



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO 2020/2021

**DELITOS CONTRA LA SALUD, RESPONSABILIDAD PENAL DEL
PERSONAL SANITARIO POR DENEGACIÓN DE ASISTENCIA Y
VIOLENCIA OBSTÉTRICA**

**DELITOS CONTRA A SAÚDE, RESPONSABILIDADE PENAL DO
PERSONAL SANITARIO POR DENEGACIÓN DE ASISTENCIA E
VIOLENCIA OBSTÉTRICA**

**CRIMES AGAINST HEALTH, CRIMINAL LIABILITY OF
HEALTHCARE PERSONNEL FOR REFUSAL OF ASSISTANCE AND
OBSTETRIC VIOLENCE**

Alumna: Brenda del Carmen Somoza Muñoz

Tutor: Prof. Dr. D. David José Soto Díaz

ÍNDICE

I. LISTADO DE ABREVIATURAS.....	4
II. INTRODUCCIÓN	5
III. ANTECEDENTES DE HECHO Y CUESTIONES	6
IV. CALIFICACIÓN JURÍDICA Y CONSECUENCIAS DE LOS HECHOS REALIZADOS POR IAGO ROUCO Y MARTA FIAÑO	7
1. La determinación de la imprudencia en los delitos de aborto y lesiones	7
1.1. La imprudencia profesional en el ámbito sanitario y su estrecha relación con la <i>lex artis</i>	8
1.2. Teoría de la imputación objetiva en la actuación de Iago Rouco y Marta Fiaño.	10
2. Delito de aborto	11
2.1. El aborto del art. 146 CP.....	12
3. Delito de lesiones	13
3.1. Delito de lesiones imprudentes	13
4. Tipo especial: la inhabilitación profesional	15
5. Consecuencias disciplinarias	16
V. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PATRIMONIAL DEL SERGAS Y DEL PERSONAL SANITARIO	18
1. Consideraciones previas	18
1.1. Alcance constitucional	18
1.2. Marco legal	18
2. Información facilitada a Elisa Fiore: el consentimiento informado.....	19
2.1. La violencia obstétrica y su relación con el deber de información y el consentimiento informado en el parto	21
3. Responsabilidad civil derivada de los delitos de aborto y lesiones negligentes	22
4. Responsabilidad patrimonial del SERGAS	23
5. El papel de la entidad aseguradora	26
6. La cuantificación del daño: la aplicación del sistema de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación	27
VI. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES PARA JUZGAR EL CASO	28
1. Competencia jurisdiccional española	28
2. Competencia del Juzgado de Primera Instancia y Juzgado de lo Penal de A Coruña.....	29
3. Reclamación administrativa.....	30

4. Competencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de A Coruña	30
VII. LAS IRREGULARIDADES DEL CONTRATO DE PRÁCTICAS DEL ENFERMERO IAGO ROUCO Y LAS ACCIONES LEGALES QUE SE PUEDEN EMPREDER CONTRA EL HOSPITAL	32
1. La contratación a través de bolsas de empleo en el Servicio Gallego de Salud	32
2. Acciones legales que pueden emprenderse contra el Hospital Público Las Flores.....	33
VIII. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y DENEGACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA	36
1. Objeción de conciencia: concepto y naturaleza jurídico-constitucional ..	36
2. La objeción de conciencia sanitaria y sus límites	39
3. El delito de denegación de asistencia sanitaria.....	40
IX. CONCLUSIONES	43
X. BIBLIOGRAFÍA.....	44

I. LISTADO DE ABREVIATURAS

ABREVIATURA	PALABRA
Art.	Artículo
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1989 por el que se publica el Código Civil
CCAA	Comunidad Autónoma
CE	Constitución Española de 1978
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
EIR	Enfermero Interno Residente
LBAP	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
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
LO	Ley Orgánica
LOLR	Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa
LPCA	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LRJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
Núm.	Número
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Pág.	Página
RDL	Real Decreto Legislativo
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SERGAS	Servicio Gallego de Salud
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UGT	Confederación Sindical Unión General de Trabajadores de España

II. INTRODUCCIÓN

El principal objeto de este Trabajo es dar respuesta a las cuestiones planteadas con ocasión del supuesto de hecho. A la luz del relato fáctico se abordan numerosas ramas del Derecho, entre ellas, Derecho Constitucional, Penal, Civil, Administrativo, Laboral y Procesal. Pese a esta diversidad, la hoja de ruta seguida para el desarrollo del Trabajo está marcada por la incidencia del Derecho Sanitario. Particularmente, en el supuesto fáctico, a raíz de la causación de un aborto y lesiones negligentes cometidos por personal sanitario vinculado al Servicio Gallego de Salud, se desgranán diferentes consecuencias de índole penal, civil y administrativa.

Por otra parte, al ponerse de manifiesto en el relato fáctico una situación prenatal, se erige como tema especialmente relevante la violencia obstétrica. El término violencia obstétrica hace referencia a la violencia que sufren las mujeres durante el momento de atención al parto en los centros hospitalarios y de salud¹. Las manifestaciones más comunes de esta figura se concretan en: agresiones verbales y físicas, procedimientos médicos no consentidos, negativa a proporcionar a las pacientes medicamentos para paliar los dolores de parto o llevar a cabo prácticas sanitarias sobre la mujer sin previamente haber obtenido su consentimiento². Pese a que desde el año 2015 la ONU ha instado a los países a regular sobre esta cuestión³, son numerosos los Estados, entre ellos España, que todavía no cuentan con una normativa dirigida a reconocer la violencia obstétrica como una forma de violencia contra la mujer. En este sentido, la organización no gubernamental “Mother Hood e. V” ha reconocido que: “La violencia contra las mujeres en el parto está tan normalizada que (todavía) no se considera violencia contra la mujer”⁴.

En tercer lugar, se ahondará en la responsabilidad civil y patrimonial, tanto de la Administración sanitaria, como del personal sanitario involucrado en las prácticas negligentes. Para el caso del personal sanitario, también se tendrán en cuenta las consecuencias disciplinarias que se deriven de su actuación. Siguiendo esta línea, se realizará una aproximación al Derecho Procesal, con ocasión de la determinación de los tribunales competentes para conocer del caso, puesto que, del relato fáctico se desprende un elemento internacional, la nacionalidad italiana de la paciente afectada, que hace preciso esclarecer ante que jurisdicción ha de presentarse demanda conforme a los hechos.

Finalmente, se aborda, a través de un análisis jurisprudencial, la cuestión relativa al derecho de objeción de conciencia en el ámbito sanitario; y la posibilidad de contemplar en el supuesto un delito de denegación de asistencia sanitaria.

¹ Definición extraída del Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias acerca de un enfoque basado en los derechos humanos del maltrato y la violencia contra la mujer en los servicios de salud reproductiva, con especial hincapié en la atención del parto y la violencia obstétrica, de 11 de julio de 2019. Pág. 7. Disponible en:

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N19/213/30/PDF/N1921330.pdf?OpenElement>

² Ibid. Pág 5.

³ Declaración conjunta de expertos en derechos humanos de la ONU, la Relatora sobre los Derechos de la Mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las Relatoras Especiales sobre los Derechos de la Mujer y Defensoras de Derechos Humanos de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 24 de septiembre de 2015. Disponible en:

<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16490&LangID=E>

⁴ Comunicación de la organización no gubernamental Mother Hood e V. a la Relatora Especial. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Women/SRWomen/Pages/Mistreatment.aspx>

III. ANTECEDENTES DE HECHO Y CUESTIONES

El 27 de diciembre de 2019, Elisa Fiore, de 28 años, embarazada de 7 meses, acude de urgencia al Hospital Público Las Flores, a casusa de unos fuertes dolores en el vientre. Pese a que Elisa tiene tanto nacionalidad como residencia italiana, en ese momento se encontraba de vacaciones de navidad en A Coruña, ciudad natal de su pareja, Tomás Gómez, quien la acompañó al centro médico. Su entrada en el Hospital se registra sobre las 22:30 horas, y tras la pertinente entrega de documentación clínica, se produce una espera de 50 minutos. Una vez es atendida, el enfermero en prácticas en proceso de especialización en enfermería obstétrico-ginecológica, Iago Rouco, le comunica que le provocarán el parto por riesgo de sufrimiento fetal. Previamente no hubo consulta del cuadro clínico por su parte.

Acto seguido, Iago Rouco somete a Elisa Fiore a la percusión por goteo mezclando asépticamente 5 U.l (1ml) de oxitocina en una solución fisiológica. Treinta minutos más tarde, Elisa comienza a notar leves contracciones, sin llegar a ser suficientes para la inducción al parto. En ese momento, Rouco le inyecta de nuevo una dosis mayor de oxitocina (2 ml) en la misma solución fisiológica, sin monitorizar la frecuencia, intensidad y duración de las contracciones. El turno de Iago Rouco finaliza a las 00:00 horas, atendiendo desde ese momento a Elisa Fiore la doctora Marta Fiaño, especializada en ginecología y asegurada por el seguro de responsabilidad civil del SERGAS. Al Rouco no dejar constancia de nada, la doctora Fiaño somete de nuevo a Elisa a oxitocina, pensando que previamente no lo habían hecho. Al poco tiempo, Elisa comienza a tener síntomas de hiponatremia, reaccionando Fiaño y procediendo a consultar el historial médico donde se recogía una intolerancia al látex. Bajo el riesgo de reacción alérgica, proceden a administrarle a Elisa suero Ringer lactato a alta velocidad, 5 mg de dexclorfeniramina, 40 mg de metilprednisolona y a colocarle una mascarilla de oxígeno de alto flujo. Así mismo, se observó la pérdida de líquido amniótico y desaceleración del pulso fetal con bradicardias de hasta 60 lpm. Tras esto, se observó una leve mejoría, decidiendo Fiaño esperar, en lugar de practicar una cesárea de urgencia por riesgo de sufrimiento fetal e incluso muerte. Finalmente, se aprecia un descenso absoluto de la frecuencia cardíaca fetal, provocando la pérdida del feto, además de las lesiones negligentes sufridas por Elisa, que denuncia los hechos cometidos contra su integridad física y psicológica.

Tras estos hechos, se descubre que la UGT había denunciado 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 profesionales sanitarios, siendo el de Iago Rouco uno de ellos. Por último, la doctora Fiaño alegó motivos ideológicos en cuanto a la toma de decisiones en relación con el no sometimiento a la cesárea de urgencia, puesto que pertenece a un grupo social de índole religiosa.

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?

IV. CALIFICACIÓN JURÍDICA Y CONSECUENCIAS DE LOS HECHOS REALIZADOS POR IAGO ROUCO Y MARTA FIAÑO

A la luz de la exposición de los antecedentes del caso en cuestión, podemos determinar que las conductas presumiblemente punibles son realizadas por el enfermero en prácticas Iago Rouco, y la doctora especializada Marta Fiaño. En concreto, los tipos punibles en los que se encuadran las conductas realizadas por ambos sujetos se hallan dentro del Título II referido al delito de aborto; y Título III referido a los delitos de lesiones, del Código Penal.

1. La determinación de la imprudencia en los delitos de aborto y lesiones

En atención a la determinación tanto de un delito de aborto como de un delito de lesiones, ambos de carácter imprudente, cabe hacer especial mención a la imprudencia como modo de comisión de delitos, y en especial a la imprudencia profesional en el ámbito sanitario.

Obedeciendo al sistema *numerus clausus* que nuestro Código Penal ha seguido en cuanto a la determinación de los delitos imprudentes, son los propios artículos 146 (aborto imprudente) y 152 (lesiones imprudentes) del CP los que se atribuyen esta calificación a título de “imprudencia grave”. Es preciso, por tanto, hacer una breve aproximación al concepto de imprudencia. La imprudencia se concreta en la infracción de un deber de cuidado por parte del autor, el cual es capaz de prever el resultado, pero no persigue su materialización⁵.

En una actuación dolosa, el autor conoce y persigue los elementos objetivos del tipo penal⁶. Sin embargo, una acción revestirá carácter imprudente cuando el autor pese a actuar sin ese conocimiento, debería haber previsto y evitado el resultado lesivo⁷. En las conductas imprudentes, al igual que en toda conducta penalmente relevante, se exige la existencia de un nexo causal entre la acción del sujeto y el resultado lesivo. De forma que, si es posible afirmar la imputación objetiva de un resultado lesivo a una acción y la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado desde el punto de vista de un observador objetivo, colocado *ex ante* en la posición del autor, con todos los conocimientos de la situación concreta y conocimientos especiales del autor, no cabe sino determinar la imprudencia⁸. Por tanto, podemos concretar que la infracción del deber de cuidado, especialmente importante para la determinación de la imprudencia, se examina a la luz de los conocimientos y circunstancias específicas del autor y la situación concreta.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 11 de diciembre de 2017, ha precisado los requisitos que deben concurrir para la efectiva apreciación de un delito imprudente. En primer lugar, “la infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión)”; en segundo lugar, “la vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado)”; en tercer lugar, “la generación de un resultado”; y, por último, la existencia de una “relación de causalidad”⁹.

⁵ DELGADO SANCHO, C.D.; “Los delitos imprudentes tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, especial referencia al homicidio y las lesiones” en Revista Doctrinal Aranzadi, núm. 11/2017, 2017, Pág. 9.

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2018 (RJ 2018/4609). Fundamento Jurídico 2º.

⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., RAMOS TAPIA, M.I., *Lecciones De Derecho Penal Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, Pág. 139.

⁸ *Ibid.* Pág 140.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2017 (RJ 2017/6237). Fundamento Jurídico 13º.

En el caso concreto los bienes jurídicos en conflicto revisten una especial necesidad de protección, el *nasciturus* y la integridad física o psíquica, por ello el legislador ha calificado la comisión de estos delitos imprudentes de aborto del 146 y lesiones del 152 del CP, como graves. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2021¹⁰, se ha pronunciado sobre la diferenciación entre imprudencia grave y menos grave. En este sentido, la imprudencia grave se define como:

“La omisión de la diligencia más intolerable, mediante una conducta activa u omisiva, que causa un resultado dañoso y que se encuentra causalmente conectada normativamente con tal resultado, mediante la teoría de la imputación objetiva, que partiendo de un previo lazo naturalístico, contribuye a su tipificación mediante un juicio basado en la creación de un riesgo no permitido que es el que opera como conexión en la relación de causalidad”.

Mientras que, por su parte, la mencionada resolución, define la imprudencia menos grave, como:

“La constitución de un riesgo de inferior naturaleza, a la grave, asimilable en este caso, la menos grave, como la infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar correspondiente a la conducta que es objeto de atención y que es la causalmente determinante, única o plural, con el resultado producido, de tal manera que puede afirmarse que la creación del riesgo le es imputable al agente, bien por su conducta profesional o por su actuación u omisión en una actividad permitida social y jurídicamente que pueda causar un resultado dañoso”.

Seguidamente a la descripción de ambas figuras, continúa el Tribunal estableciendo unos criterios para su efectiva diferenciación, en este sentido, señala que:

“Mientras la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar u omitir”.

1.1. La imprudencia profesional en el ámbito sanitario y su estrecha relación con la *lex artis*

Con anterioridad se señalaba la necesidad de situarse en la posición del autor para determinar la infracción del deber de cuidado, confrontando sus conocimientos y la situación concreta. En el supuesto fáctico, la imprudencia vendrá determinada por los conocimientos que les eran exigibles a Iago Rouco (como matron en proceso de especialización), y a Marta Fiaño (como doctora especializada en ginecología); y la posibilidad de haber evitado el resultado lesivo en la situación concreta.

A la exigencia de estos conocimientos en el ámbito profesional que nos ocupa, el sanitario, se encuentra íntimamente ligado el término *lex artis* o *lex artis ad hoc*. Para RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, la *lex artis* sanitaria es el conjunto de reglas técnicas de cuidado de carácter general aprobadas por la comunidad científica y aplicables a la actividad médico-sanitaria¹¹. A la luz del caso, son el incumplimiento de estas normas de *lex artis* las que conforman una parte de la infracción del deber de cuidado exigible a Iago Rouco y Marta Fiaño. En aras de

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2021 (RJ 2021/1354).

¹¹ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, Pág. 104.

establecer cuales son estas normas vulneradas, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1991 establece que por *lex artis ad hoc* se entiende:

“Aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado)”¹².

Hay que tener en cuenta, y así lo ha señalado también el TS¹³, que la práctica sanitaria se caracteriza por ser una ciencia inexacta e incompleta, en la que entran en juego factores impredecibles, por lo que la jurisprudencia ha exigido no solo la efectiva infracción de la *lex artis* por parte del sanitario, sino también la adecuada relación de causalidad entre el proceder descuidado y el resultado antijurídico. De esta forma, el facultativo a lo que está obligado es a facilitar con plena dedicación todos los cuidados que el paciente requiera, conforme a la situación actual de los conocimientos en medicina y la *lex artis*¹⁴.

En el supuesto fáctico, se relata que Iago Rouco, se encuentra en un proceso de especialización en enfermería obstétrico-ginecológica, por tanto, cabe precisar cual será su grado de responsabilidad al encontrarse en un proceso de formación. La especialidad de enfermería obstétrico-ginecológica es una formación sanitaria especializada en maternidad y atención integral a la salud sexual y reproductiva de la mujer, de dos años de duración, y posterior al grado en enfermería¹⁵. Por consiguiente, Iago Rouco está graduado en enfermería, y a la luz del relato fáctico, desarrolla tareas como matrn residente en el Hospital Público Las Flores. En atención al supuesto de hecho, no es posible determinar si Iago Rouco se encontraba bajo supervisión alguna. En este sentido, 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 (Matrona), señala en su artículo 6.1, que: “Durante el primer año de formación dicha supervisión será de presencia física, teniendo un carácter decreciente durante el segundo año de formación, hasta alcanzar, al final del mismo, el grado de responsabilidad inherente al ejercicio autónomo de la profesión”.

Respecto a la responsabilidad penal del personal sanitario residente, han de tenerse en cuenta diferentes aspectos para su determinación, como pueden ser: la diligencia en su proceder, la formación y habilidades adquiridas, el grado de supervisión al que estuviese sometido o si hubo una extralimitación de sus funciones¹⁶. Por tanto, si bien es posible apreciar la concurrencia de responsabilidad penal en las actuaciones del personal sanitario residente, esta se determinará en función de las circunstancias del caso. En particular, el TS se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre esta cuestión. En su sentencia de 5 de

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1991 (RJ 1991/2209).

¹³ Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013/2430); 30 de noviembre de 2012 (RJ 2013/557); 25 de noviembre de 2010 (RJ 2011/1313) y 10 de mayo de 2007 (RJ 2007/3403).

¹⁴ MAGRO SERVET, V., *Guía práctica de responsabilidad sanitaria*, Ed. La Ley, Madrid, 2007, Pág. 41-42.

¹⁵ Así se desprende 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 (Matrona).

¹⁶ MARCO ATIENZA, C.M.; “La responsabilidad del personal sanitario en formación” en Revista Derecho y salud, núm. 1, 2019, Vol.29, Págs. 238-239.

diciembre de 2007, el alto tribunal eximió de responsabilidad a una medica residente por el fallecimiento de una paciente, al entender que su actuación había sido diligente. Además, señala el Tribunal que, la actuación de la medica residente exige examinarse a la luz de su titulación y capacitación profesional¹⁷. Por el contrario, en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1990, si se apreció la concurrencia de responsabilidad de un médico interno residente, al aplicar anestesia general a un paciente sin estar autorizado para ello¹⁸.

En definitiva, siendo la imprudencia el modo de comisión de los delitos que se desprenden del relato fáctico, y habiendo determinado la especial importancia del deber de cuidado en relación con la imprudencia en la práctica sanitaria, así como la posibilidad de apreciar responsabilidad penal en los actos llevados a cabo por Iago Rouco y Marta Fiaño; para la efectiva imputación de los hechos a estos sujetos, es preciso determinar la existencia de una relación de causalidad entre la conducta y el resultado.

1.2. Teoría de la imputación objetiva en la actuación de Iago Rouco y Marta Fiaño

En relación con la existencia de un nexo causal entre las conductas llevadas a cabo por Iago Rouco y Marta Fiaño, es preciso determinar si dichas acciones realizadas por ambos fueron adecuadas para producir el resultado lesivo.

En el delito imprudente, la teoría de la imputación objetiva goza de una especial relevancia, así se pone de manifiesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2020. La imputación objetiva debe entenderse como el juicio mediante el cual es posible establecer una conexión jurídica entre la acción imprudente y el resultado, siendo necesario constatar, por una parte, la infracción de una norma de cuidado; y por otra, la producción de una situación de riesgo para el bien jurídico protegido adecuada para producir el resultado lesivo¹⁹.

Así mismo, continúa la sentencia enumerando los criterios de imputación del resultado, destacando: la teoría del incremento del riesgo, la teoría del ámbito de protección de la norma, y, por último, la teoría de la evitabilidad. Siguiendo este orden, para la primera de ellas: “Es preciso que el resultado constituya la realización del riesgo generado por la acción y que la conducta del sujeto haya incrementado la probabilidad de producción del resultado comparándola con el peligro que es aceptable dentro del riesgo permitido”; por su parte, la teoría del ámbito de protección de la norma excluye la imputación del resultado cuando la consecuencia producida no está dentro de los supuestos que la norma pretende evitar; finalmente, conforme al último criterio, “habrá que preguntarse que hubiera sucedido si el sujeto hubiera actuado conforme a la norma”. En este sentido, si actuando conforme a la norma, el resultado se hubiese producido de igual forma, no cabe imputar el resultado al sujeto²⁰.

Particularmente, del relato fáctico se desprende un cúmulo de circunstancias cuya valoración es necesaria para determinar su idoneidad para producir el resultado lesivo. En este sentido, la reacción alérgica sufrida por Elisa Fiore, como consecuencia de no consultar

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2007 (RJ 2007/269).

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1990 (RJ 1990/10102).

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2020 (RJ 2020/2681).

²⁰ Ibid. Fundamento Jurídico 4º.

el historial médico donde se recogía su intolerancia al látex²¹. Por otra parte, en relación con la no monitorización de la frecuencia cardíaca fetal, la estrategia de atención al parto normal en el Sistema Nacional de Salud²², señala como recomendación durante el período de dilatación: “Realizar una monitorización y control del bienestar fetal adecuado a las recomendaciones de la OMS”²³. Así mismo, respecto al hecho de no dejar constancia de las actuaciones realizadas, de la LBAP se desprende la importancia de que en la historia clínica queden reflejados de manera detallada todos los procesos asistenciales a los que sea sometido el paciente, lo cual contrasta con la actuación llevada a cabo por Iago Rouco. Finalmente, en atención a la determinación de las actuaciones que podrían dar lugar a responsabilidad penal por parte del personal sanitario involucrado, destaca también la decisión de la doctora Marta Fiaño de no practicar una cesárea de urgencia; en este sentido, el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de diciembre de 2010, declara la existencia de responsabilidad, ante una actuación sanitaria pasiva pese a la sintomatología grave de la paciente²⁴.

2. Delito de aborto

El delito de aborto se regula en nuestro ordenamiento jurídico a través del CP, el cual le dedica su Título II bajo la rúbrica “Del aborto”, dando respuesta jurídica a las conductas penalmente relevantes en materia de aborto a través de cuatro artículos (Arts. 144 a 146 CP). Resulta importante incidir en esta terminología de conductas penalmente relevantes, ya que en el año 2010, a través de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se regularon los casos en que se permite a una mujer llevar a cabo el aborto de forma lícita.

El artículo 15 de la CE reconoce el derecho fundamental a la vida, sin embargo, el propio TC afirmó que, pese a que no se puede considerar al concebido no nacido como titular de este derecho, esto no significa que no forme parte del bien jurídico protegido que tutela dicho precepto, pues pese a que no reúna las condiciones necesarias para ser titular del derecho subjetivo que se menciona en el artículo, el *nasciturus* es portador del bien jurídico protegido²⁵, y como tal, merece una especial protección que se configura a través de los delitos de aborto y lesiones al feto.

Hay que tener en cuenta que Elisa Fiore ingresa en el Hospital embarazada de 7 meses, no llegando a producirse el alumbramiento, por lo que estamos ante una situación de carácter prenatal. El artículo 30 del CC, señala que: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”, en este sentido, para el caso en cuestión, es preciso descartar la posibilidad de tipificar la conducta como un homicidio. Así mismo, al hablar de un delito de aborto, cabe también descartar un delito de lesiones al feto, pues estas se ven consumidas por el aborto. Así pues,

²¹ El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia de 15 de noviembre de 2006 (JUR 2007/164970), declara la negligente actuación del personal sanitario, al administrar un fármaco a una paciente, cuya intolerancia fue recogida previamente en la valoración de enfermería.

²² Estrategia de atención al parto normal en el Sistema Nacional de Salud. Ministerio de Sanidad. Disponible en: <https://www.seguras.es/Asistencia-sanitaria/Documents/89/ESTRATEGIA%20Parto%20normal%20SNS.FIN.pdf>

²³ En este sentido, la OMS, en su informe “Recomendaciones para la estimulación del trabajo de parto” señala la necesidad de vigilar y monitorizar de manera apropiada. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/200213/WHO_RHR_15.05_spa.pdf;jsessionid=706A4627C9BC9D5E3D2369FF496A8994?sequence=1

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2010 (RJ 2011/137).

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 (RTC 1985/53). Fundamento Jurídico 5º.

para proceder al encuadre de la conducta antijurídica del caso, es importante señalar tanto aquellos casos en los que el aborto es lícito, como aquellas hipótesis en las que se penaliza.

El aborto será lícito cuando, en primer lugar, sea practicado por un médico especialista o bajo su dirección, en un centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado; y, en segundo lugar, exista consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal²⁶, y siempre que concurren alguna de estas tres circunstancias: indicación terapéutica, indicación eugenésica o interrupción por petición de la mujer. Como contrapartida, los artículos 144 a 146 del CP, señalan cuatro supuestos en los que el aborto será penado: aborto carente de consentimiento por parte de la mujer (art. 144 CP), aborto con consentimiento de la mujer (art. 145.1 CP), autoaborto o consentimiento de la mujer para el aborto (art. 145.2. CP) y aborto imprudente (art. 146 CP).

2.1. El aborto del art. 146 CP

Con relación al delito de aborto, en el supuesto fáctico, las conductas llevadas a cabo por Marta Fiaño son constitutivas de un delito de aborto imprudente, tipificado en el artículo 146 del CP. Particularmente, el artículo 146 del CP, señala que:

“El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto”

Por tanto, el propio precepto califica en su primer párrafo la conducta como una imprudencia grave. Al mismo tiempo, en su segundo párrafo se recoge una circunstancia agravante para el caso en que el aborto fuese cometido por imprudencia profesional, tal y como ocurre en el caso, puesto que la conducta fue llevada a cabo por una profesional sanitaria. Según SUANCES PÉREZ, el segundo párrafo del artículo 146, introduce una “modalidad cualitativamente diferente”, que exige una relación ente el aborto y el ejercicio de la actividad profesional²⁷.

El relato fáctico conduce a la comisión de un delito de aborto imprudente por parte de la doctora Marta Fiaño, y no así por el enfermero en proceso de especialización Iago Rouco. Pese a que la conducta llevada a cabo por ambos fue negligente, ciertos detalles presentes en el supuesto conducen a encuadrar la conducta de Iago Rouco en un delito de lesiones imprudentes, y la de Marta Fiaño, en ambas figuras delictivas.

En un primer momento, Iago Rouco no consulta ni el cuadro clínico ni el historial médico de la paciente, procediendo a administrarle oxitocina, a su vez, tampoco monitoriza las contracciones; si bien es cierto que estas no eran suficientes para la necesaria inducción al parto. Por ello, no podemos determinar que su conducta sea constitutiva de un delito de aborto, pues tal y como se desprende de la SAP de Córdoba de 22 de marzo de 2002, la administración de una dosis superior a la recomendada de oxitocina y la falta de

²⁶ Art. 13 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

²⁷ SUANCES PÉREZ, F.; *El delito de aborto. La modificación de indicaciones*, en AA.VV, *Lecciones de Derecho Sanitario*. GÓMEZ Y DÍAZ-CASTROVERDE, J.M. (coord.), Universidad de A Coruña, A Coruña, 1999.

monitorización inicial, no son omisiones e infracciones del deber de cuidado suficientes imputables a la muerte del feto²⁸.

Distinto es el caso de la doctora especializada en ginecología, Marta Fiaño, pues pese a que esta si monitoriza la frecuencia, intensidad y duración de las contracciones, la doctora no consulta el historial clínico hasta percatarse del cuadro de hiponatremia que presentó la paciente, para seguidamente actuar conforme a la intolerancia al látex que en el se recogía. Sin embargo, lo realmente determinante para imputar a la doctora Fiaño la comisión del delito de aborto imprudente es el hecho de que, pese a apreciar en la exploración ginecológica una pérdida del líquido amniótico y desaceleración del pulso fetal, decide no someter a la paciente a una cesárea de urgencia, pudiendo de esa forma evitar la muerte del feto.

Finalmente, he de señalar que el artículo 146 CP contempla una pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses. Así mismo, cuando se trate de un aborto por imprudencia profesional, tal y como ocurre en el supuesto fáctico, se impondrá una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años.

3. Delito de lesiones

Respecto a las lesiones negligentes contra su integridad física y psíquica que denuncia la paciente, Elisa Fiore, estas pueden ser constitutivas de un delito de lesiones regulado en el Título III del Libro II del CP. Con respecto a la efectiva concurrencia de dichas lesiones en el presente caso, hay que proceder al análisis de diferentes aspectos para determinar el tipo de lesión en el que podemos encuadrar la conducta.

En primer lugar, es preciso delimitar el bien jurídico que se protege en el delito de lesiones. A estos efectos, tomaremos en consideración la doctrina de la Fiscalía General del Estado, en virtud de la cual se desprende que el bien jurídico protegido es la integridad corporal y la salud física o psíquica de las personas²⁹.

La regulación del delito de lesiones se halla en los artículos 147 a 156 del CP, configurándose de tal modo que, partiendo de un tipo básico, se desgranar una serie de tipos atenuados, agravados, imprudentes y específicos. Así mismo, también se regula el castigo de los actos preparatorios. El artículo 152 del CP se encarga de regular el delito de lesiones imprudentes. Específicamente, este precepto contempla las lesiones cometidas por imprudencia profesional, figura delictiva en la que es posible encuadrar las lesiones sufridas por Elisa Fiore a causa del incorrecto proceder del personal sanitario.

3.1. Delito de lesiones imprudentes

El mencionado precepto 152 del CP se articula en dos vertientes, regulando en su primer apartado las lesiones imprudentes graves, y en el segundo, las lesiones imprudentes menos graves. A tenor del propio artículo, la causación de lesiones por imprudencia leve no es constitutiva de delito. Así mismo, el artículo 152 del CP, solo toma en consideración

²⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 22 de marzo de 2002 (ARP 2002/330). Fundamento Jurídico 10º.

²⁹ Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1990, de 1 de octubre, sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-1990-00002>

aquellas lesiones que se encuadren dentro del tipo básico del art 147.1 CP, o las agravadas de los artículos 149 y 150 CP.

Partiendo de esta distinción entre imprudencia grave o menos grave, es importante tener en cuenta que el supuesto se desarrolla en un establecimiento sanitario, y la conducta punible es llevada a cabo por dos sanitarios. Por tanto, estaríamos hablando de unas lesiones cometidas por imprudencia profesional, cuya causación a tenor del propio precepto, reviste la calificación de imprudencia grave, regulada en el apartado primero del artículo 152 del CP. Es preciso señalar que la conducta consiste en causar una de las lesiones previstas en los artículos anteriores concurriendo imprudencia grave, entendiendo por tal la grave infracción de las normas objetivas y personales de cuidado que en régimen de previsibilidad y evitabilidad causan el resultado lesivo³⁰.

El artículo 152 del CP exige encuadrar la conducta en uno de los diferentes tipos punibles que se describen en los artículos 147.1, 149 o 150 CP. A la luz de los hechos narrados en el supuesto, se nos presenta la causación de unas lesiones negligentes contra la integridad física y psíquica de Elena sin precisar más detalle, por tanto, la insuficiencia de datos obliga a contemplar diversas posibilidades en función de la magnitud de las lesiones que hubiera podido sufrir Elisa Fiore. En todo caso, del relato fáctico se puede inferir que dichas lesiones derivan tanto de la reacción alérgica sufrida a causa de la administración de oxitocina, como de los posibles daños físicos y psicológicos derivados de la pérdida del feto.

En primer lugar, el artículo 147.1 del CP regula el tipo básico de lesiones, a tenor del propio precepto:

“El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, 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”.

En este sentido, la norma exige la concurrencia de cuatro requisitos conectados entre sí. Primeramente, que por cualquier medio o procedimiento se cause una lesión; en segundo lugar, que dicha lesión, menoscabe la integridad corporal o la salud física o mental de una persona; en tercer lugar, que la sanación de la lesión requiera objetivamente una primera asistencia facultativa; y, por último, que además de esa asistencia facultativa, la sanación también requiera de un tratamiento médico o quirúrgico.

En segundo lugar, el artículo 149 del CP, regula uno de los tipos agravados del delito de lesiones. La conducta se materializa en causar, de nuevo por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o inutilidad³¹ de un órgano o miembro principal, de un sentido, impotencia o esterilidad, grave deformidad, grave enfermedad somática o psíquica o mutilación genital. Por último, el artículo 150 del CP, tipifica la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal.

³⁰ QUINTANAR DÍEZ, M., ZABALA LÓPEZ GÓMEZ, C.; *Elementos de Derecho Penal Parte Especial I. Delitos Contra las Personas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, Pág. 70.

³¹ Respecto a la inutilidad de un órgano o miembro principal, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2017 (RJ 2017/5876), señala que será suficiente que se aprecie un menoscabo sustancial de carácter definitivo.

Por tanto, el encuadre de la conducta en uno u otro tipo de lesiones dependerá de la gravedad de las mismas. En atención a la determinación de la pena, si finalmente se apreciase que las lesiones sufridas por Elisa Fiore son de tipo básico, se castigarán con pena de prisión de tres meses a seis meses, o multa de seis a dieciocho meses (art. 152.1.1º CP). Si por el contrario, las lesiones reviste el carácter de los tipos agravados, la pena será de uno a tres años para las lesiones del artículo 149 CP; y de seis meses a dos años si las lesiones son constitutivas del tipo regulado en el artículo 150 CP.

4. Tipo especial: la inhabilitación profesional

A tenor del segundo párrafo del artículo 146 del CP: “Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años”; y del tercer párrafo del artículo 152 del CP: “Si las lesiones hubieran sido cometidas por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a cuatro años.”. Tenemos aquí por tanto un tipo especial previsto por los propios preceptos que se concreta en la imposición de una pena de inhabilitación profesional para el caso de que el aborto y las lesiones imprudentes fuesen cometidas por un profesional.

Atendiendo a la redacción actual del Código Penal, la inhabilitación profesional se prevé como pena y como medida de seguridad, pero en ningún caso aparecerá como pena única, sino cumulativa a una de prisión o multa³². La pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, se reconoce en primer lugar en el artículo 32 del CP como una pena privativa de derechos, posteriormente se hace referencia a ella de forma específica en el apartado b) del artículo 39 del CP, y finalmente es el artículo 45 del CP el que determina la necesidad de concretarla expresa y motivadamente en la sentencia, señalando además que el fin de dicha pena es privar al penado de la facultad de ejercer la profesión, oficio o cargo durante el tiempo de la condena.

Así mismo, también se contempla como pena principal en algunos preceptos del CP en atención al sistema *numerus clausus* que rige para los delitos imprudentes, en ellos se prevé la pena de inhabilitación profesional como cumulativa a la correspondiente pena de privación de libertad o multa³³. Tal y como ocurre en el supuesto de hecho que nos atañe, pues vemos que son los propios preceptos aplicables al caso los que prevén de forma específica la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión por una duración de uno a tres años, cumulativos a una pena de prisión de tres a cinco meses, o multa de seis a diez meses en el caso del delito de aborto imprudente; y una duración de seis meses a cuatro años, cumulativos a una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses en el caso del delito de lesiones imprudentes.

Respecto al presupuesto de aplicación de esta pena, para RAMOS VÁZQUEZ, el presupuesto de su aplicación radica en el hecho de haber sido condenado el sujeto como autor o partícipe de dicho delito, es decir, la pena se configura como consecuencia jurídica de la comisión de un determinado delito³⁴. Particularmente, a la luz del relato fáctico, esta

³² RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *La pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio*, en AA.VV., *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*. FARALDO CABANA, P., PUENTE ABA, L.M. (coord.), Ed. Tirant Lo Blanch, México, 2013, Pág. 107.

³³ DE VICENTE REMESAL, J., “La pena de inhabilitación profesional en el ámbito médico” en Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, núm. 12/2000, Págs. 4.

³⁴ RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *La pena de inhabilitación especial... Op. cit.* Pág. 109.

pena vendría impuesta por la comisión de un delito de aborto y lesiones imprudentes, por parte de Marta Fiaño y Iago Rouco.

Esta punición que determina el CP en cuanto a los delitos cometidos por imprudencia profesional funciona como una medida accesoria que se impone en atención a la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión que revela la conducta realizada, pudiéndose concretar esta incapacidad en la falta de pericia profesional, un déficit de los conocimientos que le son exigibles por su cualificación profesional o en una defectuosa aplicación de los mismos³⁵.

5. Consecuencias disciplinarias

La Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, regula en su Capítulo XII, el régimen disciplinario al que se somete el personal estatutario de los servicios de salud. Hay que tener en cuenta que en el supuesto de hecho se ven involucrados dos sujetos que prestan servicios en el SERGAS, pero en condiciones dispares. El régimen disciplinario que se le aplicará a la doctora Marta Fiaño será el de la citada norma, debido a su condición de personal estatutario del SERGAS. Por el contrario, Iago Rouco se encuentra en un proceso de especialización como enfermero residente, respecto al régimen disciplinario se que le es aplicable, hay que atender a lo dispuesto 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.

El artículo 71.1 del la Ley 55/2003, hace referencia a los principios que rigen la potestad disciplinaria de los servicios de salud, que son: tipicidad, eficacia y proporcionalidad. Por otra parte, especial atención merece lo dispuesto en el segundo apartado, a tenor del cual:

“Los órganos competentes de cada servicio de salud ejercerán la potestad disciplinaria por las infracciones que cometa su personal estatutario, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial, civil o penal que pueda derivarse de tales infracciones”.

En este sentido, hay que tener en cuenta que, si bien no es incompatible ejercer la potestad disciplinaria y a su vez, apreciar otro tipo de responsabilidades en vía judicial, en atención al principio *ne bis in idem*, no será posible castigar al personal sanitario administrativa y penalmente con el mismo fundamento. A estos efectos, resulta interesante invocar la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1981, pues constituye el primer pronunciamiento del TC sobre la prohibición de imponer una duplicidad de sanciones con igualdad de sujeto, hecho y fundamento. Concretamente el Tribunal señaló que:

“El principio general del derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración”³⁶.

Así mismo, el TC, continúa declarando la estrecha relación del principio *ne bis in idem* con el artículo 25 CE, legitimando así la posibilidad de invocarlo en amparo:

³⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., RAMOS TAPIA, M.I., *Lecciones De... Op. cit.* Pág. 143.

³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1981 (RJ 1981/2). Fundamento Jurídico 4º.

“No obstante, podemos señalar que, si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (artículo 53 número 2 de la Constitución y 41 de la LOTC) no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9.º del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución.”

A la luz de este pronunciamiento, se determina la posibilidad de conjugar sanciones administrativas y penales, siempre y cuando su fundamento sea diferente. Para el caso en cuestión, se establece la posibilidad de que Marta Fiaño y Iago Rouco respondan disciplinariamente por los hechos derivados de su conducta, y además, cada uno lo hará conforme a su condición.

Por otra parte, es preciso señalar que si bien las normas que rigen en materia disciplinaria varían en función de la condición del personal sanitario (estatutario o residente), en lo relativo a la tipificación de las faltas, el Real Decreto 1146/2006, se remite a la Ley 55/2003. Las faltas se clasifican en: leves, graves y muy graves³⁷. A estos efectos, el artículo 72 de la Ley 55/2003, recoge un amplio catálogo de conductas susceptibles de ser sancionadas conforme a su calificación.

Para el caso del personal estatutario (Ley 55/2003), a las faltas muy graves les corresponden las siguientes sanciones (Art. 73.1): separación del servicio, traslado forzoso y suspensión de funciones (durante un mínimo de 2 años y un máximo de 6 años). En segundo lugar, como consecuencia de la comisión de faltas graves (Art. 73.1), se contemplan las siguientes sanciones: suspensión de funciones (por un máximo de 2 años) y traslado forzoso a otro centro sanitario durante al menos 2 años. Por último, la sanción por la comisión de una falta leve se materializa a través de un apercibimiento por escrito (Art. 73.1). Seguidamente, el apartado tercero del artículo 73 precisa que:

“La determinación concreta de la sanción se efectuará tomando en consideración el grado de intencionalidad, descuido o negligencia que se revele en la conducta, el daño al interés público, cuantificándolo en términos económicos cuando sea posible, y la reiteración o reincidencia”.

Respecto al régimen sancionador del personal sanitario residente, hemos de remitirnos al artículo 14 del RD 1146/2006. Con carácter general, la comisión de faltas muy graves lleva aparejada el despido; las faltas graves supondrán la suspensión de empleo y sueldo (durante 2 meses como máximo); y en el caso de incurrir en una falta leve, la sanción será de apercibimiento.

En cuanto a la prescripción de las sanciones, los plazos también difieren. El personal estatutario está sometido a mayores plazos de prescripción. En este sentido, las faltas muy graves, graves y leves, prescriben a los cuatro años, dos años y seis meses respectivamente³⁸. Sin embargo, si se trata de personal sanitario residente, el plazo de prescripción de las faltas se concreta en días: diez días si se trata de una falta leve; veinte días en caso de falta grave;

³⁷ Artículo 72.1 de la Ley 55/2003 de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, y artículo 13.1 del 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.

³⁸ Artículo 73.4 de la Ley 55/2003 de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

setenta días si se comete una falta muy grave; y en todo caso a los seis meses desde la comisión del hecho³⁹.

V. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PATRIMONIAL DEL SERGAS Y DEL PERSONAL SANITARIO

1. Consideraciones previas

1.1. Alcance constitucional

Debemos preguntarnos qué ocurre cuando un ciudadano sufre una lesión a causa del funcionamiento de un servicio público, como lo es el Hospital Público Las Flores. El constituyente no ha sido ajeno a esta problemática, y en el artículo 106.2 de la CE, reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Es preciso matizar el alcance de este precepto a la luz de la jurisprudencia del TC. En este sentido, cobra especial relevancia la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2018. En este pronunciamiento, se reconoce el carácter general del ámbito de aplicación del artículo 106.2 CE, resultando aplicable a todas las Administraciones del Estado⁴⁰. Seguidamente, continúa la sentencia precisando el ámbito de delimitación subjetiva del alcance del artículo 106.2 CE, concretamente señala que:

“Este Tribunal ha afirmado, no obstante, que el artículo 106.2 CE no puede servir de base para exigir responsabilidad patrimonial al Estado en su dimensión de poder legislativo; el Estado-legislador puede, por ello, excluir la indemnización de los daños por él mismo generados sin vulnerar el artículo 106.2 CE, y ello sin perjuicio de que pueda resultar infringido otro precepto constitucional, en cuanto que dicha norma resulta aplicable únicamente a la actividad administrativa, no a la legislativa”

Por último, en el fundamento jurídico quinto, el Tribunal señala que son criterios objetivos los que rigen el régimen constitucional de responsabilidad de la Administración. En este sentido, no sólo bastará con establecer un nexo causal, sino que también es preciso realizar un juicio de imputación del daño según el cual sea posible enlazar el daño con la actividad de la Administración pública⁴¹.

1.2. Marco legal

Dado que la cuestión a tratar en este punto abarca varios extremos, es preciso distinguir la normativa aplicable en relación con el análisis de la responsabilidad civil y patrimonial derivada del aborto y las lesiones negligentes sufridas por Elisa.

El legislador materializó la tarea encomendada por el constituyente, en materia sanitaria, a través de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, disposición que goza de la condición de norma básica y a la cual debe atenerse cualquier disposición dictada por las CCAA en el desarrollo de su competencia en materia de sanidad. En esta línea, el legislador

³⁹ Artículo 16 del 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.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2018 (RTC 2018/112). Fundamento Jurídico 4º.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2018 (RTC 2018/112). Fundamento Jurídico 5º.

gallego, promulga la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, en aras del desarrollo competencial que le fue atribuido, y cuyo objeto se define en su artículo primero, a tenor del cual:

“La presente ley tiene por objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia, el derecho constitucional a la protección de la salud en el marco de las competencias que le atribuye el Estatuto de autonomía, mediante la ordenación del Sistema de Salud de Galicia, que comprende los sectores sanitarios público y privado, y la regulación del Sistema Público de Salud de Galicia y de los derechos y deberes sanitarios de la ciudadanía gallega, así como de los instrumentos que garantizan su cumplimiento”.

Además, en relación con el supuesto de hecho, se erige también como cuestión relevante el consentimiento informado, por ello es preciso atender a la regulación estatal y autonómica reguladora del mismo. A nivel estatal nos encontramos con 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. Mientras que en Galicia contamos también con la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, que habilita la creación de la Comisión de consentimiento informado de Galicia, objeto de análisis en el posterior apartado.

Finalmente, en sintonía con el orden que se seguirá en los apartados posteriores, en aras de determinar la responsabilidad civil y patrimonial por parte del personal sanitario y del SERGAS, se atenderá a lo dispuesto en el Código Penal, Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley del Régimen Jurídico del Sector Público y Ley del Contrato de Seguro. Además, en conexión con esto, se realizará una aproximación al sistema de valoración de los daños y perjuicios causado a las personas en accidentes de circulación, contenido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, por la tendencia jurisprudencial a aplicar el referido sistema en ámbitos distintos al de la circulación, en especial, en el ámbito sanitario.

2. Información facilitada a Elisa Fiore: el consentimiento informado

La configuración del consentimiento informado como derecho del paciente responde a un cambio tanto social como jurídico en cuanto a la concepción de las prestaciones sanitarias. Se abandona la tendencia paternalista de antaño, para dar paso a una nueva situación en la que el paciente y sus derechos se configuran como protagonistas⁴². En cuanto al cambio de perfil que se produjo en los propios pacientes, es posible señalar que actualmente estamos ante un paciente más exigente, más informado y preocupado en cuanto a su salud, y conocedor de los derechos que le asisten⁴³.

En el supuesto fáctico, Iago Rouco, sin consultar el cuadro clínico, le comunica a Elisa Fiore que le van a provocar el parto, sin transmitirle más información. Por su parte, de las actuaciones realizadas por la doctora Marta Fiaño, tampoco podemos inferir, a la luz del relato, la prestación de información previa alguna.

Para realizar una aproximación al concepto de consentimiento informado es preciso acudir a la LBAP que se encarga de definirlo. En atención a dicha normativa, debemos entender

⁴² Vid. Exposición de motivos de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes

⁴³ SÁNCHEZ GÓMEZ, A.; “La información al paciente y el consentimiento informado en el derecho español. Referencia legal y jurisprudencial. La mala praxis médica” en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 8/2014, 2014, Pág. 1-2.

por consentimiento informado la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecte a su salud⁴⁴.

El consentimiento informado adquiere una especial importancia tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 2011⁴⁵. En ella, se declara que, pese a que el artículo 15 de la CE no hace referencia expresa al consentimiento informado, este se configura como una vertiente del derecho fundamental a la integridad física y moral. En el fundamento jurídico quinto de la mencionada sentencia, el TC califica como inherente al derecho a la integridad física, el consentimiento que el paciente debe prestar a cualquier práctica médica que se realice sobre su persona. Señala el Tribunal que, para consentir libremente, será imprescindible que el paciente cuente previamente con la información apropiada, en este sentido, afirma que:

“El consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación”.

Esta importancia se refuerza, si tenemos en cuenta la configuración del consentimiento informado como presupuesto y elemento esencial de la *lex artis*, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de noviembre de 2016⁴⁶.

Por tanto, el consentimiento informado requiere un paso previo de información al paciente sobre las prácticas médicas que se van a realizar, así como los posibles riesgos que se puedan presentar como consecuencia de las mismas. A estos efectos, el Tribunal Supremo ha declarado que la información proporcionada ha de ser: verdadera, comprensible y adecuada⁴⁷. Además, SÁNCHEZ GÓMEZ precisa que solo tras recibir una información correcta y completa el paciente estará en condiciones de consentir de una forma consciente y libre la actuación que precise⁴⁸. Dicha información previa y posterior consentimiento han de ser verbales, recurriendo a la forma escrita en determinados supuestos⁴⁹. Sin embargo, se ha generalizado en la práctica sanitaria el uso de la forma escrita para la prestación del consentimiento informado incluso para los procedimientos más sencillos⁵⁰. No obstante, el hecho de que la prestación del consentimiento revista forma escrita no tendrá valor *ad solemnitatem*, si no *ad probationem*⁵¹, es decir, pese a que se presente prueba escrita del consentimiento informado, este documento admitirá prueba en contrario. Además, es preciso tener en cuenta que el valor de la prueba verbal no es menor, pues tal y como recoge

⁴⁴ Definición extraída del art. 3 de la LBAP.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011/37).

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5649).

⁴⁷ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2013 (RJ 2013/3384).

⁴⁸ SÁNCHEZ GÓMEZ, A.; “La información al paciente... *Op. cit.*, Pág. 3.

⁴⁹ La ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, de la Xunta de Galicia, señala en su art. 3 que el consentimiento se prestará por escrito en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, y, en general, en la aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

⁵⁰ DÍAZ MARTÍNEZ, A.; “El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral. Comentario a la STC 37/2011, de 28 de marzo” en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 5/2011, 2011, Pág. 9.

⁵¹ *Ibid.* Pág. 18.

el artículo 15 de la LBAP, el consentimiento informado quedará registrado en el historial clínico del paciente.

En el supuesto fáctico, no podemos hablar de la prestación de un consentimiento informado por parte de Elisa Fiore. Para ello, debemos tener en cuenta que la única información previa a las prácticas médicas a las que fue sometida se materializó en la comunicación por parte de Iago Rouco de la necesidad de provocar el parto por riesgo de sufrimiento fetal, información que carece de los requisitos impuestos tanto por la ley estatal como la autonómica para considerarla válida a efectos de prestar el posterior consentimiento. A la luz del caso, debemos tener en cuenta dos cuestiones, en primer lugar, a Elisa no se le comunicó de una forma comprensible los procesos a los que posteriormente fue sometida, y en segundo lugar, tampoco se le informó de los riesgos que tanto la estimulación como la inducción al parto llevan consigo⁵², en consecuencia, no se puede hablar de un efectivo consentimiento informado prestado por Elisa Fiore, ni tampoco de la contraparte previa que debe prestar el sanitario materializada en el deber de información.

2.1. La violencia obstétrica y su relación con el deber de información y el consentimiento informado en el parto

En nuestra legislación no existe una regulación en cuanto a la figura de la violencia obstétrica, por ello es preciso remitirse a la normativa internacional para definir este concepto. La violencia obstétrica es la violencia que sufren las mujeres durante el momento de atención al parto en los centros hospitalarios y de salud⁵³. En base a esto, como el sujeto sobre el que recae la agresión siempre será una mujer como consecuencia de su capacidad reproductiva, hay que tener en cuenta la posibilidad de configurarla como una forma de violencia contra la mujer⁵⁴.

Se ha concretado la importancia del derecho a la información y posterior necesidad de prestar consentimiento a las prácticas médicas. En concreto, los derechos de autonomía, intimidad, confidencialidad, consentimiento y opción con conocimiento de causa⁵⁵, se erigen como presupuestos básicos para una correcta prestación sanitaria conforme a las decisiones del paciente. Estos derechos han de ser respetados durante el embarazo y el parto, la mujer ha de ser informada de todos los procedimientos a los que será sometida para poder prestar un consentimiento efectivo e informado sobre las mismas.

En el supuesto de hecho se ponen de manifiesto diferentes situaciones que a luz de la normativa internacional podrían ser constitutivas de violencia obstétrica. En este sentido, Elisa Fiore es sometida de forma reiterada al suministro de oxitocina. Este medicamento,

⁵² Así se desprende del Informe sobre la Atención al Parto y Nacimiento en el Sistema nacional de Salud del Ministerio de Sanidad. Disponible en: https://www.mscbs.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/InformeFinalEAPN_revision8marzo2015.pdf

⁵³ Definición extraída del Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias acerca de un enfoque basado en los derechos humanos del maltrato y la violencia contra la mujer en los servicios de salud reproductiva, con especial hincapié en la atención del parto y la violencia obstétrica, de 11 de julio de 2019. Pág. 7. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N19/213/30/PDF/N1921330.pdf?OpenElement>

⁵⁴ BUSQUETS GALLEGU, M.; “La violencia obstétrica en el embarazo y el parto desde la perspectiva de la vulneración de derechos: autonomía y consentimiento informado” en Revista del Seminario Interdisciplinar de Estudios de las Mujeres de la Universidad de León núm. 14, 2019, Pág. 250.

⁵⁵ Recomendación general Nº 24 sobre “La Mujer y la Salud” de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer de 1979, 31.e).

administrado de forma indebida, puede causar mortinatalidad, ruptura uterina y fuertes dolores⁵⁶. Por otra parte, tampoco se recomienda que los exámenes ginecológicos sean realizados por personal sin experiencia. Si bien del relato fáctico no podemos inferir que Iago Rouco le practicase ningún examen ginecológico, su condición de residente en período de formación, no lo hace apto para ello, según la recomendación de la ONU. Además, Elisa no recibió información alguna sobre las prácticas que posteriormente le fueron realizadas, se vulneró su derecho a la autonomía y posibilidad de tomar decisiones conforme a la situación.

En la legislación española no se contempla la figura de la violencia obstétrica, pese a ello, varias mujeres han presentado denuncias ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU como consecuencia de haber sufrido violencia obstétrica en centros hospitalarios públicos españoles⁵⁷. En concreto, las denuncias han sido fundadas en relación con una actuación sanitaria negligente, realización de prácticas innecesarias y carentes de consentimiento informado⁵⁸.

Por tanto, para ofrecer una correcta prestación sanitaria a las mujeres durante el parto, en primer lugar, esta ha de ser informada de los riesgos y de las opciones que presenta su concreta situación. Posteriormente, la mujer ha de consentir las prácticas médicas a las que va a ser sometida. Solo respetando los principios configuradores de la autonomía del paciente y prestando una posterior actuación sanitaria conforme a la *lex artis*, será posible erradicar la violencia obstétrica.

3. Responsabilidad civil derivada de los delitos de aborto y lesiones negligentes

A la luz del artículo 1.092 del CC: “Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal”. este precepto y sus sucesivos, regulan lo que se conoce como responsabilidad civil extracontractual. La responsabilidad civil extracontractual se fundamenta en la existencia de un daño a un tercero, sin necesidad de que medie una relación contractual a la que imputar el deber de responder por el mismo⁵⁹. Respecto a la apreciación de esta institución, y por tanto, de la obligación de responder por el daño ocasionado, el TS en su sentencia de 29 de octubre de 2008 ha precisado que:

"Para que la responsabilidad extracontractual, regulada en el artículo 1902 del Código Civil, sea admitida, se hace preciso la conjunción de los requisitos siguientes: uno, subjetivo, consistente en la existencia de una acción u omisión generadora de una conducta imprudente o negligente atribuible a la persona o entidad contra la que la acción se dirige; otro, objetivo, relativo a la realidad de un daño o lesión; y, por último, la relación causal entre el daño y la falta"⁶⁰

La responsabilidad civil por daños prevista en el artículo 1092 del CC se regula en el Título V del CP, bajo la rúbrica “De la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales”, se encarga de regular este asunto a través de los artículos 109 a 126. En concreto, el artículo 109 del CP viene a señalar que la comisión del un delito llevará inherentemente consigo la obligación de reparar los daños y perjuicios que deriven del

⁵⁶ Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer... *Op, cit.* Pág 11.

⁵⁷ FLORES, S.; (29 de diciembre de 2018). Cuatro denuncias españolas por violencia obstétrica son llevadas ante la ONU. Observatoriodeviolencia.org. Disponible en: <https://observatorioviolencia.org/cuatro-denuncias-espanolas-por-violencia-obstetrica-son-llevadas-ante-la-onu/>

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ RODRÍGUEZ-CANO BERCOVITZ, R.; *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*, Bercal S.A, Madrid, 2017, Págs. 240-241.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2008 (RJ 2008/5801).

mismo. No obstante, esta responsabilidad no es ilimitada, sus extremos se determinan en el artículo 110 del CP, de forma que la responsabilidad civil derivada del delito comprenderá: la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales. En consonancia con este último punto, el artículo 113 establece quienes serán los titulares de dicha indemnización: el agraviado y sus familiares o terceros a los que se hubiere irrogado algún perjuicio como consecuencia del delito. En este sentido, Tomás Gómez, en su condición de familiar, también podría verse beneficiado ante una posible indemnización por perjuicios morales. A pesar de esto, también cabe la posibilidad de que el perjudicado se reserve la acción civil para ejercerla ante dicha jurisdicción, en cuyo caso ha de esperar a la finalización del proceso penal⁶¹.

Hay que tener en cuenta que en el supuesto fáctico hablamos de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito de aborto y lesiones imprudentes cometidas por personal sanitario a cargo del SERGAS. Por ello, especial atención merece el artículo 121 del CP, que señala que:

“El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, 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 en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria”.

Por otra parte, el mencionado precepto también reconoce la necesidad de dirigir la pretensión de forma simultánea contra la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos y la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario, para el caso de reclamar la responsabilidad civil en el proceso penal.

En suma, la comisión de los delitos de aborto y lesiones imprudentes llevan aparejadas el nacimiento de responsabilidad civil para sus autores y subsidiariamente para el servicio público del que estos dependan. Además, Elisa Fiore podría instar ante la jurisdicción penal, demanda por los delitos de aborto y lesiones imprudentes, y la responsabilidad civil que derive de ellos, que ha de ir dirigida contra Iago Rouco, Marta Fiaño y el SERGAS. Del tenor del propio precepto se infiere el nacimiento de una responsabilidad solidaria entre Iago Rouco y Marta Fiaño, que como actores de la conducta penalmente relevante, deben responder de las responsabilidades civiles que deriven de la misma. En este sentido, el precepto también señala la obligatoriedad de la Administración a responder subsidiariamente por las responsabilidades que se deriven del personal a su servicio. En definitiva, lo que se establece es que, en caso de que los actores no puedan hacer frente al pago, la Administración en cuestión, en este caso el SERGAS, responderá del mismo, sin perjuicio de que posteriormente esta pueda repetir el cobro frente a los actores⁶².

4. Responsabilidad patrimonial del SERGAS

La respuesta del legislador a la protección constitucional contenida en el artículo 106.2 de la CE, sobre el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión sufrida

⁶¹Artículo 111 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁶² Artículo 36.2 de la LRJSP.

en sus bienes o derechos a causa del funcionamiento de los servicios públicos, se regula actualmente en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.

La LRJSP en su Capítulo IV, bajo la rúbrica “De la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”, y concretamente en su artículo 32.1, reconoce el derecho de indemnización a los particulares que hayan sufrido cualquier lesión en sus bienes como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, excluyendo aquellos casos de fuerza mayor o en los que el particular tenía el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. En este sentido, será la Administración Pública la que deba indemnizar al particular. En el supuesto de hecho, dicha reclamación recaerá sobre el SERGAS, puesto que la asistencia se llevó a cabo en el Hospital Público Las Flores situado en la ciudad de A Coruña. De cara a analizar la correspondiente responsabilidad patrimonial del SERGAS, hay que atender a la determinación de varios factores que concluirán si, para el caso concreto, hay derecho a recibir una indemnización.

Por una parte, se debe precisar la consideración de la prestación sanitaria como servicio público para que de ella pueda derivarse responsabilidad civil de la Administración⁶³, es decir, se debe determinar la imputabilidad del daño a la Administración. En este sentido, como ya se ha mencionado anteriormente, los hechos se desarrollan en el un hospital público, y la conducta negligente es llevada a cabo por sanitarios que prestan servicios en el mismo, por lo que se encuentran vinculados a el, ya sea como profesional adscrito al centro o a través de un sistema de prácticas. Dicha vinculación es la que determina por tanto la responsabilidad patrimonial de la Administración para con los particulares, muestra de ello es el requisito de exigir directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio⁶⁴.

Además, por otra parte, para poder declarar la efectiva responsabilidad de la Administración, es necesaria la existencia de conexión entre los actos que han provocado el daño y la Administración, tiene que determinarse que es esta quien ha actuado⁶⁵. Para ello se acude al criterio del funcionamiento normal o anormal del servicio, en relación con esto, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2001 establece que:

“El título de imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios generados por la actividad administrativa por funcionamiento normal o anormal de los servicios puede consistir no solo en una actividad de riesgo como parece suponer la parte recurrente, sino que también puede radicar en otras circunstancias como es, singularmente en el ámbito de la asistencia sanitaria, el carácter inadecuado de la prestación llevada a cabo. Esta inadecuación, como veremos que sucede, en este proceso puede producirse no solo por la ausencia de consentimiento informado, sino también por incumplimiento de la *lex artis ad hoc* o por defecto, insuficiencia o falta de coordinación objetiva del servicio, de donde se desprende que en contra de lo que parece suponer la parte recurrente, la existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada”⁶⁶

⁶³ TORRES GARCÍA, T.F.; *Responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*, en AA.VV, *Lecciones de Derecho Sanitario*. GÓMEZ Y DÍAZ-CASTROVERDE, J.M. (coord.), Universidad de A Coruña, 1999, A Coruña, Pág. 577.

⁶⁴ Artículo 36.1 de la LRJSP.

⁶⁵ RIVAS LÓPEZ A.L.; *Responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria (aspectos de su práctica administrativa y procesal)*, Fundación de Asesores Locales, Málaga, 2012, Pág. 107-108.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2001 (RJ 2001/4198).

Necesario es también atender a la estructura del daño que se dibuja en la norma. En concreto, el artículo 32.2 de la LRSP establece que el daño: ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. Estos tres elementos, constituyen también la línea seguida por la jurisprudencia, así en la STSJ de Madrid de 28 de junio de 2017⁶⁷ se señala que la doctrina jurisprudencial en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en relación con el daño antijurídico producido, establece que este: “debe ser real y no basarse en meras esperanzas o conjeturas, además de evaluable económicamente, efectivo e individualizado con una persona o grupos de personas”. Además, respecto al daño resarcible, la citada sentencia se remite a la STS de 15 de marzo de 2011 en la que se declara que:

“No todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”⁶⁸.

Si bien es necesario tener en cuenta los aspectos anteriormente señalados en cuanto a la determinación de un daño susceptible de indemnización por parte de la Administración, hay un factor que se erige como clave para poder apreciar la responsabilidad patrimonial a un servicio público, se trata del nexo causal. No es posible apreciar pues responsabilidad si no existe una relación causal entre la lesión producida y la actuación derivada del servicio público, en este caso, sanitaria. En este sentido se pronuncia la STS de 25 de septiembre de 2007⁶⁹, señalando que: “como hemos declarado igualmente en reiteradísimas ocasiones es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido”. En este punto cabe por tanto hacer una remisión al supuesto fáctico, pues como se ha determinado en apartados anteriores, como consecuencia de la omisión de los cuidados que les eran exigibles conforme a la *lex artis* a Marta Fiaño y Iago Rouco, es posible imputar el resultado final a la conducta realiza por estos. En concreto, nos referimos a la falta de monitorización, la reacción alérgica como consecuencia de no consultar el historial de la paciente, no dejar constancia de la administración de oxitocina y retraso en la provocación del parto, que condujo al aborto.

Tal y como señala el artículo 32.1 de la LRJSP, la Administración será responsable de toda lesión causada por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o daños que el particular tenga el deber de soportar. Por tanto, en aras de analizar la responsabilidad del SERGAS, es preciso determinar si en el relato fáctico es posible apreciar fuerza mayor o dicho deber de soportar el daño conforme a la ley. Sin embargo, no es posible apreciar ninguna de estas dos circunstancias en el supuesto que nos atañe. Primero, porque la consulta del cuadro clínico e historial médico, constituyen acciones cotidianas y adecuadas conforme a una actuación médica diligente; seguido de que la monitorización es algo esencial en la inducción al parto, siendo esencial también en cualquier proceso médico el hecho de dejar constancia de cuantas prácticas se realice al paciente.

Tampoco son baladí las cuestiones relacionadas con la falta de información y posterior consentimiento informado. Y, por último, la demora en practicar la cesárea, cuya consecuencia fue la pérdida del feto. No se desprende del relato fáctico la existencia de

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de junio de 2017 (JUR 2017/227448).

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 (RJ 2011/2139).

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007 (RJ 2007/7017).

ninguna fuerza mayor, o deber de soportar por parte de Elisa el daño que finalmente se produjo, si no que este es debido a una actuación poco diligente y separada de la *lex artis* por parte de sanitarios que contaban con la formación adecuada para atender correctamente a una paciente en estado gestacional, pues no olvidemos que Iago Rouco estaba en proceso de especialización como matró y Marta Fiaño prestaba servicios como ginecóloga.

En conclusión, cabe hacer pues una síntesis de aquellos puntos que vienen a configurar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, teniendo en cuenta que para el caso concreto esta recaería sobre el SERGAS. Por tanto y en conexión con lo anteriormente expuesto, es posible resumir, los principios configuradores de la responsabilidad patrimonial de la Administración en cuatro puntos, en primer lugar, la producción de un daño antijurídico que el particular no tenía deber de soportar, y sobre el que además han de concurrir los requisitos de ser: efectivo, real, evaluable económicamente e individualizado respecto de una o un grupo de personas; a continuación, la imputabilidad del hecho a la Administración, acreditando que el daño se ha producido como consecuencia de un servicio prestado por un ente público; en tercer lugar, la existencia de un nexo causal entre la conducta realizada por la Administración y el daño, ya sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y por último, la desvirtuación de la existencia de fuerza mayor⁷⁰.

De esta forma, si observamos la concurrencia de estos cuatro requisitos, cabrá pues determinar la existencia de responsabilidad administrativa por parte de la Administración, y por ende la posibilidad de que el particular o particulares reciban una indemnización por los daños y perjuicios causados.

5. El papel de la entidad aseguradora

Cabe hacer una especial mención a la posición que ocuparía la entidad aseguradora de cara a una posible reclamación, puesto que en el relato fáctico se hace referencia explícita al seguro de responsabilidad civil suscrito por el SERGAS.

Es indudable, y así se ha puesto de manifiesto hasta el momento, que la actividad médica entraña un riesgo, el cual podemos concretar como la posibilidad de generar un daño o perjuicio a un tercero, en este caso el paciente y sus familiares. Como consecuencia de esto, y de gozar de un sistema público de salud, los diferentes servicios de salud que configuran el sistema sanitario español, han optado por suscribir seguros de responsabilidad civil para hacer frente a las posibles indemnizaciones derivadas de las reclamaciones de los pacientes, siendo este el caso del SERGAS. Las razones que llevan a la Administración a contratar estas pólizas de seguro radican tanto en las posibles reclamaciones ya referidas, como en motivos de estabilidad presupuestaria⁷¹.

Es preciso, por tanto, hacer una aproximación al concepto de contrato de seguro. En este sentido, el artículo primero de la LCS lo define como: “aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas”. Sin embargo, no debemos olvidar que en el supuesto fáctico hablamos de un seguro de

⁷⁰ RIVAS LÓPEZ A.L., *Responsabilidad patrimonial... Op. cit.*, Págs.101-102.

⁷¹ GRIJALBA LÓPEZ, J.C.; “La compañía aseguradora en el procedimiento de responsabilidad patrimonial” en Revista Derecho y Salud, núm. Extra 1, 2011, Vol. 21, Pág. 156.

responsabilidad civil, al que la propia ley dedica dentro del Título II, la sección octava, en este sentido, el artículo 73 señala: “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.”

En relación con el relato fáctico, y el correspondiente análisis de las responsabilidades derivadas de la conducta médica negligente llevada a cabo por los sanitarios del SERGAS, Iago Rouco y Marta Fiaño, cobra especial relevancia la posibilidad de ejercer acción directa contra la aseguradora del SERGAS. El artículo 76 de la LCS, faculta tanto al perjudicado como a sus herederos a ejercer acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, en conexión con esto, continúa el precepto indicando que: “sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido”.

En aplicación al supuesto, al tener suscrito el SERGAS un seguro de responsabilidad civil con una entidad aseguradora, cabe la posibilidad de que Elisa Fiore y su marido, Tomás Gómez, ejerzan acción directa contra la aseguradora, demandando únicamente a esta. Así mismo, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por la LRSP, cuyo artículo 35 establece: “Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concorra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad”.

6. La cuantificación del daño: la aplicación del sistema de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación

En cuanto al sistema empleado para el cálculo de la cuantía de las indemnizaciones por negligencias médicas, es importante señalar que no existe un baremo propio para llevar a efecto su cuantificación. Por ello, los tribunales han venido empleando el sistema de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Desde el año 1995 se cuenta en nuestro ordenamiento jurídico con una normativa sobre valoración de los daños y perjuicios que se puedan producir a causa de un accidente de tráfico. Actualmente, dicha regulación se canaliza a través del Real Decreto Legislativo 8/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor; y la Ley 35/2015, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación. Es decir, la Ley 35/2015 nació con un carácter reformador, y su finalidad fue introducir en el texto del RDL 8/2004 el nuevo sistema de valoración de daños y perjuicios en los accidentes de circulación. Respecto a la estructura, señalar brevemente que, dicha reforma se concretó en la introducción de un nuevo título (Título IV) en el RDL 8/2004, que se divide en dos capítulos, cobrando especial importancia el segundo de ellos por referirse

a las reglas para la valoración del daño corporal. En este sentido, el segundo capítulo se subdivide a su vez en tres secciones que se corresponden con las tablas 1, 2 y 3, contenidas en los anexos y en las que se concreta el *quantum* indemnizatorio, correspondientemente: indemnizaciones por causa de muerte, indemnizaciones por secuelas e indemnizaciones por lesiones temporales.⁷²

En aplicación al caso, lo realmente relevante sobre este baremo es la posibilidad de aplicarlo para el cálculo de las indemnizaciones que puedan derivarse en el ámbito sanitario. Es numerosa la jurisprudencia que se decanta por utilizarlo, sin embargo, lo hacen con la connotación de carácter orientativo y no vinculante, así lo ha remarcado el TS en sus sentencias de 6 de junio de 2014⁷³, 16 de diciembre de 2013⁷⁴ y 14 de noviembre de 2012⁷⁵. Así mismo, respecto a la integridad de su aplicación, cabe señalar que hay diferentes tendencias jurisprudenciales. La Sala Primera del TS se ha encargado de determinar la obligación de acogerse al baremo de forma íntegra, es decir, la parte que decida invocar la aplicación orientativa del baremo para el cálculo de la indemnización ha de hacerlo con todas las consecuencias y no solo para las que le sean favorables, así se observa en su sentencia de 18 de junio de 2013⁷⁶. Pero, por el contrario, la Sala Segunda, Tercera y Cuarta del TS, se inclina por acogerse al criterio de la discrecionalidad de la que goza el tribunal respecto de la aplicación del baremo. En este sentido, la discrecionalidad sería doble, tanto para decidir su uso, como para decidir la forma en que se usa no teniendo por que ser de forma íntegra, este criterio se emplea sobre todo para supuestos de especial gravedad⁷⁷.

En conclusión, la aplicación del baremo para accidentes de circulación en otros ámbitos diferentes, como puede ser el sanitario, dota de una seguridad jurídica a la cuantificación de los daños y perjuicios. Además de facilitar la tarea de los tribunales a la hora de determinar el *quantum* indemnizatorio. Se erige por tanto como un mecanismo más conveniente y oportuno que el arbitrio judicial, prueba de ello es la constante remisión que hacen los tribunales al mismo para la resolución de conflictos en ámbitos como el sanitario o laboral.

VI. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES PARA JUZGAR EL CASO

1. Competencia jurisdiccional española

No es posible obviar el elemento extranjero presente en el caso derivado de la nacionalidad de Elisa Fiore. Elisa Fiore, es nacional italiana, y tiene su residencia en Nápoles, su estancia en A Coruña, localidad en la que recibió la prestación sanitaria, se debía a motivos turísticos y familiares. Respecto a esta cuestión, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el primer apartado del artículo 23 de la LOPJ:

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

⁷² Vid. Preámbulo de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2014 (RJ 2014/3395).

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2013 (RJ 2013/7842).

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2012 (RJ 2012/10433).

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 (RJ 2013/4376).

⁷⁷ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.; “Comentario a la Sentencia del STS, Sala 1ª, de 27 de mayo de 2015” en Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 100/2016, 2016, Págs. 1-6.

En este sentido, el precepto es taxativo, cuando los hechos que den lugar a la demanda en orden penal se hubieran cometido en territorio español, serán los tribunales españoles quienes conozcan sobre la causa. Por tanto, en atención al supuesto fáctico, si Elisa Fiore decide interponer una demanda por el aborto y las lesiones negligentes sufridas, ha de hacerlo ante los tribunales españoles, pues su nacionalidad italiana no es determinante para que los tribunales competentes en conocer del asunto sean los italianos.

2. Competencia del Juzgado de Primera Instancia y Juzgado de lo Penal de A Coruña

En la calificación jurídica de los hechos, se determinaba que, con su conducta, Iago Rouco y Marta Fiaño, habrían incurrido en un ilícito penal. En concreto, el primero, sería responsable de un delito de lesiones imprudentes, y la segunda, también de un delito de lesiones imprudentes, y a mayores, de un delito de aborto imprudente, tipificados en los artículos 152 y 146 del CP respectivamente. Por todo ello, y con arreglo al artículo 23.1 de la LOPJ, cabría la posibilidad de ejercer acciones penales contra ambos sujetos, puesto que es el orden penal quien está facultado para el conocimiento de las causas por delitos cometidos en territorio español. Además, como se señaló en apartados anteriores, cabe la posibilidad de exigir la responsabilidad civil derivada del delito a través de esta vía, en cuyo caso, el SERGAS tendría que ser demandado de forma subsidiaria.

En primer lugar, en cuanto a la instrucción de la causa, el artículo 87.1 de la LOPJ, señala que serán los Juzgados de Instrucción los encargados de conocer en orden penal de la instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales o a los Juzgados de lo Penal. Debemos determinar, por tanto, quien es el tribunal competente para enjuiciar la causa.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, nos da la respuesta a que órgano jurisdiccional dentro del orden penal debe juzgar lo sucedido. Por tanto, en cuanto a la determinación de la competencia objetiva, para el conocimiento y fallo de los delitos cuya pena privativa de libertad sea inferior a cinco años, o pena de multa independientemente de su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, únicas, conjuntas o alternativas, serán competentes los Juzgados de lo Penal⁷⁸. En este sentido, la pena que se contempla para los delitos cuyo enjuiciamiento se pretende en el caso son, para el delito de lesiones imprudentes (152 CP): una pena de prisión de tres a seis meses, o multa de seis a dieciocho meses; y para el delito de aborto imprudente (146 CP): una pena de prisión de tres a cinco meses, o multa de seis a diez meses. En atención a la duración de la pena de prisión, el tribunal al que le corresponderá enjuiciar la causa en el orden penal será al Juzgado de lo Penal de A Coruña, y en consecuencia, la instrucción de la causa será llevada por el Juzgado de Instrucción de A Coruña.

La competencia territorial corresponde a los tribunales de A Coruña en atención a lo dispuesto en los apartados segundo (relativo a la instrucción de la causa) y tercero (referente al conocimiento y fallo del asunto) del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues ambos hacen referencia al lugar de la comisión de los hechos. Es decir, serán competentes para la instrucción, conocimiento y fallo los tribunales del partido o circunscripción donde el ilícito hubiese sido cometido, en este caso, en la ciudad de A Coruña, por radicar allí el Hospital Público Las Flores.

⁷⁸ Artículo 14.3 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3. Reclamación administrativa

Con carácter previo a interponer una demanda en el orden contencioso-administrativo para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, en este caso del SERGAS, es preciso agotar la vía administrativa.

En casos de procedimientos en los que se pretende exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, como es el caso del supuesto fáctico, la LPCA señala que es perceptivo solicitar al servicio cuyo funcionamiento originó el daño un informe, en este caso, dicho informe debe emitirlo el SERGAS en un plazo máximo de 10 días. Además, cabe señalar que, si Elisa Fiore o su familia, deciden reclamar por una cantidad igual o superior a 50.000 euros, será necesario solicitar un dictamen del Consejo Consultivo de la Xunta de Galicia, por ser éste el órgano consultivo de Galicia⁷⁹.

En cuanto al órgano competente para resolver esta reclamación en vía administrativa, hay que atender a lo dispuesto en el artículo 92 de la LPAC, según el cual, en cuanto a procedimientos de responsabilidad patrimonial de ámbito autonómico, será competente el órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma. Concretamente, debemos atender a la materia que nos ocupa, la sanitaria, por tanto, el órgano competente será la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia.

Así mismo, es importante tener en cuenta que la resolución que la Consellería de Sanidade emita ha de cumplir con las particularidades que exige la ley al tratarse de un procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial. En este sentido, el artículo 91.2 de la LPCA, señala:

“Será necesario que la resolución se pronuncie sobre la existencia o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado, la cuantía y el modo de la indemnización, cuando proceda, de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla se establecen en el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídica del Sector Público”.

Cabe puntualizar, que los extremos en cuanto al procedimiento de reclamación administrativa en materia sanitaria en Galicia se recogen en la Instrucción de 4 de septiembre de 2006, de la Secretaría General de la Consellería de Sanidade, sobre procedimiento administrativo de exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de asistencia sanitaria. Por tanto, serán los trámites previstos en esta norma los que han de seguir Elisa Fiore o sus familiares, en cuanto a la reclamación en vía administrativa.

4. Competencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de A Coruña

El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce el derecho de los particulares a ser resarcidos por los daños que sufran en sus bienes o derechos a causa del funcionamiento de una Administración Pública, por lo tanto, este precepto se erige como la fuente originaria de lo que conocemos como responsabilidad patrimonial de la Administración. En este caso, la cuestión que nos atañe es determinar los tribunales que serán competentes para conocer de la posible reclamación que pueda interponer Elisa o su familia, por lo tanto, si bien el artículo 106.2 de la CE nos abre la puerta a una reclamación judicial para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, los extremos que determinen el

⁷⁹ Artículo 81 de la LPCA.

conocimiento y posterior proceso judicial, vienen dados por la legislación administrativa sobre la que se profundizará a continuación.

Siguiendo la línea del apartado anterior, una vez agotada la vía administrativa, es posible interponer una demanda contra el SERGAS en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Dicha demanda tendrá por objeto la exigencia de la responsabilidad patrimonial del SERGAS, dato de especial relevancia en aras de determinar el orden jurisdiccional competente. A estos efectos, hay que atenerse a lo dispuesto en la LOPJ, que señala que, respecto de las causas relacionadas con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, será competente el orden contencioso-administrativo⁸⁰. Por tanto, una vez determinado esto, hay que tener en cuenta que dentro del propio orden contencioso-administrativo concurren diferentes órganos jurisdiccionales, por lo que, en atención al reparto de funciones, hemos de determinar a que concreto tribunal corresponde el conocimiento de la reclamación que nos ocupa.

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuenta con su propia normativa reguladora, que se materializa a través de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que en su artículo sexto contiene un listado de los órganos jurisdiccionales que integran al mismo, en este sentido tendríamos: los Juzgados de lo Contencioso-administrativo; los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo; las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia; la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional; y la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Así pues, en atención a lo dispuesto en los posteriores artículos de la citada normativa, para el caso concreto, los órganos competentes para conocer de la causa pueden ser: por una parte, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo, por tener atribuido el conocimiento de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial por una cuantía inferior a 30.050 euros⁸¹. Y, por otra parte, podrían ser competentes también las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, ya que debemos entender que si la reclamación excede de la cuantía señalada anteriormente, la competencia pasaría a este órgano, estaríamos hablando de una competencia de carácter residual. Por tanto, en este punto, debemos atender a la cuantía que se decida reclamar a la Administración, en cuya función, la competencia será de uno u otro tribunal.

Una vez determinada la competencia objetiva, proseguimos con la determinación de la competencia territorial. Respecto a este punto, he de recordar que la demanda se dirigirá contra el SERGAS, que se trata de un servicio público de carácter autonómico, por lo que hay que atender a lo dispuesto en el artículo 14 de la LJCA en relación con la competencia territorial de los Juzgados y Tribunales Superiores de Justicia. Al tratarse de un acto de la Administración de las CCAA, Galicia, la circunscripción se limita a la del TSJ en que tenga sede el SERGAS. Por tanto, de nuevo, serán competentes los tribunales de la ciudad de A Coruña.

En síntesis, los tribunales competentes para conocer la reclamación sobre responsabilidad patrimonial del SERGAS serán: el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de A Coruña o la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia; en

⁸⁰ Artículo 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁸¹ Artículo 8.1.c) de la LRJCA.

función de la cuantía que se reclame, si es inferior a 30.050 euros, será el primer órgano quien deba conocer, y en caso contrario, el segundo.

Cabe también precisar, que dentro de este orden jurisdiccional, el seguimiento del asunto puede ventilarse a través de dos procedimientos: el ordinario y el abreviado. La LPCA, regula en su Título IV, bajo la rúbrica “Procedimiento contencioso-administrativo”, lo que conocemos como procedimiento ordinario, mientras que, la regulación del procedimiento abreviado se desarrolla en el artículo 78 de la mencionada ley. En este caso, la determinación de acogerse a uno u otro procedimiento volverá a ser en función de la cuantía que se reclame. El procedimiento abreviado del artículo 78 de la LPCA, al tratarse de un proceso mucho más rápido, solo se contempla para una serie de casos cuya cuantía no supere los 30.000 euros, por tanto, solo en el caso de que la reclamación no supere esta cifra, se podrá tramitar por este procedimiento.

VII. LAS IRREGULARIDADES DEL CONTRATO DE PRÁCTICAS DEL ENFERMERO IAGO ROUCO Y LAS ACCIONES LEGALES QUE SE PUEDEN EMPRENDER CONTRA EL HOSPITAL

1. La contratación a través de bolsas de empleo en el Servicio Gallego de Salud

En cuanto a la cuestión sobre las acciones legales que se podrían emprender contra el Hospital Público Las Flores, en relación con la irregularidad del contrato de prácticas del enfermero Iago Rouco, es preciso en primer lugar hacer una aproximación al concepto y marco jurídico de la contratación a través de bolsas de empleo en el SERGAS.

La bolsa de empleo del Servicio Gallego de Salud se concreta en un servicio de contratación temporal que oferta la Xunta de Galicia para cubrir vacantes o reforzar el sistema sanitario gallego. El sistema se concreta en unas listas, de acceso público⁸². Ha de ser el interesado, quien, previo cumplimiento de los requisitos se inscriba en ella⁸³. La creación de las bolsas de empleo para la contratación pública en los servicios de salud tuvo su origen a través de la promulgación de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. En su artículo 33, se indican los criterios para la selección de personal temporal, en este sentido, su apartado primero señala:

“La selección del personal estatutario temporal se efectuará a través de procedimientos que permitan la máxima agilidad en la selección, procedimientos que se basarán en los principios de igualdad, mérito, capacidad, competencia y publicidad y que serán establecidos previa negociación en las mesas correspondientes”⁸⁴.

En Galicia, la contratación en el SERGAS a través de bolsas de empleo se regula en la Resolución de 13 de junio de 2016, de la Dirección General de Recursos Humanos, por la que se dispone la publicación del pacto suscrito por la Administración sanitaria con las centrales sindicales CIG, CESM-O’MEGA, CC.OO., UGT y CSIF, sobre selección del personal estatutario temporal del Sistema público de salud de Galicia. Así mismo, indicar

⁸² Así se desprende del apartado “I.1. Objeto” de la de la Resolución de 13 de junio de 2016, de la Dirección General de Recursos Humanos, por la que se dispone la publicación del pacto suscrito por la Administración sanitaria con las centrales sindicales CIG, CESM-O’MEGA, CC.OO., UGT y CSIF, sobre selección del personal estatutario temporal del Sistema público de salud de Galicia.

⁸³ Ibid. Apartado “II.1. Requisitos de las personas aspirantes”.

⁸⁴ Artículo 33.1 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

que la contratación a través de este sistema está pensada para cubrir períodos vacacionales o reforzar el personal sanitario cuando los centros hospitalarios lo requieran⁸⁵. En la resolución mencionada se contienen, tanto los requisitos de acceso, como el proceso de selección que se emplea para la creación de la lista definitiva de aspirantes a ocupar un puesto temporal en las diferentes categorías. Así mismo, también señala en su apartado “II.4.1.2. Tiempo” que, la lista se actualiza el 31 de octubre de cada año; y en su apartado “III.2. Orden de llamamientos” que, los llamamientos se realizarán por orden de puntuación.

A la luz del relato fáctico, este señala que la organización sindical UGT, denunció contratos irregulares de sustitución que infringían la normativa de contratación a través de la bolsa de trabajo en el período vacacional, puesto que, realmente, esta contratación no se dirigía a tal fin, si no a cubrir sustituciones de licencias y permisos del personal sanitario. Así mismo, señala también que, entre estos contratos irregulares se encontraba el del enfermero Iago Rouco. De aquí se deriva la primera irregularidad. Iago Rouco, es un enfermero en prácticas en proceso de especializarse en enfermería obstétrico-ginecológica, por tanto, se encuentra en situación EIR, condición formativa que le impide desarrollar cualquier otra actividad profesional⁸⁶. Es decir, si bien Iago Rouco podría bajo su propia voluntad apuntarse en las listas de la bolsa de empleo del SERGAS, de cara a una contratación a la finalización de su formación como residente, mientras tenga esta condición, no puede trabajar como personal estatutario temporal.

2. Acciones legales que pueden emprenderse contra el Hospital Público Las Flores

En la actualidad, son numerosos los casos en los que un servicio de salud se ve involucrado en una reclamación judicial a causa de recurrir a la contratación a través de bolsas de empleo para fines diferentes a los que se destinan. Es preciso destacar, que, en estos casos, la demanda se dirigirá contra la Administración, no contra el Hospital en cuestión.

A estos efectos, el Decreto 43/2013, de 21 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica del Servicio Gallego de Salud, señala en su artículo primero, que: “Se configura el Servicio Gallego de Salud como un organismo autónomo de naturaleza administrativa, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines”. En base a este precepto, es el SERGAS, quien goza de personalidad jurídica plena, por lo que responderá de las reclamaciones que se planteen en relación con los centros adscritos a su servicio. Además, cabe señalar que el órgano competente en materia de contratación es la Presidencia del Servicio Gallego de Salud. Este órgano tiene carácter unipersonal, y el cargo será ocupado por el titular de la Consellería de Sanidade. En el artículo cuarto del mencionado Decreto, se realiza una enumeración de las funciones que le corresponden a la Presidencia del Servicio Gallego de Salud, como ya indicaba anteriormente, el apartado b), señala que le corresponderá: “La firma de los convenios en nombre del organismo y actuar cómo órgano de contratación”.

A estos efectos se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su sentencia de 1 de junio de 2005, señalando que, pese a que los centros hospitalarios gocen de cierta

⁸⁵ En este sentido, cabe destacar la Instrucción 4/2020, sobre medidas en materia de personal como consecuencia del nuevo coronavirus SARS-CoV-2, en la que se habilita la posibilidad de contratación a través de bolsas de empleo para el refuerzo del personal sanitario.

⁸⁶ Así se desprende del artículo 20.3.a) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, al señalar que la formación mediante residencia exige dedicación a tiempo completo, siendo incompatible con cualquier otra actividad profesional.

autonomía y gestión en materia de contratación, es el SERGAS el único órgano capacitado para adjudicar, celebrar y resolver contratos, de forma que los centros no pueden actuar como órganos de contratación⁸⁷. Por tanto, ante una posible reclamación en materia de contratación, esta ha de dirigirse contra el SERGAS, no contra el centro hospitalario en el que se preste servicios, por ser este el órgano encargado, tanto de la selección como de la posterior contratación, y gozar de personalidad jurídica.

Por otra parte, es preciso especificar qué organismos o sujetos estarían legitimados para demandar al SERGAS, a causa de una contratación irregular. En este sentido, es preciso señalar la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de los litigios que se susciten en materia de contratación pública⁸⁸. El artículo 19 de la LRJCA, relativo a la legitimación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, señala en sus dos primeros apartados, que estarán legitimados:

“Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo, y las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos”.

Por tanto, para el caso en cuestión, tanto Iago Rouco, por estar implicado en la relación contractual irregular, como la UGT, estaría legitimada para interponer una demanda contra el SERGAS, por la irregularidad de los contratos que infringen la normativa de contratación a través de la bolsa de empleo.

El artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, establece: “Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley”. A estos efectos, el Código Civil señala en el apartado cuarto de su artículo 6, que:

“Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

Por tanto, en base a estos preceptos, la contratación a través de la bolsa de trabajo en el período vacacional para cubrir sustituciones de licencias y permisos del personal sanitario constituye fraude de ley, puesto que los contratos no se destinan para el fin habilitado, cubrir el período vacacional, sino para suplir las licencias y permisos de los profesionales sanitarios.

Cabe señalar que el personal estatutario de los servicios de salud cuenta con su propio Estatuto Marco. La Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, tiene por objeto regular los extremos de la relación funcional especial del personal de los servicios sanitarios⁸⁹. La regulación acerca del personal estatutario temporal se encuentra en el artículo noveno de la citada norma. Este precepto, establece tanto los motivos por lo que cabe nombrar personal estatutario de carácter temporal; como los diferentes tipos de nombramientos; y los plazos temporales que pueden dar lugar a un cambio de condición. El primer apartado del artículo noveno de la Ley La

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 1 de junio de 2005 (JUR 2005/191912).

⁸⁸ A estos efectos, es ya en la Exposición de Motivos de la LRJCA donde se determina la competencia de dicha jurisdicción en materia de contratación pública, en aras de velar por el cumplimiento de los principios constitucionales y del Derecho comunitario europeo.

⁸⁹ Artículo 1 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, señala que:

“Por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, los servicios de salud podrán nombrar personal estatutario temporal. Los nombramientos de personal estatutario temporal podrán ser de interinidad, de carácter eventual o de sustitución”.

Por tanto, este precepto limita los motivos que dan lugar a contratación de personal de carácter temporal. Esta limitación puede venir dada por la preferencia que sostiene, tanto la legislación nacional, como la europea, por la contratación de carácter indefinido⁹⁰.

El precepto continúa, realizando una clasificación del personal estatutario temporal, que puede ser: interino, eventual o de sustitución. En cuanto a la situación de interinidad, sus aspectos se contienen en el segundo apartado del artículo noveno, a tenor del cual: “El nombramiento de carácter interino se expedirá para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones”. Seguidamente, en el apartado tercero, se enumeran los supuestos por los que cabe el nombramiento de carácter eventual. Se trata de tres casos: en primer lugar, “para la prestación de servicios de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria”; en segundo lugar, “cuando sea necesario garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios”; y, por último, “para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria”. Finalmente, en el cuarto apartado, se disciernen las causas relativas al nombramiento de sustitución, señalando que: “El nombramiento de sustitución se expedirá cuando resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los períodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal que comporten la reserva de la plaza”.

La problemática en torno al nombramiento del personal estatutario temporal se relaciona, en gran medida, con el incumplimiento de estas causas, y con el abuso de nombramiento sucesivos a través de esta modalidad. El apartado quinto del artículo noveno del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud establece, la obligación de aplicar el régimen de personal estatutario fijo, en cuanto sea adecuado y en atención a la naturaleza de su condición. Por lo tanto, no se establece con carácter general, un límite máximo por el cual estos contratos puedan encadenarse o sucederse unos a otros, motivo por el cual, en la práctica, se suscitan numerosos problemas en torno a la determinación del fraude de ley de la contratación temporal.

A estos efectos, se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en diversas ocasiones, si bien cabe destacar las sentencias, de 14 de septiembre de 2016 y 19 de marzo de 2020. El Asunto Elena Pérez López, C-16/15, que se discierne en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aborda la problemática sobre el abuso y la vulneración de la normativa europea en relación con la contratación temporal. En la sentencia se establece el carácter especial de este tipo de contratación, que solo debe limitarse a necesidades provisionales, no permanentes o duraderas⁹¹. Por otra parte, los

⁹⁰ Así se desprende del Preámbulo del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de larga duración, incorporado a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, que señala: “Las partes de este Acuerdo reconocen que los contratos de duración indefinida son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores”; y del artículo 15 del 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.

⁹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 (TJCE 2016/107).

Asuntos Domingo Sánchez Ruiz y Berta Fernández, C-103/18 y C-429/18, contra el Servicio Madrileño de Salud, que se resolvieron mediante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en fecha 19 de marzo de 2020. La relevancia de este pronunciamiento se debe a que, el Tribunal, estableció una serie de pautas que el legislador español debía instaurar para frenar los abusos en la contratación temporal⁹².

Por otra parte, que el Tribunal Supremo, también se ha pronunciado en diversas ocasiones, sobre el fraude de ley en la contratación de personal estatutario temporal llevado a cabo por el SERGAS⁹³. En conclusión, respecto a la irregularidad de los contratos de personal estatutario temporal, no es posible dirigir ninguna reclamación judicial contra el Hospital Público Las Flores. Sin embargo, dicha demanda, si podrá dirigirse contra el SERGAS, por ser este el órgano con capacidad de contratación. El orden jurisdiccional al que le corresponderá el conocimiento de la causa será al contencioso-administrativo, por ser el empleador una Administración Pública. La demanda se sustanciará en el análisis del efectivo fraude de ley en cuanto a la contratación del personal sanitario con carácter temporal, a través de la bolsa de empleo destinada a cubrir el período vacacional.

Finalmente, señalar que, pese a que en vía judicial no sea posible ejercer acciones contra el Hospital Público Las Flores, si es posible ejercer contra el centro sanitario una reclamación administrativa. Tal y como se ha precisado en apartados anteriores, sobre esta reclamación en vía administrativa resolverá la Consellería de Sanidade. Además, en atención a la necesidad de agotar la vía administrativa previa para poder interponer demanda en el orden jurisdiccional-contencioso administrativo, se erige el carácter perceptivo de esta reclamación.

VIII. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y DENEGACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA

1. Objeción de conciencia: concepto y naturaleza jurídico-constitucional

Primeramente, es preciso hacer una aproximación al concepto de objeción de conciencia. Para SORIANO DÍAZ, esta institución “persigue la excepción de un determinado deber jurídico para el objetor, porque el cumplimiento del mismo entra en colisión con su propia conciencia”⁹⁴. A su vez, LLAMAZARES FERNÁNDEZ, la define como: “una reacción individual ante una auténtica contradicción entre norma de conciencia y norma jurídica”⁹⁵. Por tanto, la objeción de conciencia se materializa en un comportamiento: la negativa a realizar una conducta jurídicamente debida por razones ideológicas, es decir, una desobediencia del derecho amparada en la conciencia del individuo⁹⁶. Cabe destacar, que la objeción de conciencia, además de gozar de una estrecha relación con la Constitución, también se reconoce en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En

⁹² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de marzo de 2020 (TJCE 2020/17).

⁹³ Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018 (RJ 2018/4062); 16 de diciembre de 2020 (RJ 2020/5003) y de 17 de febrero de 2021 (RJ 2021/537).

⁹⁴ SORIANO DÍAZ, R.L.; “La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el ordenamiento jurídico español” en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 58, 1987, Pág. 79.

⁹⁵ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.; *Derecho de la libertad de conciencia I*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, Pág. 285.

⁹⁶ CAPODIFERRO CUBERO, D.; *La objeción de conciencia: estructura y pautas de ponderación*, Bosch Editor, Barcelona, 2013, Pág. 49-53.

este sentido, si bien la disposición europea la reconoce, se remite a las leyes estatales para regularla⁹⁷.

La objeción de conciencia aparece vinculada a dos preceptos constitucionales. Por una parte, en el artículo 16.1 de la CE, garante del derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto, que, a tenor del mismo señala que:

“Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

Y a continuación, en el artículo 30.2 de la CE, según el cual:

“La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria”.

Como se puede observar, solamente se hace alusión de forma explícita a la objeción de conciencia en el segundo precepto, relacionado con el servicio militar, por tanto, para su configuración como vertiente del derecho fundamental a la libertad ideológica es preciso atender a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la cuestión. En un primer momento, el TC adoptó una postura restrictiva en cuanto a la posibilidad de apelar a la objeción de conciencia. En su sentencia de 23 de abril de 1982, el TC declaraba que:

“Puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el artículo 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española”⁹⁸.

Sin embargo, el carácter restrictivo se pone de manifiesto en el fundamento jurídico 7º, donde el Tribunal señala la necesidad de evaluar cada caso concreto:

“La objeción de conciencia introduce una excepción a ese deber que ha de ser declarada efectivamente existente en cada caso, y por ello el derecho a la objeción de conciencia no garantiza en rigor la abstención del objetor, sino su derecho a ser declarado exento de un deber que, de no mediar tal declaración, sería exigible bajo coacción. Asimismo, el principio de igualdad exige que el objetor de conciencia no goce de un tratamiento preferencial en el cumplimiento de ese fundamental deber de solidaridad social”.

Fue en el año 1985, cuando a través de un recurso de inconstitucionalidad contra la despenalización del aborto, el TC afirmó la posibilidad de apelar a la objeción de conciencia sin necesidad de que hubiese una disposición normativa relativa al ámbito en el que se pretendiese objetar, en concreto:

“Por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”⁹⁹.

⁹⁷ Artículo 10.2 de la CDFUE: “Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

⁹⁸ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 1982 (RTC 1982/15), Fundamento Jurídico 6º.

⁹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 (RTC 1985/53).

Con esta declaración, se abría la puerta a un reconocimiento genérico de la objeción de conciencia, cuya fundamentación radicaba en la conexión directa de la institución con el derecho fundamental a la libertad ideológica¹⁰⁰.

Sin embargo, ante la problemática que pudiese generar esta interpretación extensiva de la objeción de conciencia, dos años después, el TC se encargó, de nuevo, de realizar algunos matices restrictivos en torno al alcance y conexión de la institución con el artículo 16.1 de la CE. En este sentido, cabe destacar los pronunciamientos de 27 de octubre del año 1987. En la sentencia 160/1987, el TC se pronuncia expresamente sobre la imposibilidad de concebir la objeción de conciencia como un derecho fundamental, pues pese a que se halla íntimamente ligado a la libertad ideológica, su conexión con este precepto no es suficiente para eximir de obligaciones constitucionales. A su vez, recalca la naturaleza excepcional de la que goza la objeción de conciencia, y en base a ella, la posibilidad de configurarlo como un derecho constitucional autónomo, no fundamental¹⁰¹. Siguiendo esta línea, el TC, en la sentencia 161/1987, hace hincapié, de nuevo, en el carácter excepcional de la institución señalando que:

“La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto”¹⁰².

A la luz de estos pronunciamientos, se han ido concretando los aspectos en torno a la figura de la objeción de conciencia. En este sentido, podemos señalar que la objeción de conciencia es un comportamiento que tiene su origen en el conflicto que se genera en el individuo en cuanto cumplir la norma confronta con sus convicciones. Por este motivo, es una manifestación del derecho fundamental a la libertad ideológica, sin embargo, pese a su estrecha relación con el precepto constitucional, el vínculo no llega a ser tan fuerte como para que adquiriera la condición de derecho fundamental, siendo necesario valorar su invocación en cada caso concreto.

Posteriormente, los tribunales también se han pronunciado sobre su aplicación en determinados ámbitos: sanitario, servicio militar, laboral o educativo, y de la misma forma, también se ha pronunciado sobre su exclusión de otros ámbitos, como el tributario¹⁰³. En cuanto su presencia en el ámbito sanitario, podemos hablar de varias manifestaciones, como, por ejemplo: la posibilidad de acogerse a la objeción de conciencia para no realizar determinadas prácticas médicas¹⁰⁴ (como puede ser el aborto); la negativa a recibir tratamientos médicos¹⁰⁵ (rechazar transfusiones de sangre por motivos religiosos¹⁰⁶) o no dispensar determinados medicamentos¹⁰⁷ (por ejemplo, negativa a expender medicamentos con el principio activo levonorgestrel).

¹⁰⁰ CAPODIFERRO CUBERO, D.; *La objeción de conciencia... Op.cit.* Pág. 49-53.

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 1987 (RTC 1987/160).

¹⁰² Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 1987 (RTC 1987/161).

¹⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1988 (RJ 1988/4150).

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 18 de febrero de 2013 (RJCA 2013/257).

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2002 (RTC 2002/154).

¹⁰⁶ A estos efectos, resulta interesante la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave. Disponible en:

https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/79.pdf

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de junio de 2015 (RTC 2015/145).

2. La objeción de conciencia sanitaria y sus límites

Como adelantaba, en el ámbito sanitario, la alegación de la objeción de conciencia conoce de diferentes ámbitos. En atención al relato fáctico, delimitamos el amparo de la objeción de conciencia a la realización de determinadas intervenciones médicas, puesto que, esta es la figura en la que se podría encuadrar la conducta de la doctora Marta Fiaño al alegar razones ideológicas por no realizar la cesárea a tiempo.

Por objeción de conciencia sanitaria, debemos entender: “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 administrativa, de tal forma que realizarla violente seriamente su conciencia”¹⁰⁸. El Código Deontológico Médico, además de reconocer esta figura, regula algunos de sus aspectos. En este sentido, destacan: el artículo 33.3, a tenor del cual: “El médico debe comunicar al responsable de garantizar la prestación y, potestativamente, al Colegio de Médicos su condición de objetor de conciencia. El Colegio de Médicos le prestará el asesoramiento y la ayuda necesaria”; y el artículo 34, especialmente sus apartados segundo y tercero, que versan sobre la objeción sobrevenida y sobre la obligación del médico a practicar el acto objetado en caso de urgencia.

La denominada objeción sobrevenida, se da en “aquellas situaciones no previstas ni previsibles en función del puesto de trabajo o de la tarea que se desarrolle, que puedan poner al profesional en una situación de conflicto de conciencia en un momento determinado”¹⁰⁹. Resulta importante el matiz que se contiene en la propia definición: una situación imprevisible para el puesto y la tarea que se desarrolle. En este sentido, a la luz del relato fáctico, debemos descartar la existencia de una objeción de conciencia sobrevenida por parte de la doctora Marta Fiaño. La doctora está especializada en ginecología, por ello, en atención a la naturaleza de dicha especialidad, no es posible concebir como sobrevenida la posibilidad de tener que realizar una cesárea de urgencia.

Por tanto, de los anteriores preceptos, se extrae que, si bien se reconoce la posibilidad de ampararse en la objeción de conciencia para aquellas prácticas que resulten contrarias a sus convicciones, el personal sanitario deberá comunicar dicha condición y, pese a ello, en caso de urgencia, ha de realizar el acto objetado.

En cuanto a los límites a la objeción de conciencia que puede alegar el personal sanitario, podemos entender la obligación de realizar el acto objetado en caso de urgencia, como uno de ellos. Sin embargo, a falta de una regulación general sobre la cuestión, también debemos atender a la legislación relacionada con la objeción de conciencia y a los diferentes pronunciamientos judiciales.

La LOLR, establece como único límite a la libertad religiosa y de culto “la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública”¹¹⁰. Vemos por tanto como la salud se erige como límite al amparo de la objeción de conciencia por motivos

¹⁰⁸ Artículo 32 del Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de España. Disponible en:

https://www.cgcom.es/codigo_deontologico/files/assets/common/downloads/codigo%20de%20etica.pdf

¹⁰⁹GAMBOA ANTIÑOLO, F.M.; POYATO GALÁN, J.M.; “La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios” en Gaceta Sanitaria, núm. 1899, 2020, Pág. 2.

¹¹⁰ Artículo 3.1 de la LOLR.

religiosos o de culto. Así mismo, la LO 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo, reconoce expresamente el derecho del personal sanitario, directamente implicado, en la interrupción voluntaria del embarazo, a acogerse a la objeción de conciencia de forma previa y por escrito. Sin embargo, el precepto, señala ciertos matices en cuanto a su ejercicio, de modo que, el acceso y la calidad asistencial de la prestación no pueden verse mermadas por el hecho de que el personal sanitario se ampare en la objeción de conciencia. De la misma forma, el personal sanitario objetor, está obligado a prestar atención médica tanto de forma previa, como posteriormente al aborto voluntario.¹¹¹ De este modo, en cuanto a la posibilidad de ampararse en la objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo, la norma también ha establecido ciertos límites.

El Tribunal Constitucional excluye la posibilidad de enmarcar el derecho a la objeción de conciencia como un derecho fundamental, sin embargo, si reconoce que es una institución íntimamente ligada al derecho fundamental a la libertad ideológica, de ello deriva la necesidad de analizar cada caso concreto. Sin embargo, en el supuesto se aborda un tratamiento o proceso médico-quirúrgico necesario, entendiéndose por este aquella intervención sanitaria con carácter urgente por existir un riesgo que menoscabe la salud del paciente es fundamental atender a la deontología médica. En este sentido, en la práctica sanitaria, ante una situación susceptible de ampararse en la objeción de conciencia, el personal sanitario debe comunicar al paciente su condición de objetor, y en todo caso, derivar al paciente a otro profesional o centro que si pueda llevar a cabo la práctica en cuestión¹¹². Pese a ello, como señalaba anteriormente, el Código Deontológico Médico, insiste en la obligación de asistir a un paciente en caso de urgencia, pese a que dicha asistencia consista en un acto objetado por el personal sanitario.

En definitiva, la posibilidad del personal sanitario de ampararse en la objeción de conciencia, y por tanto, de finalmente no verse obligado a asistir al paciente, será en función del carácter de urgencia que presente dicha atención. Si se trata de un acto de urgencia inmediata, a la luz del Código Deontológico Médico, el personal sanitario involucrado no podrá objetar, pues debe prevalecer el deber de asistir al paciente. Si, por el contrario, ante dicha atención, necesaria, pero con un margen temporal que permita al personal sanitario, derivarle a otros facultativos o centros que sí puedan prestar dicha asistencia, estos deben proporcionar esas indicaciones, pero no realizar el acto objetado.

Finalmente, en relación con el relato fáctico, la doctora Marta Fiaño, con posterioridad al momento asistencial, declaró no haber sometido a Elisa Fiore a la cesárea por motivos ideológicos y religiosos que le impidieron tomar la decisión de forma objetiva. A la luz de estos hechos, se deriva un proceder incorrecto por su parte. En este sentido, la doctora Fiaño, debió comunicar de forma comprensible a Elisa Fiore su objeción a la práctica de la cesárea, y derivarla a un profesional que si pudiese llevar a efecto la intervención. Del mismo modo, si resultase imposible la asistencia por otro facultativo, siendo necesaria la práctica de la cesárea para salvar al feto, la doctora Fiaño estaba obligada a realizarla.

3. El delito de denegación de asistencia sanitaria

¹¹¹ Artículo 19.2 de la Ley Orgánica 2/2010, de de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo.

¹¹² GARCÍA GUERRERO, J.; “La objeción de conciencia en la práctica de la Medicina” publicado en Médicos y Pacientes, junio de 2010. Disponible en:

<http://www.medicosypacientes.com/print/articulo/tribuna-la-objeción-de-conciencia-en-la-práctica-de-la-medicina>

Bajo la rúbrica “De la omisión del deber de socorro”, encontramos en el Título IX del Código Penal, dos artículos, el 195 y 196. El primero de ellos, el artículo 195, regula el delito de omisión del deber de socorro; mientras que, por su parte, el artículo 196, regula un tipo especial: el delito de negación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. A tenor literal del precepto: “El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años”¹¹³. El TS en su sentencia de 28 de enero de 2008, señala que, si bien la figura penal del artículo 196 del CP, en su desarrollo y exteriorización se ajusta al tipo general (artículo 195 del CP), del hecho de que sea un facultativo el sujeto activo que lleva a cabo la conducta, se deriva el riesgo grave para la salud de las personas¹¹⁴.

Es preciso por tanto hacer una aproximación a los elementos constitutivos del tipo general del artículo 195.1 del CP, a este respecto, el TS, en su sentencia de 24 de septiembre de 2012, señala la necesidad de la concurrencia de tres requisitos para apreciar un delito de omisión del deber de socorro:

“En primer lugar, una conducta omisiva sobre el deber de socorrer a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, es decir, cuando necesite protección de forma patente y conocida y que no existan riesgos propios o de un tercero, como pueda ser la posibilidad de sufrir lesión o perjuicio desproporcionado en relación con la ayuda que necesita. En segundo lugar, una repulsa por el ente social de la conducta omisiva del agente. Y, por último, una culpabilidad constituida no solamente por la conciencia del desamparo de la víctima y la necesidad de auxilio, sino además por la posibilidad del deber de actuar”¹¹⁵

Como se observa, el artículo 196 del CP admite dos modalidades de conducta: por una parte, denegar la asistencia sanitaria¹¹⁶, y por otra, abandonar los servicios sanitarios¹¹⁷. En cuanto a la denegación de asistencia sanitaria, para RUBIO LARA, ante la existencia de un peligro para la salud, el personal sanitario que se encuentre en el ejercicio de su cargo debe intervenir, sin ser necesaria la existencia de un requerimiento por parte del paciente¹¹⁸. Y por abandono de los servicios sanitarios, se hace referencia a un desplazamiento físico del centro sanitario. Este puede concretarse en que, por una parte, el facultativo no se presente en su puesto de trabajo sin dar aviso para cubrir su ausencia; o, por ejemplo, que el facultativo si se presente, pero posteriormente, abandone injustificadamente el centro o institución en la que presta servicios¹¹⁹.

¹¹³ Artículo 196 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2008 (RJ 2008/1406).

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2012 (RJ 2012/9077). Fundamento Jurídico 7º.

¹¹⁶ El Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de octubre de 2015 (RJ 2015/5040), apreció la comisión del tipo especial contenido en el artículo 196 del CP, en su modalidad de denegación de asistencia sanitaria, ante la negativa de un facultativo a desplazarse a una calle anexa al hospital donde prestaba servicios para asistir a un varón que se encontraba inconsciente.

¹¹⁷ La Audiencia Provincial de Madrid, mediante auto, de 13 de julio de 2004, núm. 369/2004 (JUR 2004/266877), descartó que el médico denunciado hubiese cometido un delito de abandono de los servicios sanitarios, puesto que se había desplazado del centro de salud para atender una urgencia domiciliaria.

¹¹⁸ RUBIO LARA, P.; “Denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios (artículo 196 del C.P.): discusiones doctrinales y jurisprudenciales” en Revista Penal, núm. 26, 2010, Pág. 157.

¹¹⁹ ESQUINAS VALVERDE, P.; *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El artículo 196 del Código Penal*, Ed. Comares, Granada, 2006, Pág. 321-322.

En cuanto a la determinación del sujeto activo, hay que atender al inicio del precepto: “El profesional que, estando obligado a ello...”. En primer lugar, la expresión apunta a un profesional, por tanto, debemos entender que el sujeto activo será siempre un profesional sanitario. En segundo lugar, además, este profesional, ha de estar obligado a ello. Esta obligación, alude a que el profesional sanitario, debe estar de servicio o guardia. Por último, cabe señalar que, dentro del término profesional sanitario, se incluyen: médicos, enfermeros, auxiliares de enfermería y ayudantes técnicos sanitarios¹²⁰. De esta especificación cualitativa que hace el precepto, deriva su condición de delito especial, puesto que exige que sea un determinado grupo de personas, el personal sanitario, quien lleve a cabo la conducta.

Respecto a la exigencia de riesgo grave para la salud, cabe señalar que para poder apreciar la concurrencia del delito, es preciso que finalmente se de un resultado de peligro concreto. Es decir, este delito especial se configura como un delito de omisión pura, y a su vez, de peligro abstracto, el autor ha de actuar dolosamente y ha de crear una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, ya sea de forma concreta o abstracta¹²¹.

En este sentido, en aplicación de este tipo especial del artículo 196 del CP al relato fáctico, podría apreciarse la existencia de un delito de denegación de asistencia sanitaria cometido por la doctora Marta Fiaño. Del supuesto se desprende la existencia de un riesgo grave, tanto para el feto, como para la salud de Elisa Fiore. Así como la necesidad de practicar una cesárea de urgencia, que hubiese evitado, por una parte, la pérdida del feto, y por otra, el menoscabo de la integridad física y psicológica de Elisa Fiore, a causa del aborto. En base a esto, la condición de facultativa de la doctora Marta Fiaño, la convierte en sujeto activo idóneo para la comisión de este delito. Debiendo valorarse, por tanto, si la omisión de la práctica de la cesárea es constitutiva de un delito de denegación de asistencia sanitaria.

Finalmente, en cuanto a la determinación de la pena, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 195 del CP, pues es el propio artículo 196 el que se remite a su antecesor. El artículo 195.1 del CP contempla una pena de multa de tres a doce meses; en este sentido, el personal sanitario que cometa un delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios del artículo 196 del CP, será castigado con la pena contemplada en el artículo 195 del CP (pena de multa de tres a doce meses) en su mitad superior, sumada a, una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años.

¹²⁰ RUBIO LARA, P.; “Denegación de asistencia sanitaria... *Op. cit.* Pág. 156.

¹²¹ GARCÍA SANZ, J.; “Responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria” en *Revista Actualidad Penal*, núm. 30, 2001, Págs. 8.

IX. CONCLUSIONES

Una vez concluido el desarrollo del supuesto de hecho, es preciso señalar las numerosas responsabilidades y consecuencias que pueden derivarse de la actuación del enfermero residente Iago Rouco y la doctora especializada en ginecología Marta Fiaño. Así como, las diferentes vías judiciales a las que puede acudir Elisa Fiore para exigir las responsabilidades penales, civiles y patrimoniales, derivadas de las acciones llevadas a cabo por el personal sanitario implicado.

En este sentido, con ocasión de la determinación de un delito de aborto y otro de lesiones imprudentes, se ha realizado una aproximación al concepto de *lex artis*; y a las acciones que pueden dar lugar a infringirla. La *lex artis* sanitaria obedece a un conjunto de normas de cuidado para el ámbito sanitario, si bien estas normas no se concretan en ninguna normativa, los Tribunales han realizado una amplia interpretación en cuanto a la determinación de las mismas. Por lo que, en función de las circunstancias del caso, formación y conocimientos del personal sanitario, los Tribunales determinarán si efectivamente el cúmulo de acciones que se describen en el relato fáctico, infringieron la *lex artis* y fueron idóneas para causar el resultado abortivo y las lesiones en la persona de Elisa Fiore.

Respecto a la determinación de los tribunales que conocerán de las diferentes acciones judiciales y administrativas que Elisa Fiore, o en determinados casos, sus familiares, pueden llevar a cabo, ha quedado determinada la competencia de los tribunales españoles, por haberse cometido en este territorio el hecho delictivo. Así mismo, se ha determinado también que específicamente serán los Tribunales de A Coruña los competentes para el enjuiciamiento de las causas que se pretendan.

En cuanto a las responsabilidades civiles, penales y administrativas, se destaca, respecto a estas dos últimas, la obligatoriedad de no vulnerar el *principio ne bis in idem*, resultando necesario fundarlas en motivos dispares. De la comisión de los delitos de aborto y lesiones se deriva una responsabilidad civil extracontractual, por la que han de responder de manera solidaria Iago Rouco y Marta Fiaño; y, en todo caso, el SERGAS lo hará de manera subsidiaria. Por otra parte, respecto de las sanciones disciplinarias que se pueden imponer al personal sanitario implicado, resulta relevante para el caso, atender a la normativa que se aplicará a cada uno de los implicados, como consecuencia de la diferente posición laboral que ocupan.

En último lugar, sobre la cuestión relacionada con la objeción de conciencia, señalar que es una institución configurada a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues tanto su definición, límites y ámbitos de aplicación se determinan en diversos pronunciamientos judiciales del mencionado órgano. En conexión con esto y a la luz del relato fáctico, se apreció la posibilidad de que la doctora Marta Fiaño hubiese incurrido en un delito especial de denegación de asistencia sanitaria.

X. BIBLIOGRAFÍA

BUSQUETS GALLEGO, M.; “La violencia obstétrica en el embarazo y el parto desde la perspectiva de la vulneración de derechos: autonomía y consentimiento informado” en Revista del Seminario Interdisciplinar de Estudios de las Mujeres de la Universidad de León núm. 14, 2019.

CAPODIFERRO CUBERO, D.; *La objeción de conciencia: estructura y pautas de ponderación*, Bosch Editor, Barcelona, 2013.

Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave. Disponible en:

https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/79.pdf

Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1990, de 1 de octubre, sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-1990-00002>

Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de España. Disponible en:

https://www.cgcom.es/codigo_deontologico/files/assets/common/downloads/codigo%20de%20etica.pdf

Comunicación de la organización no gubernamental Mother Hood e V. a la Relatora Especial. Disponible en:

<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Women/SRWomen/Pages/Mistreatment.aspx>

DE VICENTE REMESAL, J., “La pena de inhabilitación profesional en el ámbito médico” en Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, núm. 12/2000.

Declaración conjunta de expertos en derechos humanos de la ONU, la Relatora sobre los Derechos de la Mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las Relatoras Especiales sobre los Derechos de la Mujer y Defensoras de Derechos Humanos de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 24 de septiembre de 2015. Disponible en:

<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16490&LangID=E>

DELGADO SANCHO, C.D.; “Los delitos imprudentes tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, especial referencia al homicidio y las lesiones” en Revista Doctrinal Aranzadi, núm. 11/2017, 2017.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.; “El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral. Comentario a la STC 37/2011, de 28 de marzo” en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 5/2011, 2011.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.; “Comentario a la Sentencia del STS, Sala 1ª, de 27 de mayo de 2015” en Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 100/2016, 2016.

ESQUINAS VALVERDE, P.; *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El artículo 196 del Código Penal*, Ed. Comares, Granada, 2006.

Estrategia de atención al parto normal en el Sistema Nacional de Salud. Ministerio de Sanidad. Disponible en:

<https://www.sergas.es/Asistencia-sanitaria/Documents/89/ESTRATEGIA%20Parto%20normal%20SNS.FIN.pdf>

FLORES, S.; (29 de diciembre de 2018). Cuatro denuncias españolas por violencia obstétrica son llevadas ante la ONU. Observatoriodeviolencia.org. Disponible en: <https://observatoriodeviolencia.org/cuatro-denuncias-espanolas-por-violencia-obstetrica-son-llevadas-ante-la-onu/>

GAMBOA ANTIÑOLO, F.M.; POYATO GALÁN, J.M.; “La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios” en *Gaceta Sanitaria*, núm. 1899, 2020

GARCÍA GUERRERO, J.; “La objeción de conciencia en la práctica de la Medicina” publicado en *Médicos y Pacientes*, junio de 2010. Disponible en: <http://www.medicosypacientes.com/print/articulo/tribuna-la-objeción-de-conciencia-en-la-práctica-de-la-medicina>

GARCÍA SANZ, J.; “Responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria” en *Revista Actualidad Penal*, núm. 30, 2001.

GRIJALBA LÓPEZ, J.C.; “La compañía aseguradora en el procedimiento de responsabilidad patrimonial” en *Revista Derecho y Salud*, núm. Extra 1, 2011, Vol. 21.

Informe Anual del Sistema de Salud 2019. Ministerio de Sanidad. Disponible en: https://www.msbs.gob.es/estadEstudios/estadisticas/sisInfSanSNS/tablasEstadisticas/InfAnualSNS2019/Informe_SNS_2019.pdf

Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias acerca de un enfoque basado en los derechos humanos del maltrato y la violencia contra la mujer en los servicios de salud reproductiva, con especial hincapié en la atención del parto y la violencia obstétrica, de 11 de julio de 2019. Disponible en: https://saludmentalperinatal.es/wp-content/uploads/2019/09/A_74_137-ES.pdf

Informe sobre la Atención al Parto y Nacimiento en el Sistema nacional de Salud. Ministerio de Sanidad. Disponible en: https://www.msbs.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/InformeFinalEAPN_revision8marzo2015.pdf

Instrucción 4/2020, sobre medidas en materia de personal como consecuencia del nuevo coronavirus SARS-CoV-2. Consellería de Sanidade. Disponible en: <https://www.sergas.es/Recursos-Humanos/Documents/14373/INSTRUCCIÓN%204-2020.pdf>

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.; *Derecho de la libertad de conciencia I*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.

MAGRO SERVET, V., *Guía práctica de responsabilidad sanitaria*, Ed. La Ley, Madrid, 2007.

MARCO ATIENZA, C.M.; “La responsabilidad del personal sanitario en formación” en *Revista Derecho y salud*, núm. 1, 2019, Vol.29.

QUINTANAR DÍEZ, M., ZABALA LÓPEZ GÓMEZ, C.; *Elementos de Derecho Penal Parte Especial I. Delitos Contra las Personas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *La pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio*, en AA.VV, *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*. FARALDO CABANA, P., PUENTE ABA, L.M. (coord.), Ed. Tirant Lo Blanch, México, 2013.

Recomendación general N° 24 sobre “La Mujer y la Salud” de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1280.pdf>

Recomendaciones para la estimulación del trabajo de parto. Organización Mundial de la Salud. Disponible en:

https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/200213/WHO_RHR_15.05_spa.pdf;jsessionid=706A4627C9BC9D5E3D2369FF496A8994?sequence=1

RIVAS LÓPEZ A.L.; *Responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria (aspectos de su práctica administrativa y procesal)*, Fundación de Asesores Locales, Málaga, 2012.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.

RODRÍGUEZ-CANO BERCOVITZ, R.; *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*, Bercal S.A, Madrid, 2017.

RUBIO LARA, P.; “Denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios (artículo 196 del C.P.): discusiones doctrinales y jurisprudenciales” en Revista Penal, núm. 26, 2010.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.; “La información al paciente y el consentimiento informado en el derecho español. Referencia legal y jurisprudencial. La mala praxis médica” en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 8/2014, 2014,

SANZ LARRUGA, F.J.; *Las competencias del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales en materia sanitaria*, en AA.VV, *Lecciones de Derecho Sanitario*. GÓMEZ Y DÍAZ-CASTROVERDE, J.M. (coord.), Universidade de A Coruña, A Coruña, 1999.

SORIANO DÍAZ, R.L.; “La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el ordenamiento jurídico español” en Revista de Estudios Políticos, núm. 58, 1987.

SUANCES PÉREZ, F.; *El delito de aborto. La modificación de indicaciones*, en AA.VV, *Lecciones de Derecho Sanitario*. GÓMEZ Y DÍAZ-CASTROVERDE, J.M. (coord.), Universidade de A Coruña, A Coruña, 1999.

TORRES GARCÍA, T.F.; *Responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*, en AA.VV, *Lecciones de Derecho Sanitario*. GÓMEZ Y DÍAZ-CASTROVERDE, J.M. (coord.), Universidade de A Coruña, A Coruña, 1999.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., RAMOS TAPIA, M.I., *Lecciones De Derecho Penal Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1988 (RJ 1988/4150)
Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1990 (RJ 1990/10102)
Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1991 (RJ 1991/2209)
Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2001 (RJ 2001/4198)
Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007 (RJ 2007/3403)
Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007 (RJ 2007/7017)
Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2007 (RJ 2007/269)
Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2008 (RJ 2008/1406)
Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2008 (RJ 2008/5801)
Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2010 (RJ 2011/1313)
Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2010 (RJ 2011/137)
Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 (RJ 2011/2139)
Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 (RJ 2013/4376)
Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2012 (RJ 2012/9077)
Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2012 (RJ 2012/10433)
Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013/2430)
Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2012 (RJ 2013/557)
Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2013 (RJ 2013/3384)
Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2013 (RJ 2013/7842)
Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2014 (RJ 2014/3395)
Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2015 (RJ 2015/5040)
Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5649)
Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2017 (RJ 2017/5876)
Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2017 (RJ 2017/6237)
Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018 (RJ 2018/4062)
Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2018 (RJ 2018/4609)
Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2020 (RJ 2020/2681)
Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2020 (RJ 2020/5003)
Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2021 (RJ 2021/537)
Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2021 (RJ 2021/1354)

Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1981 (RJ 1981/2)
Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 1982 (RTC 1982/15)
Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 (RTC 1985/53)
Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 1987 (RTC 1987/160)
Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 1987 (RTC 1987/161)
Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2002 (RTC 2002/154)
Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011/37)
Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de junio de 2015 (RTC 2015/145)
Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2018 (RTC 2018/112)

Tribunales Superiores de Justicia

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 1 de junio de 2005 (JUR 2005/191912)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de noviembre de 2006 (JUR 2007/164970)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 18 de febrero de 2013 (RJCA 2013/257).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de junio de 2017 (JUR 2017/227448)

Audiencias Provinciales

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 22 de marzo de 2002 (ARP 2002/330)

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de julio de 2004, núm. 369/2004 (JUR 2004/266877)

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 (TJCE 2016/107)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de marzo de 2020 (TJCE 2020/17)

APÉNDICE LEGISLATIVO

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Boletín Oficial del Estado, de 17 de septiembre de 1882, núm. 260 (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)/con))

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, de 29 de diciembre de 1978, núm. 311 (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con))

Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. Boletín Oficial del Estado, de 24 de julio de 1980, páginas 16804 a 16805, núm. 177 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1980/07/05/7>)

Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. Boletín Oficial del Estado, de 17 de octubre de 1980, núm. 250 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1980/10/08/50/con>)

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, de 2 de julio de 1985, núm. 157 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>)

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Boletín Oficial del Estado, de 29 de abril de 1986, núm. 102 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1986/04/25/14/con>)

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, de 24 de noviembre de 1995, núm. 281 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>)

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa. Boletín Oficial del Estado, de 14 de julio de 1998, núm. 167 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1998/07/13/29/con>)

Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Diario Oficial de la Unión Europea, de 10 de julio de 1999, páginas 43 a 48, núm. 175. (Referencia: DOUE-L-1999-81381)

Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes. Boletín Oficial del Estado, de 3 de julio de 2001, núm. 158 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es-ga/l/2001/05/28/3/con>)

Decreto 247/2002, de 18 de julio, por el que se determina la constitución, composición y funciones de la Comisión de Consentimiento Informado. Diario Oficial de Galicia, de 1 de agosto de 2002, página 11.921, núm. 147.

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. Boletín Oficial del Estado, de 15 de noviembre de 2002, núm. 274 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/11/14/41/con>)

Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Boletín Oficial del Estado, de 17 de diciembre de 2003, núm. 301 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/12/16/55/con>)

Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. Boletín Oficial del Estado, de 22 de noviembre de 2003, núm. 280 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/11/21/44/con>)

Real Decreto Legislativo 8/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Boletín Oficial del Estado, de 5 de noviembre de 2004, núm. 267 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2004/10/29/8/con>)

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. Boletín Oficial del Estado, de 7 de octubre de 2006, núm. 240.

Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia. Boletín Oficial del Estado, de 21 de agosto de 2008, páginas 35080 a 35115, núm. 202 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es-ga/l/2008/07/10/8>)

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 (Matrona). Boletín oficial del Estado, de 28 de mayo de 2009, páginas 44697 a 44729, núm. 129 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/o/2009/05/06/sas1349>)

Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Boletín Oficial del Estado, de 4 de marzo de 2010, núm. 55 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/03/03/2/con>)

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea, de 30 de marzo de 2010, páginas 389 a 403, núm. 83 (Referencia: DOUE-Z-2010-70003)

Ley 35/2015, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación. Boletín Oficial del Estado, de 23 de septiembre de 2015, páginas 84473 a 84979, núm. 228 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/09/22/35>)

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Boletín Oficial del Estado, de 2 de octubre de 2015, núm. 236 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/01/39/con>)

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Boletín Oficial del Estado, de 2 de octubre de 2015, núm. 236 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/01/40/con>)

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. Boletín Oficial del Estado, de 24 de octubre de 2015, núm. 255 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con>)

Resolución de 13 de junio de 2016, de la Dirección General de Recursos Humanos, por la que se dispone la publicación del pacto suscrito por la Administración sanitaria con las centrales sindicales CIG, CESM-O'MEGA, CC.OO., UGT y CSIF, sobre selección del personal estatutario temporal del Sistema público de salud de Galicia. Diario Oficial de Galicia, de 30 de junio de 2016, página 27.684, núm. 123. (https://www.xunta.gal/dog/Publicados/2016/20160630/AnuncioG0003-140616-0002_es.html)