



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

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

Curso 2020 – 2021

Alumna: Sandra López Mourín

Tutora: Profa. Dra. Dna. Marta María García Pérez

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| LISTADO DE ABREVIATURAS..... | 4 |
| I. ANTECEDENTES DE HECHO Y CUESTIONES..... | 4 |
| II. CALIFICACIÓN JURÍDICA Y CONSECUENCIAS DE LOS HECHOS REALIZADOS POR IAGO Y MARTA..... | 6 |
| 1. DELITO DE LESIONES | |
| 1.1 Bien jurídico protegido | |
| 1.2 Tipo básico y atenuados | |
| 1.3 Tipos agravados | |
| 1.4 Tipos imprudentes | |
| 1.5 Tipos específicos | |
| 1.6 Imprudencia e imprudencia profesional | |
| 1.7 Aplicación al supuesto | |
| 2. DELITO DE ABORTO | |
| 2.1 Bien jurídico protegido | |
| 2.2 Supuestos de aborto no punible | |
| 2.3 Supuestos de aborto punible | |
| 2.3.1 Tipo básico | |
| 2.3.2 Tipo agravado | |
| 2.3.3 Autoaborto o aborto consentido e incumplimiento de requisitos | |
| 2.3.4 Aborto imprudente | |
| 2.4 Aplicación al supuesto | |
| III. RESPONSABILIDAD CIVIL Y PATRIMONIAL DEL PERSONAL SANITARIO Y DEL SERGAS POR EL ABORTO Y LAS LESIONES NEGLIGENTES CAUSADAS A LA VÍCTIMA..... | 19 |
| 1. RESPONSABILIDAD CIVIL | |
| 1.1 Requisitos de la responsabilidad civil | |
| 1.2 Reparación del daño causado | |
| 1.3 El seguro obligatorio de responsabilidad civil en el ámbito de la prestación de servicios sanitarios | |
| 1.4 Responsables civiles | |
| 2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA | |
| 2.1 Requisitos de la responsabilidad patrimonial | |
| 2.2 Consentimiento informado | |
| 2.3 Exigencia de responsabilidad | |
| 3. CONCLUSIONES | |
| IV. TRIBUNAL COMPETENTE PARA JUZGAR LOS HECHOS..... | 28 |
| 1. PROCESO PENAL | |
| 1.1 Jurisdicción | |
| 1.1.1 Límites objetivos | |
| 1.1.2 Límites subjetivos | |
| 1.1.3 Límites territoriales | |
| 1.2 Competencia | |
| 1.2.1 Competencia objetiva | |
| 1.2.2 Competencia funcional | |
| 1.2.3 Competencia territorial | |
| 1.3 Conclusión | |
| 2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO | |
| 3. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO | |

| | |
|--|-----------|
| 3.1 Reglas de distribución de competencias | |
| 3.1.1. Competencia objetiva | |
| 3.1.2. Competencia territorial | |
| 3.2 Conclusión | |
| V. ACCIONES LEGALES CONTRA EL HOSPITAL POR LA IRREGULARIDAD DEL CONTRATO DE PRÁCTICAS DEL ENFERMERO IAGO ROUCO..... | 36 |
| 1. ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN | |
| 1.1 Delegados de personal | |
| 1.2 Junta de personal | |
| 1.3 Delegados sindicales | |
| 2. BUZÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL | |
| 3. INSPECCIÓN DE TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL | |
| 4. PROCEDIMIENTO SOCIAL | |
| 5. CONCLUSIÓN | |
| VI. CONSIDERACIONES SOBRE LA DECISIÓN DE LA DOCTORA CON RESPECTO A LA DENEGACIÓN DE UN PROCESO MÉDICO POR TEMAS DE ÍNDOLE IDEOLÓGICO..... | 40 |
| 1. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA | |
| 1.1 Concepto | |
| 1.2 Ámbito normativo y jurisprudencial | |
| 1.3 Requisitos | |
| 2. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA SANITARIA | |
| 2.1 Concepto y regulación | |
| 2.2 Especialidades | |
| 3. CONCLUSIÓN | |
| VII. CONSIDERACIONES FINALES | 46 |
| VIII. BIBLIOGRAFÍA..... | 48 |
| IX. APÉNDICE JURISRPUDENCIAL..... | 50 |
| 1. TRIBUNAL SUPREMO | |
| 2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL | |
| 3. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA | |
| 4. AUDIENCIA PROVINCIAL | |
| X. APÉNDICE LEGISLATIVO..... | 51 |

LISTADO DE ABREVIATURAS

ABREVIATURA

| | |
|--------|--|
| AN | Audiencia Nacional |
| AP | Audiencia Provincial |
| AAPP | Administraciones Públicas |
| Art. | Artículo |
| Arts. | Artículos |
| ATC | Auto del Tribunal Constitucional |
| ATS | Auto del Tribunal Supremo |
| Dir. | Director |
| Dirs. | Directores |
| CC | Código Civil |
| CE | Constitución Española |
| CFS | Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado |
| CP | Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal |
| EEAA | Estatutos de Autonomía |
| JVM | Juzgados de Violencia sobre la Mujer |
| LCS | Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro |
| LEBEP | Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público |
| LECrím | Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal |
| LET | 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 |
| LJCA | Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa |
| LO | Ley Orgánica |
| LOITSS | Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social |
| LOLS | Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical |
| LOPJ | Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial |
| LPAC | Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas |
| Lpm | Latidos por minuto |
| Pág. | Página |
| S | Sentencia |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial |
| Sergas | Servicio Gallego de Salud |
| SS | Seguridad Social |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TS | Tribunal Supremo |
| TSJ | Tribunal Superior de Justicia |

I. ANTECEDENTES DE HECHO Y CUESTIONES

El día 27 de diciembre de 2019, Elisa Fiore Giordano, una mujer de nacionalidad italiana embarazada de 7 meses acude al hospital público Las Flores de urgencia con su pareja, Tomás Gómez Pedreira, pues ésta nota unos fuertes dolores de vientre. Tanto Elisa Fiore como su pareja, tienen su residencia en Italia, concretamente en Nápoles, ya que el trabajo de ella así lo requiere. Ambos se encuentran de vacaciones de navidad en A Coruña, ciudad natal de Tomás.

Elisa Fiore Giordano llega al hospital Las Flores a las 22:30 y, tras entregar toda la documentación clínica necesaria, espera durante 50 minutos a que la atiendan. Tras la espera, a las 23:20 la atiende Iago Rouco, enfermero que se encuentra realizando prácticas ya que está en proceso de especializarse en enfermería obstétrico-ginecológica. El enfermero, sin consultar el cuadro clínico de la paciente, le informa de que se le va a provocar el parto pues existe sufrimiento fetal. Para iniciar con el proceso mencionado, se somete a Elisa a percusión por goteo mezclando asépticamente 5 U.I (1 ml) de oxitocina en una solución fisiológica.

Aproximadamente a las 23:50, 30 minutos después de atenderla, Elisa comienza a notar leves contracciones, aunque no suficientes para la necesaria inducción al parto. Iago Rouco, el enfermero, decide inyectar le de nuevo otra dosis de oxitocina esta vez de 10 U.I. (2 ml) en la misma solución fisiológica para inducir las contracciones.

A las 00:00 Iago termina su turno, por lo que será la doctora Marta Fiaño, especializada en ginecología y asegurada por el seguro de responsabilidad civil del Sergas, quien atenderá a Elisa.

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 someter a Elisa al mismo procedimiento por segunda vez, 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. Hay que tener en consideración que la doctora Fiaño no sometió a la paciente a 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.

Irremediablemente 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.

CUESTIONES

1. Califique jurídicamente los hechos realizados por Iago y Marta y determine las consecuencias que se derivan de ellos.
2. Analice 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.
3. Al ser un caso de reclamación por parte de una ciudadana extranjera por actos médicos realizados en España, ¿quién debe juzgar lo sucedido?
4. Respecto a la irregularidad del contrato de prácticas del enfermero Iago Rouco, ¿qué acciones legales pueden emprenderse contra el Hospital?
5. Respecto a la decisión de la doctora, ¿hasta qué punto puede alegar temas ideológicos para denegar a un paciente un proceso médico supuestamente necesario?

II. CALIFICACIÓN JURÍDICA Y CONSECUENCIAS DE LOS HECHOS REALIZADOS POR IAGO Y MARTA

Los hechos punibles que se encuentran en el supuesto de hecho son cometidos por Iago Rouco, enfermero en prácticas en proceso de especializarse en enfermería obstétrico-ginecológica y por Marta Fiaño, médica. Como podemos observar, todos ellos se realizan en el ámbito sanitario.

Cabe recordar que Iago Rouco, como enfermero en prácticas debería encontrarse subordinado por un enfermero titular o supervisor que comprobase la idoneidad de sus actuaciones y no debería obrar sin dicha supervisión¹. Su especialización es la comúnmente conocida como “matrona” definida como aquel profesional sanitario que, con una actitud científica responsable y utilizando los medios clínicos y tecnológicos adecuados al desarrollo de la ciencia en cada momento, proporciona una atención integral a la salud sexual, reproductiva y maternal de la mujer, en su facetas preventiva, de promoción y de atención y recuperación de la salud, incluyendo así mismo la atención a la madre, en el diagnóstico, control y asistencia del embarazo, parto y puerperio normal y la atención al hijo recién nacido sano, hasta el 28 día de vida². Sin embargo, Marta Fiaño es médica colegiada y responsable de todas sus acciones y omisiones puesto que es la garante principal de los cuidados de la paciente y no está subordinada por un superior en ese aspecto.

¹ Así se establece en el art. 6.1 de la Orden SAS/1349/2009, de 6 de mayo, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Enfermería Obstétrico-Ginecológica.

² Ibid. Art. 3.

En términos generales, los hechos punibles cometidos por el enfermero y la médica se encuadran dentro de los delitos de lesiones (Título II del CP) y de aborto (Título III CP). A continuación, se realizará la calificación detallada de los hechos cometidos en el supuesto por los dos sanitarios y por los cuales pueden ser acusados.

1. DELITO DE LESIONES

Los delitos de lesiones se encuentran en el Libro II, Título III del CP, en los arts. 147 a 156 *ter* CP. Entre estos arts. nos encontramos con el tipo básico de lesiones (art. 147.1 CP), dos tipos leves (art. 147.2 y 147.3 CP), varios tipos agravados (arts. 148-150 CP), dos tipos imprudentes, uno por imprudencia grave y otro por imprudencia menos grave (art.152 CP) y tres tipos específicos. Los tres tipos específicos son la violencia en el ámbito familiar (art. 153 CP), la riña tumultuaria (art. 154 CP) y los delitos de lesiones consentidas (art. 155 y 156 CP).

1.1 Bien jurídico protegido

En primer lugar, debemos realizar una aproximación al concepto de bien jurídico protegido. En Derecho Penal, se considera bien jurídico protegido o objeto jurídico del delito al interés o intereses tutelados por el Estado con ocasión de la tipificación de una determinada conducta como delito³. Una vez hemos aclarado a qué nos referimos con bien jurídico protegido, podemos hablar del mismo en el delito de lesiones.

Esta cuestión ha sido objeto de múltiples controversias. Existe un sector doctrinal que considera que el bien jurídico protegido del delito de lesiones es la integridad corporal; otro, la salud en su totalidad; un tercer sector doctrinal considera que se trata de un concepto que alberga tres intereses: la salud, la integridad y la incolumidad personal⁴. Sobre esta disputa debemos mencionar que, en el caso del delito de lesiones, no puede olvidarse la integridad psíquica porque esto ocasionaría un desamparo a las posibles víctimas de “malos tratos psicológicos”.

A colación con esta interpretación, la CE en su art. 15 establece que *“todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”*. Por consiguiente, es necesario que el CP de cobertura a aquellos supuestos donde no se respete la integridad moral de un individuo y establezca una sanción para los mismos.

El problema radicará entonces en la determinación de la pena correspondiente a los daños psicológicos por no ser tan evidentes como el daño físico y, también, en cómo establecer

3

[, Diccionario Thomson Reuters Aranzadi \(Consulta 13 de mayo de 2021\)](https://insignis-aranzadidigital-es.accedys.udc.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc5000001796651b0d3b3767c2a&marginal=&docguid=11b2d1ca0254411e0b4f2010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_dicc-juridico;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=)

⁴ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2006, pág. 23.

la relación de causalidad entre la conducta del autor del delito de lesiones y las consecuencias para la víctima⁵.

Para abordar las diferentes conductas tipificadas como delito de lesiones, debemos delimitar a los sujetos que intervienen en éste. El sujeto pasivo y el objeto material es cualquier ser humano con vida independiente, es decir, las personas que ya no se encuentran con vida, no pueden ser sujeto pasivo de un delito de lesiones⁶. Además, según la redacción del art., la expresión “el que causare a otro” deja fuera de la punibilidad a las autolesiones por lo que no concurrirán sujeto activo y pasivo. El sujeto activo será aquella persona física que realiza la conducta descrita en el tipo penal, es decir, el autor material del mismo.

1.2 Tipo básico y atenuados

De acuerdo con el art. 147.1 del CP incurre en un delito de lesiones quien “*por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico*”. Por la dicción del art. entendemos que son necesarios tres requisitos para que éste se produzca: una lesión, una primera asistencia facultativa y una tratamiento médico o quirúrgico.

En cuanto al primer requisito, *la lesión*, puede ser realizada por cualquier medio o procedimiento, sin que sea necesario el empleo de fuerza física, de forma que no es necesario que se refiera a una acción directa, sino que puede ocurrir que esa persona ponga en una situación de peligro a la víctima y que esa situación la lleve a la lesión⁷.

En este sentido DÍEZ RIPOLLÉS menciona el contexto psicológico de la víctima, incluyendo dentro de la lesión aquellos medios que atenten directamente contra su salud psíquica como “*el suministro de informaciones especialmente sensibles productoras de emociones intensas, privaciones afectivas, tratos especialmente desconsiderados o reproches continuados que desencadenan situaciones de angustia o de pérdida de autoestima, percepciones imprevistas que dan lugar a reacciones de susto o temor, acumulación o de privación de estímulos creadoras de confusión mental*”⁸.

En cuanto al segundo elemento, la lesión ha de requerir una *primera asistencia facultativa* y dentro de la misma se incluyen los cuidados paliativos. Este requisito está intrínsecamente vinculado al tercero, a la necesidad de un *tratamiento médico o quirúrgico*, siendo el tercer requisito un plus que de alguna forma presupone que el resultado será más grave cuanto mayor complejidad técnica requiera su cuidado y entendiéndose que requiere una acción prolongada más allá de la primera asistencia

⁵ La STS de 9 de junio de 1998 (RJ 1998\5159) castigó por lesión psíquica al que obligó a presenciar a un niño de 11 años el asesinato de su hermana de 3 años.

⁶ En caso de que se lesionase a una persona sin vida no nos encontraríamos ante un delito de lesiones sino ante un delito de profanación de cadáveres del art. 526 CP.

⁷ La STS de 15 de marzo de 1999 (RJ 1999\2943) se pronuncia en este sentido, imputando el delito de lesiones al que puso en una situación de pánico a la víctima que la llevó a tirarse de un coche en marcha y, por consiguiente, lesionarse.

⁸ <https://www.tirantonline.com.accedys.udc.es/tol/documento/show/24366?index=3&librodoctrina=1079&general=delito+de+lesion es&searchtype=substring>, Documento TOL 24.366 (Consulta 13 de mayo de 2021), pág. 4

facultativa. Sin embargo, hay que indicar que son necesarios ambos requisitos, la primera asistencia facultativa y el tratamiento médico o quirúrgico, no pudiendo apreciarse lesiones si no concurren ambos.

Según DÍEZ RIPOLLÉS, la asistencia o tratamiento han de ser necesarios objetivamente y, realiza una aproximación al concepto de “tratamiento médico” y de “tratamiento quirúrgico”. El primero, consistente en planificar un sistema de curación en el que pueden incluirse las inmovilizaciones para las roturas de huesos considerándose que tienen una finalidad curativa y no paliativa y el segundo, que conlleva la necesidad de realizar una cirugía para curar la enfermedad⁹. En todo caso, el TS afirma que, el tratamiento médico consiste en la planificación de un sistema de curación o de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina con finalidad curativa¹⁰. La jurisprudencia del TS se pronuncia sobre una amplia casuística acerca de las lesiones, pronunciándose en aspectos como la consideración de que las tiras de aproximación o los puntos de sutura son tratamiento quirúrgico pues son un medio técnico de fijación pero que equivale a la costura y son necesarios para la cicatrización¹¹.

En el art. 147.2 y 147.3 se encuentran dos tipos atenuados del delito de lesiones que se producen cuando no concurre algún requisito del tipo básico. Por un lado, el art. 147.2. enuncia que “*el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior*” refiriéndose a las lesiones que no requieren tratamiento médico o quirúrgico o ni siquiera una asistencia facultativa, atenuando su condena por entender que, si las lesiones no requieren de tales medidas sanitarias para su curación, éstas no tendrán un carácter sustancialmente grave. Por otro, el art. 147.3 castiga al que “*golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión*”, esto es, al que no llegue ni siquiera a causar una lesión, pero si haya maltratado, incluyendo en esta conducta la existencia de golpes, empujones o conductas similares a las mencionadas.

1.3 Tipos agravados

Los tipos agravados de lesiones se hallan en los arts. 148, 149 y 150 del CP. Debemos mencionar que existen dos tipos de agravaciones, las potestativas (art. 148 del CP) y las obligatorias (art. 149 y 150 del CP).

En primer lugar, el art. 148 del CP es un subtipo agravado del tipo básico de lesiones del art. 147.1 del CP. En él se contienen cinco circunstancias que implican una mayor gravedad en la conducta típica y son las siguientes: el uso de armas instrumentos, objetos, medios o métodos concretamente peligrosos para la vida o la salud, física o psíquica, del lesionado, la actuación con ensañamiento o alevosía, que la víctima sea menor de 12 años o sea discapacitada con necesidad de especial protección, que la víctima sea o haya sido esposa, mujer o que esté o hubiese estado ligada al autor por una relación de análoga afectividad, aún sin convivencia y, que la víctima sea una persona especialmente vulnerable y conviva con el autor. Estos tipos agravados son facultativos o potestativos, siendo el juez o Tribunal los que deciden si aplicarlos o no, bajo su propio criterio. Sin embargo, los tipos agravados del art. 149 y 150 del CP son de imposición obligatoria, de manera que siempre que se produzcan, habrá que aplicarlos.

⁹ Ibid.

¹⁰ STS de 26 de enero de 2016 (RJ 2016\360)

¹¹ STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007\3598)

En segundo lugar, el art. 149 del CP que es otro subtipo agravado y contiene también cinco circunstancias que implican la agravación de la conducta lesiva: la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia o esterilidad, la causación de una grave deformidad, la causación de una grave enfermedad somática o psíquica y la mutilación genital. El subtipo agravado del art. 149 del CP alberga la imposición de una pena mayor si la víctima de tales lesiones fuese menor o una persona necesitada de especial protección.

Para concluir, el art. 150 del CP, también subtipo agravado, que impone una pena al que cause la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad. Siendo considerado por el TS como miembro u órgano no principal un dedo¹² y como deformidad la pérdida de piezas dentales¹³, eso sí, si requieren de un implante, si se soluciona con una funda se consideraría un delito del tipo básico (art. 147.1 CP).

La imposición obligatoria de las lesiones agravadas del art. 149 y 150 del CP radica en la importancia o repercusión que tendrán física o psicológicamente para la víctima.

1.4 Tipos imprudentes

El art. 152 del CP recoge las lesiones causadas por imprudencia, regulando el apartado primero del precepto las lesiones cometidas por imprudencia grave, y el segundo las lesiones cometidas por imprudencia menos grave. Por ende, las lesiones por imprudencia leve no son, por tanto, constitutivas de delito.

El apartado primero alberga una sanción para las lesiones de los arts. 147.1, 149 y 150 del CP que sean causadas por imprudencia grave. Este apartado contiene varias especificaciones, trata las lesiones por imprudencia grave cometidas utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, también las causadas utilizando un arma de fuego y, si son cometidas por imprudencia profesional.

El apartado segundo sanciona las lesiones de los mismos arts., los arts. 147.1, 149 y 150 del CP causadas por imprudencia menos grave. Y realiza las mismas especificaciones que el anterior, exceptuando la imprudencia profesional, que no nombra, de manera que las lesiones por imprudencia profesional menos grave no conllevarán una inhabilitación especial. De este art. del CP se desprende la idea de que la causación de lesiones imprudentes del art. 147.2 y 147.3, es decir, cuando falte alguno de los requisitos del tipo básico del delito de lesiones o cuando se golpee o maltratase de obra sin causar lesión, es penalmente irrelevante, de manera que no es aplicable a esas lesiones un delito por imprudencia.

Concluimos por tanto con la idea de que las lesiones de los arts. 147.1, 149 y 150 del CP cometidas por imprudencia grave podrán conllevar una inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, pero, si fuesen causadas por imprudencia menos grave no implicarían dicha inhabilitación y, si fuesen lesiones del art. 147.2 o 147.3 del CP no serían punibles.

El concepto de imprudencia e imprudencia profesional serán desgranados posteriormente.

¹² STS de 30 de marzo de 2007 (RJ 2007\2078)

¹³ Acuerdo del Pleno del TS de 19 de abril de 2002 (JUR 2003\198815)

1.5 Tipos específicos

Los tipos específicos son la violencia en el ámbito familiar (art. 153 del CP), la riña tumultuaria (art. 154 del CP) y las lesiones consentidas (art. 155 del CP). No haremos demasiado hincapié en ellos puesto que no son relevantes a la hora de desenvolver el caso.

El art. 153 del CP impone una pena al que causa “*un menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad o maltrate de obra sin causar lesión*” a una víctima de las expresamente señaladas en el CP, de las señaladas como víctimas en el ámbito familiar, estando la conducta dentro de las tipificadas por el art. 147.2 del CP o del art. 147.3 del CP. Siendo relevante mencionar que la LO 1/2004, modificó el apartado 153.1, haciendo referencia a los casos en que la víctima “*sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*”. Modificación que fue objeto de controversia pues se cuestionaba que vulneraba los principios de proporcionalidad e igualdad, siendo rechazada tal postura por el TC¹⁴.

El art. 154 del CP se refiere a la *riña tumultuaria* enunciando que “*quienes riñeren entre sí, acometiéndose tumultuariamente, y utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas, serán castigados*” de la dicción del art. inferimos la idea de que este delito consta de tres elementos: la participación en una riña entre dos grupos, que haya acometimiento recíproco y que se utilicen medios que creen grave peligro para la integridad física o la vida. Es un delito de mera actividad puesto que no se requiere que efectivamente se produzca un resultado material.

Por último, el art. 155 del CP se refiere a las *lesiones consentidas* ya que, según el TC, nuestra salud no es disponible, por lo que, aunque una persona preste consentimiento, la conducta del que le ocasione una lesión, es punible, pero su pena será atenuada por el consentimiento otorgado por la víctima, eliminando de este supuesto el consentimiento de los menores o de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

1.6 Imprudencia e imprudencia profesional

Los requisitos para apreciar la imprudencia según la doctrina y la jurisprudencia son: 1º) la existencia de una acción u omisión, voluntaria pero no maliciosa; 2º) un elemento psicológico consistente en el poder o facultad del agente de poder conocer y prevenir un riesgo o peligro susceptible de determinar un daño; 3º) un factor normativo que consiste en la infracción de un deber objetivo de cuidado en el cumplimiento de reglas sociales establecidas para la protección de bienes social o individualmente valorados, y que es la base de la antijuridicidad de la conducta imprudente; 4º) la causación de un daño; y 5º) una relación de causalidad entre la conducta descuidada e inobservante de la norma objetiva de cuidado, como originario y determinante del resultado lesivo sobrevenido¹⁵. La problemática sobre la imprudencia no se refiere a la delimitación del concepto, sino

¹⁴ El TC denegó dicha objeción en el Auto de 7 de junio de 2004 (RTC 2004\233) ya que entendió que existía proporcionalidad ya solo teniendo en cuenta el auge de la violencia de género en España en las últimas décadas y la importancia social que tiene su erradicación.

¹⁵ STS de 24 de octubre de 2000 (RJ 2000\8283) y SAP de Almería de 11 de julio de 2008 (ARP 2008\666)

sobre la medición de la intensidad de ésta, factor muy relevante a la hora de calificar la conducta¹⁶.

La importancia de la graduación de la imprudencia viene dada por que el CP trata tres tipos de imprudencia diferentes: la imprudencia leve, la imprudencia grave y la imprudencia profesional¹⁷. Por esta razón, cuanto menor cuidado tenga el sujeto activo a la hora de realizar una acción, su comportamiento imprudente será calificado como más grave. El TS cita dos elementos nuevos para graduar la imprudencia: el valor de los bienes afectados y las posibilidades mayores o menores de que se produzca el resultado y, la valoración social del riesgo¹⁸.

En cuanto a la calificación de imprudencia grave, se considera que los actos negligentes realizados por el personal sanitario suelen presentarse como “graves” puesto que, en el ámbito de desenvolver correctamente la actividad profesional, los niveles de cuidado exigibles presentan una barrera más baja, por lo que la temeridad se alcanza más fácilmente¹⁹.

En el supuesto tanto Iago Rouco como Marta Fiaño son profesionales sanitarios por lo que se presume que han de tener unos conocimientos sobre su especialidad. En este contexto, tenemos que aludir a la imprudencia profesional. Para apreciar la imprudencia profesional, la jurisprudencia considera que ha de producirse la inobservancia de las reglas de actuación que vienen marcadas por la *lex artis* que suele denominarse como “estándar médico” y que ha intentado delimitarse a través de 3 instrumentos o reglas fundamentales: los protocolos, las guías clínicas y la experiencia médica²⁰. Los tres instrumentos mencionados se emplean para comprobar si un determinado profesional ha actuado con el cuidado objetivamente requerido y habrá que atender a las circunstancias del caso concreto, ponderando si su actuación se ha realizado en concordancia con los deberes impuestos por la norma de cuidado, y si en función de las específicas circunstancias del caso se ajusta a la *denominada lex artis ad hoc*²¹.

1.7 Aplicación al supuesto

Después de aclarar todo lo anterior, podemos comenzar a calificar jurídicamente los hechos que se producen en el hospital público Las Flores el día 27 de diciembre de 2019 en cuanto al delito de lesiones.

El enfermero Iago Rouco, sin consultar el cuadro clínico, le dice a Elisa que le van a provocar el parto por riesgo de sufrimiento fetal y no deja constancia de ninguna de las prácticas que realiza para ello, motivo por el cual la médica, Marta Fiaño, vuelve a someter a la víctima al mismo proceso.

Entendemos que por la actuación negligente de Iago Rouco, Elisa Fiore sufrió una lesión que requirió de una asistencia médica facultativa y un tratamiento médico ya que, después

¹⁶ STS de 4 de julio de 2003 (RJ 2003/5445)

¹⁷ DOMINGUEZ IZQUIERDO, E.M., “La imprudencia médica y la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión”, en *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, (Dir. GALLARDO CASTILLO, M.J.), Ed. La Ley, Madrid, 2011, pág. 190.

¹⁸ STS de 11 de febrero de 2015 (RJ 2015/782) y STS de 27 de febrero de 2009 (RJ 2009/1672)

¹⁹ Ibid. *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, pág. 215.

²⁰ Ibid. *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, pág. 263.

²¹ Ibid.

del shock que tuvo por la reacción alérgica, fue necesario pautarle una serie de medicamentos imprescindibles para su curación. Asimismo, fue la doctora Marta Fiaño la que se percató de la intolerancia al látex de la paciente y le suministró el tratamiento necesario para la supervivencia de la madre y del feto pues, los síntomas de hiponatremia que empezó a tener podrían haberla llevado al coma o incluso a la muerte²².

A la luz del tipo básico del delito de lesiones, según el art. 147.1 del CP, Iago Rouco es autor de un delito de lesiones por imprudencia. El CP y también la jurisprudencia²³ establecen tres notas básicas sobre este delito: que se realice una lesión que menoscabe la integridad física o mental y, que dicha lesión requiera de un tratamiento médico o quirúrgico, además de la primera asistencia facultativa ya que la mera asistencia no conlleva la imputación del tipo básico del delito de lesiones. Al tratarse de un enfermero en prácticas, en proceso de especializarse en enfermería obstétrico-ginecológica, se encuentra bajo el marco del delito de lesiones por imprudencia profesional porque no ha actuado bajo el marco de los tres instrumentos característicos de la *lex artis* (protocolos, guías clínicas y experiencia médica) y, si lo hubiese hecho, habría tenido que consultar el cuadro clínico previo de la paciente, habría monitorizado el feto y, habría dejado constancia en la historia clínica de la paciente de todos los procedimientos a los que ésta habría sido sometida. La imprudencia profesional solo puede apreciarse si la imprudencia cometida es grave, porque si la imprudencia fuese leve, aunque se realizase por un profesional, no podríamos atribuirle esa tipología delictiva²⁴.

Al encontrarnos ante una imprudencia profesional, unas lesiones imprudentes cometidas en circunstancias especiales, debemos atender al art.152 del CP²⁵ que establece una consecuencia jurídica agravada por la concurrencia de la circunstancia de ser cometidas por la falta de pericia profesional. En este contexto debemos matizar que, si se hubiese producido un simple error en el diagnóstico, no podría hablarse de imprudencia médica²⁶. Por consiguiente, en este caso si ha cometido un *delito de lesiones por imprudencia profesional*.

En caso de que las actuaciones de Iago no hubiesen repercutido en el estado de la paciente, es decir, ésta no hubiese requerido de ningún tratamiento por anafilaxia al látex, no podría imputársele un delito por lesiones del art. 147.1 del CP ya que la lesión no requeriría para su sanidad ningún tratamiento médico o quirúrgico. En ese caso sería imputable el subtipo atenuado del delito de lesiones del art. 147.2, contemplado para aquellos supuestos donde la lesión no requiere tratamiento médico o quirúrgico o ni siquiera una asistencia médica facultativa. Si lo que hubiese ocurrido fuese que Iago Rouco había actuado con falta de diligencia por no escribir los tratamientos y no consultar su cuadro clínico, pero estas

²² “Una aproximación a la situación real de la alergia al látex en España”, Informe Asociación Española de Alérgicos al Látex, Madrid, 2007. Recuperado de <https://www.msbs.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/docs/aproximacionSituacionRealAlergiaLatexEspana.pdf> (Consulta 13 de mayo de 2021), pág 3.

²³ STS de 20 de mayo de 1989 (RJ 1989 \4975)

²⁴ VICENTE REMESAL, J., *La pena de inhabilitación profesional en el ámbito médico*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000, pág. 4

²⁵ Este art. fue reformado en varias ocasiones, la última relativa a la agravación de las lesiones producidas en accidentes de tráfico, por lo que no es relevante comentar dichas modificaciones para el caso que nos compete.

²⁶ GONZÁLEZ PERNÍA, J. e HIDALGO CARABALLAL, A., “Responsabilidad penal sanitaria”, en *Tratado de Derecho Sanitario*, (Dir. CANTERO MARTÍNEZ, J. y PALOMAR OLMEDA, A.), Ed. Thomsom Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pág. 126.

actuaciones no hubiesen llegado a ese resultado, no se hubiese podido imputar el delito pues, como mencionamos la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considera tratamiento médico²⁷.

Por el planteamiento del caso, entendemos que la lesión no se encuentra dentro de ninguna de las que suponen una agravación de la condena (arts. 149 y 150 del CP). De ser así, se ampliaría la horquilla de condena directamente en el caso de los tipos del art. 150 del CP y existiría la posibilidad del juez de hacerlo en el caso de los tipos del art. 149 del CP. A la hora de darle cobertura al delito, necesitaríamos saber el tipo de lesión que le causó a la paciente para que exista una seguridad jurídica y el precepto penal que se aplique sea el que verdaderamente corresponde.

En conclusión, Iago Rouco es el sujeto activo o autor del delito de lesiones por imprudencia profesional por lo que será condenado a tenor del art. 147.1 del CP a una *pena de prisión de tres meses a tres años o una multa de seis a doce meses*. Además, al encontrarse en el ejercicio de sus funciones en el ámbito sanitario, su imprudencia es calificada como una imprudencia profesional y según el art. 152, por esta característica, a esta pena, habrá que añadirle una pena de *inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a cuatro años*.

Sin embargo, no podemos imputarle el mismo delito a la doctora Marta Fiaño puesto que fue la doctora la que precisó la alergia de la paciente y fue la misma quien le prescribió y suministró el tratamiento encaminado a su curación. En este sentido, no percibimos que Marta haya menoscabado en ningún momento la integridad física ni psicológica de la paciente, ni que sus actuaciones hayan ocasionado la necesidad de una asistencia médica facultativa ni de un tratamiento, caso distinto es su actuación con respecto a la gestión del embarazo de la paciente, dónde si lesiona el bien jurídico protegido del delito de aborto (la vida humana de la persona no nacida, del nasciturus).

2. DELITO DE ABORTO

El Título II del CP recoge en sus arts. 144 a 146 una serie de delitos relativos a la *interrupción voluntaria o involuntaria del embarazo*. En este conglomerado de arts., se establecen una serie de supuestos en los que el aborto no es punible, como puede ser el aborto terapéutico, el aborto ético o el eugenésico, además de otros en los cuales se castiga la conducta del médico o incluso de la mujer que lo realiza fuera del margen de la ley²⁸.

El aborto en palabras de COQUILLAT VICENTE es la interrupción del proceso fisiológico de gestación con finalidad de destrucción del resultado de la concepción²⁹. El aborto puede ser doloso por imprudencia grave o también por imprudencia profesional. Como veremos en lo sucesivo, el aborto doloso será castigado cuando se practique sin que medie el consentimiento de la mujer o cuando éste se haya obtenido con algún vicio, igualmente se castigará a la mujer que lo consiente y al que lo practique cuando se realice un aborto fuera de los casos permitidos por ley.

²⁷ En ese sentido se establece la imputación del delito en el art. 147.1 del CP.

²⁸ Debemos mencionar la Reforma del CP en el año 2010 para la despenalización del aborto mediante la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y la interrupción voluntaria del embarazo que introdujo el sistema de plazos. En el contexto del caso que nos compete no es relevante pues la paciente no quiere emplear su derecho a abortar.

²⁹ <https://www.tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/documento/show/1464823> , Documento TOL 1.464.823 (Consulta 14 de mayo de 2021)

2.1 Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido del delito de aborto es la vida humana, pero, según LAURENZO COPELLO el debate radica en que algunos sectores de la doctrina insisten en que realmente la protección radica en la “vida humana dependiente” pero esto tiene la problemática conceptual de que el embrión cuando nace, en sus primeros meses de vida, también es dependiente, otra parte de la doctrina opina que hay que apelar a la “vida prenatal” pues así se indicará el momento concreto de desarrollo del ser humano al que se refiere el delito de aborto³⁰.

El TC se pronunció diciendo que *“la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina con la muerte”* y que *“es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el estatus jurídico público y privado del sujeto vital”*, entre los que destaca por encima de cualquier otro el momento del nacimiento, *“ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad”*³¹. De esta interpretación se deduce que el bien jurídico protegido del delito de aborto es la vida humana en la fase prenatal y que el nacimiento es el momento en el que se cambia la valoración de la vida humana, pasando de estar condicionada por la vida de la madre gestante a ser independiente. No obstante, no debemos olvidar que el art. 144 del CP añade la protección del derecho a la maternidad de la mujer porque este delito castiga al que produzca el aborto de una mujer sin su consentimiento.

En cuanto a los sujetos intervinientes en el delito de aborto, cabe indicar que el sujeto activo del delito de aborto puede ser cualquiera, aunque entendemos que lo más probable es que quién lo ejecute sea un profesional sanitario. Sobre la determinación del sujeto pasivo, al igual que al establecer el bien jurídico protegido, existen las mismas dudas, pero se ha terminado por considerar que es la “comunidad” puesto que se considera al feto como un elemento integrante de la sociedad y aunque debería considerarse al “feto” no puede ser directamente porque no está en condiciones de reclamar los derechos que le corresponden³². El objeto material del delito si está claro, es el feto.

2.2 Supuestos de aborto no punible

La LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la irrupción voluntaria del embarazo establece una serie de requisitos sin los cuales el aborto no sería legal. Los requisitos son: que el aborto sea practicado por un médico especialista o bajo su dirección, en un centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y que exista consentimiento expreso de la mujer embarazada y ésta sea mayor de edad. En caso de que fuese menor o discapacitada, sería preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales.

30

<https://www-tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/documento/show/2719852?index=0&librodoctrina=7187&general=ABORTO&se archetype=substring>, Documento TOL 719.852 (Consulta 14 de mayo de 2021)

³¹ STC de 11 de abril de 1985 (RTC 1985\53)

³² Ibid.

Esta LO establece un modelo combinado entre plazos e indicaciones. Los requisitos mencionados con anterioridad deben concurrir con alguna de las siguientes tres indicaciones:

La *indicación terapéutica*, el art. 15.a) de la LO 2/2010 permite el aborto cuando exista grave riesgo para la vida o salud de la embarazada, será necesario el dictamen de un médico distinto al responsable del aborto) y no podrá superar las 22 semanas de gestación.

La *indicación eugenésica*, el art. 15.b) y 15.c) permite el aborto en caso de que existan graves anomalías en el feto, con un dictamen de dos especialistas y, tampoco podrán superarse las 22 semanas de gestación. También lo permite cuando las anomalías existentes en el feto sean incompatibles con la vida, con dictamen de dos especialistas o cuando éste tenga una enfermedad extremadamente grave e incurable con el informe de un comité clínico. Sin embargo, en este último caso no habrá que atender a ningún tipo de plazo.

Dejamos para el final el supuesto en el cual la mujer puede interrumpir el embarazo por su simple petición. El art. 14 establece que en las primeras 14 semanas de gestación si se ha informado a la mujer sobre sus derechos y ayudas por la maternidad y han transcurrido tres días entre la recepción de la información y la práctica de la intervención, puede practicársele el aborto.

Todos los requisitos mencionados con anterioridad tienen la finalidad de que la embarazada esté en condiciones de tomar una decisión informada y responsable y que en ningún momento se vulnere ningún derecho propio ni del feto.

2.3 Supuestos de aborto punible

Existen 5 conductas en la práctica del aborto que son ilícitas a la luz de los arts. 144 a 146 del CP. Estas conductas son la siguientes:

2.3.1 Tipo básico

El art. 145.1 del CP castiga al que cause el aborto con consentimiento de la mujer. Este delito tiene una particularidad y es que existe una coautoría entre el que realiza el aborto y la mujer que presta el consentimiento³³. El tipo básico contiene una agravación cuando se realiza fuera de un centro público o privado acreditado y cuando se produzca después de la semana 22 de gestación pues implicaría una conducta manifiestamente negligente.

2.3.2 Tipo agravado

El art. 144 del CP sanciona al que cause el aborto *sin mediar el consentimiento de la mujer*, o habiéndolo obtenido con violencia, amenaza o engaño. Dentro de este supuesto debemos incluir aquellos supuestos dónde la embarazada se encuentre fuera del ejercicio de sus funciones cognitivas y no pueda prestar un consentimiento válido o eficaz o cuando ésta tenga alguna discapacidad que le impida tener conocimiento de las consecuencias de sus decisiones. Bajo este tipo penal suelen incluirse aquellos supuestos donde el aborto se produce por dolo eventual, un ejemplo de esto podría ser un individuo que tira a una

³³

<https://www.tirantonline.com.accedys.udc.es/tol/documento/show/2719852?index=0&librodoctrina=7187&general=ABORTO&se archetype=substring> , Documento TOL 2.719.852 (Consulta 14 de mayo de 2021)

embarazada por la ventana y además de las lesiones, le provoca un aborto. Evidentemente para apreciar este dolo eventual es necesario que conociese el estado de la mujer³⁴. Por otra parte, por la dicción de este art. en cuanto al requisito del consentimiento otorgado, podrá suceder que el autor cometa un error sobre la circunstancia necesaria de consentimiento, que éste crea que la embarazada está de acuerdo y que no sea así. En esos casos se aplicaría el art. 145.1 del CP, el tipo básico del delito.

2.3.3 Autoaborto o aborto consentido e incumplimiento de requisitos

El art. 145.2 del CP sanciona tanto *al que cause al aborto como a la que consiente que otro lo cause*. También existe una agravación cuando se realice después de la semana 22 de gestación. Estamos ante un tipo muy atenuado puesto que el sujeto activo del delito es la propia embarazada y se pondera que no puede considerarse simplemente un vientre y por ello hay que tener en cuenta la implicación personal que le supone todo el embarazo³⁵.

El art. 145 bis del CP sanciona al que actúa *omitiendo las formalidades necesarias* para consentir un aborto, esto es, cuando no se compruebe que la mujer ha recibido información previa sobre asistencia a la maternidad, cuando no hayan transcurrido 3 días entre la recepción de la información y el procedimiento, cuando no existan dictámenes médicos perceptivos o cuando se realice fuera de un centro público o privado. Este precepto también incluye una agravación si se realiza luego de la semana 22 de gestación, estando la mujer libre de toda responsabilidad jurídica pues ella no tiene que saber cuáles son los requisitos legales que establece la LO 2/2010 y que suscribe el CP. Aunque este precepto no deja constancia, el autor indudablemente ha de ser un médico puesto que si no lo fuese ya no nos encontraríamos ante un supuesto contemplado en la ley³⁶.

2.3.4 Aborto imprudente

El delito de aborto imprudente nos interesa a efectos del supuesto. Se encuentra regulado en el art. 146 del CP y castiga al tercero que realice el aborto, siempre que lo haga por imprudencia grave, si fuese imprudencia leve sería una conducta impune. Sin embargo, si el aborto es realizado por imprudencia profesional, existe una agravación. A colación del concepto de imprudencia, debemos traer la definición que presentábamos de imprudencia médica que consiste en “la inobservancia de las reglas de actuación que vienen marcadas por lo que se conoce, en términos jurídicos, como *lex artis*”³⁷.

A la luz del caso, si es la embarazada la que se causa el aborto por imprudencia su conducta es impune puesto que se considera que en ningún momento la embarazada pretende poner en riesgo la salud del feto³⁸.

2.4 Aplicación al caso

³⁴ STS de 22 de julio de 2009 (RJ 2009\7005)

³⁵

<https://www.tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/documento/show/2719852?index=0&librodoctrina=7187&general=ABORTO&se archetype=substring>, Documento TOL 2.719.852, (Consulta 14 de mayo de 2021)

³⁶ Ibid.

³⁷ STS de 3 de octubre de 1997 (RJ 1997\7169)

³⁸

<https://www.tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/documento/show/2719852?index=0&librodoctrina=7187&general=ABORTO&se archetype=substring>, Documento TOL 2.719.852 (Consulta 14 de mayo de 2021)

Para aplicar la teoría al caso concreto, rescatamos el fragmento del relato fáctico que versa sobre esta cuestión.

La médica Marta Fiaño, procede a suministrarle oxitocina a la paciente pensando que el enfermero no lo había hecho previamente. Al percatarse de que ésta tenía síntomas alérgicos, decide consultar el historial clínico y se percata de su intolerancia al látex. Es por ese motivo que trata a la paciente de dicha reacción anafiláctica. La doctora, por sus creencias religiosas decide no someter a la paciente a una cesárea de urgencia y, finalmente se aprecia un descenso absoluto de la frecuencia cardíaca fetal que provoca la pérdida del feto.

Marta Fiaño ha cometido un *delito de aborto por imprudencia profesional*, tipificado en el art.146 del CP. En el contexto de sus actuaciones como sanitaria ha desatendido las necesidades de la paciente, primando sus creencias religiosas sobre sus intereses.

Aunque el caso no lo especifica, entendemos que la doctora comenzó a monitorizar al feto al inicio del tratamiento pues, después de tratarle a la paciente los síntomas procedentes de la alergia al látex, se menciona que se observó desaceleración del pulso fetal con bradicardias de hasta 60 lpm, lo que nos hace entender que, pese a que el enfermero no monitorizó, la doctora si lo hizo después. Por ello, a nuestro juicio, viendo que el feto se encontraba en peligro, y teniendo conocimiento de su situación en todo momento y de sus constantes vitales, debería haber practicado la cesárea.

Precisamente porque ella ya tenía conocimiento del estado del feto, no podemos considerar que se produzca simplemente un error en el diagnóstico o una falta de pericia³⁹, ya que, según el TS para que se considere la *imprudencia médica*, no serían suficientes para tipificar la conducta, sino que la imprudencia emana de las conductas descuidadas, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendiendo a la *lex artis* y a la naturaleza de las lesiones producidas pues nos encontramos ante un delito de resultado material⁴⁰. Por otra parte, la jurisprudencia indica que en caso de que se observe sufrimiento fetal, deben iniciarse los tratamientos necesarios para no prolongar dicho sufrimiento y tratar de evitar efectos lesivos del mismo en el feto⁴¹ y, la doctora omitió este deber de cuidado con el que ha de proceder en el ejercicio de sus funciones. Todos los hechos anteriormente descritos, han ocasionado la pérdida del nasciturus y, podrían haber sido evitados si la profesional hubiese actuado conforme a la buena praxis médica.

En caso de que el feto finalmente no hubiese muerto y, hubiese nacido con algún tipo de lesión física o psíquica podría habersele imputado un delito perteneciente al Título IV de las lesiones al feto, bien el art. 157 del CP o bien el art. 158 del CP que se refiere a la comisión del delito por imprudencia grave y específica una agravación de la pena con una imposición de inhabilitación especial para quién realice la lesión dentro del marco de la imprudencia profesional.

Marta Fiaño, por su condición de médica y garante de los derechos de la paciente, es autora de un delito de aborto del art. 146 del CP y por ello, será condenada con una *pena*

³⁹ GONZÁLEZ PERNÍA, J. e HIDALGO CARABALLAL, A., “Responsabilidad penal sanitaria”, en *Tratado de Derecho Sanitario*, (Dir. CANTERO MARTÍNEZ, J. y PALOMAR OLMEDA, A.), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 126.

⁴⁰ STS de 5 de julio de 1989 (RJ 1989\6091) y STS de 3 de octubre de 1997 (RJ 1997\7169)

⁴¹ STS de 27 de marzo de 2002 (RJ 2002\5663)

de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses y, al tratarse del supuesto de una imprudencia profesional, concretamente de una imprudencia médica, se le impondrá también una inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión, oficio o cargo de uno a tres años.

Sin embargo, a Iago Rouco no puede imputársele un delito de aborto, ya que la actuación que pudo llevar a la muerte del feto fue la decisión de la doctora Marta Fiaño de no realizarle una cesárea cuando se preveía como necesaria. Iago Rouco desatendió sus funciones más elementales en cuanto al tratamiento de Elisa Fiore, pero no en cuanto al feto pues, en todo momento su intención fue salvaguardar los intereses del mismo, realizando las prácticas médicas necesarias para inducir el parto cuando creía que podría estar corriendo peligro en el seno materno.

III. RESPONSABILIDAD CIVIL Y PATRIMONIAL DEL PERSONAL SANITARIO Y DEL SERGAS POR EL ABORTO Y LAS LESIONES NEGLIGENTES CAUSADAS A LA VÍCTIMA

La responsabilidad sanitaria no tiene la misma configuración en la vertiente civil que en la vertiente patrimonial. Por ende, vamos a realizar una aproximación a ambos conceptos.

La *responsabilidad civil* se encuentra regulada en el CP en el Título V, Capítulo I bajo la rúbrica “De la responsabilidad civil y su extensión”, concretamente en los arts. 109 a 115. Asimismo, el Capítulo II del mismo Título contiene una serie de especificaciones sobre las personas civilmente responsables.

La CE como norma suprema del Estado recoge una serie de derechos y garantías aplicables a los hechos acontecidos en el ámbito sanitario. Por un lado, el art. 15 garantiza el derecho a la vida e integridad física y moral y, por otro, el art. 43 reconoce el derecho a la protección de la salud. Cabe mencionar con respecto al resarcimiento del daño, el art. 106 de la CE donde se establece el derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. De este último precepto se desprende la idea de la *responsabilidad patrimonial de las Administraciones*, cuyo contenido amplía la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en su Capítulo IV.

1. RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad civil *ex delicto* es un mecanismo del ordenamiento jurídico establecido para garantizar la reparación de los daños que acompañan la comisión del delito. El art. 1089 del CC establece que las obligaciones además de nacer de la ley o de los contratos, nacen también de los actos y omisiones ilícitos y, el art. 1092 señala que esta responsabilidad será regulada en el CP.

El CP en su art. 116 establece que “*toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios*” y las conductas que se le imputan penalmente a Iago Rouco y Marta Fiaño derivaron en daños o perjuicios para Elisa Fiore. Por ese motivo se enfrentarán a una responsabilidad civil por los mismos, al igual que tendrán que hacer frente a la responsabilidad penal correspondiente.

La LECrim en su art. 100 se pronuncia en este sentido manifestando que, ante la imputación de una conducta delictiva, deberá de ejercitarse la acción penal y la *acción*

civil correspondiente para reparar el daño y abordar la indemnización de perjuicios ocasionados por la conducta ilícita. La propia dicción del art. cuando expresa “debe”, indicando que no es una condición *sine qua non* para exigir la responsabilidad penal pero que puede y debe exigirse.

En este contexto debemos delimitar el concepto de “responsabilidad civil” que supone la obligación de reparar las consecuencias resultantes del incumplimiento de un deber jurídico preexistente. Por ello, las normas que regulan la responsabilidad civil se orientan a la satisfacción de un interés privado del que es titular la persona física o jurídica que haya resultado perjudicada por la comisión de los delitos, procuran la indemnidad del lesionado. En el ámbito sanitario, sobre el que versa el supuesto de hecho, estamos ante una responsabilidad fundamentalmente indemnizatoria ya que es imposible restituir los bienes quebrantados.

1.1 Requisitos de la responsabilidad civil

- *Acción u omisión*: en cuanto al ejercicio de un acto delictivo o la ausencia de una acción que de igual manera se considera como acto delictivo. En este caso, tanto Iago Rouco como Marta Fiaño incurrir en un delito por omisión de los deberes que tienen en calidad de su profesión.

- Que dicha acción sea *culposa o negligente*: debemos hablar de una obligación de medios porque el personal sanitario no puede garantizar que su procedimiento culmine en un buen resultado, solo ha de adecuarse en sus procedimientos a la *lex artis*⁴². Podríamos hablar de obligación de resultados en caso de la medicina satisfactiva pues, no se exige únicamente prestar un servicio sino obtener unos resultados concretos. Los sanitarios cumplen con este requisito porque infringen la obligación de medios, tienen un comportamiento negligente porque no adecuado a la *lex artis*.

- Producción de un *daño real y efectivo*: se da tal circunstancia en el caso pues el daño ocasionado serían las lesiones producidas en Elisa Fiore y la pérdida de su hijo.

- Existencia de una *relación de causalidad* entre la acción u omisión culposa y el resultado dañoso producido: esta relación tiene que ser directa y objetiva, pues ha de entenderse que sin esa acción u omisión el resultado no podría haberse producido. Este requisito también se cumple pues, como consecuencia de la ausencia de comprobación del historial clínico de la paciente se produce su reacción alérgica que conduce a unas lesiones y, por no practicar la cesárea a tiempo, se produce el aborto.

Entendemos que se cumplen con todos los requisitos para que Iago Rouco en calidad de enfermero y Marta Fiaño en calidad de médica sean responsables civiles de los delitos que se les imputan.

1.2 Reparación del daño causado

El art. 109.1 del CP establece que “*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*”.

⁴² STS de 4 de julio de 2007 (RJ 2007/5124) y STS de 24 de mayo de 2012 (RJ 2012/6539)

La indemnización por daños comprende los *daños patrimoniales* y los *daños no patrimoniales*⁴³. En este caso, habrá que indemnizar los daños no patrimoniales, es decir, cabe una indemnización por perjuicios, pero no una restitución o reparación de la cosa.

Teniendo en cuenta que la indemnización no se ciñe solo a los daños causados en el lesionado sino también en sus familiares o terceros (art. 113 del CP), podría solicitar Tomás Gómez Pedreira, el padre del niño, una indemnización por su pérdida.

Para determinar la cuantía de la indemnización, se tendrán en cuenta no solo los daños físicos sino también los daños psicológicos que pudieran ser derivados de los mismos, cuestión que trataremos en mayor profundidad en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Será el Juez o Tribunal competente quién cuantificará la indemnización. En ocasiones para cuantificar el daño se alude a la *teoría de la pérdida de oportunidad* según la cual se indemniza por el valor de la pérdida específica de oportunidad que sufre la víctima al ver reducidas sus posibilidades de curación o supervivencia por el obrar negligente del médico⁴⁴.

1.3 El seguro obligatorio de responsabilidad civil en el ámbito de la prestación de servicios sanitarios

La LCS en su art. 73 establece la siguiente definición sobre seguro “*por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho*”. Dicho con otras palabras, el asegurador pagará, dentro de los límites fijados en la póliza del contrato, las deudas que el asegurado contraiga en el ejercicio de la actividad asegurada.

Estamos ante un *seguro de daños* caracterizado por tener una concreta cobertura y donde el importe de la indemnización solo puede saberse cuando se produce el siniestro en función del daño patrimonial sufrido. El objeto del contrato de seguro de responsabilidad civil es reparar el daño económico causado hasta el límite de cobertura y garantizar al asegurado el pago de las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad civil profesional.

Existen tres elementos en el seguro: el tomador, el asegurado y el asegurador. El *tomador* es aquella persona física o jurídica que estipula el contrato con el asegurador y firma la póliza, asumiendo las obligaciones contenidas en la misma, siendo fundamental la de realizar el pago de la prima estipulada. El *asegurado* es la persona física o jurídica que está expuesta al riesgo, son las instituciones o profesionales de la sanidad que tiene cubierto el riesgo de la responsabilidad civil en el que pueden incurrir con motivo de una reclamación por el ejercicio de su profesión⁴⁵.

⁴³

<https://www.tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/documento/show/636580?index=3&librodoctrina=15&general=derecho+de+da%C3%B1os+patrimoniales&searchtype=substring> , Documento TOL 636.580 (Consulta 20 de mayo de 2021)

⁴⁴ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, Ed. Civitas, Pamplona, 2020, pág. 658.

⁴⁵ ASENSI PALLARÉS, E. y CID-LUNA CLARES, I., “El seguro de responsabilidad civil profesional en el ámbito sanitario”, en *Tratado de Derecho Sanitario*, (Dir. CANTERO MARTÍNEZ, J. y PALOMAR OLMEDA, A.), Ed. Thomsom Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 321.

En las pólizas suscritas por los Servicios Autonómicos de Salud, el asegurado suele ser todo el personal contratado, incluso el personal que se encuentra en prácticas. Este es el caso del enfermero Iago Rouco, que se encuentra en prácticas en proceso de especializarse en enfermería obstétrica-ginecológica y que, a la luz de la descripción de dichas pólizas, se encuentra cubierto por ellas. Según el art. 107 de la LCS, las pólizas de las AAPP son consideradas contratos de gran riesgo. El *asegurador* es la compañía de seguros que asume el riesgo objeto de cobertura en la póliza y se obliga a cambio de la prima a realizar la indemnización en el caso de que se produzca el supuesto. Por último, podríamos mencionar al beneficiario, que es una figura no estipulada en el contrato, pues su identidad se conocerá al momento de tener que indemnizar el siniestro. En este caso, Elisa Fiore sería la beneficiaria de la cuantía de la indemnización que habrá de abonar la entidad aseguradora.

1.4 Responsables civiles

Los responsables civiles son las mismas personas que son responsables penalmente, los autores o partícipes del delito con las salvedades establecidas en el CP. Existen una serie de especialidades en cuanto a la responsabilidad solidaria o subsidiaria si coexisten varias personas físicas o jurídicas.

Si existe un asegurador, éste actuará como *responsable solidario* ya que el art. 117 CP establece que *“los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda”*. De ahí la relevancia del seguro de responsabilidad civil descrito con anterioridad que, aunque en el supuesto se indica que Marta Fiaño lo tiene suscrito, entendemos que Iago Rouco también pues, los Servicios de Sanidad Pública tienen asegurados a todo su personal contratado.

Por consiguiente, los perjudicados pueden dirigirse contra el asegurador, contra el asegurado o contra ambos, existiendo entre ellos *responsabilidad solidaria*⁴⁶. No es necesario interponer una demanda en el mismo proceso contra los dos por lo dispuesto en el art. 1144 del CC que permite al acreedor dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios. Podrán dirigir la demanda contra los sanitarios o directamente contra el asegurador.

También existe la posibilidad de que existan *responsables subsidiarios*. Los arts. 120 y 121 del CP indican una serie de sujetos que tienen responsabilidad subsidiaria pero el que nos interesa para el caso concreto es el art. 121 que se pronuncia de la siguiente manera *“el Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia, la Isla, el Municipio y demás entes públicos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos... si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario”*. Por tanto, la responsabilidad civil

⁴⁶ STS de 31 de enero de 2003 (RJ 2003\854) y STS de 8 de mayo de 2007 (RJ 2007\2873)

subsidiaria se concibe en defecto de la responsabilidad civil directa inherente a la criminalidad del acusado. Se trata de una responsabilidad civil de segundo grado, efectiva ante el fracaso en la exigencia de responsabilidad al obligado⁴⁷. Se precisa que el empleado público haya cometido el delito en el ejercicio de sus funciones y que el perjuicio sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que le estuvieren confiados⁴⁸.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión debe dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario, pero puede reservarse el recurso al proceso contencioso-administrativo. De lo que se puede deducir que, si se exige en el proceso la responsabilidad civil de la médica, Marta Fiaño y del enfermero, Iago Rouco, será una condición necesaria dirigirla contra el Sergas, es decir, contra la Administración responsable civil subsidiaria, pudiendo reservarse la posibilidad de incoar contra ella un procedimiento contencioso-administrativo por su responsabilidad patrimonial.

En definitiva, Iago Rouco y Marta Fiaño tendrán que responder además de penalmente, civilmente por los daños o perjuicios causados a Elisa Fiore. Y, además de reclamar la responsabilidad civil al enfermero y a la médica que participaron en los hechos acaecidos el día 27 de diciembre de 2019, o a la entidad aseguradora y, subsidiariamente al Sergas, puede reclamarse la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria pues, como veremos en lo sucesivo, los particulares tienen derecho a reclamar una indemnización de la AAPP por 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 públicos⁴⁹.

2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA (SERGAS)

El principio de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es una garantía recogida en el art. 106.2 de la CE que establece que *“los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. La finalidad de este precepto es proteger al perjudicado de la actividad injusta de la Administración. En relación con este art., la CE, en su art. 149.1. 18º otorga la competencia exclusiva al Estado de dicha responsabilidad.

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público establece la base de actuación en cuanto a este asunto. El art. 32.1 enuncia que *“los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las AAPP correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia*

⁴⁷ <https://www.tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/documento/show/4773800> , Documento TOL 4.773.800 (Consulta 20 de mayo de 2021)

⁴⁸ <https://www.tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/documento/show/1907959?index=2&librodoctrina=1676&general=sentencia+lesiones+responsabilidad+civil&searchtype=substring> , Documento TOL 1.907.959 (Consulta 20 de mayo de 2021)

⁴⁹ PALOMAR OLMEDA, A y FUERTES LÓPEZ, F.J., *Manual de derecho administrativo y contencioso-administrativo*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, pág. 205

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". El apartado 2 del art. citado establece que el daño habrá de ser *efectivo, evaluable económicamente e individualizado* con relación a una persona o grupo de personas. Estas características serán tratadas con posterioridad en conjunto con los requisitos que establece la doctrina y la jurisprudencia.

Esta responsabilidad tiene un carácter objetivo y directo que la diferencian de la responsabilidad civil entre particulares. La Administración responde con carácter *directo* porque lo hace sin que medie el funcionario, siendo prescindible incluso identificarlo, sin tener que realizar reclamaciones previas, permitiendo así hacer efectiva la reparación en un plazo más breve y sin correr el riesgo de las insolvencias pues no importará quién haya sido el autor directo⁵⁰. A diferencia de la responsabilidad civil, no es necesario que concurra ni se demuestre culpa, negligencia o dolo de sus agentes o funcionarios por lo que es objetiva.

2.1 Requisitos de la responsabilidad patrimonial

Para poder apreciar la responsabilidad patrimonial existen una serie de requisitos. Según la doctrina y la jurisprudencia son los cuatro siguientes⁵¹:

- El daño ha de encajar en el concepto de *lesión resarcible*. Se usa el término de lesión resarcible pues la responsabilidad objetiva de la Administración no tiene nada que ver con la culpa sino con la garantía patrimonial. Esta lesión debe ser antijurídica, en tanto la persona que sufra ese daño no estará obligada jurídicamente a soportarlo e implicará que el servicio público no ha cumplido con los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles. El daño tendrá que ser efectivo y evaluable económicamente pues, la Administración no puede hacer frente a una cuantía indeterminada. Además, tendrá que ser individualizado a una persona o grupo de personas⁵².

- Esa lesión ha de ser imputable a la Administración, al *funcionamiento normal o anormal* del servicio público sanitario, podrá imputársele debido a su condición de persona jurídica. Lo relevante en este caso es si ésta ha funcionado bien. Existe una figura que puede probar el normal o anormal funcionamiento que es el consentimiento informado que trataremos en lo sucesivo.

- Que exista una *relación de causalidad* entre los dos requisitos anteriores, entre la lesión antijurídica sufrida por el particular y el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En este sentido lo primordial es determinar a qué Administración pertenecen los autores de los hechos. En este caso sería al Sergas y de ahí, comprobar que existe una relación de causalidad entre los daños que han ocasionado y la conducta.

- Que la lesión que sufre el particular no se produzca a consecuencia de un caso *de fuerza mayor* ya que ésta actúa como elemento de exoneración, rompiendo el vínculo entre la

⁵⁰ MONTAÑÉS CASTRO, L.Y., "Los requisitos de la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria", en *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, (Dir. GALLARDO CASTILLO, M.J), Ed. La Ley, Madrid, 2011, págs. 440 y 441

⁵¹ STS de 26 de junio de 2008 (RJ 2008\6525) que declara que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la administración son necesarios esos requisitos.

⁵² STS de 30 de octubre de 2003 (RJ 2003\7973)

actuación de la Administración y el daño ocasionado. La fuerza mayor es la causa extraña a la organización administrativa que no es previsible o que aún siéndolo es inevitable⁵³. El concepto de fuerza mayor no es más que el "*hecho jurídico que dimana de la naturaleza, o de una persona que actúa imponiendo la fuerza o violencia para impedir el desarrollo natural de los acontecimientos*"⁵⁴. Cuando se produce fuerza mayor, no desaparece el daño, sino que rompe la causalidad y la responsabilidad de la Administración desaparece.

En estos términos, debemos hacer una apreciación sobre el requisito de nexo causal o relación de causalidad porque al establecer ese nexo entre daño y funcionamiento de los servicios públicos, existe bastante problemática. Este hecho ha ocasionado que se introduzcan una serie de conceptos con la finalidad de que no exista ninguna duda a la hora de establecer la responsabilidad. Estos conceptos son la *lex artis* y la *lex scientiae*.

La *lex artis* es la ley o reglas del oficio o profesión. La expresión se utiliza para indicar las obligaciones que tienen los técnicos o profesionales de cumplir escrupulosamente los protocolos establecidos en cada profesión tanto técnicos como éticos⁵⁵. Es un *estándar médico* según el cual se considera que el sanitario ha actuado conforme a toda la diligencia que se le requiere y teniendo en cuenta el caso concreto que se le ha presentado.

La *lex scientiae* es un criterio que se refiere al estado de la ciencia o del *saber técnico* y a sus riesgos previsto en el art. 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. De este criterio emana la idea de que la actuación médica ha de ajustarse a los conocimientos científicos conocidos al momento de la misma⁵⁶. Por ello, si en la asistencia médica, se actúa conforme a los conocimientos existentes en ese momento, la Administración queda exonerada de responsabilidad en caso de que algo no salga como estaba previsto y se produzca un daño. Esto quiere decir que, si el daño no se hubiese podido prever o evitar por el conocimiento de la ciencia o técnica existente, no puede ser antijurídico⁵⁷.

En todo caso, la carga de la prueba corresponde a la Administración que deberá acreditar que no era posible evitar el daño y, el perjudicado tendrá que probar el perjuicio y la relación de causalidad entre éste y la actuación de la Administración.

2.2 Consentimiento informado

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica contiene el derecho a que una persona esté informada en todo momento del proceso al que va a ser sometida tanto por medio del consentimiento informado como de la documentación clínica. El consentimiento informado fue introducido por la Ley 24/1986 de Sanidad y se considera un derecho humano⁵⁸ en el contexto de la relación médico

⁵³ Así define la fuerza mayor el Diccionario panhispánico del español jurídico.

⁵⁴ STS de 21 de marzo de 2013 (RJ 2013\3382)

⁵⁵ STS de 12 de septiembre de 2007 (RJ 2007\4984)

⁵⁶ PUEYO CALLEJA, F.J. "La responsabilidad sanitaria: momento actual de la jurisprudencia civil contencioso-administrativa" en *Derecho y Salud*, 2009, Vol.17, págs. 81-100.

⁵⁷ STS de 18 de enero de 2007 (RJ 2007\1233)

⁵⁸ STS de 12 de enero de 2001 (RJ 2001\3)

paciente ya que ha de preservarse la dignidad y libertad de este y, opera expresando la libertad y autonomía⁵⁹.

En el ámbito autonómico gallego existe la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes. Esta Ley establece en su Título II bajo la rúbrica “del consentimiento informado” todo lo relativo a éste, yendo en la misma dirección que la normativa estatal antes mencionada. En el mismo sentido se redacta la Ley 12/2013, de 9 de diciembre, de garantías de prestaciones sanitarias.

La ley estatal ofrece una definición su art. 3 donde expone que se trata de “*la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud. De esta definición deducimos que el consentimiento debe estar debidamente fundado y que el paciente tiene que ser en todo momento consciente de la situación a la que se somete pues éste es el titular de dicho consentimiento*”.

Las concreciones técnicas con las que tendrá que contar se expresan en el art. 8 de esta Ley. El precepto establece que será necesario para toda actuación en el ámbito de la salud y que podrá ser otorgado verbalmente siempre que no se trate de procedimientos invasores o cirugías que supongan riesgos⁶⁰. En todo caso, ha de proporcionar una *información individualizada* y acorde con la enfermedad o padecimiento que permita al paciente contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención⁶¹.

En palabras de TORRE OLID el consentimiento informado no es más que un presupuesto legitimador de una actuación profesional y constituye una relación de relevancia jurídica por lo que se encuentra vinculado a la *lex artis* del ámbito sanitario y, dado que una de las partes desconoce los criterios de actuación profesional, tendrá que ser informada para superar esa inferioridad técnica ya que están en riesgo bienes jurídicos como su salud o su integridad⁶².

La jurisprudencia del TS ha venido determinado que ha de ser el sanitario quién pruebe que ha actuado conforme a la *lex artis* y que se ha prestado el consentimiento de la forma correcta, produciéndose una inversión de la carga de la prueba. Este asunto es muy relevante en caso de que se afirme que el consentimiento ha sido otorgado verbalmente⁶³.

En materia del deber de información, la prueba incumbe a quien tiene la obligación de prestarla y tiene al alcance los medios para justificarlo⁶⁴. Asimismo, afirma que la

⁵⁹ El consentimiento informado no puede considerarse un derecho fundamental en sentido estricto, ya que no se contiene en los arts.14 a 29 de la CE, pero puede encuadrarse dentro de la naturaleza del derecho a la vida y a la integridad física y moral (art.15) y del derecho a la libertad (art.17), ambos en cuanto a derecho a la salud y a la autodeterminación del paciente.

⁶⁰ SEOANE SPIEGELBERG, J.L., “Apuntes sobre la responsabilidad civil médica: su tratamiento ante los tribunales”, en *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria*, (Coord. BELLO JANEIRO, D.), Ed. Reus, S.A., Madrid, 2013, págs. 78-87

⁶¹ <https://www.tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/documento/show/1391122> , Documento TOL 1.391.122 (Consulta 22 de mayo de 2021)

⁶² Ibid.

⁶³ STS de 20 de abril de 2007 (RJ 2007\4294) y STS de 13 de julio de 2007 (RJ 2007\4781)

⁶⁴ STS de 19 de noviembre de 2007 (RJ 2008\18)

información constituye un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y se considera incluido dentro de la obligación de medios que asume el sanitario⁶⁵.

Como hemos visto, la responsabilidad sanitaria es *subjetiva* pues el peso lo tiene la diligencia con la que actúa el personal sanitario. No obstante, la infracción del deber de consentimiento informado supone una contravención de la *lex artis* en si mismo y conllevará a una negligencia médica. Por ello, la infracción del consentimiento informado lleva directamente a considerar que existe responsabilidad patrimonial sanitaria pues se deduce que existe un funcionamiento anormal de la Administración siempre y cuando se haya ocasionado un *resultado lesivo*. En caso de que no se ocasione un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado, no puede considerarse que se genera responsabilidad.

2.3 Exigencia de responsabilidad

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en su art. 32.9 establece que “*se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos*”. Este procedimiento será tratado en el epígrafe posterior.

3. CONCLUSIONES

Por todo lo anteriormente expuesto, entendemos que tanto la doctora Marta Fiaño como el enfermero Iago Rouco, son responsables también civilmente de los delitos por los que fueron sancionados ya que cumplen con todos los requisitos exigidos. Igualmente, el demandante podrá demandar a la empresa aseguradora de los mismos puesto que responde solidariamente. Por otra parte, también podrá imputársele responsabilidad civil al Sergas, pero eso sí, una responsabilidad subsidiaria⁶⁶ a la luz del art.121 del CP, de manera que respondería de la indemnización en caso de que los sanitarios no se hagan cargo de la cuantía exigida.

Para concluir, existe una responsabilidad patrimonial por parte del Sergas, derivada de la existencia de una relación causal entre la lesión antijurídica y el funcionamiento normal o anormal del servicio al no haberse prestado el consentimiento informado que se requiere y no haber actuado conforme a la *lex artis* de su profesión. Iago Rouco no informó a la paciente del procedimiento con el que iba a iniciarse y tampoco consultó su historial clínico, obviando que ésta tenía una alergia y Marta Fiaño no tuvo en cuenta el consentimiento informado y tampoco las necesidades de la paciente. La apreciación de existencia de responsabilidad patrimonial lleva consigo la indemnización del daño causado, debiendo tener en cuenta no solo los posibles daños económicos sino también

⁶⁵ STS de 18 de junio de 2008 (RJ 2008\4256)

⁶⁶ Existe un doble requisito para que exista responsabilidad civil subsidiaria y es que entre el responsable penal y el civil subsidiario exista un vínculo, en virtud del cual el autor de la infracción punible se halle bajo dependencia de su principal y que el delito que genere esa responsabilidad se encuentre dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas en el seno de la actividad o tareas confiadas o consentidas al infractor por su principal.

las secuelas o el denominado *petium doloris*⁶⁷ que comprende no solo el daño moral sino también los sufrimientos físicos o psíquicos padecidos por los perjudicados. Sobre la evaluación de los mismos, afirma el TS que habrá de consistir en una suma razonable y acorde al caso concreto, que fijará la Audiencia.

IV. TRIBUNAL COMPETENTE PARA JUZGAR LOS HECHOS

Para abordar la competencia jurisdiccional que corresponde a este caso, debemos comenzar por indicar que la CE enuncia en su art. 24 el derecho a la tutela judicial efectiva. En relación con ello, el art. 122 CE establece que la LOPJ determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales. Para desenvolver la cuestión trataremos legislación muy diversa. Además de la LOPJ antes mencionada, también la LECrim, la LPAC y la LJCA. Estamos ante tres procesos diferentes de reclamación de responsabilidad. El proceso penal derivado de la demanda, el procedimiento administrativo derivado de la reclamación y el procedimiento contencioso-administrativo derivado del posible recurso a la resolución de la reclamación.

1. PROCESO PENAL

Es un sistema empleado para aplicar la potestad sancionadora del Estado, a través de la que se intenta averiguar la comisión de un hecho delictivo, se determina el autor y los demás partícipes, se impone una pena o una medida de seguridad a los indicados y, finalmente se ejecuta la misma⁶⁸. A la hora de determinar la jurisdicción y competencia correspondiente al juicio de los hechos, es relevante, además de la materia sobre la que estos versan, su gravedad, los sujetos que lo cometen y el ámbito territorial donde se producen.

1.1 JURISDICCIÓN

Se configura como la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Dicha potestad emana del art. 117.1 CE que establece que *“la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”*⁶⁹. De esta disposición interpretamos que la jurisdicción es la potestad estatal atribuida a los juzgados y tribunales que consiste en la declaración y realización del derecho en el caso concreto para satisfacer una pretensión ejercitada ante ellos.

⁶⁷ STSJ de País Vasco de 15 de julio de 2020 (JUR 2021\58790) que menciona la STS de 19 de noviembre de 2013 (RJ 2013\7691) ya que ésta sintetiza doctrina jurisprudencial afirmando que “el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de *petium doloris*, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo por lo que deben ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso. Y esa valoración, por constituir una cuestión de hecho, no es revisable en casación más allá de los supuestos antes señalados de arbitrariedad y que la mencionada sentencia vincula a “los criterios jurisprudenciales de reparabilidad económica” y la “razonabilidad de su compensación”.

⁶⁸ Así define el proceso penal el Diccionario panhispánico del español jurídico. Recuperado de <https://dpej.rae.es/lema/proceso-penal> (Consulta 25 de mayo de 2021)

⁶⁹ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., “La jurisdicción como presupuesto del proceso; límites de la jurisdicción penal ordinaria. Competencia objetiva y funcional. Aforamientos y privilegios procesales. Inmunidad de jurisdicción”, en *Derecho procesal penal*, (Coord. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 61

La jurisdicción correspondiente al caso será la jurisdicción penal pues es la única que puede conocer acerca de la declaración del *ius puniendi*⁷⁰. En otras palabras, la única que determina que una conducta es delictiva.

La LOPJ establece en el art. 4 que la jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español en la forma establecida en la CE y demás leyes. Matizándose este asunto en los arts. 9.1 y 21.1 de la LOPJ en el sentido de que los juzgados y tribunales ejercerán su jurisdicción solo en lo que se establezca en la Ley. En otras palabras, solo conocerán de los juicios que se susciten en el territorio español entre españoles, entre extranjeros y españoles o entre extranjeros con arreglo a lo establecido en la LOPJ y en tratados y convenios internacionales de los que España sea parte.

Existe una autolimitación del Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional ya que, desde el punto de vista territorial, no todos los tribunales pueden conocer de todos los procesos que se suscitan ante ellos sino solo en el caso de que exista alguna conexión entre el proceso y el ordenamiento jurídico español⁷¹. Esta autolimitación se produce en función de una serie de límites: los límites objetivos, subjetivos y territoriales.

1.1.1 Límites objetivos

Los fija el art. 9.3 de la LOPJ que dispone que la jurisdicción penal conoce de las causas y juicios criminales, con excepción de los que le corresponden a la jurisdicción militar. Por ello, habrá que acudir al CP para concretar las conductas tipificadas y a las que se puede extender la competencia de Juzgados y Tribunales.

Además, la jurisdicción penal se amplía, conforme al art. 10.1 de la LOPJ al conocimiento de asuntos no penales a los solos efectos perjudiciales, cuando para pronunciarse sobre la imposición de penas o medidas de seguridad sea preciso que se resuelvan cuestiones atribuidas a otro órgano que sean consideradas una premisa necesaria para dictar el pronunciamiento penal.

1.1.2 Límites subjetivos

Una vez se considera que la conducta reviste un carácter penal y que su enjuiciamiento le corresponde a la jurisdicción española, hay que determinar si el acusado se somete a los órganos nacionales o si goza de algún tipo de inmunidad. Los sujetos partícipes en el caso presente no gozan de ningún tipo de inmunidad de jurisdicción puesto que no se incluyen dentro de la relación de sujetos con este privilegio. Tanto la doctora como el enfermero son imputables por los delitos pues no se encuentran en ninguno de los supuestos establecidos para considerarse “inmunes”.

1.1.3 Límites territoriales

El art. 23.1 de la LOPJ indica que corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o a bordo

⁷⁰ El *ius puniendi* en palabras de VICENTE MARTÍNEZ es la potestad para imponer penas y medidas de seguridad a los infractores de las normas penales que las establecen. Recuperado de <https://www.tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/documento/show/4771484>, Documento TOL 771.484 (Consulta 25 de mayo de 2021)

⁷¹ *Ibid.* *Derecho procesal penal*, págs. 62,63.

de buques o aeronaves españolas, sin perjuicio de los tratados de los que España sea parte. Este precepto es muy importante dado que, aunque la paciente, el sujeto pasivo del delito, Elisa Fiore, es extranjera, los delitos que se cometieron contra su persona serán enjuiciados en España por haber sido cometidos en este territorio.

De los límites jurisdiccionales mencionados, deducimos que los delitos cometidos en el territorio español que se encuentren recogidos en el CP serán enjuiciados por Tribunales españoles del orden jurisdiccional penal. El art. 23.2 de la LOPJ contempla una serie de supuestos de carácter extraterritorial por los que aun no habiendo cometido la infracción criminal en España se entienden sometidos los responsables a la jurisdicción española.

1.2 COMPETENCIA

La competencia es la medida de la jurisdicción y es el conjunto de procesos en que un tribunal puede ejercer, su jurisdicción o, desde otra perspectiva, la determinación del tribunal que viene obligado, con exclusión de cualquier otro, a ejercer la potestad jurisdiccional en un concreto asunto⁷².

En base al art. 1 de la LECrim que versa sobre el concepto de *competencia*, el Juez competente para el conocimiento de los litigios penales será aquel que, investido de potestad jurisdiccional, tenga atribuida legalmente la competencia para la resolución de los mismos. Los criterios son coincidentes en el proceso penal y en el proceso civil. La problemática radica en que al existir una pluralidad de órganos penales del mismo grado y tipo es necesario que en base a cada caso, se dispongan las normas competenciales que fijen el órgano judicial competente.

1.2.1 Competencia objetiva

Las reglas que se establecen en la competencia objetiva concretan cual es el órgano jurisdiccional de entre los del mismo grado con competencia para conocer de un hecho punible. Para determinar esta competencia existen los siguientes criterios:

1. *Ratione personae* o por razón de la persona, éste radica en la función que desempeñan o el cargo que ocupan los presuntos autores de los hechos delictivos. Si desempeñan un cargo o función pública dentro de la estructura política del Estado, el legislador considera que hay que atribuir el conocimiento del proceso penal a un órgano superior⁷³.

2. *Ratione materiae* o por razón de la materia, en virtud de este criterio, si no existe una persona aforada que sea imputada por el hecho delictivo, hay que averiguar si el tipo delictivo tiene asignado un tribunal distinto del que sería competente si se aplicase la regla general por razón de la gravedad de la pena⁷⁴. Este criterio versa sobre las circunstancias del delito (el bien jurídico lesionado, la edad del autor, su situación personal...) que no son idénticas en todos los casos, sino que varían en cada uno de ellos. Se asigna la competencia en función de la naturaleza del delito cometido.

⁷² CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, 9ª Edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 65.

⁷³ <https://www.tirantonline.com/accedys.udc.es/tol/documento/show/10750?index=14&librodoctrina=630&general=competencia+objetiva&searchtype=substring> , Documento TOL 10.750 (Consulta 26 de mayo de 2021)

⁷⁴ Ibid. *Derecho procesal penal*, pág. 63-65.

3. Criterio ordinario o en función de la *gravedad de la infracción*, este criterio rige para aquellos casos donde no existe norma ni por razón de la persona, ni por razón de la materia que le atribuya el conocimiento del delito a un tipo de Tribunal determinado. Por ello, para determinar el Tribunal competente habrá que atender a la gravedad de la infracción determinada por el grado máximo de la pena abstracta prevista para el delito.

Según la jurisprudencia, la competencia objetiva de los Juzgados y Tribunales será determinada en función de la pena que corresponda al delito según lo previsto en la ley, y no de la solicitada por las acusaciones porque sino se dejaría en mano de los acusadores la determinación de la competencia efectiva⁷⁵.

En base al criterio objetivo, se puede distinguir entre el Juez de Instrucción en el caso de juicios por *delito leve* (salvo que corresponda al Juzgado de violencia sobre la mujer según lo establecido en el art. 14.4 LECrim), al Juzgado de Instrucción de guardia y Juzgado de violencia sobre la mujer en los términos establecidos en el art. 14.3 LECrim, al Juzgado de lo Penal y Juzgado Central de lo Penal, para los delitos donde se señale una pena *no superior a 5 años* o pena de multa de cualquier cuantía, o otras que no excedan de diez años de duración y también por delitos leves cuando la comisión del delito o su prueba estuviesen relacionados con aquéllos serán competencia del Juzgado de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido, o el Juez de lo penal correspondiente, a la circunscripción del JVM o el Juez Central de lo Penal en el ámbito que le es propio. A las Audiencias provinciales en los demás casos salvo que la competencia venga atribuida al Tribunal del Jurado o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (art. 14.4 LECrim).

A estos efectos cabe recordar que los delitos *menos graves* son aquellos a los que la ley les atribuye una pena de prisión no superior a cinco años, multa o penas de otra naturaleza que no excedan en duración a 5 años. Por tanto, los *delitos graves* son aquellos cuya pena de prisión supera los 5 años o que incluyan penas de otra naturaleza que superen los 5 años de duración. Los *delitos leves* son aquellos para los que no se contemplan penas de prisión.

1.2.2 Competencia funcional

A la competencia funcional se refiere el art. 9 de la LECrim al establecer que los jueces y tribunales que tengan competencia para conocer de una causa determinada la tendrán también de todas sus incidencias para llevar a efecto las providencias de tramitación y para la ejecución de sentencias. La competencia funcional permite determinar qué órgano judicial tiene competencia para conocer de las distintas fases del procedimiento penal o de cada acto concreto procesal⁷⁶. La atribución de la competencia funcional es inmediata a la determinación del órgano con competencia objetiva⁷⁷. Un ejemplo sería que si sabemos que un delito va a ser jugado por la AP de A Coruña (competencia objetiva), sabemos que la instrucción le corresponderá al Juzgado de Instrucción (competencia

⁷⁵ La STS de 24 de octubre de 2018 (RJ 2018\4890) señala que la competencia objetiva de los órganos jurisdiccionales debe ser impuesta de acuerdo con la penalidad abstracta del delito objeto de la acusación.

⁷⁶ La competencia funcional permite concretar el órgano judicial que es competente para la instrucción de las causas, el conocimiento de los recursos, la resolución sobre cuestiones de competencia, la subsanación de los incidentes de recusación y la ejecución de la sentencia.

⁷⁷ BANACLOCHE PALAO, J. y ZARZALEJOS NIETO, J., *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pág. 66.

funcional) de esta CCAA que vendrá determinado por el lugar donde se cometió el hecho delictivo (competencia territorial).

1.2.3 Competencia territorial

La competencia territorial permite concretar los órganos judiciales que, teniendo jurisdicción y competencia objetiva tienen competencia por razón del territorio, es decir, qué órgano de la misma clase y del mismo grado es el específicamente competente.

Existe una regla general establecida por el art. 14 de la LECrim que indica que en el orden penal se atribuye la competencia al Juzgado del lugar de comisión del hecho delictivo y se entiende como lugar de comisión a aquel en el que el delito se consuma, también llamada *forum delicti comissi*⁷⁸. La problemática de esta regla genérica es que en los delitos a distancia donde la actividad delictiva se produce en un lugar y el resultado en otro, es más complicado establecer el lugar de comisión. Existen dos criterios, el de ubicuidad y el de resultado. La jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones resolviendo mediante el *criterio de la ubicuidad* que se estableció en el Pleno no jurisdiccional del 3 de marzo de 2005 y diciendo que “*el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales será en principio competente para la instrucción de la causa*”.

La competencia territorial atribuye el conocimiento de los litigios penales entre los diversos órganos jurisdiccionales de la misma categoría y del mismo tipo que existen en el territorio nacional. Por lo que radica en aquellos órganos judiciales que, ostentando la jurisdicción y competencia objetiva, tienen atribuida la competencia por razón del territorio, es decir, la concreción de entre los órganos de la misma clase, del mismo grado, del mismo tipo es el específicamente competente⁷⁹.

El art. 15 de la LECrim establece *reglas subsidiarias* para atribuir la competencia cuando no se conoce el lugar donde se ha cometido el delito o la falta siendo las opciones otorgar la competencia al Tribunal del término municipal, partido o circunscripción donde se hayan descubierto las pruebas del delito, al del término municipal, partido o circunscripción en que el presunto reo haya sido aprehendido y por último al de la residencia del presunto reo. Estos criterios se ordenan por *prioridad*, de manera que los últimos entran en defecto de los anteriores. Además, cuando se apliquen dichos criterios, la atribución de competencia será provisional según lo establecido en el último párrafo del art. mencionado, pues al avanzar en el conocimiento de la causa puede determinarse el lugar donde se cometió el hecho delictivo⁸⁰.

En el caso de los JVM, el art. 15 bis de la LECrim, redactado por el art. 59 de la LO 1/2004 se establece que la competencia territorial viene determinada por el lugar del *domicilio de la víctima*. En este caso, la competencia territorial no versa sobre el fuero de la comisión del delito, sino sobre el del domicilio de la víctima. En cambio, si ésta se cambia de domicilio entre el momento del hecho punible y el de presentación de denuncia, el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS indicó que se

⁷⁸ ATS de 16 de octubre de 2003 (RJ 2003\7477)

⁷⁹ Ibid. *Derecho procesal penal*, págs. 67-79.

⁸⁰ ATS de 22 de mayo del 2000 (RJ 2000\7258)

considera como domicilio de la víctima el que tenía cuando se produjeron los hechos punibles y, este criterio lo mantiene la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado⁸¹.

1.3 CONCLUSIÓN

Los hechos delictivos cometidos por Iago Rouco y Marta Fiaño se corresponden con la jurisdicción penal pues están recogidos en el CP. Con respecto a los límites subjetivos de la jurisdicción, ninguno de los sujetos goza de inmunidad o aforamiento y, sobre la territorialidad, cabe decir que en base al art. 23.1 de la LOPJ, la jurisdicción española conocerá de los delitos cometidos en territorio español, como es el caso. En base a la competencia, se seguirá el criterio ordinario o en función de la gravedad de la infracción, teniendo en cuenta la designación en base a si los delitos cometidos son leves, menos graves o graves. Debemos señalar que ambos han cometido un delito de los contemplados en el art. 33.3 del CP, bajo la nomenclatura de “delitos menos graves”. Iago Rouco por el delito de lesiones podrá cumplir con una pena de prisión o de multa, en cualquiera de los casos, se califican por su extensión como menos graves. Marta Fiaño, está exactamente en la misma situación. En cuanto a la competencia objetiva, se sigue dicho criterio porque ninguno tiene un cargo que cambie su situación procesal ni tampoco se establece ninguna norma por razón de la materia concreta. Serán los Juzgados de lo Penal quienes enjuicien los delitos menos graves. En este caso el Juzgado de lo Penal de A Coruña. La labor de instrucción del caso le corresponderá a los Juzgados de Instrucción según el art. 87 de la LOPJ que dice en su apartado a) que los “*Juzgados de Instrucción conocerán, en el orden penal a) De la instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal, excepto de aquellas causas que sean competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*” y también según el art. 14 de la LECrim.

2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En cuanto a la responsabilidad patrimonial de la Administración, habrá que dirigirse ante el Sergas porque el art. 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público establece que “*para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta Ley, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio*”

La iniciación del procedimiento puede ser de oficio o a instancia de parte. El art. 66 de la LPAC precisa sus contenidos mínimos para que se tramite el procedimiento. En el caso de que no se cumplan dichos requisitos, el interesado tendrá un plazo de diez días para subsanarlo (art.68.1 LPAC).

La LPAC establece, en *materia de asistencia sanitaria*, que la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, puede ser exigida hasta pasado un año de hecho lesivo. El plazo de un año se computa desde la curación o determinación del alcance de las secuelas en daños de carácter físico y, contra la resolución administrativa cabe recurso de revisión si se resolvió incurriendo en error de hecho, a falta de documentación fundamental o si el

⁸¹ ATS de 3 de marzo de 2006 (JUR 2006/103649)

acto terminó por silencio administrativo, pero si no pudiese interponerse dicho recurso, podrá obtenerse la indemnización en sede judicial, a través del proceso contencioso-administrativo. El plazo para interponerlo según el art. 46 de la LJCA será de dos meses desde la notificación o publicación del acto expreso y de seis meses desde el acto presunto.

En Galicia, el Decreto 137/2019 de 10 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica del Servicio Gallego de Salud concretamente en el art. 17 se dispone que la *gestión* de expedientes de índole patrimonial que afecten a la Consejería de Sanidad serán competencia del Servicio de Patrimonio de la Subdirección General de Inversiones⁸².

La resolución del procedimiento, en virtud del art. 92 de la LPAC es competencia del ministro de respectivo o por el Consejo de ministros, pero, en el ámbito autonómico se resuelve por los órganos correspondientes de las CCAA o de las Entidades que integran la Administración Local.

Para reclamar la responsabilidad patrimonial, habrá que acudir al procedimiento administrativo y contra la resolución de dicha reclamación, cabrá un recurso de revisión ante el mismo órgano. Si la resolución del recurso de revisión no se considera satisfactoria, podrá recurrirse ante los tribunales del orden contencioso-administrativo. Relacionando la anterior explicación con el caso expuesto, será competencia de la Consejería de Sanidad de Galicia dictar una resolución sobre la reclamación patrimonial correspondiente. Contra esa resolución, podrá interponerse un recurso de revisión y, si la resolución no es satisfactoria, cabrá un recurso contencioso-administrativo de acuerdo con lo que se establece en el art. 14.1, en su regla segunda, de la LJCA en el plazo de dos meses, contados desde el día siguiente al de la notificación, de conformidad con el art. 46 de dicha ley.

3. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El orden contencioso-administrativo tiene su fundamento en el art. 106 de la CE que dispone que *“los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”*. De esta disposición emana la idea de que por medio de la jurisdicción contencioso-administrativa el Poder Judicial controla los actos de la Administración o Poder Ejecutivo, pudiendo observarse la separación de poderes del Estado⁸³.

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa es el marco jurídico de este procedimiento. La LOPJ también dedica varios arts. a esta jurisdicción como el art. 91 que dispone que *“los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocerán, en primera o única instancia, de los recursos contencioso-administrativos contra actos que expresamente les atribuya la Ley”*. La jurisdicción contencioso-administrativa es competente para asuntos relativos a las AAPP y sujetas al derecho administrativo pues responde a la necesidad de controlar sus actuaciones. Esta jurisdicción se enmarca en las garantías establecidas por el ordenamiento frente a las decisiones de la Administración que puedan afectar a la esfera de derechos e intereses

⁸² Recuperado de https://www.xunta.gal/dog/Publicados/2019/20191031/AnuncioC3K1-241019-1_es.html (Consulta 27 de mayo de 2021)

⁸³ FUERTES LÓPEZ, F.J. y PALOMAR OLMEDA, A., *Manual de derecho administrativo y contencioso-administrativo*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, pág. 245.

legítimos del ciudadano⁸⁴. El art. 153 c) de la CE establece que únicamente corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de la Administración de las CCAA y de sus normas reglamentarias.

Debemos realizar una aproximación al concepto de “*Administraciones públicas*” para saber cuáles son las consideradas como tal a efectos de encontrarse bajo la jurisdicción contencioso-administrativa. El art. 1.2. de la LJCA define que se entiende como tal a la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración local y las Entidades de derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales.

La LOPJ en el art. 9.4 fija que “*será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas*”.

El apartado c) del art. 8 dispone que serán los Juzgados de lo Contencioso-administrativo los que conocerán de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial cuya cuantía no exceda de 30.050 euros. Sin embargo, si la cuantía excede de 30.050 euros, serán las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (art.10.1.a).

3.1 REGLAS DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

La LJCA en el Título I, concretamente en su Capítulo II, bajo la rúbrica de “*Órganos y competencias*” establece la composición de la jurisdicción contencioso-administrativa y también la atribución de competencias a cada órgano concreto. Por otra parte, en el Capítulo III, como su propio título indica, se enuncian las reglas de competencia territorial de los Juzgados y Tribunales. La LOPJ también establece en muchos de sus arts. entre el 53 y el 103 las competencias de los órganos de esta jurisdicción. Para atribuir la competencia, se atiende a dos criterios, el criterio objetivo y el territorial⁸⁵.

3.1.1 Competencia objetiva

La competencia objetiva se regula en los arts. 8-12 de la LJCA que establecen las competencias atribuidas a cada uno de los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Concretamente, el art. 8.2 versa sobre las competencias en el ámbito de la Administración autonómica. Debemos tener en cuenta que la impugnación de los actos de los entes institucionales vinculados a ella, también denominados instrumentales (como sería el Sergas) se aplica el art. 8.3 pero como la declaración sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial emana de la Consejería de Sanidad, se aplica el apartado 2.

El caso versa sobre la Administración autonómica y, teniendo en cuenta que estamos ante un caso de responsabilidad patrimonial, se dispone que los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocerán de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial cuya cuantía no exceda de 30.050 euros, según el art. 8.c) de la LJCA. Si la cuantía fuese indeterminada, la competencia será de la sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de conformidad con la cláusula del art. 10.1. a) de la LJCA, salvo que el importe de los

⁸⁴ GARCÍA URETA, A., *Temas de derecho administrativo*, Tomo I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2019, pág. 323.

⁸⁵ *Ibid.* *Temas de derecho administrativo*, pág. 258

daños y perjuicios por los que se reclama no pueda superar, por su naturaleza, la citada suma.

3.1.2 Competencia territorial

El art. 14 de la LJCA indica que existe una regla general y una regla especial en cuanto a la competencia territorial para escoger el Tribunal competente.

La regla general es que será competente el órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado la disposición o el acto originario impugnado. Existe un fuero electivo cuando el recurso tenga por objeto actos de las AAPP en materia de personal, propiedades especiales y sanciones será competente, a elección del demandante, el Juzgado o el Tribunal en cuya circunscripción tenga aquél su domicilio o se halle la sede del órgano autor del acto originario impugnado o; el del lugar de ubicación de los bienes inmuebles.

La regla especial versa sobre una pluralidad de destinatarios del acto impugnado, en cuyo caso la competencia vendrá atribuida al órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado el acto originario impugnado.

3.2 CONCLUSIONES

Por la dicción del caso, entendemos que la paciente, Elisa Fiore interpondrá una reclamación por la atención prestada por el Servicio Gallego de Salud. Esta reclamación será resuelta por la Consejería de Sanidad de Galicia y contra ella cabrá un recurso de revisión. Si esta reclamación es desestimada bien porque no se aprecia un nexo de causalidad entre la lesión y el funcionamiento normal o anormal de la Administración o bien por razón de la cuantía, ésta podrá interponer un recurso en la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En cuanto al procedimiento Contencioso-administrativo, la competencia objetiva será de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo si la reclamación de responsabilidad patrimonial no excede en cuantía de 30.050 euros, según lo establecido en el art. 8.c) de la LJCA. Sin embargo, si excediese de dicha cuantía, el art. 10.1.a) de la LJCA dictamina que resolverán el recurso las Salas de lo Contencioso-Administrativo del TSJ. La competencia territorial será del lugar en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado la disposición o el acto impugnado.

V. ACCIONES LEGALES CONTRA EL HOSPITAL POR LA IRREGULARIDAD DEL CONTRATO DE PRÁCTICAS DEL ENFERMERO IAGO ROUCO

La contratación laboral ha sido un tema controversial puesto que en numerosas ocasiones se realizan contratos irregulares con la finalidad de obtener un beneficio para el empleador perjudicando al asalariado. Por ello, existen numerosas fórmulas de resolución de conflictos entre trabajadores y empresarios. En este caso, trataremos las que son aplicables al supuesto planteado, según el cual el enfermero Iago Rouco se encuentra contratado irregularmente. Concretamente, es un enfermero en proceso de especializarse en enfermería obstétrico-ginecológica, motivo por el cual tendría una relación laboral especial ya que el objetivo de su trabajo es obtener un título de especialista mediante un

programa formativo⁸⁶. Según la legislación vigente en este campo⁸⁷, el enfermero no podía sustituir a un enfermero titular en ningún caso pues su contrato no es un contrato de titularidad, sino que es un contrato de especialización, cuyo carácter es formativo, por lo que no puede desempeñar sus funciones con total libertad y autonomía⁸⁸.

1. ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN

Con la finalidad de plantear una acción contra el hospital, se puede comunicar la irregularidad a los representantes de los trabajadores en la empresa. Para una empresa que no goza del carácter de AAPP, sus representantes serán los delegados de personal, los comités de empresa y los delegados sindicales. En el caso de la representación de los funcionarios en las AAPP, los órganos representativos son los delegados de personal o la junta de personal y los delegados sindicales⁸⁹.

1.1 Delegados de personal

Los delegados de personal son órganos individuales que representan a los trabajadores. Según indica el art. 62.1 del LET, deberán ser elegidos mediante sufragio libre, personal, secreto y directo en las empresas que tengan menos de 50 y más de 10 trabajadores. Excepcionalmente puede haberlo en empresas que cuenten con entre 6 y 10 trabajadores si así lo deciden ellos por mayoría. En este caso, será la Junta de personal el órgano competente pues existen más de 50 trabajadores.

1.2 Junta de personal

Las juntas de personal, según el art. 39 de la LEBEP son órganos de representación que tendrán que constituirse en unidades electorales que cuenten con un censo⁹⁰ de 50 funcionarios como mínimo. Para su composición, el art. 39.5 LEBEP establece los mismos criterios que indica la LET para la composición del comité de empresa. La duración del mandato de la Junta de personal, al igual que de los delegados de empresa será de 4 años. Pueden ser reelegidos y en caso de no convocarse o producirse nuevas elecciones, su cargo se prorrogará hasta que ocurra. Pero tendrán que mantener sus funciones al cómputo de dicho tiempo y hasta que no se promuevan y celebren otras elecciones. Como órganos de representación del personal tienen las siguientes competencias establecidas en el art. 40.1 de la LEBEP: deber de información, deber de vigilancia y control y función representativa de las garantías y derechos mencionadas en el art. 41 LEBEP, referidas a la potestad sancionadora de la Administración, a la efectividad de la función y a la promoción profesional.

⁸⁶ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Derecho del trabajo*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2019, págs. 652,653

⁸⁷ La figura de residencia de Iago Rouco se encuentra regulada en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, en el Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, en la Orden SAS/1349/2009, de 6 de mayo, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Enfermería Obstétrico-Ginecológica y supletoriamente en la LET.

⁸⁸ *Ibid. Derecho del trabajo*, págs. 750-752

⁸⁹ MERCADER UGINA, J.R., *Lecciones de derecho del trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 759

⁹⁰ El diccionario panhispánico del español jurídico define el censo laboral como aquella relación de trabajadores asalariados adscritos a una plantilla de empresa o centro de trabajo.

1.3 Delegados sindicales

Con respecto al derecho de los trabajadores y funcionarios públicos a la actividad sindical en el centro de trabajo existen los delegados sindicales. Los delegados son elegidos por los trabajadores y de entre los trabajadores afiliados al sindicato matriz de la sección sindical. Una sección sindical puede elegir delegados o representantes en el ejercicio de la libertad interna de auto organización del sindicato⁹¹. La LOLS, en su art. 10.1 condiciona la atribución de derechos y garantías a los delegados sindicales a que concurren dos requisitos: que la empresa o centro de trabajo tenga a más de 250 trabajadores y que la sección sindical sea de un sindicato con presencia en los comités de empresa o en los órganos de representación de las AAPP.

Sus derechos son (art. 10.3 LOLS): acceso a la información y documentación, asistencia a las reuniones y audiencia previa por el empresario en los supuestos de adopción de medidas colectivas. A estos efectos, se les conceden una serie de permisos para realizar las funciones sindicales y se les libera o releva de la prestación del trabajo.

2. BUZÓN DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE LABORAL

El buzón de lucha contra el fraude laboral fue creado en 2013 como una medida del Plan Director por un Trabajo Digno para el período 2012- 2013. El plan posterior, en su medida 69, cambia su denominación, pasando a denominarse buzón de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social⁹². Funciona como un buzón de denuncias anónimas de la Inspección de Trabajo, mediante el cual se realizan todos los trámites por internet y no es necesario facilitar ningún dato personal. De este modo los ciudadanos pueden notificar las conductas fraudulentas que conocen con respecto al empleo para que sean investigadas sin arriesgarse a que se conozca su identidad.

En la página web del Ministerio de Trabajo pueden realizarse todos los trámites. Existe un formulario tipo para cubrir con los datos imprescindibles. En el momento en que se envía dicho formulario y llega a la Inspección de Trabajo, ésta analizará los datos recabados y si hay indicios de la irregularidad, iniciará la investigación. Existe la posibilidad de que la información se remita a otro organismo por no tener la Inspección competencia para ello e incluso podrán archivarse por carecer de fundamento o considerar que son incompletas por falta de datos.

3. INSPECCIÓN DE TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Es un organismo público especializado cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de la legislación laboral⁹³, se encuentra adscrito al Ministerio de Trabajo, pero posee una personalidad jurídica diferenciada, autonomía de gestión y plena capacidad jurídica y de

⁹¹ Ibid. *Derecho del trabajo*, pág. 389

⁹² La medida 69 del Plan Director para el período 2018-2020 establece que se producirá el “cambio de denominación del Buzón de Lucha contra el Fraude por Buzón de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, llevando a cabo campañas de difusión para dar conocimiento del funcionamiento del mismo, así como realizar acciones de concienciación social sobre la importancia de dar traslado a las autoridades competentes sobre cualquier acto de abuso en el ámbito del trabajo”. Recuperado de <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/plandirector/plan-director-por-un-trabajo-digno.pdf> (Consulta 10 de junio de 2021)

⁹³ Ibid. *Lecciones de derecho del trabajo*, pág. 897

obrar. En España, fue creada por el Reglamento de 1 de marzo de 1906⁹⁴. Se encuentra regulado por la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social y por el RD 192/2018, de 6 de abril.

En relación con la *iniciación de la actividad inspectora*, debemos señalar que el art. 20.3 de la LOITSS indica que “*actuará de oficio siempre, como consecuencia de orden superior, de orden de servicio derivada de planes o programas de inspección, a petición razonada de otros órganos, en virtud de denuncia o por propia iniciativa de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social*”. Al denunciar ante la Inspección hay que identificarse, pero los funcionarios tienen el deber de secreto de los asuntos y datos que conocen en el ejercicio de su cargo. La denuncia puede interponerse en persona, por correo postal o por internet.

Para poder iniciar un procedimiento sancionador contra la empresa o entidad, la Inspección de Trabajo y SS ha de emitir un acta denominada “acta de infracción” que supone una fase previa a la determinación de la resolución final y de propuesta de sanción. En ella se contienen los datos de identificación del sujeto infractor, los hechos comprobados y los medios de investigación utilizados, la infracción cometida, la propuesta de sanción, la identidad y firma del órgano inspector, la fecha del acta y los efectos de la omisión de los contenidos del acta.

Las funciones de la Inspección, en palabras de MERCADER UGUINA⁹⁵ pueden clasificarse en torno a tres grandes grupos: vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y del contenido de los convenios y acuerdos colectivos; funciones de asistencia técnica y funciones en materia de conciliación, mediación y arbitraje.

4. PROCEDIMIENTO SOCIAL

La jurisdicción social tiene su marco jurídico en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Tiene la misión de enjuiciar los procedimientos relacionados con cuestiones laborales. También le corresponden los procesos contra la Administración, cuando los casos se relacionan con el ámbito laboral o contractual, como es este.

El art. 2 de la Ley enumera las cuestiones sobre las que tiene competencia la jurisdicción social. De este precepto emana la idea de que la jurisdicción social conocerá de las cuestiones litigiosas tanto entre empleados con sus empresarios, como entre empleados con la AAPP de la que dependen. En este caso, le corresponderá el enjuiciamiento de la irregularidad del contrato en prácticas de Iago Rouco y demás enfermeros, que pueden presentar sus pretensiones tanto en la vertiente individual como colectiva.

Al encontrarnos ante una AAPP no es necesario presentar una papeleta de conciliación laboral⁹⁶ para iniciar el proceso judicial, según lo establecido en el art. 70 de la Ley, pero en la mayoría de los casos es necesario acudir a ese procedimiento previamente.

⁹⁴ Reglamento de 1 de marzo de 1906. Recuperado de <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1906/063/A00868-00870.pdf> (Consulta 10 de junio de 2021)

⁹⁵ Ibid. *Lecciones de derecho del trabajo*, pág. 901

⁹⁶ Antes de iniciar un procedimiento judicial y demandar a la empresa, el asalariado ha de acudir a un acto de conciliación mediante el que se intentará llegar a un acuerdo con la empresa sin que sea necesaria la

5. CONCLUSIÓN

En el caso que nos compete, pueden realizarse tres acciones legales como tal. Puede presentarse una denuncia anónima en el buzón de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, una denuncia formal ante el mismo órgano y puede acudir al procedimiento judicial.

Teniendo en cuenta que el caso dice que existen más trabajadores afectados por la misma irregularidad contractual que Iago Rouco, se descarta la idea de la denuncia anónima y cobran relevancia la denuncia ante la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social y el procedimiento judicial social. Además, al ser una irregularidad que afecta a bastantes trabajadores, lo más común es que se presentase una denuncia colectiva ante los tribunales laborales o que un propio sindicato, como la UGT mencionada en el supuesto, lo ponga en conocimiento de la Inspección y sea ésta quien tome las medidas oportunas.

VI. CONSIDERACIONES SOBRE LA DECISIÓN DE LA DOCTORA CON RESPECTO A LA DENEGACIÓN DE UN PROCESO MÉDICO POR TEMAS DE ÍNDOLE IDEOLÓGICO.

La actuación de los sanitarios se encuentra muy relacionada con aspectos morales y con valores como la vida, la dignidad de la persona y el derecho a la integridad física y moral. Por consiguiente, en el contexto jurídico español, el ámbito sanitario se encuentra frecuentemente afectado por la objeción de conciencia.

La motivación que llevó a la doctora Marta Fiaño a no realizar la cesárea a la paciente Elisa Fiore fue de carácter ideológico por formar parte de un grupo social de índole religiosa, motivo por el cual, tendría que haber alegado objeción de conciencia.

1. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

1.1 Concepto

La objeción de conciencia en palabras de NAVARRO-VALLS y MARTÍNEZ TORRÓN es *“toda pretensión contraria a la ley motivada por razones axiológicas y no meramente psicológicas, de contenido primordialmente religioso o ideológico, ya tenga por objeto la elección menos lesiva para la propia conciencia entre las alternativas previstas en la norma, eludir el comportamiento contenido en el imperativo legal o la sanción prevista por su incumplimiento o, aceptando el mecanismo represivo, lograr la alteración de la ley contraria al personal imperativo ético”*⁹⁷. El TC otorga una definición similar, estableciendo que es *“el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones”*⁹⁸.

intervención del juez en el caso. Sin embargo, cuando la demandada es una AAPP, no es necesaria la presentación de una reclamación previa, puede presentarse directamente la demanda.

⁹⁷ NAVARRO-VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Ed. Iustel Publicaciones, Madrid, 2012, pág. 31

⁹⁸ STC de 27 de octubre de 1987, Fundamento Jurídico Tercero (RTC 1987\161)

Con respecto a la concreción de la objeción de conciencia como excepción a una obligación, fue el TC⁹⁹ el que introdujo esta caracterización, al señalar que se trata de un derecho a ser declarado exento de un deber que, de no mediar tal objeción, sería exigible.

1.2 Ámbito normativo y jurisprudencial

La objeción de conciencia se reconoce expresamente en un único supuesto en la CE, en el art.30.2, relacionándola con el servicio militar obligatorio. Se encuentra estrechamente vinculada a la libertad ideológica y religiosa, formando parte del contenido de esos dos derechos. Al formar parte del contenido de estos derechos fundamentales, y estar recogido como tal en la CE, el TC ha considerado que es un derecho fundamental *“de hecho, la única diferencia entre la libertad ideológica del art. 16.1 y la objeción de conciencia es un aspecto puramente formal: la objeción es el ejercicio de aquella libertad en presencia de un mandato jurídico incompatible con las propias convicciones; de ahí que pueda afirmarse que estamos ante un auténtico derecho fundamental”*¹⁰⁰. Afirma que la base constitucional del derecho a la objeción de conciencia radica en el art. 16 CE que promulga la libertad ideológica, apreciando que *“tanto la doctrina como el derecho comparado afirman la conexión entre la objeción de conciencia y la libertad de conciencia. Para la doctrina, la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, la cual supone no solo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma”*¹⁰¹. Que la objeción de conciencia solo se promulgue expresamente en el ámbito militar no conlleva que se excluya en otros casos, concretamente el art. 16.1 establece que *“la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”*. En opinión del TC, la objeción de conciencia va más allá de su mención en el art. 30.2 pues hay que entenderla como relativa al derecho a la libertad ideológica.

No existe regulación sobre la objeción en general en el ordenamiento jurídico español, es la jurisprudencia del TC la que ha desarrollado este concepto y ha entrado a debatir sobre su estatus jurídico. El TC no le ha dado la misma caracterización a la objeción de conciencia desde el comienzo, sino que su opinión ha ido modificándose con el tiempo, pasando de considerarla un derecho fundamental por relacionarse con el art. 16 CE a no hacerlo.

En la STC 15/1982, se cataloga la objeción de conciencia como un derecho, manifestando que *“puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el art. 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español”*. Se considera que la objeción de conciencia tiene su fundamentación en la ponderación entre distintos intereses existentes y, en la libertad para comportarse con arreglo a las convicciones propias y, entendiendo que no existe la

⁹⁹ STC de 23 de abril de 1982 (RTC 1982\15) en la que se abordó la objeción de conciencia por primera vez, a raíz de un recurso de amparo contra una denegación de prórroga del servicio militar solicitada alegando objeción de conciencia por motivos personales y éticos.

¹⁰⁰ AGULLES SIMÓ, P., *La objeción de conciencia sanitaria*, Ed. Università della Santa Croce, Roma, 2006, pág. 85, 86. Recuperado de <http://bibliotecanonica.net/docsal/btcalx.pdf>

¹⁰¹ STC de 23 de abril de 1982 (RTC 1982\15)

necesidad de regular la objeción pues emana de lo dispuesto en el art. 16. En el mismo sentido se expresa en una sentencia posterior, la STC 53/1985¹⁰².

Años más tarde, el TC cambia de postura, exponiéndola en la STC 160/1987¹⁰³. Establece que es una concreción de la libertad ideológica pero no hasta el punto de ser considerada como un derecho fundamental. La consecuencia de tal negación radica en que, si no se contempla en una norma, no podrá considerarse legal el derecho de objeción de conciencia, siendo solo protegidas por el Derecho aquellas objeciones de conciencia reconocidas expresamente por el legislador o por la jurisprudencia. Estas disposiciones del TC cierran la posibilidad de concebir la objeción de conciencia como un derecho derivado de la libertad ideológica, religiosa o de conciencia¹⁰⁴.

La ausencia de regulación constitucional quedó explicada por la sentencia 161/1987¹⁰⁵ del Tribunal Constitucional cuando expone 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 en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado”*.

Finalmente, el ATC 71/1993¹⁰⁶ indica que ha de considerarse la objeción de conciencia como un derecho constitucional y autónomo pero que no puede considerarse como fundamental, citando la STC ya mencionada de 1982.

En el ordenamiento jurídico español no existe una normativa como tal referente a la objeción de conciencia, pero existen varios ámbitos en los cuales se contemplan una serie de supuestos relativos a ésta.

En el *ámbito laboral* se encuentra la LO 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información. Esta ley contempla en su art. 2 aquellos supuestos en los que puede acudir a la objeción de conciencia, enunciando que podrán solicitar la rescisión de su relación jurídica con la empresa en que trabajen. Esta cláusula tiene por objeto garantizar la independencia del periodista. Por ello, si las informaciones en las que tiene que intervenir son contrarias a los principios éticos de la comunicación, pueden negarse motivadamente a participar en su elaboración¹⁰⁷.

¹⁰² STC de 11 de abril de 1985 (RTC 1985\53) que versa sobre un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Proyecto de LO de Reforma del art. 417 bis del CP, que reconocía el personal sanitario no podían ser obligados a practicar interrupciones de embarazo, por lo que se otorgaba el derecho a la objeción de conciencia, entendiéndolo como un derecho fundamental.

¹⁰³ STC de 27 octubre de 1987, Fundamento Jurídico Tercero (RTC 1987\160)

¹⁰⁴ MACEIRAS RODRÍGUEZ, P.P., *La objeción de conciencia en relación con tratamiento e intervenciones médicas*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2008. Recuperado de https://insignis-aranzadidigital-es.accedys.udc.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc500000179e6da1ac7e8b45a5b&marginal=BIB\2008\1310&docguid=I33573260496511dd91cb01000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&global-result-list=global&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=,BIB 2008/1310

¹⁰⁵ STC de 27 de octubre de 1987 (RTC 1987\161)

¹⁰⁶ OLIVA BLÁZQUEZ, F., “La objeción de conciencia: ¿Un derecho constitucional?”, en *Objeción de conciencia y sanidad*, (Dir. ALARCOS MARTÍNEZ, F.J.), Ed. Comares, Granada, 2011, pág. 62

¹⁰⁷ <https://www-tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/documento/show/4690040?index=0&librodoctrina=10268&general=art.+2+objec>

En el *ámbito educativo* ha existido controversia en lo tocante a la asignatura de educación para la ciudadanía pues, careciendo de regulación expresa, ha tenido que ser la jurisprudencia quien aporte la solución. La STS de 25 de mayo de 2012 denegó la objeción de conciencia alegada por los recurrentes e indicó que solo se aceptaría si “*se demostrara que las enseñanzas controvertidas incurren en un adoctrinamiento incompatible con las responsabilidades atribuidas al Estado en la educación por el art. 27.2 de la Constitución*”. El TS estableció en varias sentencias más que la Educación para la Ciudadanía se ajusta al Derecho y el deber de los alumnos es cursarla¹⁰⁸.

En el *ámbito jurídico* existe la objeción de conciencia para formar parte del Tribunal del Jurado. Si bien no existe una vía específica para ejercerla, acudiremos al art. 12 de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, donde están recogidas las evasivas para actuar como jurado. En su apartado 7 podría darse entrada a esta objeción a través de la cláusula que permite excepcionar del cumplimiento del deber a quienes “*aleguen y acrediten suficientemente cualquier otra causa que les dificulte de forma grave el desempeño de la función de jurado*”.

Por último, debemos mencionar que la objeción de conciencia sanitaria también tiene reconocimiento tanto jurisprudencial como legal, pero el *ámbito sanitario* va a ser tratado específicamente más adelante.

1.3 Requisitos¹⁰⁹

HERRERO TEJEDOR sintetiza los requisitos para apreciar la objeción de conciencia después de haber hecho un análisis de senda jurisprudencia. El autor considera que son sucesivos. Una vez apreciada la sinceridad del objetor, se tendrá en cuenta que respete el orden público, finalmente será necesario identificar los efectos perjudiciales que tendrá para los terceros o para el ordenamiento en general el reconocimiento de esa objeción de conciencia.

1. *La sinceridad del objetor.* A través de indicios se comprobará que la conducta del objetor es consecuencia de las creencias que postula. En este aspecto debe operar una presunción iuris tantum¹¹⁰: el juez necesitará de criterios indiciarios para negar esta sinceridad. La motivación radica en que no se produzca un fraude de ley al abducir creencias o principios que no se ajusten a la realidad¹¹¹. Con la finalidad de probar la

[i%C3%B3n+de+conciencia+%C3%A1mbito+laboral+lo+2%2F1997&searchtype=substring](#) , Documento TOL 4.690.040 (Consulta 30 de mayo de 2021)

¹⁰⁸ STS de 11 de febrero de 2009, Fundamento Jurídico Decimoquinto (RJ 2009\1877), STS de 11 de febrero de 2009, Fundamento Jurídico Séptimo (RJ 2009\1878), y STS de 11 de marzo de 2009, Fundamento Jurídico Sexto (RJ 2009\5381). Las sentencias que versan sobre esta materia han sido objeto de votos particulares que mayoritariamente defienden el derecho a la objeción de conciencia frente a la materia y la posibilidad de una exención parcial de los contenidos de la misma que versan sobre cuestiones morales discutidas.

¹⁰⁹ HERRERO TEJEDOR, F., *La objeción de conciencia como derecho fundamental*, Comunicación presentada a la jornada sobre objeción de conciencia organizada por la Fundación Ciudadanía y Valores, Madrid, 2007, págs. 4-5

¹¹⁰ Una presunción iuris tantum implica que mientras no se tenga prueba de lo contrario, ha de considerarse probado el hecho. Admite prueba en contrario.

¹¹¹ Un ejemplo de fraude de ley con respecto a la objeción de conciencia sería el caso del médico que por sus creencias no realiza abortos en la sanidad pública, pero lo hace en la privada. Este médico no está actuando con sinceridad porque no tiene ningún conflicto con realizar dicha práctica, sino que busca satisfacer un interés personal.

sinceridad de la persona que alega objeción de conciencia, se han apuntado varios criterios entre los que destacan: la inquebrantabilidad de la convicción en el tiempo, la investigación de la vida anterior, la predisposición a la aceptación del castigo o de una prestación sustitutoria o la pertenencia a determinados grupos ideológicos o religiosos que públicamente profesan esas convicciones¹¹².

2. *El respeto al orden público.* El art. 16 de la CE indica como límite del derecho de libertad ideológica y religiosa el respeto al orden público amparado por la ley. La objeción de conciencia deriva del mencionado derecho fundamental por lo que no sería admisible una objeción que implicara una negación de los derechos fundamentales de los demás ya que tienen como finalidad garantizar el orden público. El orden público es un bien jurídico indeterminado porque la legislación no aporta una definición del concepto. En el caso de la objeción de conciencia, con este requisito se plantea la idea de que ésta no es admisible si lleva consigo la negación de los derechos fundamentales de un tercero. Concretamente, un caso en el que existe bastante controversia es la colisión de las creencias con el derecho a la vida.

3. *La necesidad de sacrificio del objetor de conciencia.* Una vez se ha considerado que la objeción de conciencia alegada es sincera y respeta el orden público hay que dilucidar si es necesario o no el sacrificio de la conciencia del individuo. Para ello es necesaria la ponderación que será diferente en cada caso pues habrá que atender a cada situación en la que surja el conflicto, considerando las posibles consecuencias de la actuación u omisión. El juez deberá decidir si ha de admitirse la objeción de conciencia o no. Para tomar esta decisión, se tendrá en cuenta un juicio de proporcionalidad en el que se valorarán los bienes jurídicos sometidos a conflicto y se examinarán los efectos que tendría el incumplimiento de la norma. El proceso culminará con el establecimiento del derecho que tendrá que prevalecer sobre el otro.

2. OBJECIÓN DE CONCIENCIA SANITARIA

El ámbito de la objeción de conciencia que nos compete es el sanitario pues, la persona que ha de alegarlo es la doctora Fiaño. En el contexto de la relación médica se enfrenta el derecho a la libertad de conciencia del personal sanitario, que rechaza practicar una actuación exigida como deber jurídico por colisionar con sus creencias, valores o ideas con el derecho de todo usuario a que se respeten sus decisiones voluntarias y exigibles al personal sanitario¹¹³.

2.1 Concepto y regulación

La normativa vigente con respecto a este tema es el Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial que define en su art. 32.1 la objeción de conciencia en el ámbito sanitario como aquella conducta que “*supone la negativa del médico a someterse, por convicciones éticas, morales o religiosas, a una conducta que se le exige, ya sea jurídicamente, por mandato de la autoridad o por una resolución*

¹¹² https://www.tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/documento/show/2508796#_ftnref4 , Documento TOL2.508.796 (Consulta 1 de junio de 2021)

¹¹³ Ibid. *Objeción de conciencia y sanidad*, pág. 55

*administrativa, de tal forma que realizarla violente seriamente su conciencia*¹¹⁴. Este asunto “*surge del conflicto que se produce cuando hay un choque entre el deber moral de un profesional de seguir los dictados de su conciencia y el deber normativo que ese profesional tiene de prestar una determinada asistencia*”¹¹⁵. Este su art. 34 se indica que el médico debe comunicar al paciente de forma comprensible y razonada su objeción a la prestación que se le solicita. No obstante, si se abstiene de practicar el acto objetado, el médico objetor está obligado, en caso de urgencia, a atender a esa persona, aunque dicha atención estuviera relacionada con la acción objetada.

2.2 Especialidades

Se contemplan varios supuestos donde se prevé la objeción de conciencia, bien sea por disposición legislativa, por la jurisprudencia o por ambas. Estos supuestos son: la objeción de conciencia relativa al aborto, la farmacéutica, la de la eutanasia y la que versa sobre las instrucciones previas.

La objeción de conciencia relativa al *aborto* se encuentra regulada en el art. 19.2 de la Ley 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. De la dicción del art. se desprende el requisito de que sea el profesional que interviene directamente en el proceso el que puede alegar una negativa al tratamiento por motivos de conciencia y, que ha de expresarlo anticipadamente y por escrito. De manera que en los casos en que la embarazada desee poner fin a su gestación y se encuentre amparada por la legislación, el médico podrá negarse a realizar dicha práctica por su motivación ideológica.

En cuanto a la objeción de conciencia *farmacéutica*, cabe decir que es un Código deontológico quién la prevé, concretamente el Código de Ética y Deontología Farmacéutica¹¹⁶ en su art. 28 que dispone que “*la responsabilidad y libertad personal del farmacéutico le facultan para ejercer su derecho a la objeción de conciencia respetando la libertad, el derecho a la vida y la salud del paciente*”. Asimismo, el art. 33 establece que “*el farmacéutico podrá comunicar al Colegio de Farmacéuticos su condición de objetor de conciencia a los efectos que se considere procedentes*”¹¹⁷.

Respecto a las *instrucciones previas* la Ley 41/2002 en su Capítulo V, bajo el título “*El respeto de la autonomía del paciente*”, después de tratar el consentimiento informado, visto en el segundo epígrafe del trabajo, establece en su art.11.1 una mención al documento de instrucciones previas, indicando que mediante este escrito “*una persona*

¹¹⁴ Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de España. Recuperado de https://www.cgcom.es/codigo_deontologico/files/assets/common/downloads/codigo%20de%20etica.pdf (Consulta 3 de junio de 2021)

¹¹⁵ MARTÍNEZ LEÓN, M. y RABADÁN JIMÉNEZ, J., *La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en la ética y deontología*, vol. XXI, Murcia, 2010, pág. 201

¹¹⁶ Código de Ética y Deontología de la profesión farmacéutica. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/875/87506307.pdf> (Consulta 3 de junio de 2021)

¹¹⁷ En este sentido se ha pronunciado una sentencia del Pleno del TC bastante reciente, la STC de 25 de junio de 2015 (RTC 2015\145) en la que se planteaba la negativa de un farmacéutico a dispensar un activo anticonceptivo pues éste carecía de existencias del mismo y de preservativos y su condena por esos hechos. El TC ha considerado que se vulneraba su derecho a la objeción de conciencia vinculado al derecho fundamental a la libertad ideológica pues el farmacéutico se encontraba inscrito en el registro de objetores y la consumidora podría haber acudido a cualquier otra farmacia, de manera que no puso en peligro el derecho de la mujer eso sí, en el caso del principio activo levonorgestrel, pero no en el caso de los preservativos, donde la objeción de conciencia no se considera una motivación suficiente.

mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo". En esta Ley estatal no se contempla la referencia a la objeción de conciencia, pero, han sido varias las CCAA las que han establecido en su normativa autonómica la objeción de conciencia con respecto a las instrucciones previas (La Rioja, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Murcia, entre otras).

Con relación a la *eutanasia*, el art. 16 de la recién aprobada LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, contempla que los profesionales directamente implicados en la ayuda para morir pueden ejercer la objeción de conciencia, siempre que lo manifiesten anticipadamente y por escrito. La motivación de este precepto es que el personal sanitario que tenga que cumplir el cometido descrito en la Ley, pueda decidir no hacerlo motivado por sus creencias ideológicas o religiosas.

3. CONCLUSIÓN

Según el relato fáctico, Marta Fiaño no sometió a la cesárea a la paciente por motivos ideológicos, ya que forma parte de un grupo social de índole religioso que no le permitió tomar la decisión de forma objetiva.

Los sanitarios han de velar por los derechos e intereses legítimos de los usuarios de los servicios sanitarios. Estos principios se definen en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, concretamente en su art. 5, de los que emana la idea de respeto por parte del sanitario a la situación del paciente y su obligación de prestarle toda la información relativa a su caso.

En cuanto a los requisitos establecidos para considerar válida la objeción de conciencia, podemos considerar que Marta Fiaño podía cumplir con los dos primeros. Podía estar actuando con sinceridad y respetando el orden público. Con respecto al tercer requisito, no puede decirse lo mismo. En el juicio de ponderación que habría que realizar sobre su negativa a practicar la cesárea, hay que tener en cuenta que se preveía como necesaria para el nacimiento con vida del feto. Al no realizarla desatendió el derecho fundamental a la vida, primando su libertad ideológica. Además, no informó a la paciente de que no le practicaba la cesárea, pese a su indispensabilidad para la vida del nasciturus, por motivos ideológicos. Por ese motivo, la privó de solicitar que realizase dicha práctica otro facultativo que se encontrase en el centro médico.

En el mismo sentido, jurídicamente se jerarquizan los derechos en términos de la objeción de conciencia y se opta por el que se considera por superior o más importante¹¹⁸. En la actuación de Marta Fiaño, en todo caso se precisaría que la garantía del posible nacimiento con vida del nasciturus habría sido motivo suficiente para realizar la cesárea, pese a su oposición a la misma.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

¹¹⁸ GRACIA GUILLÉN, D., "Historia de la objeción de conciencia", en *Objeción de conciencia y sanidad*, (Dir. ALARCOS MARTÍNEZ, F.J.), Ed. Comares, Granada, 2011, pág. 62

Para realizar el análisis sobre el relato fáctico hemos abordado cinco ramas del Derecho: Derecho Penal, Derecho Administrativo, Derecho Procesal, Derecho del Trabajo y Derecho Constitucional.

En cuanto al Derecho Penal cabe indicar que Iago Rouco es autor de un delito de lesiones del tipo básico (art. 147.1 CP) pero, al haber realizado sus actuaciones en el marco de su actividad profesional, será sancionado por el art. 152 que añade a la pena de prisión correspondiente, la inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión. La doctora Marta Fiaño es autora de un delito de aborto (art. 146 CP) y también se le impondrá además de la pena de prisión, la inhabilitación especial para el ejercicio de su cargo.

De las penas señaladas para los dos autores emana una responsabilidad civil ex delicto que tendrán que satisfacer. Al encontrarse ambos cubiertos por un seguro de responsabilidad civil, el asegurador actúa como un responsable solidario (art. 117 CP). En defecto de la cobertura de tal responsabilidad civil, existe una responsabilidad civil subsidiaria de la Administración (art. 121 CP).

En cuanto al Derecho Administrativo, según el art. 32.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, existe una responsabilidad patrimonial de las AAPP por las lesiones producidas a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Por ello, el Sergas tendrá que indemnizar a la paciente Elisa Fiore por las lesiones sufridas pues estas se derivaron del funcionamiento normal o anormal del servicio.

El tribunal competente que tendrá que juzgar los hechos ocurridos en el hospital será determinado por la rama del Derecho Procesal. Corresponde a la jurisdicción penal por contemplarse los hechos en el CP y a la española en base al art. 23.1 LOPJ. A efectos de la competencia, se seguirá el criterio ordinario o en función de la gravedad de la infracción. Ambos autores han cometido un delito menos grave (art. 33.3 CP). La instrucción del caso corresponderá a los Juzgados de Instrucción (art. 87 LOPJ) y el enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal de A Coruña (art. 14.3 LECrim).

En cuanto al procedimiento administrativo que puede iniciarse para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración, contra la resolución de la Consejería de Sanidad cabrá un recurso ante el mismo órgano. Si la resolución del recurso no es satisfactoria, podrá acudir a los Tribunales del orden Contencioso-administrativo (art.14.1 LJCA). En caso de que la cantidad reclamada supere los 30.050 euros, corresponderá a la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ (art. 10.1. a) LJCA) y si es inferior a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo (art. 8.c) LJCA).

El enfermero que participa en los hechos descritos está contratado irregularmente. En este caso opera el Derecho del Trabajo. Para plantear una acción contra el hospital puede operarse de diferentes maneras: acudiendo a los órganos de representación, de manera anónima ante el Buzón de la Inspección de Trabajo y de la SS, al mismo órgano mediante una denuncia o directamente mediante un procedimiento ante la jurisdicción social. Teniendo en cuenta que existen más trabajadores en la misma situación, se descarta el supuesto de la denuncia anónima ante la Inspección y se contemplan los tres restantes.

Para concluir, Marta Fiaño denegó la práctica de la cesárea por motivos religiosos. A la luz de lo expresado en Derecho Constitucional y a los requisitos para alegar la objeción

de conciencia, la doctora tendría que haberla realizado o, en su defecto, haber informado a la paciente para que otro médico realizase el tratamiento.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

AGULLES SIMÓ, P., *La objeción de conciencia sanitaria*, Ed. Università della Santa Croce, Roma, 2006.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Derecho del trabajo*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2019.

ASENSI PALLARÉS, E. y CID-LUNA CLARES, I., “El seguro de responsabilidad civil profesional en el ámbito sanitario”, en *Tratado de Derecho Sanitario*, (Dir. CANTERO MARTÍNEZ, J. y PALOMAR OLMEDA, A.), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013.

BANACLOCHE PALAO, J. y ZARZALEJOS NIETO, J., *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, 9ª Edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

DOMINGUEZ IZQUIERDO, E.M., “La imprudencia médica y la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión”, en *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, (Dir. GALLARDO CASTILLO, M.J.), Ed. La Ley, Madrid, 2011.

FUERTES LÓPEZ, F.J. y PALOMAR OLMEDA, A., *Manual de derecho administrativo y contencioso-administrativo*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018.

GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, Ed. Civitas, Pamplona, 2020.

GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2006.

GARCÍA URETA, A., *Temas de derecho administrativo*, Tomo I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2019.

GONZÁLEZ PERNÍA, J. e HIDALGO CARABALLAL, A., “Responsabilidad penal sanitaria”, en *Tratado de Derecho Sanitario*, (Dir. CANTERO MARTÍNEZ, J. y PALOMAR OLMEDA, A.), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.

GRACIA GUILLÉN, D., “Historia de la objeción de conciencia”, en *Objeción de conciencia y sanidad*, (Dir. ALARCOS MARTÍNEZ, F.J.), Ed. Comares, Granada, 2011.

HERRERO TEJEDOR, F., *La objeción de conciencia como derecho fundamental*, Comunicación presentada a la jornada sobre objeción de conciencia organizada por la Fundación Ciudadanía y Valores, Madrid, 2007.

https://insignis-aranzadidigital-es.accedys.udc.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc5000001796651b0d3b3767c2a& marginal=&docguid=I1b2d1ca0254411e0b4f201000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&info type=arz_dicc-juridico;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=, Diccionario Thomson Reuters Aranzadi (Consulta 13 de mayo de 2021)

MACEIRAS RODRÍGUEZ, P.P., *La objeción de conciencia en relación con tratamiento e intervenciones médicas*, Ed. Aranzadi, Navarra.

MARTÍNEZ LEÓN, M. y RABADÁN JIMÉNEZ, J., *La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en la ética y deontología*, vol. XXI, Murcia, 2010.

MERCADER UGINA, J.R., *Lecciones de derecho del trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MONTAÑÉS CASTRO, L.Y., “Los requisitos de la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria”, en *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, (Dir. GALLARDO CASTILLO, M.J), Ed. La Ley, Madrid, 2011.

NAVARRO-VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Ed. Iustel Publicaciones, Madrid, 2012.

OLIVA BLÁZQUEZ, F., “La objeción de conciencia: ¿Un derecho constitucional?”, en *Objeción de conciencia y sanidad*, (Dir. ALARCOS MARTÍNEZ, F.J.), Ed. Comares, Granada, 2011.

PALOMAR OLMEDA. A y FUERTES LÓPEZ, F.J., *Manual de derecho administrativo y contencioso-administrativo*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., “La jurisdicción como presupuesto del proceso; límites de la jurisdicción penal ordinaria. Competencia objetiva y funcional. Aforamientos y privilegios procesales. Inmunidad de jurisdicción”, en *Derecho procesal penal*, (Coord. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

SEOANE SPIEGELBERG, J.L., “Apuntes sobre la responsabilidad civil médica: su tratamiento ante los tribunales”, en *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria*, (Coord. BELLO JANEIRO, D.), Ed. Reus, S.A., Madrid, 2013.

<https://www-tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/documento/show/24366?index=3&librodoctrina=1079&general=delito+de+lesiones&searchtype=substring> , Documento TOL 24.366 (Consulta 13 de mayo de 2021)

<https://www-tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/documento/show/1464823> , Documento TOL 1.464.823 (Consulta 14 de mayo de 2021)

<https://www-tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/documento/show/2719852?index=0&librodoctrina=7187&general=ABORTO&searchtype=substring> , Documento TOL 719.852 (Consulta 14 de mayo de 2021)

<https://www-tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/documento/show/4773800> , Documento TOL 4.773.800 (Consulta 20 de mayo de 2021)

<https://www-tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/documento/show/1907959?index=2&librodoctrina=1676&general=sentencia+lesiones+responsabilidad+civil&searchtype=substring> , Documento TOL 1.907.959 (Consulta 20 de mayo de 2021)

<https://www-tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/documento/show/1391122> , Documento TOL 1.391.122 (Consulta 22 de mayo de 2021)

<https://www-tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/documento/show/4771484> Documento TOL.771.484 (Consulta 25 de mayo de 2021)

<https://www-tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/documento/show/10750?index=14&librodoctrina=630&general=competencia+objetiva&searchtype=substring> , Documento TOL 10.750 (Consulta 26 de mayo de 2021)

<https://www-tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/documento/show/4690040?index=0&librodoctrina=10268&general=art.+2+objeci%C3%B3n+de+conciencia+%C3%A1mbito+laboral+lo+2%2F1997&searchtype=substring> , Documento TOL 4.690.040 (Consulta 30 de mayo de 2021)

https://www-tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/documento/show/2508796#_ftnref4 , Documento TOL2.508.796 (Consulta 1 de junio de 2021)

VICENTE REMESAL, J., *La pena de inhabilitación profesional en el ámbito médico*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000.

IX. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

1. TRIBUNAL SUPREMO

ATS de 16 de octubre de 2003 (RJ 2003\7477)
ATS de 22 de mayo del 2000 (RJ 2000\7258)
ATS de 3 de marzo de 2006 (JUR 2006/103649)
STS de 9 de junio de 1998 (RJ 1998\5159)
STS de 15 de marzo de 1999 (RJ 1999\2943)
STS de 26 de enero de 2016 (RJ 2016\360)
STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007\3598)
STS de 30 de marzo de 2007 (RJ 2007\2078)
STS de 24 de octubre de 2000 (RJ 2000\8283)
STS de 4 de julio de 2003 (RJ 2003/5445)
STS de 11 de febrero de 2015 (RJ 2015/782)
STS de 27 de febrero de 2009 (RJ 2009/1672)
STS de 20 de mayo de 1989 (RJ 1989\4975)
STS de 22 de julio de 2009 (RJ 2009\7005)
STS de 3 de octubre de 1997 (RJ 1997\7169)
STS de 5 de julio de 1989 (RJ 1989\6091)
STS de 3 de octubre de 1997 (RJ 1997\7169)
STS de 27 de marzo de 2002 (RJ 2002\5663)
STS de 4 de julio de 2007 (RJ 2007/5124)
STS de 24 de mayo de 2012 (RJ 2012/6539)
STS de 31 de enero de 2003 (RJ 2003\854)
STS de 8 de mayo de 2007 (RJ 2007\2873)
STS de 26 de junio de 2008 (RJ 2008\6525)
STS de 30 de octubre de 2003 (RJ 2003\7973)
STS de 21 de marzo de 2013 (RJ 2013\3382)
STS de 12 de septiembre de 2007 (RJ 2007\4984)
STS de 18 de enero de 2007 (RJ 2007\1233)
STS de 12 de enero de 2001 (RJ 2001\3)
STS de 20 de abril de 2007 (RJ 2007\4294)
STS de 13 de julio de 2007 (RJ 2007\4781)
STS de 19 de noviembre de 2007 (RJ 2008\18)
STS de 18 de junio de 2008 (RJ 2008\4256)
STS de 19 de noviembre de 2013 (RJ 2013\7691)
STS de 24 de octubre de 2018 (RJ 2018\4890)
STS de 25 de mayo de 2012 (RJ 2012\7032)
STS de 11 de febrero de 2009 (RJ 2009\1877)
STS de 11 de febrero de 2009 (RJ 2009\1878)
STS de 11 de marzo de 2009 (RJ 2009\5381)

2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Auto de 7 de junio de 2004 (RTC 2004\233)
STC de 11 de abril de 1985 (RTC 1985\53)
STC de 27 de octubre de 1987 (RTC 1987\161)
STC de 23 de abril de 1982 (RTC 1982\15)
STC de 23 de abril de 1982 (RTC 1982\15)

STC de 11 de abril de 1985 (RTC 1985\53)
STC de 27 octubre de 1987 (RTC 1987\160)
STC de 27 de octubre de 1987 (RTC 1987\161)
STC de 25 de junio de 2015 (RTC 2015\145)

3. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

STSJ de País Vasco de 15 de julio de 2020 (JUR 2021\58790)

4. AUDIENCIA PROVINCIAL

SAP de Almería de 11 de julio de 2008 (ARP 2008\666)

X. APÉNDICE LEGISLATIVO

1. Constitución Española de 1978
2. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
3. Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
4. Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público
5. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
6. 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
7. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
8. Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social
9. RD 192/2018, de 6 de abril, por el que se aprueban los estatutos del Organismo Autónomo Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social
10. Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical
11. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
12. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
13. Orden SAS/1349/2009, de 6 de mayo, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Enfermería Obstétrico-Ginecológica
14. Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la irrupción voluntaria del embarazo
15. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica
16. Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes
17. Ley 12/2013, de 9 de diciembre, de garantías de prestaciones sanitarias
18. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
19. Decreto 137/2019 de 10 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica del Servicio Gallego de Salud
20. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social
21. Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información
22. Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado