. (RJ 1998/7815)

STS, Sala de lo Penal, de 4 de marzo de 1999. (RJ 1999/1947).

STS, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 1999. (RJ 1999/5046).

STS, Sala de lo Penal, 23 de octubre de 2001. (RJ: 2001/9074).

STS, Sala de lo Penal, 29 de noviembre de 2001. (ECLI:ES:TS:2001:9375)

STS, Sala de lo Civil, de 23 de septiembre de 2004. (RJ 2004/5890).

STS, Sala de lo Civil, 24 de noviembre de 2005. (RJ 2005/7855).

STS, Sala de lo Civil, de 18 de diciembre de 2006. (RJ 2006/9172).

STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 25 de septiembre de 2007. (RJ 2007/7017)

STS, Sala de lo Penal, de 17 de julio de 2008. (RJ 2008/5159)

STS, Sala de lo Civil, de 29 de octubre de 2008. (RJ 2008/5801).

STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de mayo de 2009. (RJ 2009/4279).

STS, Sala de lo Civil, 27 de septiembre de 2010. (ECLI:ES:TS:2010:4725).

STS, Sala de lo Social, de 18 de enero de 2011. (ECLI:ES:TS:2011:839)

STS, Sala de lo Social, de 3 de marzo de 2016. (ECLI:ES:TS:2016:1263)

STS, Sala de lo Social, de 5 de octubre de 2016. (RJ 2016/5594)

STS, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 2017. (ECLI:ES:TS:2017:4113).

STS, Sala de lo Social, de 3 de marzo de 2021. (ECLI:ES:TS:2021:751)

Auto del Tribunal Supremo

Auto del TS, de 23 de marzo de 2021. (ECLI:ES:TS:2021:3695A)

Sentencias de Audiencias Provinciales

SAP de Córdoba, Sección 2ª, de 22 de marzo de 2002. (ARP 2002/330)

SAP de Vizcaya, de 5 de mayo de 2003. (AC 2003/1749)

SAP de Las Palmas de Gran Canaria, de 22 de abril de 2004. (AC:2004/30).

SAP de Barcelona, Sección 1ª, de 21 de febrero de 2007. (Recurso de apelación 907/05)

Sentencia Tribunal de justicia de la UE

STJUE, de 21 de abril de 1993. (Volker Sonntag contra Hans Waidmann, Elisabeth Waidmann y Stefan Waidmann, en el asunto C-172/91).

STJUE, Sala Primera, de 16 de febrero de 2017. (Caso Elisabeth Schmitt contra TÜV Rheinland LGA Products GmbH. TJCE 2017\41)