

ESTUDIOS

La responsabilidad penal médica por el hecho imprudente. El error de diagnóstico. Jurisprudencia aplicable¹

JUAN CARLOS SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ
Magistrado

«Es menos malo agitarse en la duda que descansar en el error»

ALESSANDRO MANZONI

ÍNDICE: CAPÍTULO I. La responsabilidad penal por imprudencia médica: I. El tipo de injusto imprudente en general: 1. Concepto y requisitos de la imprudencia. 2. El deber de cuidado en general. 3. Grados de la imprudencia. La imprudencia grave, leve y levísima. 4. Culpa del profesional y culpa profesional.–II. La imprudencia médica penalmente relevante: 1. El error o fallo médico como mero indicio de responsabilidad. 2. El deber de cuidado médico. El riesgo permitido como delimitador del deber de cuidado. 3. ¿Hay una lex artis como patrón de verificación del normal actuar médico? 4. La libertad clínica o de prescripción del médico como principio limitante de la existencia de un patrón objetivo. 5. La lex artis ad hoc como único estándar o patrón de deber objetivo de cuidado médico. CAPÍTULO II. Especial consideración del error de diagnóstico generador de responsabilidad penal: I. El diagnóstico médico: 1. Introducción. 2. El proceso hacia el diagnóstico. 3. Configuración.–II. El error en el diagnóstico y la vulneración del deber objetivo de cuidado médico. el error de diagnóstico culposo.–III. El error en el diagnóstico culposo penalmente relevante en los tribunales.–IV. Relación de sentencias y resoluciones judiciales citadas.–V. Bibliografía

¹ Como primera parte se publicó en la revista La Ley Penal, número de febrero de 2007, el trabajo titulado «Presupuestos de la responsabilidad sanitaria. Delitos sin producción de resultado lesivo en la actividad sanitaria». Ambos son parte del realizado en el periodo de investigación en los estudios de Doctorado del autor en la Universidad de León, obteniendo el Certificado-Diploma de Estudios Avanzados, y se encuadra, entre otros, en el proyecto de investigación SEJ 2007-60312 (MEC, en parte con fondos FEDER), del que es investigador principal el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo, Catedrático de Derecho Penal.

ABREVIATURAS

Art., arts.:	Artículo, artículos.
AP:	Audiencia Provincial.
AAP:	Auto de Audiencia Provincial.
ARP:	Repertorio Aranzadi Audiencias Provinciales.
ATC:	Auto del Tribunal Constitucional.
ATS:	Asistente Técnico Sanitario.
CDME:	Código de Deontología Médico Español de 1999.
CE:	Constitución Española.
Cit.:	Citado/a.
Coord.:	Coordinador/a.
Coords.:	Coordinadores/as.
CP:	Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/95 de 23 de noviembre.
D:	Decreto.
DP:	Derecho Penal.
Dtor.:	Director.
Dirs.:	Directores.
Ed.:	Editorial.
EEUU:	Estados Unidos de América.
EPB:	Enciclopedia Penal Básica.
EURATON:	Comunidad Europea de la Energía Atómica.
GPC:	Guías de Práctica Clínica.
LECRIM o Lecrim.:	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LGS:	Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
LO:	Ley Orgánica.
LRC:	Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil.
MIR:	Médico Interno Residente.
p.e.:	Por ejemplo.
RALE:	Real Academia de la Lengua Española.
RD:	Real Decreto.
Opus cit.:	Obra ya citada.
PG:	Parte General.
PE:	Parte Especial.
RJ:	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia.
RTC:	Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional.
S:	Sentencia.
SS:	Sentencias.
ss:	Siguientes.
SAP:	Sentencia de Audiencia Provincial
Secc.:	Sección.
s/r:	Sin referencia
SSTS:	Sentencias del Tribunal Supremo.
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo.
TC:	Tribunal Constitucional.
TS:	Tribunal Supremo.
TSJ:	Tribunal Superior de Justicia.
UNESCO:	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

CAPÍTULO I. LA RESPONSABILIDAD PENAL POR IMPRUDENCIA MÉDICA

I. EL TIPO DE INJUSTO IMPRUDENTE EN GENERAL

1. Concepto y requisitos de la imprudencia

La voluntad de curar, que es inherente a la función médica, hace extrañas, en términos estadísticos, las conductas de resultado lesivo imputables a título de dolo, como homicidios, lesiones o aborto. Mención aparte son los tipos delictivos sin producción de resultado lesivo² a que nos referimos en la primera parte de este trabajo³ que, en su mayoría, son conductas dolosas, pero que tampoco son significativas en cuanto a que se cometan dichos delitos con habitualidad, siendo autores, en alguno de ellos, personas ajenas a la función médica (p.e. el intrusismo). Es por ello que, al lado del tipo de injusto doloso de esos delitos que analizamos en dicho trabajo, debemos ocuparnos ahora de la imprudencia médica generadora de responsabilidad penal, que estadísticamente es la que constituye el monto principal de la responsabilidad penal en la actividad médica⁴.

Comenzando con el tratamiento de las características del tipo de injusto imprudente en general, asentados están en doctrina y jurisprudencia los requisitos que estructuran dicho tipo penal:

Tipo objetivo

a) Una *acción u omisión* voluntaria negligente y reprochable por falta de previsión más o menos relevante, que es el factor psicológico o subjetivo, eje de la conducta imprudente en cuanto propiciador del riesgo⁵. Si bien usualmente se utilizan como sinónimos los términos imprudencia, negligencia o impericia, lo cierto es que

² Delitos de denegación o abandono de asistencia sanitaria, de revelación de secretos, de intrusismo, de exposición a radiaciones ionizantes, de suposición de parte, de falsedades documentales y de certificados, etc.

³ Publicado en La Ley Penal, número de febrero de 2007.

⁴ No existen estadísticas oficiales en la Administración de Justicia específicas sobre procedimientos judiciales de exigencia de responsabilidad legal por imprudencia médica. Según la página web <http://elmundosalud.elmundo.es/elmundosalud/> la Asociación del Defensor del Paciente (ADEPA) cifró en más de 12.000 las reclamaciones presentadas en 2006 por actos médicos, 367 más que en 2005, si bien no se distingue cuantas de estas reclamaciones son en el ámbito penal, ni cuales de esas reclamaciones terminan con una sentencia de condena firme.

⁵ En ese sentido la STS de 22 de enero de 1999 –EDJ 1999/96– sienta que: «Respecto al tipo subjetivo de un delito de omisión imprudente viene constituido por el desconocimiento negligente de las circunstancias que fundamentaban su deber de actuar, desconocimiento que hubiese evitado el acusado si hubiera actuado diligentemente y conforme al deber de cuidado que le incumbía. En consecuencia, habrá que apreciar imprudencia respecto de la omisión cuando el omitente por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no pudo tener conocimiento de la situación de hecho que generaba su deber de actuar.»

la terminología jurídica clásica⁶ distingue cada uno de los conceptos con contenidos diferentes⁷.

b) La *infracción de un deber objetivo de cuidado*, factor normativo o externo representado en normas de convivencia y experiencia tácitamente aconsejadas y observadas en la vida social en evitación de perjuicios a terceros, o en normas específicas reguladoras y de buen gobierno en determinadas actividades, hallándose en la violación de tales principios o normas socioculturales o legales la raíz del elemento de antijuridicidad detectable en las conductas culposas o imprudentes⁸.

c) Origenación de *un daño*⁹, desvalorado, que el sujeto debía conocer como previsible y prevenible y, desde luego, evitable, caso de haberse observado el deber objetivo de cuidado que tenía impuesto y que, por serle exigible, debiera haber observado puntual e ineludiblemente.

d) *Adecuada relación de causalidad* entre el proceder descuidado e inobservante o acto inicial conculcador del deber objetivo de cuidado y el mal resultado antijurídico sobrevenido, lo que supone la traducción del peligro potencial entrevisto o que debió preverse, en una consecuencia real¹⁰.

⁶ Esta distinción ha sido desarrollada especialmente por la doctrina italiana para la responsabilidad penal médica, en autores como como CRESPI en su obra «La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto», p. 103 y ss. Y por R. PANNAIN en «La colpa professionale dell' esercente l'arte sanitaria» en RIDP, 1995, pp. 33 y ss.

⁷ Y así se califica como imprudente el supuesto de extralimitación del riesgo permitido, como negligente el de falta de atención suficiente y de impericia cuando hay falta de conocimientos o de habilidad para su aplicación.

⁸ En este sentido las SSTs de 24 de noviembre de 1989 –EDJ 1989/10524– y de 29 febrero –1992 EDJ 1992/19534– mantienen: «Reiterada doctrina de esta Sala establece los requisitos que la imprudencia ha de reunir para ser penalmente relevante:.....3.º.– Un factor normativo que consiste en la infracción de un deber objetivo de cuidado en el cumplimiento de reglas sociales establecidas para la protección de bienes social o individualmente valorados, y que es la base de la antijuridicidad de la conducta imprudente.»

Por su parte la STS de 14 de septiembre de 1990 –1990/8253– describe así el requisito: «Factor normativo o externo, representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, traducido en normas convivenciales y experienciales tácitamente aconsejadas y observadas en la vida social en evitación de perjuicios a terceros, o en normas específicas reguladoras y de buen gobierno de determinadas actividades que, por fuer de su incidencia social, han merecido una normativa reglamentaria o de otra índole, en cuyo escrupuloso atentamiento cifra la comunidad la conjuración del peligro dimanante de las dedicaciones referidas; hallándose en la violación de tales principios o normas socioculturales o legales, la raíz del elemento de antijuridicidad detectable en las conductas culposas o imprudentes, al provocarse la violación de las susodichas normas, exigentes en el deber de actuar de una forma determinada erigida en regla rectora de un sector actuacional.»

⁹ Como sostiene la STS de 13 de febrero de 1997 –EDJ 1997/213–, «Aparece así una diferencia entre las infracciones dolosas y las imprudentes, no sólo en el orden a la diferente forma de culpabilidad, sino en que aquellas admiten una imperfección o deficiencia del resultado querido, al paso que ello resulta inconcebible en los delitos culposos, en los que tan sólo existe infracción punible cuando se ha producido el resultado lesivo o dañoso y en concreto en el ámbito médico-sanitario precisa un resultado de muerte o de lesiones», insistiendo dicha sentencia en la necesidad de un resultado material al sentar «Por tanto, no es suficiente con una conducta imprudente, se precisa además la producción de un resultado material perjudicial, pues se trata de un delito de resultado material.»

¹⁰ La STS de 27 de diciembre de 2005 –EDJ 2005/237415– se refiere a este requisito como «d) Existencia de una relación de causalidad incuestionable entre la conducta negligente o descuidada y el resultado producido.»

Descartó dicha relación de causalidad la SAP de las Islas Baleares, Secc. 1.ª, de fecha 3 de marzo de 1999 –ARP 1999\1207– en este fundamento de derecho: «Cuarto.– Si ni siquiera con lo actuado puede sostenerse un error de diagnóstico (y, con mayor razón, penalmente relevante); tampoco una intervención quirúrgica alejada de la *lex artis*, ni un postoperatorio con pautas de prescripción faltas de razonabilidad conforme a la especialidad médica *ad hoc*, francamente se ignora cómo construir, sobre lo anterior, el delito imprudente, al ser imposible conectar el resultado con una conducta descuidada entendida en términos jurídico-penales, incluso por lo que atañe a la segunda intervención quirúrgica, necesaria para corregir la incidencia suscitada, sin extenderse a otras contingencias hipotéticamente derivadas de esa falta de atención personal del doctor B. a raíz de emprender

Dicha relación causal ha de ser directa ¹¹.

e) *Relevancia jurídico penal* de la relación causal o comportamiento típica-mente antijurídica, no bastando la mera relación causal, sino que se precisa dentro ya de la propia relación de antijuridicidad, que el resultado hubiese podido evitarse con una conducta cuidadosa, o al menos, no se hubiera incrementado el riesgo pre-existente y que, además, la norma infringida se encontrara orientada a impedir el resultado. En definitiva, el resultado debe ser objetivamente imputable al comporta-miento negligente ¹².

viaje al extranjero, sin que además conste que, una vez salido el taco óseo, aumentara la complicación misma, por el simple transcurso del tiempo hasta que Victoria A. fue reintervenida, en operación llevada a cabo dentro del lapso temporal aconsejable (15-30 días, informaron los peritos) para proceder a nuevo anclaje del injerto óseo.».

¹¹ La relación de causalidad es el eje de la SAP de Guipúzcoa, Secc. 2.ª, de fecha 17 de diciembre de 1998 –ARP 1998\5994–, con un resultado negativo de su existencia que se argumenta así: «En relación a la causalidad entre la conducta imprudente y el resultado dañoso el Tribunal Supremo ha sentado la doctrina de que ha de ser «directa, completa e inmediata» para que la responsabilidad penal sea determinante, es decir se debe demostrar que el resultado dañoso se hubiera podido evitar con otra conducta. Para ello nos remitimos al informe del Médico Forense cuando dice: No siempre puede evitarse la muerte en estos casos, pero el diagnóstico precoz y el inicio de medidas terapéuticas de forma inmediata puede evitar este resultado, no dice que se hubiera evitado, lo que nos lleva a la conclusión de que un diagnóstico precoz evite la muerte.».

La Sentencia de fecha 29 octubre 1994 (RJ 1994\8333) del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, siendo Ponente don Enrique Ruiz Vadillo ha sentado doctrina cuanto dice que «La negligencia probada en la actitud de un profesional no es condenable penalmente si el daño es inevitable». El Tribunal Supremo exige que la relación de causalidad entre la conducta imprudente y el resultado dañoso ha de ser «directa, completa e inmediata» para que la responsabilidad penal sea determinante. En la citada sentencia se estudia el caso de una joven que ingresa en el hospital tras haber sufrido un accidente de motocicleta. La herida fue atendida por el Servicio de Urgencias en un primer momento, pero no volvió a ser reconocida por ningún médico durante las cuarenta horas siguientes, pese a sus reiteradas quejas acerca de los dolores que tenía al ATS de servicio, quien se limitó a suministrarle analgésicos, finalmente una enfermera apreció la gravedad del estado de su pierna y se dispuso a avisar al médico, quien diagnosticó una gangrena gaseosa, siéndole practicada una intervención con resultado de amputación de la pierna. El Tribunal Supremo estima que hubo negligencia por parte de los médicos del servicio, pero que no se puede demostrar que el resultado dañoso, la amputación de la pierna, se hubiera podido evitar con una conducta de los médicos diferente.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 5 diciembre 1994 (RJ 1994\9409) perfila la doctrina más consolidada de que el error de diagnóstico, por sí solo, no constituye una imprudencia a no ser que vaya ligado a una acción negligente y que objetivamente produzca daño. En la Sentencia de fecha 29 febrero 1995 nuevamente sienta la doctrina de que el error de diagnóstico no es delito. Inclusive la Audiencia Provincial de León en Sentencia de fecha 12 noviembre 1997, dictada en recurso 2010/1997, anula la condena de tres médicos por error de diagnóstico al concretar que no conlleva responsabilidad penal y concluye «otra cosa será la valoración que se pueda hacer en otro orden jurisdiccional»; concluimos con la ya citada Sentencia de fecha 29 octubre 1994 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal cuando dice «La negligencia probada de un profesional médico no es condenable penalmente si el daño es inevitable», se debe demostrar que el resultado dañoso se hubiera podido evitar con una conducta médica diferente. No quedando acreditado que exista relación de causalidad entre la conducta enjuiciada y el resultado producido, que es uno de los requisitos típicos e imprescindibles de la imprudencia, procede estimar el recurso y revocar la sentencia recurrida en cuanto a los tres médicos denunciados.»

¹² La doctrina dominante (por todos LUZON PEÑA, EPB, 2002, V. Imputación objetiva, pp. 800 y ss), y la jurisprudencia (a partir de la STS de 20 de mayo de 1981 –EDJ 1981/4520–, siendo un ejemplo la STS de 13 de febrero de 1997 –EDJ 1997/213–), considera que la atribución jurídica de un resultado a la acción (o en su caso a la comisión por omisión u omisión impropia) es un requisito implícito en el tipo para que se produzca, en el caso de la imprudencia, su existencia como infracción penal.

La mencionada STS 205/1997 se expresa así: «Pero, en todo caso, según la más moderna doctrina científico-penal el delito imprudente en la actividad sanitaria exige en la estructura de su tipo: a) La inobservancia de los deberes objetivos de cuidado que impone la concreta actividad. b) La producción de muerte o lesiones. c) Una relación de causa a efecto entre la conducta del agente y el resultado dañoso producido. d) Imputación objetiva del resultado.»

La doctrina, por su parte, considera que la atribución jurídica de un resultado a la acción (o en su caso a la comisión por omisión u omisión impropia) es un requisito implícito en el tipo para que se produzca la consumación de la infracción penal. Es preciso, para ello, que exista, en los delitos de acción (no la habrá obviamente en los de

Tipo subjetivo.

El primer requisito del tipo subjetivo es la intervención voluntaria del autor¹³, pero no intencional o maliciosa, debiendo estar ausente en ella todo dolo directo o eventual¹⁴. El segundo sería el conocimiento por el autor del peligro concreto y actuación pese a tal conocimiento, confiando de forma mínimamente fundada en la no producción del resultado¹⁵.

omisión pues una omisión no puede causar materialmente un resultado) una previa relación de causalidad material o naturalística entre ambos, tras la cual podrá imputarse este en términos normativos. La imputación objetiva pretende que el resultado pueda atribuirse a la acción jurídicamente, desde un punto teleológico o valorativo para poder afirmarse que el resultado es obra de la acción, de su peligrosidad, y no obra o producto del azar. Para ello se precisa que la conducta cree un riesgo penalmente relevante, que la producción del resultado sea la producción del riesgo, y que encaje en el fin de protección o de evitación de la norma, es decir, que no vaya más allá de la *ratio legis*, requisitos que implican una respuesta positiva sucesiva a la concurrencia de los siguientes criterios:

- *La adecuación de la acción.* La acción, dolosa o imprudente, ha de ser adecuada en sí misma para producir ese resultado, lo que significa que, ex ante, de forma general y para el hombre medio, es objetiva y normalmente previsible que se pueda derivar el resultado típico de la misma (previsibilidad objetiva del resultado). La acción, por consiguiente, constituye una creación de riesgo penalmente relevante, peligrosa a efectos del tipo. No lo será, pe., en el caso de quien convence a otro para que vaya al cine esperando que haya un incendio y muera.

- *Adecuación del curso causal.* El curso causal que produce el concreto resultado ha de ser, también ex ante, adecuado. No lo será en el supuesto en que, pe., el herido de forma imprudente en un siniestro de tráfico, muere al despeñarse la ambulancia.

- *Fin de protección de la norma.* Es necesario que el resultado concretamente causado encaje en el fin de protección o evitación de la norma porque coincida con el tipo de causación de resultado que precisamente pretende evitar la norma prohibitiva directa o la norma de cuidado infringida. Este es un criterio amplio en el que, además de fundamentarse el criterio posterior de la realización del peligro inherente a la acción, puede excluir la imputación objetiva de otros resultados no coincidentes con tal fin, como sería el caso de los segundos daños (pe. un choque de vehículos contra los que están ya parados por una colisión precedente), o los resultados sobrevenidos muy posteriormente o diferidos (pe. muerte producida por unas heridas tras muchos años) o, finalmente, el favorecimiento de una autopuesta en peligro o heteropuesta en peligro consentida.

- *Realización del peligro inherente a la acción.* Relacionado con el criterio anterior, con éste se pretende que el resultado suponga la realización del peligro inherente a la acción. Se excluirá la imputación objetiva en los supuestos de cursos causales anómalos o irregulares, o en el caso de error sobre el curso causal por desviación o por causalidad adelantada, o los de causalidad cumulativa. Si A hiere a B en una zona alejada y una primera cura logra evitar la muerte, pero la herida se infecta y B muere, no se cumplirá el requisito tratado. Tampoco se realizará el peligro típico si la víctima agredida sufre un infarto por la conmoción o impresión por la agresión. Si se cumple el requisito si se realiza otro peligro inherente a la acción, no principal pero previsible (imprudencia) o pensado y aceptado (dolo) por el autor, y que la norma también protege de forma secundaria, pe. la persona que es arrojada, para matarla, desde un puente al río para que se ahogue y se muere de un golpe contra un pilar del puente; o quien muere del tétanos que le produce el cuchillo sucio con el que es herido. También se cumpliría en los casos de *dolus generalis*, como cuando A cree haber matado a B y en realidad muere cuando despeña lo que creía que era ya su cadáver.

No será requisito de la imputación objetiva, para un sector doctrinal (LUZON PEÑA en obra cit.), que se cree un riesgo jurídicamente desaprobado, pues si el riesgo es jurídicamente permitido, estamos ante una causa de justificación que excluye la antijuricidad y con ello el tipo total de injusto, pero la conducta cumplía las exigencias de imputación objetiva en la parte positiva del tipo. Tampoco considera este autor criterio aceptable el del incremento de riesgo, que propuso ROXIN para resolver los cursos causales hipotéticos, pues pueden solucionarse con el criterio de la realización del peligro inherente a la acción.

¹³ Si bien hablar de autor en la imprudencia es discutido en doctrina y jurisprudencia, siguiendo a DÍAZ y GARCÍA-CONLLEDO en su obra «la autoría en derecho penal» ha de defenderse dicha categoría, aunque la participación en el delito imprudente sea impune, y lo ha de ser pues no toda contribución causal al resultado debe considerarse autoría sino sólo la de quien determina objetivamente el hecho por tener en sus manos la determinación del curso de los acontecimientos, pues el mero favorecimiento de la producción del resultado es irrelevante a efectos penales.

¹⁴ Requisito reiterado en múltiples resoluciones del TS como las SS de fechas 17 de septiembre de 1992 –EDJ 1992/11362–, de 24 de mayo de 1991 –EDJ/5475–, de 28 de diciembre de 1990 –EDJ 1990/12.099–, de 14 de septiembre de 1990 –EDJ 1990/8253– y 22 de mayo de 1989 –EDJ 1989/5268–.

¹⁵ Estaríamos ante la llamada culpa consciente, frente a la culpa inconsciente, en la que el autor desconoce, pese a la posibilidad y deber de conocer, por lo que no lo incorpora a su proceso de decisión. Como mantiene

A tenor de los requisitos reseñados, vemos como en el tipo de injusto imprudente la esencia es el descuido, la actuación peligrosa con inobservancia del deber objetivo de cuidado, que es un concepto normativo, un juicio de valor comparativo entre el actuar del sujeto y el deber de cuidado impuesto por una norma de cuidado, al que nos referiremos posteriormente con atención.

Cierto es que la conducta típica del tipo de injusto imprudente no está determinada con precisión en la ley, pues el CP sólo habla del que «por imprudencia» causare determinado resultado, siendo tipos abiertos¹⁶ en que el juez o el intérprete de la ley es quien debe establecer el contenido de la conducta. Veremos como se muestra aún mas necesaria esa concreción judicial cuando de la imprudencia médica se trata, por la especial naturaleza de la actividad humana en que se encuadra. Ello, no obstante, no es infracción del principio de legalidad, pues la naturaleza de las cosas, y más de la actividad médica, impide poder describir con mayor precisión en la ley todos los comportamientos imprudentes que se puedan dar. Lo importante es encontrar un punto de referencia con el que comparar las conductas realizadas a fin de determinar si lo ha sido imprudentemente o no. Este punto de referencia es «el deber de cuidado».

2. El deber de cuidado en general

A) EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO

El concepto de deber de cuidado tienen una dimensión objetiva en la que no interesa saber qué cuidado ha adoptado o podía adoptar el autor, sino cuál es el cuidado requerido en la vida de relación social respecto a la conducta enjuiciada. Tiene un carácter normativo que surge de la comparación entre la conducta que hubiese seguido un hombre razonable y prudente, consciente y cuidadoso del círculo al que pertenece el autor y en la situación y conocimiento de este y la conducta cuestionada. En este juicio normativo distinguimos dos elementos:

– *Intelectual*. Según el cual es necesaria la consideración de todas las consecuencias de la conducta que, conforme a un juicio razonable (objetivo) eran de previsible producción (previsibilidad objetiva).

– *Valorativo*. Según el cual sólo es contraria al cuidado aquella conducta que queda por debajo de la medida adecuada socialmente. La previsibilidad objetiva es

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (Enciclopedia Penal Basica, 2002, V. Imprudencia, p. 796) sólo en el caso de la imprudencia consciente, en el que existe un desvalor subjetivo de la acción, se puede hablar estrictamente de tipo subjetivo del injusto pues sólo en él se puede hablar de la existencia de un desvalor subjetivo de la acción.

¹⁶ Siguiendo a LUZON PEÑA/MIR PUIG en «*Cuestiones actuales de la teoría del delito*», Mac-Graw-Hill, Madrid, 1999, la peculiaridad de los tipos abiertos es que se trata de supuestos en los que está invertida la relación regla-excepción que normalmente se presenta en los tipos delictivos, según la cual la regla es que la realización del tipo (positivo o estricto) supondrá una perturbación antijurídica de bienes jurídicos (y por eso el tipo positivo supone un indicio de antijuridicidad que sólo se confirma si se da el tipo total de injusto, incluyendo la parte negativa), mientras que la excepción será que causas de justificación autoricen tal perturbación y eliminen su carácter de antijurídica. En los tipos abiertos, en cambio, sucede que la regla es que la realización de los restantes elementos del tipo positivo no supone todavía una perturbación antijurídica de bienes jurídicos, o incluso no afecta a bienes jurídicos, sino que sea un conducta normal, mientras que la excepción (cualitativa, no forzosamente cuantitativa) es que le añada alguna infracción adicional de normas –el elementos de valoración global del hecho, en este caso el comportamiento imprudente– que producirá que la conducta suponga una perturbación desvalorada y prohibida de bienes jurídicos.

insuficiente para considerar imprudente un comportamiento: así conducir un vehículo por una carretera con mucho tráfico es una actividad peligrosa en la que es previsible objetivamente que de ella se derive una colisión y por tanto un daño. Pero para que esa conducta sea imprudente, además de previsibilidad, es necesario que el conductor desatienda las reglas de cuidado aplicables, en este caso las normas de tráfico.

Esas reglas de cuidado no son siempre fáciles de precisar. En algunas ocasiones el sector de la actividad humana en que se analiza la conducta esas reglas están descritas y escritas en preceptos administrativos (por ejemplo el Reglamento de Circulación, en la circulación de vehículos). Su inobservancia constituye una conducción intelectual y valorativamente imprudente. Otras veces, si no hay estas normas escritas, ha de acudirse a patrones o criterios abstractos como el «hombre de inteligencia media» o a reglas de la experiencia en el ejercicio de determinadas profesiones, llamadas *lex artis*, como veremos en la actividad médica, o en la ingeniería, etc. En este tipo de patrones no escritos, habrá que situarse ex ante en la posición del autor en el momento de actuar.

B) EL DEBER SUBJETIVO DE CUIDADO

Los anteriores eran criterios que valoran objetivamente la conducta. Pero también se puede hacer una valoración subjetiva de la conducta que atiende a la capacidad individual del autor, es decir, al nivel de conocimientos, previsibilidad y experiencia del sujeto, que puede ser de conocimientos inferiores o superiores.

La doctrina mayoritaria¹⁷ considera que la postura correcta es basar la institución en un concepto objetivo del deber de cuidado matizado por los superiores conocimientos del autor. No se considerarían, por tanto, los inferiores conocimientos concretos del autor. Serán relevantes, en su caso, en la culpabilidad (aplicación de alguna eximente por su estado mental, intoxicación, etc.).

3. Grados de la imprudencia. La imprudencia grave, leve y levísima

No todo resultado lesivo causado y objetivamente imputable a un actuar imprudente tiene la misma relevancia para el ordenamiento jurídico. Desde la tipificación como delito (en tal sentido los supuestos contemplados en los artículos 142, 146, 152, 158, 267, 301-3.º, 317, 324, 347, 358, 367, 391, 467-2.º y 601 CP) pasando por la consideración penal como falta (art. 621 CP) a la mera tipificación como ilícito civil que genera responsabilidad sólo en dicho ámbito, la imprudencia puede adoptar varios grados en la consideración jurídica.

A) LA CULPA PENALMENTE RELEVANTE. IMPRUDENCIA GRAVE Y LEVE

La graduación social, y también normativa, de la culpa viene dada no en base al resultado producido sino a la intensidad de sus elementos estructurales, fundamentalmente el elemento psicológico constituido por la previsibilidad y evitabilidad del daño, o lo que es lo mismo, la intensidad de la infracción del deber de cuidado ten-

¹⁷ Así se expresa RODRÍGUEZA MONTAÑES en la Enciclopedia Penal Basica, 2002, V. Imprudencia, p. 794.

dente a «poder saber y poder evitar», y así es que el comportamiento imprudente sólo podrá tener consideración criminal y entrar en la esfera del castigo penal cuando la intensidad de la infracción del deber de cuidado, por la previsibilidad y inevitabilidad del daño, sea de tal intensidad, sea tan reprochable, que el comportamiento imprudente no sea merecedor solamente del resarcimiento del daño sino que precise una consecuencia de castigo, una pena, en prevención especial y general.

Como es fácil advertir, no se asienta la diferenciación de los grados de la culpa en cánones técnicos objetivos abstractos lo suficientemente seguros, sino en un ámbito valorativo y relativo basado en las circunstancias del caso concreto, con lo que serán los tribunales los que, en cada caso concreto y con arreglo a sus circunstancias, habrán de graduar la gravedad del comportamiento culposo¹⁸. Ciertamente es que ello conlleva el peligro de soluciones de los tribunales posiblemente contradictorias y desiguales¹⁹, sobre todo en esta materia que difícilmente llega al recurso de casación²⁰, algo difícilmente evitable al no ser posible fijar unos parámetros claros y generales que eviten la necesidad de estar al caso concreto.

Dentro de la esfera penal, la culpa también adopta distinto nivel de relevancia según que, en términos del Código Penal de 1995, sea leve o grave. Será grave cuando la previsibilidad del evento sea notoria y esté acompañada de una omisión de las más elementales precauciones, a lo que habrá que añadir la importancia y evidencia de la norma de cuidado infringida, el alto grado de peligrosidad y de desprecio que revela la conducta. La imprudencia grave se sitúa, dentro de la escala jerárquica de las actuaciones culposas, en la cúspide de intensidad, correspondiendo su apreciación al órgano judicial en correspondencia con los datos más significativos y reveladores de la causa generadora de riesgo, su racionalidad y previsibilidad, su potencialidad peligrosa y probabilidades de desencadenamiento del *damnum*, sin dejar de ponderar adecuadamente la mayor o menor entidad de las omisiones espirituales o fallos psicológicos acusables en el agente²¹. La culpa leve supone una sensible disminución

¹⁸ Esta dificultad es señalada por la STS de 22 de abril de 1988 –EDJ 1988/3299–, que requería a las Salas de instancia un esfuerzo especial en la determinación de los hechos probados para fundamentar la calificación de grave –con el anterior Código Penal temeraria– o leve. Así se refería la sentencia a esta cuestión: «La diferenciación entre la impericia o negligencia profesional –inciso primero del párrafo quinto del artículo 565 del Código Penal la imprudencia temeraria –párrafo primero del citado precepto– la imprudencia simple con infracción de Reglamentos –párrafo segundo del mismo artículo y la simple o leve imprudencia o negligencia sin infracción reglamentaria –núm. 3.º del artículo 586 M mencionado Código Penal–, aunque existan matices diversificadores y parezca tajante y fácil de detectar y de obtener, no es siempre posible puesto que el deslinde, entre unas figuras culposas y otras de la misma naturaleza, es en ocasiones sumamente dificultoso, dado que los límites, entre unas y otras, son tenues y no acentuadamente acusados, dependiendo, la calificación certera, de las circunstancias concurrentes, especialmente, de las de lugar, tiempo, ocasión y modo, siendo preciso, gracias a ello, que las Audiencias, no pequen de una excesiva sobriedad al narrar o describir lo sucedido, sino que, en el *factum* de sus sentencias, no regateen, ni escatimen, datos o pormenores, sino que lo redacten minuciosamente y con toda la prolijidad posible, facilitando, de ese modo, y haciendo fundada y comprensible, la delimitación, así como la calificación más certera y atinada.»

¹⁹ Así lo pone de manifiesto VENTAS SASTRE en su aportación a la obra «Estudios Jurídico-Penales sobre genética y biomedicina», libro homenaje al Prof. Sr. D. Ferrando Mantovani, Dykinson, Madrid, 2005, p. 323.

²⁰ Téngase en cuenta que las imprudencias, por la pena, no superan los cinco años de prisión (la imprudencia grave con resultado de muerte está castigada con pena de hasta 4 años de prisión en el artículo 142 del Código Penal), con lo que se tramitan las causas como procedimiento abreviado que juzga el Juez de lo Penal (art. 14.3 en relación al art. 757 de la Lecrim) y contra su sentencia cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial y no recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

²¹ SS TS de 4 de febrero de 1993 –EDJ 1993/938– y de 14 de febrero de 1997 –EDJ 1997/928–. Por su parte la STS de 14 de septiembre de 1990 –1990/8253– describe la culpa grave en la forma siguiente: «La diversas especies de culpas que, articuladas en varios tipos, representan una escala jerárquica en cuya cúspide estructural, como la más grave de las infracciones, figura la imprudencia temeraria (grave para el nuevo Código Penal de 1995), suponiendo la misma la eliminación de la atención más absoluta, la inadopción de los cuidados más elementales o ru-

de la intensidad de tales elementos de modo que, aun sin dejar de constituir un comportamiento reprochable hasta el punto de merecer el castigo punitivo, la peligrosidad es escasa y el sujeto adoptó algún tipo de medida protectora²².

B) CULPA PENAL, CULPA CIVIL

La diferencia del último grado de la culpa penal, la leve, tipificada en el artículo 621 del Código Penal, con la culpa civil, habrá que buscarla en que en el caso de la culpa levísima, es decir, aquella en que los indicadores de gravedad antes expuestos están al mínimo, la responsabilidad civil será suficiente, por el propio juego del principio de insignificancia²³ como causa de atipicidad, y todo ello teniendo en cuenta el principio de intervención mínima del Derecho penal²⁴.

dimentarios exigidos por la vida de relación, suficientes para impedir o contener el desencadenamiento de resultados dañosos previsibles, infringiéndose deberes fundamentales que atañen a la convivencia y a principios transidos de alteridad; en tanto que en la imprudencia simple se acusa la omisión de la atención normal o debida en relación con los factores circunstanciales de todo orden que definen y contornean el supuesto concreto, representando la infracción de un deber de cuidado de pequeño alcance, aproximándose, sin alcanzarla, a la cota exigida habitualmente en la vida social. Debiendo proceder el órgano judicial, en delicada labor valorativa *ex pos facto*, al cuidadoso análisis de los básicos elementos constitutivos de la culpa penal, a la mayor o menor gravedad del fallo psicológico padecido, a la cualidad e intensidad de la desatención, en función del riesgo desencadenado con la torpe actuación; asimismo a la entidad del deber objetivo de cuidado omitivo, medida determinada en atención a las generales circunstancias cognoscibles por el ciudadano medio y por el infractor en concreto y a las reglas experienciales o reglamentadas que marcan la pauta de procedencia en el obrar del sujeto, saberes ontológico y gnoseológico cuya referencia es precisa para el adecuado juicio de culpabilidad.». Respecto a la culpa leve se refiere a ella, con o sin reglamentos –diferenciación desaparecida con el Código Penal de 1995– como «la desatención normal o debida, representando la infracción de un deber de cuidado de pequeño alcance, aproximándose, sin alcanzarla, a la cota exigida habitualmente en la vida social».

En el mismo sentido la STS de 10 de octubre de 1998 – EDJ 1998/25289– sostiene: «Las nuevas categorías legales de imprudencia grave y leve han de ser puestas en relación con la entidad de la infracción del deber objetivo de cuidado que constituye la idea vertebral del concepto de imprudencia, ya que el tipo del injusto culposo se estructura sobre el elemento normativo de la infracción de una norma de cuidado, por otra parte el texto vigente elude toda referencia a la infracción de reglamentos en la fijación de los criterios legales de la imprudencia lo que ha sido saludado positivamente por la doctrina en la medida que las previsiones reglamentarias pueden no corresponderse *per se* con las normas de cuidado como ya había puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial. Esta evidente simplificación en relación a la situación legal del anterior Código donde se distinguían tres tipos de imprudencia, una imprudencia temeraria, simple con infracción de reglamentos y simple sin infracción de reglamentos, amen del sistema de *numerus apertus* permite constatar, de un lado una terminología más comprensible y por ello más próxima al ciudadano, pero de otro es preciso una nueva interpretación que llene de contenido las dos nuevas categorías en relación a la calificación del trimembre anterior.»

²² La SAP de Toledo, Secc. 1.ª, de fecha 16 de diciembre de 1999 –ARP 1999/4751–, en relación con la diferenciación del Código Penal anterior al actual de 1995, expresa así el concepto de imprudencia leve (antes simple): «Finalmente en el último peldaño de la escala gradual respectiva se sitúa la imprudencia simple con o sin infracción de reglamento. La característica que mejor define a esta última reside en la nota de su «levedad» en función de la menor previsibilidad y evitabilidad de la situación de riesgo o de la menor falta de diligencia en la actividad o acción que constituye la dinámica delictiva. De este modo, la imprudencia simple constitutiva de falta estará representada por «la omisión de la atención normal o debida, en relación con los factores circunstanciales de todo orden que definen el supuesto concreto, representando la infracción de un deber de cuidado de pequeño alcance, aproximándose, sin alcanzarla, a la cota exigida habitualmente en la vida social; las omisiones acusables en el supuesto de la más liviana de las imprudencias apuntan hacia la cautela, prudencia o precauciones propias de las personas más cuidadosas, diligentes y previsoras» (STS del 9-5-1988 [RJ 1988/3515]).»

²³ Dicho principio se refiere a lo que se denominan también injustos-bagatela, y significa que no pueden ser penalmente típicas acciones que, aunque en principio encajen formalmente en una descripción típica penal y contengan algún desvalor jurídico, o sea, que no estén justificadas y no sean plenamente lícitas, sin embargo en el caso concreto el grado de injusto es mínimo e insignificante.

²⁴ Téngase en cuenta que el derecho penal está informado por el principio de proporcionalidad (o prohibición del exceso), que conlleva una limitación del *ius puniendi* del Estado por imperio del principio de intervención mínima. El juego de este principio se manifiesta en dos sub-principios esenciales que son, por un lado el carácter

La doctrina jurisprudencial ha venido estableciendo diferencias entre la culpa penal y la culpa civil, exigiendo en la primera, conforme a lo expuesto, una observancia estricta de los principios que rigen el proceso penal, con prueba de la efectiva omisión del deber de cuidado y reservando cualquier argumentación objetiva o presuntiva de la culpa para el ámbito civil, viniendo a considerar que no tendría relevancia penal la imprudencia levísima, calificando como tal la imprudencia simple sin infracción de reglamentos, en la diferenciación que al respecto hacía el anterior Código Penal²⁵.

Por ello, el campo de la culpa civil es amplio y residual²⁶, abarcando cualquier género de negligencia o imprudencia, en tanto que para configurar la imprudencia penal había de considerarse, aparte de los elementos comunes a ambas, acción u omisión voluntaria pero no dolosa, daño, nexo causal y falta de la previsión debida, factor psicológico o subjetivo y eje de la conducta imprudente, en cuanto propiciador de riesgo es imprescindible la concurrencia de un factor normativo externo, representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, ya traducido en normas convivenciales o experienciales, tácitamente aconsejadas y observadas en la vida social en evitación de perjuicios de terceros, ya en normas específicas reguladoras de determinadas actividades que, por fuera de su incidencia social, han merecido una normativa reglamentaria o de otra índole, en cuyo escrupuloso conocimiento cifra la comunidad la conjuración del peligro dimanante de las actividades referidas²⁷.

4. Culpa del profesional y culpa profesional

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido distinguiendo entre la culpa del profesional, imprudencia o negligencia comunes cometidas por aquél en el ejer-

fragmentario del Derecho penal, en cuanto a que la sanción penal no tiene que extenderse a todas las infracciones y a proteger todos los bienes jurídicos, sino sólo a los más dignos de protección, susceptibles de ella y que estén más necesitados de ella, y sólo interviene ante los ataques más graves e intolerables, y en segundo lugar el carácter subsidiario, es decir, el Derecho penal solo debe intervenir donde el orden jurídico no puede protegerse por medios menos gravosos que la pena. Sólo interviene, pues, cuando los otros medios jurídicos no penales han fracasado en la tutela.

²⁵ En este sentido, la STS de 10 de octubre de 1998 –EDJ 1998/25289– mantiene «Desde la realidad del artículo 12 del vigente Código y de su significación como divisa del cambio que ha tenido en nuestro Ordenamiento Jurídico la severa limitación de la incriminación de la imprudencia puede afirmarse que la vigente categoría de imprudencia grave, vendría a corresponderse con la imprudencia temeraria es decir, con la más grave de la infracción de los deberes objetivos de cuidado, en tanto que la imprudencia leve habría que referirla a la anterior imprudencia simple, que en la modalidad de simple sin infracción de reglamentos –equivalente a la antigua culpa levísima–, prácticamente habría que estimarla situada extramuros del sistema penal y alojada dentro del ordenamiento civil como respuesta más acorde con el principio de intervención mínima y con la existencia de un Código Penal en garantía de unos bienes jurídicos en sentido propio que no se avienen a una instrumentalización del sistema de justicia penal con una única finalidad reparadora o indemnizatoria, la que puede y debe tener su tutela dentro del sistema de justicia civil.»

²⁶ Así lo considera la SAP de las Islas Baleares, Secc. 2.ª, de fecha 26 de octubre de 1998 cuando razona: «No existe, pues en este caso, eliminación de la más absoluta atención, ni omisión de la diligencia en que no hubiera incurrido el menos precavido profesional de la misma especialidad, ni dejación en adoptar los cuidados más elementales en supuestos similares, sino que realizó los suficientes a tenor de las anteriores consideraciones y de que el desencadenamiento de resultado fatal, aun no previsible, ya desde el ingreso se intentó contener con los medicamentos «Zantac», «Atarax» y «Urbason». Las omisiones elementales denunciadas por la acusación particular, a falta de acreditación, carecen de base probatoria – y posteriormente se insistirá sobre tal valoración–, por súbitos la situación y síntomas de otras patologías presentados, que racionalmente fueron previstos; y una simple posibilidad probabilística, en modo alguno puede fundamentar una sentencia condenatoria en vía penal; que de ser leve en atención a los hechos y otros elementos, cabría reconducir el planteamiento en la vía civil.»

²⁷ Así se expresan, por ejemplo, las SS TS de fechas 22 de septiembre de 1995 –EDJ 1995/4567–, de 24 de mayo de 1991 –EDJ 1991/5475–, de 27 de diciembre de 1990 –EDJ 1990/12059–.

cicio de su arte u oficio, y la culpa profesional propia, que aparece en el apartado 3.º de los artículos 142 y 152 del Código Penal²⁸. Se considera esta última como una especie de subtipo agravado en que el agente activo, pese a ostentar un título que le reconoce su capacidad científica o técnica para el ejercicio de la actividad que desarrolla, contradice con su actuación aquella presunta competencia ya porque en su origen no adquiriese los conocimientos precisos, ya por una inactualización indebida, ya por una dejación inexcusable de los presupuestos de la *lex artis* de su profesión, que le conduzcan a una situación de inaptitud manifiesta, o con especial transgresión de deberes técnicos que sólo al profesional competen y que convierten la acción u omisión del profesional en extremadamente peligrosa e incompatible con el ejercicio de aquella profesión. Esta «imprudencia profesional», en el ámbito médico, vendría caracterizada, pues, por la transgresión de deberes de la técnica médica, por evidente inepticia y constituye un subtipo agravado caracterizado por un «plus» de culpa y no una cualificación por la condición profesional del sujeto²⁹.

La jurisprudencia exige, pues, al profesional un plus de atención y cuidado en la observancia de las reglas de su arte que no es exigible al que no es profesional³⁰, girando en esa exigencia su castigo agravado en caso de defraudar las legítimas expectativas que la sociedad y los ciudadanos tienen cuando se ponen en sus manos por sus especiales conocimientos³¹.

²⁸ Que establecen: 142.3: «Cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años». 152.3: «Cuando las lesiones fueren 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 uno a cuatro años».

²⁹ Así la define la STS de 22 de enero de 1999 –EDJ 1999/96– que cita otras muchas como las Sentencias de 29 de marzo de 1988, 27 de mayo de 1988, 5 de julio de 1989, 1 de diciembre de 1989, 8 de junio de 1994, 8 de mayo de 1997 y 16 de diciembre de 1997. Y para tipificar el caso de autos en este tipo de imprudencia razona: «En el supuesto que examinamos es perfectamente aplicable la doctrina jurisprudencial que se deja expresada para apreciar la concurrencia de la imprudencia profesional. El recurrente no sólo ha omitido los deberes más elementales que le eran exigibles para evitar el resultado producido, sino que además entraña una mayor reprochabilidad al actuar con máxima dejación y olvido de los deberes técnicos –*lex artis*– que como profesional de la medicina le competían, siendo especialmente reseñable que hubiese prescindido del reconocimiento ginecológico que resultaba inexcusable. Incurre, sin duda, en la agravación específica de haber cometido las lesiones por imprudencia profesional.»

³⁰ Ese incremento de exigencia respecto al cuidado ordinario se destaca, por ejemplo, en la SAP de las Islas Baleares, Secc. 1.ª, de fecha 28 de junio de 2002 –ARP 2002/621– en la forma siguiente: «Y esa culpa, es además de grave, profesional, en la medida que la omisión de las reglas de cuidado va referida no ya a reglas generales de convivencia, sino ya a aquellas que van referidas a una concreta profesión, la *Lex artis ad hoc* lo que se considera más reprochable, dado que el deber de cuidado del profesional –médico especialista en este caso– le exige extremar diligencia conforme a aquella, en función del elevado riesgo que, para el bien jurídico protegido entraña su actuación profesional, con lo que es de aplicación al evento de autos el núm. 3 del artículo 152, al no parecer sostenible ya, conforme al C. de 1995, la antigua distinción que, conforme al C. de 1973 (RCL 1973\2255; NDL 5670), efectuaba la Jurisprudencia entre la culpa del profesional y la culpa profesional.»

En el mismo sentido la SAP de Santa Cruz de Tenerife de fecha 10 de septiembre de 1999 cuando argumenta: «Pues bien, desde esta perspectiva conviene destacar que la imprudencia profesional se caracteriza, por la inobservancia de las reglas de actuación que vienen marcadas por lo que se conoce en términos jurídicos como *lex artis* –a la que antes hicimos referencia–, lo que conlleva, un «plus» de antijuridicidad que explica la elevación penológica. El profesional que se aparta de estas normas específicas que le obligan a un especial cuidado merece un mayor reproche en forma de sanción punitiva. Al profesional se le debe exigir un «plus» de atención y cuidado en la observancia de las reglas de su arte, que no es exigible al que no es profesional. La imprudencia profesional aparece claramente definida en aquellos casos en que se han omitido los conocimientos específicos que sólo tiene el sujeto por su especial formación. Surge cuando se produjere muerte o lesiones a consecuencia de impericia o negligencia profesional equivalente al desconocimiento inadmisibles de aquello que profesionalmente ha de saberse; esta imprudencia profesional, caracterizada por la transgresión de deberes de la técnica médica, por evidente inepticia, constituye un subtipo agravado caracterizado por un «plus» de culpa, y no una cualificación por la condición profesional del sujeto (SSTS de 8 de junio de 1994 [R] 1994\9347), 29 de febrero de 1996 [R] 1996\1339) y 3 de octubre de 1997 [R] 1997\7169), entre otras.»

³¹ La STS de 3 de octubre de 1997 –EDJ 1997/6352– reseña en tal sentido: «Respecto a la Imprudencia profesional, la Sentencia 8-5-97 ha precisado que se caracteriza por la inobservancia de las reglas de actuación que vienen

No obstante, hay que reconocer la dificultad que tiene en muchas ocasiones establecer los límites entre la culpa del profesional y la culpa profesional, til-
dándose la segunda de excepcional y por tanto considerándose la primera³²
como normal y ordinaria³³.

marcadas por lo que en términos jurídicos se conoce como *lex artis*, lo que conlleva un plus de antijuricidad que explica la elevación penalógica. El profesional que se aparta de estas normas específicas que le obligan a un especial cuidado, merece un mayor reproche en forma de sanción punitiva. Al profesional se le debe exigir un plus de atención y cuidado en la observancia de las reglas de su arte que no es exigible al que no es profesional. La imprudencia profesional aparece claramente definida en aquellos casos en que se han omitido los conocimientos específicos que sólo tiene el sujeto por su especial formación, de tal manera que, como ya se ha dicho, los particulares no tienen este deber especial porque carecen de los debidos conocimientos para actuar en el ámbito de los profesionales.»

³² Por culpa ordinaria del profesional y no profesional opta la SAP de León, Secc. 3.ª, de fecha 9 de enero de 2002 –ARP 2002\95604– en un caso de olvido de gases. Los argumentos son los siguientes: «Cuarto.– Asimismo nos parece atinada la calificación jurídica, pues, como expone el representante del Ministerio Fiscal en su impugnación a los recursos, respecto a la imprudencia profesional específica la doctrina que considera «debe ser objeto de distinción lo que se venía señalando como culpa profesional (en la que la impericia encuentra su fundamento causal en la ignorancia o defectuosa ejecución del acto requerido profesionalmente) y la culpa del profesional (que no es más que la imprudencia común cometida por el profesional en el ejercicio de su arte, profesión u oficio). El presente caso, en el que no hay una transgresión de los deberes de la técnica quirúrgica, sino un auténtico descuido que a cualquiera puede ocurrir aunque, eso sí, situado en el campo de la actividad médica no puede ser valorado más que como imprudencia sin que la cualificación profesional afecte a tal valoración».

La SAP de Córdoba, Secc. 3.ª, de 13 de junio de 2000 (ARP 2000\649), explica en su quinto fundamento que: «El Tribunal Supremo, en sentencia de fechas 18.7-82, 26-10-83 (RJ 1983\4799), 7-10-86 (RJ 1986\5575), 11-2-87 (RJ 1987\1241), 27-5-88 (RJ 1988\3849), 29-2-96 (RJ 1996\1339) y otras, ya dice que son atípicos los errores excusables tanto de diagnóstico como los científicos, los técnicos que no equivalgan automáticamente a infracción de normas de cuidado, así como que la *Lex Artis* se infringe cuando las pretendidas conductas imprudentes o descuidadas afectan a la asistencia debida, a distracciones, a falta de vigilancia del enfermo, a incorrecta ejecución de intervenciones, administración inadecuada o indebida de fármacos, omisiones de tratamiento, olvido de material de empleo quirúrgico dentro del cuerpo del paciente, errores en la vigilancia postoperatoria por citar algunos casos, añadiendo dicho Alto Tribunal que, incluso en las operaciones efectuadas «a vida o muerte», puede ser disculpable la no adopción de muchas cautelas que son obligadas en las intervenciones que no son de tal urgencia para la supervivencia del paciente».

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 26 de febrero de 2001 (RJ 2001\1340), hace notar que «la agresión física que soporta el cuerpo de una persona sometida a una intervención quirúrgica supone un objetivo y real quebranto de la integridad corporal. Por ello mismo, la antijuricidad de tal acción quedará excluida como elemento consustancial de todo hecho delictivo siempre que tal agresión a la incolumidad corporal protegida constitucional y penalmente, haya tenido lugar con observancia de las normas que configuran la *lex artis* que debe regir la actuación del sujeto activo, de suerte que cuando la intervención traumática y agresiva que sufre el ser humano se produce no sólo de espaldas a la *lex artis*, sino en oposición frontal a la misma, la antijuricidad de la acción aparece patente y, consecuentemente, el reproche penal si en el hecho concurren los demás requisitos que configuran el tipo» y en la sentencia 1904/2001, de 23 de octubre (RJ 2001\9074), enseña que el delito de imprudencia tiene la siguiente estructura: «a) El tipo objetivo está integrado, de un lado, por una acción u omisión cuyo desvalor radica en la infracción de una norma social de cuidado, esto es, en el incumplimiento del deber de advertir el riesgo creado por la acción u omisión y, en su caso, de evitar que el riesgo advertido se concrete en una efectiva lesión. Y, de otro, en la resultancia de un hecho previsto en uno de los tipos delictivos que, en virtud de un precepto expreso de la ley, admiten la forma culposa. b) El tipo subjetivo, por su parte, está integrado por la ausencia de intención o voluntad con respecto al resultado dañoso y por la índole voluntaria de la infracción de la norma de cuidado cuyo cumplimiento se omite conscientemente, pudiendo presentar esta parte subjetiva del tipo dos formas que no difieren precisamente por su gravedad sino por la naturaleza del deber de cuidado infringido, cuales son la culpa inconsciente en que se infringe voluntariamente el deber de advertir el riesgo y la culpa consciente en que se infringe de la misma manera el deber de evitar el riesgo advertido».

En el caso examinado, a diferencia de otros en el que pudo ser casual el que se dejasen gases (SAP Granada, Sección 1.ª, de 10-04-99 [ARP 1999\1385]), el cirujano jefe del equipo, máxime ante el trasvase de personal en el caso de la intervención, con independencia de las funciones propias de esas personas y aun cuando fuese necesaria la ayuda de otro facultativo para el cierre de la herida quirúrgica, debió comprobar el estado del campo operatorio, cerciorándose del no abandono de material, lo que omitió, dándose el descuido a que se refiere el Ministerio Público, sin que podamos compartir la infracción legal y jurisprudencial por aplicación errónea que se denuncia, concurriendo, por el contrario, los requisitos de la infracción liviana conforme se pormenorizan en el apartado cuarto de la sentencia objeto de crítica.»

³³ Así lo considera la STS de 4 de septiembre de 1991 –EDJ 1991/8418–: «Ciertamente que los límites entre la «culpa del profesional» y la «culpa profesional» son confusos, siendo trascendente y esencial tal separación, ya

II. LA IMPRUDENCIA MÉDICA PENALMENTE RELEVANTE

1. EL ERROR O FALLO MÉDICO COMO MERO INDICIO DE RESPONSABILIDAD

Como ya consignada Casabona en los años 80³⁴, si bien los conceptos de error técnico, fallo técnico o falta profesional son más propios de otras profesiones técnicas o experimentales, pueden ser conceptos admisibles en la medicina, pudiendo ser definido como una aplicación defectuosa de las técnicas o procedimientos médicos en cualquiera de las distintas fases de la actuación médica, ya sea en la exploración, la clínica, el diagnóstico, el pronóstico o el tratamiento, que tendrá su base, ya veremos los matices, en un enfrentamiento con las reglas que disciplinan la práctica médica en que se ha producido. Trataremos de forma especial el error en el diagnóstico en un posterior apartado específico.

Este concepto no conlleva, o al menos necesariamente³⁵, una valoración jurídica sino que es una constatación de hecho, un dato neutro, pues el error o fallo médico no debe conllevar necesariamente responsabilidad penal por haberse infringido el deber objetivo de cuidado médico, pues puede tener un origen fortuito o tener su causa en las propias insuficiencias de la medicina como ciencia. El ejemplo más paradigmático de estos asertos es el error de diagnóstico, que puede aparecer aún cuando, como veremos, el médico más diligente y con los medios más avanzados a su alcance, no acierta en el diagnóstico de la enfermedad.

Como mucho, la existencia del fallo técnico médico, existiendo, claro está, un perjuicio o daño³⁶, es un indicio de responsabilidad, un indicio de infracción del deber objetivo de cuidado que deberá necesariamente concurrir para completar la estructura del hecho imprudente penalmente relevante³⁷.

que sólo a esta última le es aplicable el plus agravatorio que señalaba el antiguo párrafo quinto del artículo 565 – ahora párrafo segundo tras la reforma operada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de julio, de actualización del Código Penal– Tal agravación resulta muy discutible y dudosa, a menos que se eleve lo que tenía que ser excepcional y, por tanto, circunstancial al rango de figura primaria normal y ordinaria, que es lo que no parece querer el legislador –sentencias de 2 de enero y 24 de marzo de 1984, 23 de febrero y 30 de septiembre de 1985, 28 de septiembre, 27 de octubre y 28 de noviembre de 1987– Por otra parte el respeto al artículo 9.3.º de la Constitución Española exige evitar que se eleve a la categoría de ordinaria una agravación que legalmente aparece como excepcional –sentencias de 29 de marzo y 7 de junio de 1988 y 24 de noviembre de 1989– La conducta del procesado calificada por la Sala de instancia como de imprudencia temeraria no tiene que conllevar el aditamento aflictivo de la culpa profesional, como ha puesto de relieve la sentencia de esta Sala de 28 de septiembre de 1987. Se requiere para tal apreciación agravatoria que el resultado se origine a consecuencia de impericia o negligencia profesionales, inexcusable en su ejercicio y practicándose con manifiesta peligrosidad, suponiendo un plus de agravación que no debe operar de modo inmediato por la circunstancia de que la imprudencia provenga de un profesional. La conducta del anestesista, calificada de temeraria, no merece tal agravación que aproximaría la sanción demasiado al paralelo doloso y así lo entendió con toda corrección el Tribunal de instancia. Su salida del quirófano lo fue para acudir a otro dentro del mismo hospital, siempre localizable y cuando el paciente se encontraba en buen estado tras la anestesia y quedando en las manos del cirujano y su equipo. Volvió cuando se le llamó e intentó por todos los medios a su alcance reanimar al paciente sin conseguirlo.»

³⁴ ROMEO CASABONA, C. M., «El médico y el Derecho Penal. I. La actividad curativa», 1981, pp. 233 y ss.

³⁵ Sí la tiene, y negativa en cuanto generadora de responsabilidad penal, para autores de la doctrina alemana como SCHWALM en su obra «Zum Begriff und Beweis des ärztlichen Kunstfehlers», y EBERMAYER en su obra «Artz und Patient in der Rechtsprechung», según ROMEO CASABONA en la obra citada en la nota anterior, pp. 234 y 235.

³⁶ Obviamente la existencia del mismo (lesión, muerte, prolongación de la enfermedad, agravamiento de esta, etc.) es el auténtico presupuesto general de la figura jurídica que estamos estudiando, no en vano estamos tratando una figura penal basada en la existencia de un resultado lesivo.

³⁷ Como supuesto de error médico sin responsabilidad es muestra la SAP de Toledo, Secc. 2.ª, de fecha 5 de mayo de 1999 –ARP 1999\1684– que revoca la sentencia condenatoria de instancia con el siguiente argumento:

2. El deber de cuidado médico. El riesgo permitido como delimitador del deber de cuidado

Si hemos ofrecido precedentemente qué debemos entender por un deber objetivo de cuidado con carácter general, la cuestión se torna más difícil cuando hemos de concretar en qué consiste el deber objetivo de cuidado médico. Su determinación y dar respuesta a la cuestión de cuándo se ha infringido el mismo, es la médula de la estructura de la responsabilidad penal por imprudencia médica.

Como primera idea, hemos de consignar que la medicina no es una de esas actividades sociales perfectamente delimitada por la norma³⁸ que, mediante una regla-

«Primero.– Contrariamente a la tesis que se sostiene en la resolución de instancia y con asiento en la más clásica doctrina jurisprudencial al efecto, sostenida a partir de la STS de 7-10-1986 [R] 1986\5575), la imprudencia del profesional en la medicina, en cualquiera de sus grados, ya como delito ya como falta, tiene su sustento en tres supuestos básicos: a) acción u omisión llevada a efecto con inobservancia de normas, disposiciones o reglas de cautela, diligencia o prudencia requeridas por las circunstancias del hecho, lugar y tiempo; b) la realidad acreditada del evento perjudicial sobrevenido como consecuencia de la conducta negligente observada por el sujeto activo en su doble vertiente de falta de previsión o cuidado; y c) el nexo causal entre la acción y el daño; y trayendo tal doctrina al ejercicio de la profesión médica y al concreto acto de la colocación de una inyección (en igual sentido la STS 14-2-1991 [R] 1991\1056), tal actividad ha de ser valorada en su justa medida, ya que se está valorando «una ciencia inexacta en la que intervienen factores inapreciables por concurrencia de varios riesgos extraños y ajenos al prudente ejercicio», por lo que tradicionalmente se viene dejando fuera de la responsabilidad penal las conductas que se desarrollan dentro de las «reglas del arte», siendo por lo general atípicas cuando obedecen a error de diagnóstico (SSTS 10-3-1989 [análoga a R] 1989\6091] y 17-7-1982 [R] 1982\4693]), salvo que aquél resulte por su propia categoría cualitativa indispensable, o cuando responde a falta de extraordinaria pericia (SSTS 8-10-1983 [análoga a R] 1983\4799], 5-2-1981 [R] 1981\491] y 8-6-1981 [R] 1981\2625]), fundando la culpabilidad en la existencia de comportamiento determinante del resultado lesivo, huyendo de generalidades imputables pues si aquel comportamiento no infringe un deber objetivo de cuidado, el autor estará exento de culpa (SSTS 11-2-1987 [R] 1987\1241], 20-5-1981 [R] 1981\2247] y 5-4-1983 [R] 1983\2242)); y tal ocurre en el hecho que se enjuicia, en cuanto el ATS denunciado colocó la inyección en zona no específicamente determinada –en todo caso no idónea por los resultados iniciales y los que desencadenó–, pero es lo cierto que la misma provocó un resultado lesivo, no constando, por no haberse específicamente acreditado, que actuara con total desconocimiento de la *lex artis ad hoc*, sino que más bien parece que la lesión se produjo por un indeseable acercamiento de la aguja a la zona ciática (de haberse incidido sobre el nervio los resultados pudieran haber sido más graves), y si es lo cierto que tal actividad denota cierta impericia, no lo es menos que la misma no puede convertirse, por el mero hecho de la lesión que causa, en imprudencia penalmente reprochable, cuando es lo cierto que falta el elemento básico de la determinación de la culpa, directa del agente, de la total inobservancia de los postulados de la correcta praxis médica, y en esos casos lo procedente es que no pueda incardinarse el hecho –y con ello la conducta– dentro de la imprudencia penalmente reprochable, no sin ello dejar de reconocer que aquélla existió, en aras al resultado producido, por lo que se está en el caso de revocar la resolución de instancia, reservando expresamente a la parte perjudicada el ejercicio de la acción civil.».

En ese mismo sentido de no ser equivalente el error médico a responsabilidad, la SAP de Pontevedra, Secc. 2.ª, de fecha 21 de junio de 1994 argumenta «Segundo.– No se ha podido determinar la existencia de error médico en el diagnóstico inicial así como la relación entre éste y el aneurisma con rotura de aorta que determinó el fallecimiento del enfermo y que necesariamente hubo de presentarse con posterioridad por cuanto lleva aparejado un estado de extrema gravedad que no se corresponde con el que presentaba hasta entonces ni tampoco aconsejaba la práctica de otras pruebas alternativas encaminadas a determinar si el problema vascular tenía su origen en los grandes vasos que parten del corazón y en concreto la aorta o por el contrario se trataba de un problema vascular grave pero periférico centrado exclusivamente en la extremidad inferior derecha por lo que no puede hablarse de error de diagnóstico o de impericia que reveladoras de un comportamiento inadecuado a determinadas exigencias ordinarias y medio (*lex artis ad hoc*), pudiese constituir culpa o negligencia profesional partiendo de las coordenadas señaladas por la doctrina jurisprudencial sobre la materia que pueden concretarse en que los errores científicos no son tipificables como infracción penal salvo que por su entidad y dimensiones constituyan una equivocación inexcusable (SSTS 29 marzo 1988 [R] 1988\2124] y 5 de julio de 1989 [R] 1989\6091]), cayendo únicamente en el ámbito penal la incuria sobresaliente o cuando la falta de pericial sea de naturaleza extraordinaria o excepcional (STS 5 de julio de 1989).»

³⁸ A diferencia, por ejemplo, de la actividad de la circulación de vehículos, completamente reglamentada en las correspondientes normas legales y reglamentarias que disciplinan esa actividad y fijan en descripciones jurí-

mentación al efecto, objetiva y estandariza legalmente cuál es el obrar correcto y exigible, no superador del riesgo permitido, y por tanto es fácil fijar el deber objetivo de cuidado, que será obrar conforme a la norma³⁹. Al contrario, la actividad médica entra de lleno en un ámbito no reglamentado y donde no hay más remedio que tratar de acudir, para intentar de dar objetividad al análisis jurídico de las conductas y, por ende, seguridad jurídica, a estándares técnicos o configuraciones del tipo *lex artis* a fin de poder hacer la comparación entre el comportamiento examinado y el que se considera debido.

Además concurre en la medicina, al igual que en otros campos donde la ciencia y la técnica evolucionan de forma espectacular y donde la sociedad considera que la actividad en cuestión es esencial, que dicha sociedad está dispuesta a aceptar más riesgos. Este concepto de riesgo permitido socialmente conlleva la aceptación por la ciudadanía de una serie de consecuencias inadecuadas de esa actividad a favor de su desarrollo y avance y a fin de poder ser beneficiarios de los mayoritarios efectos positivos de la misma. En estos supuestos, como en la actividad médica, la norma penal no debe estar diseñada para tolerar o no algunos niveles de riesgo sino para cercenar conductas que pueden conllevar inherentemente ciertos riesgos no permitidos socialmente. Es por ello que⁴⁰ no cabe hablar de un límite matemático o un nivel objetivo y predeterminado de forma cuantitativa de riesgo que delimite la entrada o no en la esfera penal. Si una actividad médica es cuidadosa, el riesgo, que la misma conlleve será tolerado por la norma penal, independientemente de la probabilidad de la lesión, mientras que si la conducta es descuidada, ese riesgo ya no podrá ser tolerado.

Esta doctrina del riesgo permitido⁴¹ puede mostrarse útil como delimitadora de una imprudencia penalmente relevante, si es que es un elemento determinante

dicas los límites del actuar correcto e incorrecto, y por consiguiente, con carácter general, cuál es el deber objetivo de cuidado en la conducción.

³⁹ Hay una gran parte de la doctrina (lo recoge RODRÍGUEZA MONTAÑES T., en la Enciclopedia Penal Básica, 2002, V. Imprudencia, p. 795) que considera que la existencia de normas especiales de seguridad en un determinado sector de la actividad –por ejemplo, como hemos reflejado, el tráfico de vehículos– no modifica que el juicio sobre la infracción del deber de cuidado dependa de la concreción judicial de la medida general de cuidado, pues lo que es peligroso en abstracto puede no serlo en concreto, y por muy perfecta que se la reglamentación sólo puede hacer referencia a los supuestos más usuales, sin tener en cuenta otras circunstancias que pueden concurrir en el caso concreto, si bien, cierto es, que el alto grado de detalles y precisión de estas normas, frente a la imprecisión de la medida general de cuidado, tienen un valor indiciario de del deber de cuidado muy intenso. Un ejemplo de dicho autor es suficientemente explicativo de que no siempre el cumplimiento de dichas normas es equivalente a cumplir el deber objetivo de cuidado: el no respeto de un semáforo rojo con atropello de un peatón por parte de un conductor, constituye una infracción del Reglamento General de Circulación y también de su deber objetivo de cuidado. Pero si el semáforo está en rojo pero no pasa peatón ni vehículo alguno en el cruce que regula y el conductor se apercebe que el vehículo que le precede viene muy deprisa y cerca, de modo que si se detiene ante el semáforo colisionará con él, en este concreto caso su deber objetivo de cuidado es evitar la colisión no respetando el semáforo rojo, de modo que habría infracción del Reglamento General de Circulación pero no del deber objetivo de cuidado, que en este caso exigía esa infracción.

⁴⁰ Siguiendo a VENTAS SASTRE ROSA, en su aportación a la obra «Estudios Jurídico-Penales sobre genética y biomedicina», libro homenaje al Prof. Sr. D. Ferrando Mantovani, DYKINSON, Madrid, 2005, p. 326, que a su vez sigue a BERNARDO FEIJÓ en su obra «Resultado lesivo e imprudencia», Barcelona, 2001, p. 272.

⁴¹ Siguiendo a PAREDES CASTAÑON, J. M., un reconocido especialista en la materia, en su obra «El riesgo permitido en Derecho Penal», 1995, frente a quienes opinan que la idea de riesgo permitido fundamenta la conexión valorativa –de imputación objetiva– entre resultado y acción típica, de modo que sólo es penalmente relevante, y por tanto típico, aquel resultado que, entre otras funciones, cumpla con la de incrementar el riesgo por encima del nivel máximo permitido, pues en otro caso el resultado, aún formalmente típico, no sería objetivamente imputable, considera más defendible abordar la doctrina del riesgo permitido conectándola con la valoración que le merecen las acciones al ordenamiento jurídico, de modo que en virtud del principio de responsabilidad subjetiva que emana del artículo 5 del Código Penal, no puede haber sanción penal de ningún género sin la concurrencia de un desvalor

de si ha existido una infracción del deber de cuidado objetivo. Debemos, pues, plantearnos si puede establecerse un estándar médico para que los tribunales determinen si una concreta actuación médica ha observado el deber objetivo de cuidado y si ello supone un indicio de actuar dentro del riesgo permitido o hay una correlación automática entre vulneración del deber objetivo de cuidado y exceso en el riesgo permitido. Para Bernardo Feijóo⁴² estándar técnico no es lo mismo que riesgo permitido, por cuanto dicho estándar técnico no responde a una aceptación colectiva, sólo a la opinión mayoritaria de los especialistas del ramo que lo han creado, lo utilizan o se benefician de dicho riesgo, pero no es menos cierto que, como él también mantiene, en definitiva, el estándar técnico es de gran utilidad en la medida que sirve como instrumento de control del riesgo. Sin embargo se ha de defender que el control judicial de ese estándar, a través de la doctrina de la *lex artis ad hoc* a la que nos referiremos, y la intervención judicial en la determinación de cuál es la valoración social imperante en cada momento sobre el riesgo permitido, irá acompasando uno y otro hasta que prácticamente puede considerarse que el estándar se adecua al riesgo permitido o viceversa, o más bien hay una perfecta sincronización entre ambas figuras pues no en vano esas reglas de comportamiento en que consiste el estándar lo que pretenden es mantener el riesgo bajo control.

Ese concepto de estándar médico, más propio de los juristas alemanes, es asimilable al concepto de *lex artis*, más habitual en nuestro derecho y que podemos definir como ley del arte, o ley artesanal, o regla de la técnica de actuación de la profesión en cuestión⁴³. Pero, ¿Hay una *lex artis* como patrón de verificación del normal actuar médico?

3. ¿Hay una *lex artis* como patrón de verificación del normal actuar médico?

Hemos afirmado que, en definitiva, el requisito estructural de la culpa penal, consistente en la infracción del deber de cuidado, es un requisito normativo que viene materializado en un análisis comparativo entre el actuar sometido a estudio y un patrón de contraste ya reglado o normado positivamente, ya, como ocurre en otras actividades no regladas, generalmente aceptado desde un punto de vista científico.

Dijimos, también, que el fallo técnico es una sospecha de un actuar enfrentado con las reglas de la ciencia médica reconocidas como tales por la generalidad, lo que podemos llamar, y llamamos usualmente, la *lex artis*. A *contrario sensu*, el actuar médico contrario o apartado de estas reglas comúnmente aceptadas pone en riesgo

de la acción. En consecuencia, cuando en base a consideraciones de utilidad social, o distribución de costes o riesgos, la sociedad admite determinados riesgos, esas conductas no son imprudentes por faltar en ellas cualquier género de antijuridicidad material por no suponer desvalor alguno en la acción.

⁴² BERNARDO FEIJÓO, *opus cit.*, pp. 307 y ss.

⁴³ Al respecto LÓPEZ TIMONEDA mantiene en su exposición en el seminario conjunto del Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo en Madrid, 1995, publicado por el primero de los organismos en 1995, en su página 59, que «la *lex artis* se refiere a una serie de reglas técnicas siguiendo los estándares aceptados y aprobados en el ejercicio de la profesión, teniendo en cuenta las circunstancias y condiciones en que se hubieron de efectuar y la situación del paciente en cada caso, en definitiva, es hacer bien las cosas o realizar una actuación profesional correcta».

al médico de actuar con error técnico y por tanto indiciariamente con infracción de su deber objetivo de cuidado que puede generar su responsabilidad penal. Si a ello añadimos que la ciencia médica ha avanzado de una forma exponencial en la protocolización de muchos y diversos sectores del actuar médico, como ya reflejamos, parece que el deber objetivo de cuidado se materializa en seguir ese protocolo médico que supone un actuar conforme un criterio científico generalmente aceptado.

Este aserto, de aparente sencillez y claridad, es sin embargo uno de los puntos más delicados e inseguros del análisis de la responsabilidad culposa penal del médico, y sólo se mantiene si no profundizamos en él, pues son muchos los factores que permiten afirmar, como ya avanzamos, que esa regla no puede elevarse a categoría, es decir, que el estandar que integra el deber objetivo de cuidado del médico como «medidor» de imprudencias es la *lex artis* aceptada por la generalidad. Estos son los siguientes, entre otros:

- La insuficiencia de la ciencia médica, eminentemente experimental y sujeta, por tanto, a las limitaciones de su conocimiento en el estado de desarrollo en el momento de que se trate, unido al objeto de la misma, el ser humano, inescrutable, biológicamente lleno aún de incógnitas e interrogantes para el hombre mismo, son factores que impiden elevar a categoría objetiva indiscutible que un determinado modo de actuar sea el actuar realmente correcto.

- El carácter dinámico y evolutivo de la ciencia médica es incompatible con el carácter estático del protocolo o regla comúnmente aceptada⁴⁴. La ciencia en general, y la medicina en particular, sufre día a día avances, descubrimientos e innovaciones en conocimientos, técnicas, tratamientos, aparatología y medicación que hace que lo que era comúnmente aceptado como actuar correcto mañana no lo sea. Si sólo lo comúnmente aceptado, actuar aposentado por su comprobación en un tiempo relativamente largo, es el patrón de actuar dentro de la *lex artis*, dejamos en el riesgo del indicio de actuar contra el deber objetivo de cuidado, del actuar con indicio de responsabilidad penal al médico innovador, e incluso a la práctica experimental⁴⁵.

- Finalmente, las circunstancias concurrentes en el concreto actuar médico son determinantes en la delimitación de un actuar «prudente» por haber cumplido los deberes objetivos de cuidado por el facultativo. La gravedad del enfermo, la ausencia en el lugar de determinados medios o posibilidad de evacuación a un centro adecuado, etc., pueden conllevar que el actuar exigible lleve la asunción de mayores riesgos, sea un actuar contra protocolo. Parece que, en estos casos, los límites del riesgo asumible por el médico dentro de un actuar permitido y prudente se miden en relación con las ventajas previsibles que se piensa se pueden obtener de esa intervención o actuar médico arriesgado y peligroso.

⁴⁴ En este sentido la STS de 26 de junio de 1980 –EDJ 1980/2008– establece como regla general «lo aventurado que significa querer sentar como apotegma principios inmutables, debido, de una parte, al progreso constante en este campo», idea que repiten las sentencias de 15 de enero de 1986 –EDJ 1986/629–, 29 de marzo de 1988 –EDJ 1988/2665– y 14 de febrero de 1991 –EDJ 1991/1533–.

⁴⁵ En el caso de la experimentación, en todo caso se precisan los especiales requisitos de consentimiento informado conforme al artículo 8.4 de 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, así como conforme a la normativa legislativa y reglamentaria específica.

4. La libertad clínica o de prescripción del médico como principio limitante de la existencia de un patrón objetivo

Pero quizás, además de los anteriores factores, es la libertad clínica o de prescripción del médico el principio que puede parecer menos conciliable con la defensa de un protocolo objetivo y general del actuar médico que se constituya en un patrón de verificación jurídico-científica de su correcta función.

La libertad de método o escuela, no exclusiva de la ciencia médica, es un principio fundamental para el progreso de la ciencia, en general, y para el de la ciencia médica en particular. La ciencia aporta un método de enfrentarse a los problemas que implica reconocer y buscar la realidad, es un método que rechaza las hipótesis si los resultados objetivos a partir de estas no se verifican mediante la experiencia. La ciencia aporta datos y resultados sobre el mundo, pero sobre todo aporta método de análisis y de trabajo que exige libertad frente al dogma. La ciencia médica necesita de esa misma libertad para su progreso y desarrollo, dentro, claro está, de los límites razonables en cuanto actividad directamente relacionada con un bien tan preciado como la vida del hombre⁴⁶.

La Asamblea General del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, en sesión celebrada el día 23 de enero de 1999, adoptó el acuerdo de aprobar la revisión realizada por la Comisión Central de Deontología Derecho Médico y Visado, acerca de la Declaración aprobada el 27 de octubre de 1984 sobre los «Principios sobre la libertad de prescripción». En dicha declaración revisada, la Asamblea General del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos consideró que el médico, cualquiera que sea la modalidad en que ejerce la profesión –en el sector público o privado, por cuenta propia o en arriendo de sus servicios–, debe disfrutar de la necesaria independencia para atender a los pacientes que se confían a sus cuidados y, en concreto, para elaborar sus diagnósticos y prescribir sus tratamientos. El primer compromiso ético del médico consiste en prestar a sus pacientes, y con el consentimiento de éstos, el mejor servicio de que sea capaz, tal como lo dictan la ética profesional y el buen juicio clínico. Ahora bien, también remarca esa decisión de la Asamblea, que en la Medicina actual, libertad, responsabilidad y competencia no sólo están más estrechamente imbricadas que en el pasado, sino que se enfrentan a cuestiones científicas, socio-laborales, económicas y deontológicas mucho más complejas. Por un lado, el saber médico se ha hecho más objetivo y demostrable. Por otro, los pacientes quieren que el médico que les atienda no sólo sea libre para tomar las decisiones que más les convenga pues lo quieren también responsable y que dé cuenta de su actuación cuando así se le pida, y la justifique como razonable y conforme con el arte médico del momento.

⁴⁶ En este sentido de defender la libertad médica pero dentro de ciertos límites, las STS de 8 de junio de 1994 –EDJ 1994/5198– y de 25 de mayo de 1999 –EDJ 1999/10317– hablan de la libertad del médico «que nunca debe de caer en audacia o aventura».

La llamada Declaración de Helsinki (Recomendaciones para guiar a los Médicos en la investigación biomédica con seres humanos), que se hizo pública por la Asociación Médica Mundial en 1964 y se revisó sucesivamente hasta 1989, establece en su apartado 8: «en lo que hace específicamente a la investigación de nuevos tratamientos, los códigos de ética mencionados establecen que, si bien el médico debe tener libertad para utilizar un nuevo método diagnóstico o terapéutico que en su opinión dé esperanzas de salvar la vida, restablecer la salud o aliviar el sufrimiento, está obligado a evaluar los posibles beneficios, riesgos e incomodidades del nuevo método en relación con los mejores métodos ya disponibles».

Dicha declaración hace una revisión de lo que debe entenderse por la libertad clínica. Parte destacando la necesidad de dicho principio para el adecuado ejercicio y progreso de la medicina, que ha de ser demandado no sólo por el médico sino también por el enfermo. Considera dicho órgano colegial médico que la independencia profesional es un derecho y un deber del médico, tal como lo señala el Código de Ética y Deontología Médica vigente en su artículo 22, que impone también la obligación de denunciar, ante los pacientes, los organismos gestores de la asistencia o la comunidad social, a quienes limitaran indebidamente esa libertad. «El médico no puede alienar su genuina libertad de prescripción», reza la declaración. La independencia profesional del médico es, sobre todo, un derecho de los enfermos. Así lo proclama la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los derechos de los pacientes cuando establece: «El paciente tiene derecho a ser tratado por un médico del que le consta que puede tomar sus decisiones clínicas y éticas libremente y sin interferencias externas». A este respecto la decisión de la Asamblea arguye: «A ningún paciente se le puede negar el derecho de ser atendido por un médico competente, concienzudo y libre. La independencia profesional libra al médico del peligro de hacerse cómplice de otros en contra del enfermo, protegiéndole de influencias perjudiciales procedentes de la sociedad, de la familia o, incluso, del mismo médico. Y le libra también del riesgo de aliarse con el paciente en contra de la Administración, la Seguridad Social o la empresa y procurarle con ello ventajas injustas».

Pero, decíamos, que manejaba un concepto de libertad revisado por cuanto considera, adecuadamente, que el médico no puede actuar según conceptos ya superados de la libertad clínica basada en la intuición, en el dato anecdótico o en el mero empirismo. Ha de hacerlo conforme a una noción actual de la libertad de prescripción, libertad que consiste hoy en la capacidad del médico de elegir, entre las intervenciones disponibles, la que más conviene a su paciente, tras haber sopesado su validez y utilidad, de haber decidido, atendiendo a criterios de seguridad y eficacia, la más idónea y adecuada a la circunstancia clínica concreta de su paciente y de haber obtenido de éste el necesario consentimiento. Son, por fortuna, cada día más abundantes, accesibles y precisos los instrumentos en los que el médico puede fundar sus decisiones. Son las distintas formas en que se expresa lo que se ha dado en llamar la «medicina basada en pruebas» (grandes ensayos clínicos controlados, directrices y protocolos clínicos estudios meta-analíticos, declaraciones de consenso)⁴⁷. Tales instrumentos no son fórmulas dogmáticas, obligadas y permanentes, sino guías clínicas⁴⁸, flexibles y temporales, pero seriamente evaluadas, sobre los modos recomendables de actuar en determinadas situaciones clínicas.

⁴⁷ La «Evidence Based Medicine» o Medicina Basada en las Pruebas (Como la denomina NOGUÉS en RIANCHO MORAL J. A./GONZÁLEZ MATÍAS J., «Manual Práctico de Osteoporosis y enfermedades del metabolismo mineral», Madrid, 2004, al que seguimos, junto con los autores citados en la nota anterior, en el tratamiento de este tema de las Guías de Práctica Clínica) ha sido creada con el objetivo de fundamentar todos los tratamientos o procesos diagnósticos con el respaldo de estudios controlados publicados en revistas que aseguren una calidad de los artículos. Basados en la aplicación de esta metodología se han desarrollado organizaciones o institutos como The Cochrane Collaboration (<http://www.cochrane.org>) o UpTo Date (<http://www.uptodate.com>) ampliamente reconocidos en el mundo científico y que permiten conocer los diversos tratamientos o procedimientos diagnósticos de las enfermedades más relevantes de una forma actualizada y crítica.

⁴⁸ Que pueden definirse (siguiendo en este apartado a GARCÍA GUTIERREZ y BRAVO TOLEDO en su trabajo sobre «Guías de práctica clínica en Internet», Revista de Atención Primaria, Vol. 28 núm. 1 de 15 de junio de 2001) como «directrices elaboradas sistemáticamente para asistir a los clínicos y a los pacientes en la toma de decisiones sobre la atención sanitaria adecuada para problemas clínicos específicos». En un sentido más utilitarista, podríamos decir que son una de las distintas herramientas disponibles para organizar la mejor evidencia científica disponible en el momento de ser utilizada en la toma de decisiones clínicas. La diferencia con el protocolo es que éste es más estricto.

5. La *lex artis ad hoc* como único estándar o patrón de deber objetivo de cuidado médico

Como conclusión de lo hasta ahora dicho, no parece fácil encontrar un patrón objetivo y generalmente válido de qué es el deber de cuidado objetivo en el ámbito de la actuación médica que no sea contrario los principios y esencias de la función científico-médica. Defender lo contrario dejaría sin respuesta preguntas como: ¿No hay fallo técnico, o actuación contraria a la *lex artis* en actuaciones médicas que no pueden compararse con unas reglas o criterios de actuación comúnmente admitidos por ser una actividad médica en enfermedades llamadas raras?; ¿Que encuadre se da a la actuación médica contra protocolo pero que era la idónea en el caso concreto?; ¿Que consideración tiene la aplicación de una técnica médica innovadora, pero arriesgada, que constituye la única posibilidad para un paciente?; ¿Y si no es la única posibilidad pero se muestra mas idónea que una técnica tradicional?

En definitiva lo más que podemos conseguir es aproximarnos⁴⁹ a ciertos rasgos supuestamente generales de un pretendido estándar médico, a unas directrices, y digo supuestamente puesto que a su alrededor múltiples excepciones o circunstancias harán que la regla general caiga. Serán los Tribunales, pues, más en esta materia que probablemente en ningún otra, los que tendrán que delimitar, en el caso concreto, cuál era en él el cuidado objetivo debido.

Todo lo anteriormente expuesto debe llevar a que el análisis jurídico de la actuación médica esté no tanto, que también, en comprobar el ajuste del actuar facultativo a unas supuestas reglas generales de su arte, como en determinar si ha faltado a un deber de prevenir las consecuencias, previsibilidad objetiva que extraeremos de un análisis «ex ante» de su actuar y sus completas circunstancias, tales como su propia capacidad, las de lugar y tiempo, tipo de actuación médica en cuanto a ser individual

to en cuanto a los pasos a seguir, en cambio la guía clínica permite al facultativo una elección en función de las características del paciente y le permite elegir entre diferentes opciones para un mismo condicionante.

Durante la última década estas guías se han convertido en un componente esencial de la práctica clínica y de la planificación sanitaria. Desde un punto de vista formal, las GPC tienen mayor probabilidad de ser válidas cuando están basadas en revisiones sistemáticas, se hallan avaladas por centros o grupos de GPC nacionales o regionales –en los que participan representantes de todas las disciplinas implicadas– y, sobre todo, cuando se explicita la relación entre las recomendaciones y el nivel de evidencia científica disponible. En la actualidad existen tres tipos de GPC –que en ocasiones coexisten en un mismo documento–, lo que genera dificultades para su estricta diferenciación:

1. GPC basadas en la opinión de expertos.
2. GPC basadas en el consenso.
3. GPC basadas en la evidencia.

La diferencia fundamental radica en que dentro de las GPC basadas en la evidencia se presentan rigurosa y explícitamente los siguientes aspectos: a) Identificación y composición del panel de expertos que las elabora; b) Protocolización del sistema de identificación, recogida y evaluación crítica de las publicaciones analizadas; y c) Formulación individualizada sobre el nivel de evidencia que sustenta cada recomendación por separado.

Los beneficios potenciales de las GPC son muy diversos. Pueden servir para mejorar los resultados de salud en los pacientes promoviendo actuaciones adecuadas y disminuyendo la variabilidad no justificada en la selección de tratamientos. Ofrecen a los médicos directrices basadas en los mejores resultados de la investigación biomédica y referencias sobre puntos de buena práctica clínica con los que contrastar sus actuaciones. Los planificadores y gestores sanitarios pueden emplearlas para mejorar la eficiencia de los recursos y controlar los costes sin amenazar la calidad de la asistencia. Y jurídicamente, puede facilitar el enjuiciamiento de la labor de un profesional en un caso concreto.

⁴⁹ Ya WELZEL sostenía que sólo se podría llenar materialmente el concepto de cuidado dentro de ciertos límites en su obra «El nuevo sistema del Derecho Penal», p. 72.

o en equipo, fase del proceso médico (diagnóstico, tratamiento, etc.), características del enfermo, de sus familiares, etc.

En palabras del Tribunal Supremo (SSTS de fecha 8 de junio de 1994 –EDJ 1994/5198– y STS de fecha 25 de mayo de 1999 –EDJ 1999/10317–) «Es la Medicina la que establece y define la *lex artis* y la *lex artis ad hoc*, siguiendo estándares aceptados en el propio ejercicio de la profesión y teniendo en cuenta las circunstancias y condiciones de la ciencia y la concreta situación del paciente, así como la existencia de la llamada «libertad clínica», que obliga al médico a tomar decisiones que pueden ser discutibles, pero que deben considerarse prudentes entre tanto no existan elementos de los que quepa inferir lo contrario. Debe tenerse en cuenta que la ciencia médica no es una ciencia exacta, sino que la exigencia de responsabilidad presenta siempre grandes dificultades porque su ciencia es inexacta por definición. Concurren en ella factores y variables imprevisibles que pueden provocar serias dudas sobre las causas determinantes del daño, a lo que debe de añadirse la libertad del médico que nunca debe de caer en audacia o aventura».

En conclusión, el único patrón de verificación del cumplimiento por el médico de su deber objetivo de cuidado es la doctrina de la *lex artis ad hoc*, que hace descansar en la ponderación judicial del caso concreto la determinación de un actuar correcto. Ciertamente es que la actuación conforme al criterio generalmente aceptado, conforme al protocolo, si lo hay al caso, podrá ser un indicio de obrar conforme al deber objetivo de cuidado, pero no necesariamente, pues puede ocurrir que ese obrar conforme a esos criterios supuestamente de estándar de corrección, sea justamente un obrar contra el deber o exigencia en el caso. Será el juez quien, en último extremo, fijará los perfiles del actuar correcto y objetivamente debido. Si bien el juez deberá tratar de abstenerse de hacer un juicio científico, será difícil sustraerse a la fijación de cuál era la opción correcta, en definitiva de ser árbitro en lo científico.

Esta doctrina está asentada en todas las jurisdicciones que conocen de la práctica médica. En concreto, en cuanto a la jurisdicción penal, que nos ocupa, podemos reseñar los siguientes pronunciamientos:

- La STS de 26 de octubre de 1995 –EDJ 1995/5912– argumenta: «... estando probado y reconocido en la sentencia, de una parte, que se trataba de una indicación médica correcta y, de otra, que se actuó con arreglo a la *lex artis ad hoc*, con lo que, según un amplio sector doctrinal, la intervención médica será una conducta atípica».
- La STS de 3 de octubre de 1997 –EDJ 1997/6352– menciona: «...así la integración del deber de informar y el correlativo derecho a recibir información en lo que se ha dado en llamar *lex artis ad hoc*» .
- La SAP de Bilbao de 7 de abril de 2006 –s/r EDJ– mantiene: «Es la Medicina la que establece y define la *lex artis* y la *lex artis ad hoc*, siguiendo estándares aceptados en el propio ejercicio de la profesión y teniendo en cuenta las circunstancias y condiciones de la ciencia y la concreta situación del paciente, así como la existencia de la llamada "libertad clínica", que obliga al médico a tomar decisiones que pueden ser discutibles, pero que deben considerarse prudentes entre tanto no existan elementos de los que quepa inferir lo contrario. Debe tenerse en cuenta que la ciencia médica no es una ciencia exacta, sino que la exigencia de responsabilidad presenta siempre grandes dificultades porque su ciencia es inexacta por definición. Concurren en ella factores y variables imprevisibles que pueden provocar serias dudas sobre las causas

determinantes del daño, a lo que debe de añadirse la libertad del médico que nunca debe de caer en audacia o aventura (SSTS 1193/94 de 8 de junio, STS 811/99 de 25 de mayo). Más allá de puntuales deficiencias técnicas o científicas, salvo que se trate de supuestos cualificados, ha de ponerse el acento de la imprudencia en el comportamiento específico del profesional que, pudiendo evitar con una diligencia exigible a un médico normal– la diligencia medida por sus conocimientos y preparación– el resultado lesivo o mortal para una persona, no pone a su contribución una actuación impulsada a contrarrestar las patologías existentes con mayor o menor acierto, si ese arco de posibilidades está abierto a la actuación ordinaria de un profesional de la medicina. Es decir, en cualquier caso, y conforme a reiterada jurisprudencia (SSTS 5 de julio de 1989, 3 de octubre de 1997) la determinación de la responsabilidad médica debe llevarse a cabo en atención a las situaciones concretas y específicas sometidas al enjuiciamiento penal, abandonando todo tipo de generalizaciones, teniendo en cuenta que, en principio, carece de relevancia penal el error de diagnóstico o de tratamiento salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable, ya sea por conductas descuidadas de las que resulte un proceder irreflexivo, derive de la falta de adopción de cautelas de generalizado uso o de la ausencia de pruebas, investigaciones o verificaciones precisas como imprescindibles para seguir el curso en el estado del paciente, aunque entonces el reproche de culpabilidad viene dado, en estos casos no tanto por el error, si lo hubiere, sino por la dejación, el abandono, la negligencia y el descuido de la atención que aquél requiere.».

- Recoge esta misma doctrina y párrafo la SAP de Tarragona, Secc. 2.ª, de fecha 11 de abril de 2005 –EDJ 2005/60965– y la de la Secc. 2.ª de 20 de junio de 2003 –s/r EDJ–.

- La SAP de Alicante, Secc. 3.ª, de fecha 28 de abril de 2005 –EDJ 2005/90832– sostiene: «Nuestro Tribunal Supremo entiende que la *lex artis ad hoc* es aquel patrón o modelo de actuación profesional, regla de valoración de un específico acto médico, en atención al supuesto concreto en el que trasciende la intervención médica y en función de las eventualidades en las que esta se despliega y sobreviene, así como a las incidencias inherentes al normal actuar profesional. –STS 24-05-95, 31-07-96 y 11-05-01– De forma aún mas clara la STS de 18-02-97 explica cuando se produce el quebrantamiento de las normas que regulan la *lex artis*, –en aquellos casos en los que se produce un incorrecto resultado, confrontado según las reglas de la experiencia y el sentido común–.».

- En el mismo sentido la SAP de Murcia, Secc. 4.ª, de fecha 27 de diciembre de 2004 –EDJ 2004/228809– cuando expone: «El moderno concepto de la *lex artis ad hoc* desarrolla esa graduación desde la consideración de lo que es normal en el ejercicio de, entre otras ciencias, la Medicina, y, por ende, describe lo mínimamente exigible en la prestación de tal profesión, siempre atendiendo a las coordenadas de lugar y recursos que acompañen al acto médico, pudiéndose hablar de verdadera imprudencia profesional cuando tan comentada desviación del nivel de normalidad se ve acompañada de ignorancia, ineptitud o impericia, las que deberán ser sancionadas penalmente si se prueba que rebasaron sobremanera el nivel de idoneidad asumible por otras esferas del propio Ordenamiento, es decir, si son graves.».

- La SAP de Madrid, Secc. 17.ª, de fecha 6 de mayo de 2004 –EDJ 2004/122404– lo expresa así: «La pauta de la corrección técnica es eminentemente circunstancial: La *lex artis ad hoc*. Depende de circunstancias personales del sujeto, de lugar, de tiempo y de medios.».

- La SAP de Huelva, Secc. 2.^a, de 12 de diciembre de 2003 –s/r EDJ–, sostiene al respecto: «Considera este Tribunal que el tratamiento médico consiste en un conjunto de aplicaciones de la *lex artis ad hoc* por parte del personal facultativo correspondiente encaminado a facilitar o encauzar la recuperación total o máxima posible (estabilidad lesional). Por lo tanto, dicho tratamiento debe reunir dos requisitos básicos, amén de otros complementarios que se presentan como tangenciales o menos importantes al caso concreto que ahora nos ocupa, cuales son que se trate de una conducta o serie de conductas terapéuticas activas y que dichos actos médicos deben ser desarrollados precisamente por personal encuadrado en los sistemas sanitarios públicos o privados o que ostente la calidad de profesional sanitario (con independencia de la cualificación profesional del facultativo que los realice).».

- La SAP de Valladolid, Secc. 2.^a, de fecha 14 de octubre de 2003 –EDJ 2003/21150– recoge así la doctrina tratada: «La obligación médica, según reiterada doctrina jurisprudencial, se concreta en proporcionar al paciente el tratamiento que requiera, según el estado de la ciencia y de la denominada *lex artis ad hoc*. Para analizar si ello concurre en una intervención médica, debemos estar al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que tenga lugar.».

- La SAP de Burgos, Secc. 1.^a, de fecha 7 de marzo de 2003 –EDJ 2003/47229–, concluye que «...el actuar de los médicos fue conforme a las *lex artis ad hoc*, esto es, que conforme a las normas de la ciencia médica y en función de las circunstancias concretas del caso.».

- En el mismo sentido concluye la SAP de León, Secc. 2.^a, de fecha 24 de febrero de 2003 –EDJ 2003/73642– cuando argumenta: «... a fuer de sinceros, tampoco tiene claro quien resuelve, tras la lectura de las declaraciones prestadas en fase de instrucción y del acta del juicio, redactada con bastante detalle, que los médicos no actuaran conforme a la *lex artis ad hoc*».

- La SAP de Palma de Mallorca, Secc. 1.^a, de fecha 28 de junio de 2002 –s/r EDJ– lo dice así: «.. esa culpa, es además de grave, profesional, en la medida que la omisión de las reglas de cuidado va referida no ya a reglas generales de convivencia, sino ya a aquellas que van referidas a una concreta profesión, la *lex artis ad hoc*, lo que se considera mas reprobable, dado que el deber de cuidado del profesional-médico especialista en este caso– le exige extremar diligencia conforme a aquella, en función del elevado riesgo que, para el bien jurídico protegido entraña su actuación profesional, con lo que es de aplicación al evento de autos el n° 3 del art. 152, al no parecer sostenible ya, conforme al C. de 1995, la antigua distinción que, conforme al C. de 1.973, efectuaba la Jurisprudencia entre la culpa del profesional y la culpa profesional.»

- En la SAP de León, Secc. 3.^a, de fecha 9 de enero de 2002 –s/r EDJ–, no se aprecia responsabilidad penal, manteniendo en uno de sus pasajes: «Tenemos que descartar la viabilidad de sus alegatos a propósito del hipotético error en la apreciación de la prueba practicada, como asimismo de las sedicentes vulneraciones de la presunción *iuris tantum* de inocencia y teórica incorrecta aplicación de la doctrina jurisprudencial y legislación que conforman la *lex artis ad hoc* en relación con los principios de confianza y división del trabajo en el ámbito de la responsabilidad médica.».

- En el mismo sentido, la AP de Oviedo, Secc. 7.^a, de fecha 9 de noviembre de 2001 –EDJ 2001/69108–, descarta la responsabilidad penal siendo uno de sus argu-

mentos: «Porque la causa fundamental de la muerte de Armando, úlcera duodenal con hemorragia digestiva, no fue provocada por acción ni por omisión por los Médicos que le asistieron en el Hospital de Cabueñes, sino que ya la tenía el paciente cuando ingresó en dicho centro; b) porque el deber profesional de los Médicos (en principio y salvo en ciertas especialidades –cirugía plástica, estomatología– que no vienen al caso) no es una obligación de resultado sino de medios o actividad, consistente no en conseguir la curación, la mejora o la evitación de la muerte del paciente (aunque ese sea su objetivo) sino en atenderlo poniendo sus conocimientos científicos y práctica profesional y empleando los medios diagnósticos y terapéuticos a su alcance según lo que sea adecuado a tenor de las normas y ciencia médicas, la *lex artis*, y según las especiales circunstancias de cada caso y cada paciente, lo que se denomina *lex artis ad hoc*.»

- Al igual que la SAP de Donostia-San Sebastián, Secc. 2.ª, de fecha 30 de julio de 2001 –s/r EDJ–, en la que se argumenta: «Téngase en cuenta que no obstante ser la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la *lex artis ad hoc*.....».

- La SAP de Alicante, Secc. 7.ª, de fecha 25 de mayo de 2001 –s/r EDJ–, comienza sus fundamentos de derecho con el siguiente: «Primero.– Con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo planteada en el recurso formulado por la parte denunciante, debe recordarse que el ejercicio de la medicina tiene una especial singularidad y así se reconoce "que la obligación médica se configura como aquella que mira a proporcionar al enfermo o paciente todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia y la *lex artis ad hoc*, es decir, tomando en consideración el caso concreto en que se produce la intervención médica y la circunstancias en la misma se desarrolle y tenga lugar; la medida de la culpabilidad no está en la diligencia de un buen padre de familia sino en el cumplimiento de los deberes médicos; no es aplicable la doctrina de la responsabilidad objetiva, ni la de la creación del riesgo, no procediendo tampoco la presunción de culpabilidad que supone una inversión de la carga de la prueba, favorecedora de la posición del perjudicado, correspondiendo, por tanto, la obligación de probar la culpabilidad del médico al paciente que lo alega, y con reproche penal salvo la existencia de indicios muy cualificados por anormales, pero también, como se resaltó antes, la relación indicada de causalidad entre la conducta descuidada y el daño típico.».

- La misma configuración argumentativa tiene la SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Secc. 1.ª, de fecha 2 de marzo de 2001, –s/r EDJ– cuando arguye: «De ahí que la doctrina y la jurisprudencia hablen de *lex artis ad hoc* como módulo rector o principio director de la actividad médica que funcionará a modo de guía o patrón orientador para que el Juez pueda formular un juicio *ex ante*, siguiendo un proceso de causalidad hipotética en torno al cual hubiera representado en cada momento la conducta debida para, más tarde, establecer la comparación con las efectivamente realizadas y extraer las conclusiones oportunas. La expresión *lex artis* (ley del arte o regla de la técnica de actuación de la profesión de que se trate) ha venido empleándose para referirse a un cierto sentido de apreciación en torno a si la tarea desempeñada por un profesional se ajusta o no a lo que marcan las reglas técnicas pertinentes. Desde esta perspectiva se define la *lex artis ad hoc* como el criterio valorativo de la corrección del acto médico específico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, de la influencia de otros factores exógenos

(estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la propia organización sanitaria) para calificar tal acto como conforme o no con la técnica normal requerida, aunque la dificultad más grave con la que tropieza el operador jurídico radica en la naturaleza eminentemente dinámica y valorativa que presenta el ejercicio de la medicina, lo que en definitiva genera inseguridad jurídica.».

- La SAP de Salamanca, Secc. 1.^a, de fecha 23 de febrero de 2001 –EDJ 2001/4830–, lo fundamenta de la siguiente forma: «La singularidad y particularidades que concurren en cada supuesto influye, pues, de manera decisiva en la determinación de la regla técnica aplicable al caso. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia hablen de *lex artis ad hoc* como módulo rector o principio director de la actividad médica que funcionará a modo de guía o patrón orientador para que el Juez pueda formular un juicio *ex ante*, siguiendo un proceso de causalidad hipotética en torno al cual hubiera representado en cada momento la conducta debida para, más tarde, establecer la comparación con las efectivamente realizadas y extraer las conclusiones oportunas.».

- Así comienza la SAP de Huelva, Secc. 2.^a, de fecha 1 de julio de 2000 –EDJ 2000/45746–: «Primero.– Se aceptan parcialmente los de la resolución criticada, en cuanto sean compatibles con los que siguen. Y comenzando por el recurso interpuesto por la Defensa del imputado, con la adhesión de la entidad pública responsable civil, podemos avanzar que la calificación jurídico-penal de los hechos debe degradarse de delito de imprudencia temeraria profesional del art. 565 CP de 1973, a falta de imprudencia simple del art. 586 bis del mismo CP, por efecto de la valoración de la culpa como leve en lugar de grave. Si la imprudencia médica profesional viene definida como aquella actuación facultativa que por su prestación descuidada e imprevisión causa lesiones por ligereza al no ajustarse a la *lex artis ad hoc*.».

- En el mismo sentido la SAP de Toledo, Secc. 1.^a, de fecha 25 de mayo de 2000 –EDJ 2000/15047–, cuando dicta: «La diversidad de situaciones y circunstancias concurrentes en el desarrollo de la actividad médica ha generado una multiplicidad de reglas técnicas en el ejercicio de la profesión. La singularidad y particularidades que concurren en cada supuesto influye, pues, de manera decisiva en la determinación de la regla técnica aplicable al caso. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia hablen de *lex artis ad hoc* como módulo rector o principio director de la actividad médica que funcionará a modo de guía o patrón orientador para que el Juez pueda formular un juicio *ex ante*, siguiendo un proceso de causalidad hipotética en torno al cual hubiera representado en cada momento la conducta debida para, más tarde, establecer la comparación con las efectivamente realizadas y extraer las conclusiones oportunas».

- De forma completa, la SAP de Granada, Secc. 1.^a, de fecha 1 de abril de 2000 –EDJ 2000/16706–, exponía: «El ejercicio de la medicina tiene una especial singularidad y así se reconoce "que la obligación médica se configura como aquella que mira a proporcionar al enfermo o paciente todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia y la *lex artis ad hoc*", es decir, tomando en consideración el caso concreto en que se produce la intervención médica y las circunstancias en la misma se desarrolle y tenga lugar; la medida de la culpabilidad no está en la diligencia de un buen padre de familia sino en el cumplimiento de los deberes médicos; no es aplicable la doctrina de la responsabilidad objetiva, ni la de la creación del riesgo, no procediendo tampoco la presunción de culpabilidad que supone una inversión de la carga de la prueba, favorecedora de la posición del perjudicado, correspondiendo, por tanto, la

obligación de probar la culpabilidad del médico al paciente que lo alega, y con reproche penal salvo la existencia de indicios muy cualificados por anormales, pero también, como se resaltó antes, la relación indicada de causalidad entre la conducta descuidada y el daño típico. Como recogió la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de julio de 1982, la atribución de la responsabilidad penal médica entraña una enorme dificultad, al tratarse la medicina de una ciencia por definición inexacta como toda ciencia valorativa, y así ante un mismo enfermo con determinados síntomas, se pueden ofrecer por distintos médicos varios diagnósticos, siendo también inexacta por las interferencias que en la evolución del paciente introducen distintas variables, por lo que el error se manifiesta fácil, lo importante así pues es determinar la cantidad de error en que ha incurrido el profesional y la inexcusabilidad del mismo, que es precisamente lo que da lugar al reproche cuya valoración entre en el ámbito de lo judicial. Conforme a ello, en esta misma sentencia se excluye el diagnóstico, como acto eminentemente científico, del control de los jueces.».

- De forma muy amplia, la AP de Toledo, Secc. 1.^a, sostiene en su sentencia de fecha 16 de diciembre de 1999 –EDJ 1999/41849–: «El deber objetivo de cuidado (o lo que en cada caso concreto, atendidos los múltiples matices o variables, representa la norma objetiva de cuidado presuntamente infringida por la actuación del sujeto o sujetos activos del delito) constituye sin duda el rasgo definidor del concepto de imprudencia que mayor discusión ha suscitado en la doctrina científica y jurisprudencial. En general, puede observarse que en los distintos ámbitos o esferas de actividad humana, especialmente en aquellas en que existe un riesgo latente para bienes jurídicos esenciales como la vida o integridad corporal de las personas, surgen normas o reglas generales de carácter técnico o científico que expresan prohibiciones de conductas para aquellos supuestos en los que la experiencia general de la vida demuestra una gran probabilidad de que una acción de esa índole lesione un bien jurídico. Esas normas o pautas de comportamiento habitualmente se plasman en leyes, reglamentos, ordenanzas, principios jurisprudenciales, usos, costumbres o códigos deontológicos que marcan el correcto desempeño de una actividad profesional. Estas reglas alcanzan un carácter general meramente indicativo u orientador; ahora bien, el deber objetivo de cuidado ha de determinarse con referencia a cada situación concreta de acuerdo con los diferentes factores e intereses en juego. De este modo puede afirmarse que la inobservancia de la norma de cuidado considerada en abstracto no conlleva *per se* la realización de una conducta típica imprudente, sino que será precisa la concreción del deber objetivo de cuidado específico mediante una labor de individualización judicial. La diversidad de situaciones y circunstancias concurrentes en el desarrollo de la actividad médica ha generado una multiplicidad de reglas técnicas en el ejercicio de la profesión. La singularidad y particularidades que concurren en cada supuesto influye, pues, de manera decisiva en la determinación de la regla técnica aplicable al caso. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia hablen de *lex artis ad hoc* como módulo rector o principio director de la actividad médica que funcionará a modo de guía o patrón orientador para que el Juez pueda formular un juicio *ex ante*, siguiendo un proceso de causalidad hipotética en torno al cual hubiera representado en cada momento la conducta debida para, más tarde, establecer la comparación con las efectivamente realizadas y extraer las conclusiones oportunas. La expresión *lex artis* (ley del arte o regla de la técnica de actuación de la profesión de que se trate) ha venido empleándose para referirse a un cierto sentido de apreciación en torno a si la tarea desempeñada por un profesional se ajusta o no a lo que marcan las reglas técnicas pertinentes. Desde esta perspectiva se define la *lex artis ad hoc* como el criterio valorativo

de la corrección del acto médico específico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, de la influencia de otros factores exógenos (estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la propia organización sanitaria) para calificar tal acto como conforme o no con la técnica normal requerida. (Este concepto ha sido acogido en diferentes sentencias de la Sala 1.^a del TS con motivo de reclamaciones fundamentadas en supuesto de culpa o negligencia civil, entre otras pueden citarse: las de 7-2, 29-6-90, 11-3-91 y 23- 3-93).»

CAPÍTULO II. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL ERROR DE DIAGNÓSTICO GENERADOR DE RESPONSABILIDAD PENAL JURISPRUDENCIA AL RESPECTO

I. EL DIAGNÓSTICO MÉDICO

1. Introducción

La mejor forma de profundizar en el tratamiento penal del error de diagnóstico médico es aproximarnos a qué es el diagnóstico para la ciencia médica. Sólo un conocimiento, aún somero, de qué significa el diagnóstico en la función médica, permitirá al jurista estar en disposición de valorarlo desde el prisma del Derecho. Y la primera idea que surge en el estudio del diagnóstico, es que constituye un complejo proceso que no es fácil sintetizar o estructurar en un concepto o en parámetros delimitados y abstractos. No obstante es necesario intentar dar aquél y fijar estos como base a su tratamiento penal. En este iter⁵⁰ debemos partir de una diferenciación de dos ámbitos de la ciencia médica, complementarios pero diferentes como son la patología y la clínica.

La patología podemos definirla como la ciencia que se ocupa del estudio de la enfermedad, como proceso dinámico, cuyos elementos constitutivos son la etiología (se ocupa de la causa de la enfermedad), la patogenia (trata de esclarecer el mecanismo que pone en marcha la causa para consumir el efecto), la fisiopatología (se ocupa del curso anómalo de los procesos vitales de la enfermedad para explicar el origen y significado de sus manifestaciones), la anatomía patológica (estudia el sustrato anatómico del proceso morboso), la sintomatología (analiza la forma de manifestarse la enfermedad mediante síntomas –subjetivos– y signos –datos objetivos– en combinaciones características) y la patocronía (estudia el desarrollo en el tiempo de la enfermedad).

La clínica es la actividad del médico, junto al enfermo, realizada con el fin de ayudarle a recuperar la salud o, en todo caso, aliviarla. Si la patología es una parte teórica de la medicina, la clínica es eminentemente práctica, y se concreta en tres puntos, el diagnóstico (identificar la enfermedad), el pronóstico (precisar el futuro próximo y remoto de la enfermedad) y el tratamiento (aplicación de los recursos hi-

⁵⁰ Siguiendo a S. DE CASTRO DEL POZO en «Manual de Patología General», 4.^a edición, MASSON-SALVAT, 1991, Barcelona, pp. 3 y ss.

giénicos, dietéticos, farmacológicos, físicos, quirúrgicos y psicológicos para atacar la causa de la enfermedad, los mecanismos que la hacen efectiva o sus síntomas).

Entre la patología y la clínica hay una estrecha relación, pues además de tener ambas un mismo objeto, que es el hombre enfermo, la implicación mutua es intensa pues la clínica es la base de la patología al proceder esta, en gran medida, de la observación del hombre enfermo, que es el objeto de la clínica. Pero también la clínica, de la que el diagnóstico es su culminación, no es sino la identificación de la patología de cada enfermo. Patología y clínica son, pues, dos caras de la misma moneda que es la medicina clínica.

Lo dicho basta para comprender que el diagnóstico no es un acto médico aislado sino una parte de lo que podemos llamar ejercicio de la medicina clínica por el facultativo, pero una parte compleja integrada, como vamos a ver, por una serie de elementos encadenados que presiden su correcto desarrollo.

2. El proceso hacia el diagnóstico

Integrado en la fase clínica del actuar médico, el diagnóstico ha tenido algo de ciencia y mucho de intuición, con la intangibilidad e inseguridad o dificultad de objetivación que constituye el juicio intuitivo. Claro que ha tenido una base científica, pero finalmente había un juicio intuitivo en la base de todo diagnóstico, el llamado «ojo clínico», un elemento más cercano al arte que a la ciencia, más cercano al genio que al estudio. Pero esta descripción del diagnóstico está cambiando con los tiempos, siendo una característica actual que en el diagnóstico ha pasado de ser un juicio intuitivo a un proceso fundamentalmente deductivo fundado en los hallazgos clínicos y las pruebas diagnósticas.

Vemos, por tanto, que el diagnóstico se ha venido objetivando como proceso, pues se ha venido asentando en una serie de elementos de juicio que el médico habrá de valorar en su conjunto y con ellos hacer el juicio deductivo diagnóstico que le permita, con sus conocimientos de patología, identificar la enfermedad o proceso que aqueja al paciente. Este proceso lo podemos calificar de método semiológico⁵¹. La semiología médica⁵² es el estudio de los signos de las enfermedades, es decir, de los síntomas, entendiéndose por tales los fenómenos espontáneos o provocados, subjetivos u orgánicos que sobrevienen en todo proceso morboso, desde su comienzo con la causa inicial, hasta su terminación con las últimas consecuencias. El estudio de los síntomas se realiza primero reconociéndolos por una serie de procedimientos, maniobras y métodos, es decir la semiotécnica, que no es otra cosa que la exploración clínica, o sea el examen médico, y luego interpretándolos para reconocer su causa, es decir el diagnóstico (día: a través, gnosos: conocer).

Es decir, que a través de la semiología médica, esto es un estudio metodizado de signos y síntomas que padece el enfermo, ya sea por la vía directa, es decir la determinación de un cuadro clínico mínimo –diagnóstico positivo– o por la indirecta que

⁵¹ Como enseñan COSSIO y otros: «Semiología o más precisamente semeyología dado su origen griego, es una palabra compuesta (semeyon: signo, logos: tratado), que significa el estudio de los signos, es decir, de todo aquello que por su propia naturaleza o por simple convención evoca la idea de otra cosa».

⁵² Véase al efecto CASTELLANOS J. M., «Buena y mala práctica médica», Alcotán, Buenos Aires, 1996, pp. 184-185.

implica la exclusión o ausencia de determinados síntomas –diagnóstico diferencial– se determina la existencia de una probable patología y su naturaleza que conduce a que el médico proceda como corresponda al tratamiento correspondiente.

El diagnóstico, por consiguiente, ha pasado a ser un complejo razonamiento científico deductivo en el que podemos señalar una serie de etapas⁵³:

A) INVESTIGACIÓN DEL SÍNTOMA MEDIANTE EL ESTUDIO CLÍNICO

A esta fase corresponde la historia clínica y la exploración física. En principio los médicos iniciaban la investigación del síntoma principal del paciente, por medio de una anamnesis⁵⁴ completa, que incluía muchas, si no la mayor parte de las preguntas comprendidas en una revisión completa de los órganos y sistemas, y una exploración física exhaustiva. Pero los médicos experimentados usualmente plantean posibles hipótesis basándose en el síntoma principal y en las respuestas al interrogatorio inicial, para luego proseguir con preguntas adicionales adaptadas a la confirmación de la hipótesis de partida, corrigiendo o reduciendo la lista de posibilidades planteada. Se suelen seleccionar respuestas clave intentando formular una lista de posibles explicaciones para un determinado hecho. Las respuestas a preguntas más específicas permitirán así eliminar aquellas explicaciones menos plausibles, de modo que pueda seleccionarse y luego someterse a prueba un diagnóstico principal. Este proceso, llamado «comprobación iterativa de una hipótesis» es un enfoque eficiente para el diagnóstico y se prefiere a cualquier otro intento de reunir información antes de formular un diagnóstico diferencial.

Este sistema de comprobación iterativa no está reñido, al contrario, es complementario, a una historia clínica sistemática, meticulosa y completa de la enfermedad actual, de los antecedentes clínicos previos, antecedentes familiares, sociales, y la exploración física.

B) PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS DE DIAGNÓSTICO

No cabe duda que esta es una de las fases del proceso hacia el diagnóstico que más ha evolucionado en la actualidad, pues el avance científico y técnico en la aparatología médica ha puesto a disposición del médico un cada vez mayor catálogo de pruebas que por un lado le ofrecen más datos para el momento de la deducción diagnóstica, pero por otro lado complican el proceso puesto que implica la intervención de otros profesionales, e incluso de otros centros médicos, y, como no, la necesidad de tomar en consideración la economía de costes⁵⁵ y los efectos secundarios colate-

⁵³ Siguiendo el Vademécum de la medicina como es el popularmente llamado HARRISON, es decir, la obra «Principios de la medicina interna», MCGRAW-HILL, vol. I, 12.ª Edición. 1991, pp. 6 y ss.

⁵⁴ Se puede definir, según el Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas de Salvat, p. 56, como «parte del examen clínico que reúne todos los datos personales y familiares del enfermo anteriores a la enfermedad».

⁵⁵ Este aspecto la decisión de La Asamblea General del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, en sesión celebrada el día 23 de enero de 1999, adoptó un acuerdo en el que, entre otros extremos, destacaba que: «La libertad de prescripción implica también tener en cuenta los aspectos económicos de las decisiones médicas. Hay un deber deontológico de prescribir con responsabilidad y moderación a la hora de prevenir, diagnosticar y tratar la enfermedad. El médico no puede olvidar que los recursos con que se pagan sus prescripciones no son suyos,

rales, sobre todo en pruebas radiológicas o con componente radiante. Las pruebas de laboratorio, las técnicas de diagnóstico por imagen mediante la ultrasonografía, la tomografía axial computerizada (TAC), la resonancia magnética, la tomografía por emisión de positrones, etc. constituyen pruebas de diagnóstico esenciales en determinados supuestos para el juicio diagnóstico.

Cada prueba de diagnóstico ha de ordenarse basándose en indicaciones clínicas específicas, lo suficientemente precisas para poder optar por la prueba más eficaz, menos cara y de menor riesgo para el paciente. Ha de tenerse en cuenta que ninguna prueba de diagnóstico es completamente precisa, siendo habitual que los informes sobre el resultado de las pruebas se expresen, en general, en términos de predicción positivos y negativos.

c) INTEGRACIÓN DE LOS HALLAZGOS CLÍNICOS CON LOS RESULTADOS DE LAS PRUEBAS A FIN DE VALORAR LAS PROBABILIDADES DE DIAGNÓSTICO

Como se deduce de lo dicho, ni los datos clínicos ni los resultados de las pruebas son plenamente precisos, pero la integración de ambos puede conducir a mejores predicciones en el diagnóstico que analizamos por separado. Es más, existen técnicas matemáticas, como la teoría de las probabilidades del análisis de Bayes⁵⁶, que son utilizadas para integrar ambos grupos de datos. El teorema de Bayes puede enunciarse de la siguiente forma: «la probabilidad de que estemos ante una determinada enfermedad es directamente proporcional a su frecuencia en la población general y a la frecuencia con la cual se presente en dicha enfermedad el conjunto de síntomas y signos que el enfermo padece⁵⁷. La posibilidad que significa el diagnóstico inicial puede convertirse en una probabilidad. En esta labor tienen una especial utilidad los bancos de datos con enfoques estadísticos, pues permiten mejorar las predicciones diagnósticas. Téngase en cuenta que una de las piedras angulares del razonamiento clínico es el establecimiento de posibilidades diagnósticas válidas, y en este campo los datos estadísticos son un elemento que puede ser sustancial en el camino al diagnóstico.

d) LA TOMA DE LA DECISIÓN DIAGNÓSTICA

El diagnóstico, como juicio final deductivo, es algo en cierto modo contingente, como lo es la propia enfermedad, que no son sino abstracciones de la mente de los médicos carentes de existencia real, aunque con mucha frecuencia muy explicativas

sino del paciente o de las instituciones, públicas o privadas, que las toman a su cargo. El médico, está por ello particularmente obligado a prescribir con racionalidad y buen sentido económico. Ello excluye la prescripción, a veces incentivada, de productos de baja o nula utilidad terapéutica o de remedios de precio más elevado cuando su eficacia es idéntica a la de otros de costo inferior».

⁵⁶ Matemático inglés del siglo XVIII. Con frecuencia los resultados del análisis bayesiano se expresan en forma gráfica, como sucede, por ejemplo, con el valor que tiene un electrocardiograma de esfuerzo para predecir la presencia de una arteriopatía coronaria.

⁵⁷ Así lo enuncia el profesor MARTÍNEZ DE LETONA en la introducción del «Manual de Medicina Clínica», B. MUÑOZ/L. F. VILLA, 1993, p. 3, tras considerar que el proceso diagnóstico transcurre mediante reglas de asociación, en gran parte estadísticas, y que se resumen en tal fórmula establecida por Bayes.

de la realidad⁵⁸. Y también no deja de ser una mera probabilidad, que no se suele expresar en porcentajes, pero sí en expresiones como «casi siempre», «frecuentemente», «a veces», demasiado vagas y que sería preferible sustituir por meros porcentajes numéricos.

El diagnóstico habrá de identificar la enfermedad que padece el paciente, las peculiaridades de la misma derivadas de su individualidad, establecer y valorar el trastorno funcional, la localización y naturaleza de la lesión, la patogenia y la etiología.

Podemos definir el diagnóstico desde el punto de vista médico, como «la descripción nosologicosistemática de un cuadro clínico», o lo podemos definir, ya con matiz jurídico, como «la serie de actos médicos que tienen por objeto recoger todos los signos susceptibles de ser interpretados por el médico y deducir, del conjunto de hechos comprobados, cuál es la naturaleza de la afección que tiene el enfermo, encajando esa situación particular en un cuadro patológico conocido mediante la formulación del juicio diagnóstico»⁵⁹.

Es pertinente traer a colación las consideraciones del ilustre profesor Lain Entralgo⁶⁰ con referencia a la expresión «formulación del diagnóstico»: «Llamo formulación del diagnóstico, como es obvio, a la expresión verbal o escrita del saber en qué el diagnóstico mismo incoativamente consiste: formulación que no alcanza la plenitud de su sentido hasta que la recibe y conoce la persona o la institución a quien va destinada»... «En tanto que el resultado de una acción formalmente humana, el diagnóstico médico es, pues, un acto moral. Lo es, por supuesto, a través de las dos determinaciones que en su estructura hemos contemplado: su condición técnica y su condición social. Como acto técnico –como operación en la cual se hace algo sabiendo qué se hace y por qué se hace eso que se hace–, la moralidad del diagnóstico toma la forma de un ‘deber saber hacer’ según ese ‘qué’ y ese ‘por qué’. Como acto social el diagnóstico es moral con las dos posibilidades que esta afirmación envuelve: ser ‘moralmente bueno’ y ser ‘moralmente malo’ en cuanto que actúa favoreciendo la dinámica y la calidad del grupo humano a que el paciente y el médico pertenecen. Pero la moralidad del acto diagnóstico es aprobable o reprobable por razones más obvias y más fuertes: porque su obtención y su comunicación afectan la vida de una persona, la del enfermo, y desde este primario punto de vista hay que juzgar ‘el deber saber hacer’ del médico que diagnostica y los efectos sociales de la comunicación de su juicio. Alguna diferencia ética hay, vale este ejemplo, entre el diagnóstico de la avería de un motor y el de cualquier desorden de un ser humano».

E) LA COMUNICACIÓN CON EL PACIENTE

Finalmente destaca el profesor Lain Entralgo la trascendencia de la comunicación del diagnóstico al propio enfermo, cuestión fundamental, desde que al margen de que el diagnóstico sea acertado o no, deben tenerse presentes las circunstancias en que el enfermo recibe el conocimiento de su patología, y en tal sentido expresa: «Hay no

⁵⁸ También lo entiende así el profesor J. MARTÍNEZ DE LETONA, *opus cit.*

⁵⁹ Definición atribuible a MANUEL QUINTANA FERGUSON en «La Responsabilidad Civil del médico», Trivium, Madrid, 1949, citado por Llamas Pombo en la Responsabilidad Civil del Médico. Aspectos tradicionales y modernos, Trivium, Madrid, 1988.

⁶⁰ LAIN ENTRALGO, «El diagnóstico médico. Historia y Teoría», 1982.

pocos casos en que tal comunicación no ofrece problemas notorios: muy raramente hallará dificultad el clínico para decir al paciente: “usted tiene una úlcera gástrica” o “padece usted una diabetes sacarina”. Pero junto a estos casos hay otros en los cuales el médico se verá obligado a pensar con doble responsabilidad –técnica y ética– en lo que sobre la enfermedad diagnosticada debe decir a la persona que la padece». Bien es cierto que no es objeto de este trabajo analizar la incidencia que la existencia, contenido y forma de la información médico-paciente tiene en la responsabilidad del primero».

II. EL ERROR EN EL DIAGNÓSTICO Y LA VULNERACIÓN DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO MÉDICO. EL ERROR DE DIAGNÓSTICO CULPOSO

El diagnóstico realizado puede, finalmente, no resultar correcto de conformidad con la verdadera patología que padece el paciente, pero de acuerdo con el cuadro clínico presentado por éste al momento de ser atendido, puede considerarse adecuado dicho diagnóstico. La simple existencia de un error, manifestado *ex post*, en el diagnóstico no implica necesariamente vulneración del deber objetivo de cuidado médico, no implica necesariamente responsabilidad, y menos responsabilidad penal.

Como ya hemos dicho, lo aleatorio existente en la ciencia médica, su insuficiencia, al ser eminentemente experimental, no exacta y sujeta, por tanto, a las limitaciones de su conocimiento en el estado de desarrollo en el momento de que se trate, su carácter dinámico y evolutivo, unido al objeto de la misma, el ser humano, inescrutable, biológicamente lleno aún de incógnitas e interrogantes para el hombre mismo, y, finalmente, las circunstancias concurrentes en el concreto actuar médico como la gravedad del enfermo, la urgencia de la actuación médica, la ausencia en el lugar de determinados medios o posibilidad de evacuación a un centro adecuado, así como del significado del simple factor reaccional del enfermo, etc., pueden llevar a un diagnóstico erróneo, sin que por ello pueda atribuirse infracción alguna del deber de cuidado objetivo del profesional⁶¹. El profesional no puede prometer ni comprometerse con resultados concretos, sino poner en funcionamiento los medios necesarios en la búsqueda de los mismos, su obligación es de medios, y no de resultado (a excepción de determinados niveles de medicina reparadora puramente voluntaria).

Debe entonces quedar muy claro que al profesional de la salud no le hace legalmente responsable el cometer un error en el diagnóstico cuando el mismo actúa acorde a su deber objetivo de cuidado. Pero, ¿Cuándo, entonces, un error en el diagnóstico generador de un perjuicio o daño en el paciente⁶² constituye una vulneración

⁶¹ Siguiendo las SSTs de 8 de junio de 1994 –EDJ 1994/5198– y de 25 de mayo de 1999 –EDJ 1999/10317–. Esta última continúa «Más allá de puntuales deficiencias técnicas o científicas, salvo que se trate de supuestos cualificados, ha de ponerse el acento de la imprudencia en el comportamiento específico del profesional que, pudiendo evitar con una diligencia exigible a un médico normal– la diligencia medida por sus conocimientos y preparación– el resultado lesivo o mortal para una persona, no pone a su contribución una actuación impulsada a contrarrestar las patologías existentes con mayor o menor acierto, si ese arco de posibilidades está abierto a la actuación ordinaria de un profesional de la medicina».

⁶² Se da por supuesta, por tanto, la relación de causalidad e imputación objetiva de ese resultado lesivo o perjudicial a la actuación errónea del médico.

del deber objetivo de cuidado y determina su responsabilidad?. Podemos establecer un catálogo de situaciones en las que el error en diagnóstico viene precedido y causado por una serie de infracciones del médico a su deber objetivo de cuidado⁶³, y por tanto es un error culpable y susceptible de castigo penal:

a) Cuando el médico actúa sin tener capacidad técnica suficiente para abordar la actuación médica.

b) Cuando el médico adopta las medidas terapéuticas sin haber determinado previamente el diagnóstico.

c) Cuando emite un diagnóstico sin haber examinado previamente al paciente.

d) Cuando para emitir el diagnóstico no se ha valido de todos los instrumentos y medios técnicos y auxiliares a su alcance. Esta es la infracción del deber objetivo de cuidado que está en la base de la mayoría de las sentencias condenatorias penales por error de diagnóstico culpable en el médico⁶⁴.

⁶³ Parte de ellas las señala ROMEO CASABONA, C. M., en su obra «El médico ante el derecho», Servicio de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985, pp. 73 y ss.

⁶⁴ Es el caso de la STS de 22 de enero de 1999 –EDJ 1999/96– en la que se mantiene que «ante los fuertes dolores abdominales que padece la embarazada diagnóstica, sin consultar con ningún urólogo u otro facultativo, que esos dolores son consecuentes a un cólico nefrítico, indica su ingreso en una clínica donde queda internada como una enferma más, y no obstante evidenciarse, por la analítica (sangre y orina) y ecografía obstétrica practicada, una marcada disminución del líquido amniótico y obra abdominal y de gestación (indicativa de «trabajo de parto»), insiste en su inicial diagnóstico y no le practicó reconocimiento ginecológico alguno.» «Tampoco ofrece cuestión que el acusado omitió varias acciones que le eran debidas, así, en primer lugar, prescindió de consultar con un urólogo u otro especialista respecto a las molestias de que se quejaba la embarazada y ello le llevó, por dos veces, a hacer un diagnóstico equivocado, atribuyendo a un inexistente cólico nefrítico lo que eran dolores lumbares propios de «trabajo de parto», igualmente omitió el deber que le era inexcusable de reconocer ginecológicamente a la embarazada, especialmente ante los resultados que presentaban los análisis y la ecografía practicada; y en definitiva, omitió atender un parto en el momento en el que todos los síntomas lo hacían necesario.» «No había nada que restringiera o limitara su capacidad para realizar la acción que omitió y que le era exigible.»

También la STS de 10 de diciembre de 2001 –EDJ 2001/11362– con el siguiente contenido: «La omisión del deber de cuidado que se imputa a la acusada consiste en no haber utilizado todos los medios de diagnóstico que estaban a su alcance antes de dar el alta médica hospitalaria a la niña. El cauce procesal en el que se residencia el motivo exige el más riguroso respeto al relato de hechos que se declaran probados y en ellos se expresa que la acusada, en el Servicio de Urgencias del «Hospital G.» de Burgos, efectuó una exploración a la niña María Cruz, que se había despertado ese día con vómitos y fiebre de 39 grados, conforme a un protocolo médico previamente establecido, prescribió y suministró a la niña un tratamiento y medicación que todos los peritos, incluidos los de la acusación, han considerado correctos, y antes de dar el alta domiciliaria esperó el resultado de la analítica que había solicitado, y tras interesarse por su estado y evolución de la enferma a la que había diagnosticado faringotitis, sin que se hubiesen detectado signos meníngeos, le dio el alta, con la medicación que se consideró adecuada y aconsejándose el seguimiento de su evolución por el Médico de cabecera de la niña. Una vez transcurridas más de ocho horas, la niña se despertó con llanto y su madre le suministró una toma de biberón quedando nuevamente dormida. Fue posteriormente cuando los padres detectaron un color amarotado en el cuerpo de su hija y la trasladaron de nuevo al «Hospital G.» y a su ingreso en el Servicio de Medicina Pediátrica la enferma presentaba, entre otros síntomas, Petequias múltiples diseminadas de varios tamaños, se le administró medicación, se le practicó una intubación orotraqueal, se le realizó extracción analítica de sangre y se efectuó una punción lumbar y practicadas dichas operaciones y dado que el estado de la enferma no mejoraba se dispuso su traslado a la Unidad de Cuidados Intensivos donde falleció posteriormente siendo la causa de su muerte una sepsis fulminante con fracaso multiorgánico de muy probable etiología meningocócica, si bien dicha causa no fue confirmada por el resultado de los cultivos microbiológicos realizados con las muestras tomadas a la enferma. El Tribunal de instancia, en el segundo y tercero de sus fundamentos jurídicos, explica que debe descartarse todo posible error de diagnóstico, ya que los informes periciales, incluido el de la acusación particular, reconocen lo correcto del diagnóstico y tratamiento y concluye que la conducta de la Doctora acusada no puede ser objeto de reproche penal alguno ni siquiera a título de culpa, en cuanto no ha habido ningún acto negligente al que anudar casualmente el resultado acaecido. Y se añade que no se dio de alta a la niña tras la exploración sino que se esperó al resultado de la analítica, y con su

e) Cuando no toma en consideración para emitir el diagnóstico eventualidades remotas pero científicamente posibles.

f) Cuando los resultados de los análisis y pruebas complementarias de todo tipo no son tenidos en cuenta o no son convenientemente valorados, de forma inexcusable, para la emisión del diagnóstico.

resultado, y comprobado externamente el buen estado general, se optó por darle de alta. Y se sigue razonando que un tiempo mayor de observación tampoco hubiera evitado el resultado ya que transcurrieron varias horas hasta que los padres detectaron una inquietud anormal en la niña y la presencia de manchas e incluso, se sigue diciendo, si hubiera ingresado en observación en el Hospital, no ha quedado en absoluto acreditado que se hubiera podido atajar la sepsis fulminante que le fue diagnosticada como causa de la muerte. Las explicaciones ofrecidas por el Tribunal sentenciador para rechazar toda conducta penalmente relevante aparecen razonadas y razonables, sin que existan datos o elementos en los hechos que se declaren probados que permitan sostener lo contrario.»

En el mismo sentido la SAP de Huelva, Secc. 2.ª, de fecha 26 de enero de 2000 –ARP 2000\174– razona: «Segundo.– Circunscriba la acción enjuiciada al examen realizado en el Servicio de Cirugía Vascular, por la sucesiva delimitación operada por los diversos sobreseimientos recaídos, debemos convenir que es negligencia médica punible dejar de poner a disposición del paciente, en el juicio clínico de su enfermedad, los medios de atención, análisis y estudio que permitan el actual estado de la ciencia, en relación con las concretas circunstancias concurrentes de tiempo, lugar e intervinientes, para llegar a un correcto diagnóstico y consecuente tratamiento. Claro que no es punible el error cometido en el diagnóstico, pero sí lo es confiar únicamente en la apreciación directa como juicio clínico, cuando es claramente insuficiente para afecciones que, como la tromboflebitis, cursan de modo asintomático en el 66% de los casos y así está documentado (Manual de los Doctores G. G., E. y P.). Vamos a razonar la cuestión de la mano de la STS 25 de mayo de 1999 (RJ 1999\5253) (Ponente Sr. Martín Canivell), fiel reflejo de la consolidada doctrina que ha ido perfilando los contornos de lo que puede estimarse actuación facultativa conforme a la *lex artis ad hoc*, y aquello que se desvía de ésta. Ponderar las específicas condiciones del caso es elemental para llegar a conclusiones válidas cualquiera que sea el juicio de valor final, y quizás sea el ahora analizado un supuesto poco necesitado de especiales y concienzudos conocimientos médicos y jurídicos para convenirse, conforme a las reglas de experiencia común, de la existencia de negligencia causal del trágico resultado de muerte, por más que se quiera achacar a la fatalidad y aleatoriedad de sucesos desafortunados un desenlace evitable y fácilmente de haberse prestado a tiempo las pruebas complementarias mediante los recursos técnicos y de diagnóstico que los facultativos tenían a su disposición, sin necesidad de tener que conformarse con el «ojo clínico», y menos el olfato, por los que la sensación subjetiva de amplia experiencia profesional puede llegar a persuadir a quien se vale de ellos. No es preciso siquiera discrepar del relato de hechos realizado por el juzgador de primer grado, valorando la prueba practicada, con intermediación, en el acto de juicio oral, y con arreglo al artículo 741 LECrim, para llegar a la valoración contraria, y apreciar responsabilidad causal del doctor O. L., Cirujano General del Servicio de Cirugía Vascular, al que le bastaron estos parámetros (que «podía oler una tromboflebitis desde lejos», amparado en sus veinticinco años de experiencia, consta que dijo) para descartar el diagnóstico cuyo estudio se pedía, tras juicio clínico de posibilidad realizado por Traumatólogo, que derivó al paciente al Servicio de Cirugía Vascular para su más especializado estudio por Cirujano Vascular que finalmente fue sustituido por aquel Cirujano General, responsable del Servicio, que examinó al paciente después de hacerlo el MIR de Guardia. Pocas dudas ofrece, y así se expone rigurosamente por la sentencia apelada, que de haberse realizado las pruebas analíticas al alcance del Servicio de Cirugía Vascular al que fue derivado, se habría llegado a un diagnóstico adecuado, con instauración del tratamiento correcto para la curación, con alto porcentaje de posibilidad de ésta. El confiar en la apreciación clínica, sin contraste con pruebas técnicas de fácil realización, en un caso que venía anunciado por Facultativo especialista de posible tromboflebitis y ya sabemos su difícil apreciación clínica constituyen imprevisión y ausencia de cautelas profesionales que por tener carácter leve deben calificarse como falta de simple imprudencia, sin infracción de reglamentos, con resultado de muerte, del art. 586 bis CP de 1973 (RCL 1973\2255 y NDL 5670), vigente en la fecha de los hechos, siendo de más favorable aplicación el actual art. 621.2 CP por imponer pena de multa de cuantía inferior.»

Finalmente, también en el mismo sentido la SAP de Huelva de 26 de enero de 2000 –ARP 2000\174– que se expresa en el siguiente sentido: » Segundo.– Circunscriba la acción enjuiciada al examen realizado en el Servicio de Cirugía Vascular, por la sucesiva delimitación operada por los diversos sobreseimientos recaídos, debemos convenir que es negligencia médica punible dejar de poner a disposición del paciente, en el juicio clínico de su enfermedad, los medios de atención, análisis y estudio que permitan el actual estado de la ciencia, en relación con las concretas circunstancias concurrentes de tiempo, lugar e intervinientes, para llegar a un correcto diagnóstico y consecuente tratamiento. Claro que no es punible el error cometido en el diagnóstico, pero sí lo es confiar únicamente en la apreciación directa como juicio clínico, cuando es claramente insuficiente para afecciones que, como la tromboflebitis, cursan de modo asintomático en el 66% de los casos y así está documentado (Manual de los Doctores G. G., E. y P.). Vamos a razonar la cuestión de la mano de la STS 25 mayo 1999 (RJ 1999\5253) (Ponente Sr. Martín Canivell), fiel reflejo de la consolidada doctrina que ha ido perfilando los contornos de lo que puede estimarse.

g) Cuando existe un retraso injustificado en la emisión del diagnóstico que por tanto puede calificarse de tardío⁶⁵.

En todos estos supuestos, el médico no habrá actuado ilícitamente por no haber acertado en el diagnóstico efectuado sino por haber actuado de forma descuidada y con incumplimiento de sus deberes en el proceso de toma de la decisión diagnóstica.

Ahora bien, esa ilicitud, o actuación contraria a la norma, puede tener muy diversos grados, normalmente en atención a la intensidad de la infracción del deber objetivo de cuidado, que llevará su antijuridicidad desde la comisión de una infracción deontológico de naturaleza colegial o administrativa, a una responsabilidad civil o, finalmente, en los casos más graves, a una responsabilidad penal, conforme a la graduación que hemos expuesto en el capítulo I, 1, 3 de este trabajo.

actuación facultativa conforme a la *lex artis ad hoc*, y aquello que se desvía de ésta. Ponderar las específicas condiciones del caso es elemental para llegar a conclusiones válidas cualquiera que sea el juicio de valor final, y quizás sea el ahora analizado un supuesto poco necesitado de especiales y concienzudos conocimientos médicos y jurídicos para convencerse, conforme a las reglas de experiencia común, de la existencia de negligencia causal del trágico resultado de muerte, por más que se quiera achacar a la fatalidad y aleatoriedad de sucesos desafortunados un desenlace evitable y fácilmente de haberse prestado a tiempo las pruebas complementarias mediante los recursos técnicos y de diagnóstico que los facultativos tenían a su disposición, sin necesidad de tener que conformarse con el «ojo clínico», y menos el olfato, por los que la sensación subjetiva de amplia experiencia profesional puede llegar a persuadir a quien se vale de ellos. No es preciso siquiera discrepar del relato de hechos realizado por el juzgador de primer grado, valorando la prueba practicada, con intermediación, en el acto de juicio oral, y con arreglo al art. 741 LECrim, para llegar a la valoración contraria, y apreciar responsabilidad causal del doctor O. L., Cirujano General del Servicio de Cirugía Vascular, al que le bastaron estos parámetros (que «podía oler una tromboflebitis desde lejos», amparado en sus veinticinco años de experiencia, consta que dijo) para descartar el diagnóstico cuyo estudio se pedía, tras juicio clínico de posibilidad realizado por Traumatólogo, que derivó al paciente al Servicio de Cirugía Vascular para su más especializado estudio por Cirujano Vascular que finalmente fue sustituido por aquel Cirujano General, responsable del Servicio, que examinó al paciente después de hacerlo el MIR de Guardia. Pocas dudas ofrece, y así se expone rigurosamente por la sentencia apelada, que de haberse realizado las pruebas analíticas al alcance del Servicio de Cirugía Vascular al que fue derivado, se habría llegado a un diagnóstico adecuado, con instauración del tratamiento correcto para la curación, con alto porcentaje de posibilidad de ésta. El confiar en la apreciación clínica, sin contraste con pruebas técnicas de fácil realización, en un caso que venía anunciado por Facultativo especialista de posible tromboflebitis y ya sabemos su difícil apreciación clínica constituyen imprevisión y ausencia de cautelas profesionales que por tener carácter leve deben calificarse como falta de simple imprudencia, sin infracción de reglamentos, con resultado de muerte»

⁶⁵ En la sentencia número 125/2005 de la AP de Badajoz –EDJ 2005/256296– se analiza un supuesto incardinable en este apartado. Razona la sentencia «Del conjunto de la prueba practicada tanto en la fase de instrucción como en el acto de la vista oral puede concluirse la inexistencia de mala práctica punible, de error o retraso en el diagnóstico con la suficiente entidad para tener relevancia penal, tal y como puso de manifiesto la Sra Médico Forense en el segundo informe obrante las actuaciones, ratificado en el acto del juicio y sometido a contradicción entre las partes, en el que dice que la circunstancia de no haberse realizado el diagnóstico de la mielopatía desde el primer momento no parece estar relacionada con una mala «praxis», pues como se expresó en su informe precedente la atención al enfermo fue correcta y adecuada en todo momento, con asistencia periódica y continuada desde el primer día, poniendo a su disposición todos los medios diagnósticos y terapéuticos requeridos según la sintomatología que iba presentándose, cumpliéndose en todo momento los protocolos de actuación. Que desde un primer momento, a la vista del contenido del informe médico forense obrante a los folios 32 y ss. de la causa; (véase la conclusión 4.ª del folio 37) era descartable la existencia de mal praxis medica, siendo la atención prestada al lesionado, según la facultativo forense correcta y adecuada en todo momento, poniendo a disposición del mismo todos los medios diagnósticos y terapéuticos disponibles, que para el caso de estimar que se produjo retraso en el diagnóstico, el mismo no fue tardío sino acompasado al afloramiento de la sintomatología del paciente. Si el mismo solo refería padecer dolor lumbar difícilmente cabría diagnosticar dolencias que se manifiestan a nivel cervical.... Que caso de entender que concurrió no retraso sino error en el diagnostico (por limitarlo a la lumbalgia inicial pese a la manifestación ulterior sintomática de la mielopatía cervical), huelga repetir que los hechos no entrañarían relevancia penal; como tampoco la tendría en el supuesto retraso; siendo claramente incardinables tales hechos y desde el inicio de las actuaciones en el ámbito civil. Véase antepenúltimo párrafo del folio 289 en el que la acusación particular califica los hechos como «grave error de diagnostico».

En el apartado siguiente estudiamos en qué supuestos, además de las reseñas de sentencias anotadas en este apartado, la jurisprudencia considera que este actuar culposo en el proceso diagnóstico constituirá un actuar penalmente relevante, ya como delito o como falta, dependiendo del grado de culpa detectado.

III. EL ERROR EN EL DIAGNÓSTICO CULPOSO PENALMENTE RELEVANTE EN LOS TRIBUNALES

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo mantiene una doctrina asentada sobre la relevancia penal del error de diagnóstico. Según esa jurisprudencia, la responsabilidad penal del médico viene dada⁶⁶ por los siguientes parámetros:

1. La conducta del médico ha de entenderse en su *justa valoración* habida cuenta se trata de una de las actividades humanas que más riesgo puede originar y proyectar, al incidir directamente sobre la salud y la vida de las personas, a merced además del acierto o del desatino de los profesionales⁶⁷.

2. La práctica de las actividades sanitarias por los facultativos y técnicos correspondientes, exige una cuidadosa *atención a la lex artis, en la que sin embargo no se pueden sentar reglas preventivas absolutas* dado el constante avance de la ciencia, la variedad de tratamientos al alcance del profesional y el diverso factor humano sobre el que actúa, que obliga a métodos y atenciones diferentes. Se trata, en suma, de una ciencia inexacta, con un plus especial de exposición y peligrosidad, en la que la atención, la pericia y la reflexión han de prodigarse en dosis mayores que en otras dedicaciones, jugando en ella factores imponderables e inaprensibles⁶⁸.

3. Por regla general, *el simple error científico o diagnóstico equivocado no es tipificable como infracción penal, salvo que por su entidad y dimensiones constituya cualitativa o cuantitativamente una equivocación inexcusable*. Dicho de otro modo, los simples errores científicos o de diagnóstico no pueden ser objeto de sanción penal, a no ser que sean de magnitud tal que de modo evidente se aparten de lo que hubiera detectado cualquier médico de nivel y preparación similar y con semejantes medios a su alcance, y lo mismo cabe decir de la mayor o menor precocidad o rapidez en el diagnóstico de algunas enfermedades que tan graves consecuencias acarrear si no se detectan en el momento de su aparición inicial. Procederá, por tanto, la no inculparción de la imprudencia en función de un error científico o del diagnóstico equivocado cuando se haya cumplido en el reconocimiento las de la *lex artis*, y lo será cuando por su propia categoría y entidad cualitativa o cuantitativa resultan de extraordinaria gravedad, es decir, sólo la equivocación burda, inexplicable, absurda podrá dar lugar a un delito que se produce en este ámbito y generalmente, no tanto por el actuar

⁶⁶ Repetimos, una vez sentada la relación de causalidad e imputación objetiva de dicho error con el resultado perjudicial, de modo que la intervención culposa haya sido determinante o causante de dicho resultado lesivo, haya generado un incremento de riesgo del resultado y, por consiguiente, no haya sido causado por la enfermedad o padecimiento de forma irremediable (SS TS de 24 de noviembre de 1984 –EDJ 1984/6050–, de 22 de diciembre de 1986 –EDJ 1986/8555–, de 4 de octubre de 1990 –EDJ 1990/8986–, etc.).

⁶⁷ Por todas las SS TS de 6 de julio de 2006 –EDJ 2006/109.836, de 3 de octubre de 1997 –EDJ 1997/6352–, de 13 de noviembre de 1992 –EDJ 1992/11.193– y de 14 de febrero de 1991 –EDJ 1991/1544–.

⁶⁸ SSTS de 14 de febrero de 1991 –EDJ 1991/1544– y de 13 de noviembre de 1992 –EDJ 1992/11193–.

médico con o sin acierto, sino por el abandono, desidia o dejación de sus más elementales obligaciones⁶⁹.

4. Queda también fuera del ámbito penal por la misma razón, *la falta de pericia cuando ésta sea de naturaleza extraordinaria o excepcional*, pero sí debe sancionarse la equivocación inexcusable o la incuria sobresaliente, o sea, cuando la falta de pericia sea de naturaleza extraordinaria o excepcional⁷⁰.

5. En esta materia no se pueden señalar principios inmutables al no poder realizarse una formulación de generalizaciones, *siendo preciso una individualizada reflexión sobre el concreto supuesto enjuiciado*. Por tanto, la determinación de la responsabilidad médica ha de hacerse en contemplación de las situaciones concretas y específicas sometidas al enjuiciamiento penal huyendo de todo tipo de generalizaciones.– Por ello y expresando una vez más la alta consideración que la Medicina y la clase médica merecen por la trascendencia individual y social de su tarea y los sacrificios, muchas veces inmensos, que su correcto ejercicio impone, hay que poner de relieve que la imprudencia nace cuando el tratamiento médico o quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendidas las circunstancias del lugar, tiempo, personas, naturaleza de la lesión o enfermedad, que olvidando la *lex artis* conduzcan a resultados lesivos para las personas⁷¹.

IV. RELACIÓN DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A 11 de diciembre de 1989 –EDJ 1989/12004–

S 127/1990 –RTC 1990\127–

S 5 de julio de 1990 –EDJ 1990/7269–

S 118/1992 –EDJ 1992/8841–

S 16 de septiembre de 1992 –EDJ 1992/8841–

S 25 de marzo de 1993 –EDJ 1993/2984–

SS 19 de abril de 1993 –RTC 1993\131–, –RTC 1993\132–, –RTC 1993\133–, –RTC 1993\134–, –RTC 1993\135–, –RTC 1993\136–, –RTC 1993\137–, –RTC 1993\138–, –RTC 1993\139–, –RTC 1993\140–

SS 14 de junio de 1993 –RTC 1993\200– y –RTC 1993\201–

SS 28 de junio de 1993 –RTC 1993\215.

⁶⁹ SSTS de 17 de julio de 1982 –EDJ 1982/4994–, de 24 de noviembre de 1984 –EDJ 1984/6050–, de 22 de diciembre de 1986 –EDJ 1986/8555–, de 27 de mayo de 1988 –EDJ 1988/4521–, de 13 de marzo de 1990 –EDJ 1990/2805–, de 4 de septiembre de 1991 –EDJ 1991/8418– y de 21 de abril de 1992 –EDJ 1992/3882–.

⁷⁰ SSTS de 27 de mayo de 1988 –EDJ 1988/4521– y de 8 de junio de 1981 –EDJ 1981/4635–.

⁷¹ SSTS de 5 de julio de 1989 –EDJ 1989/6864–, de 4 de septiembre de 1991 –EDJ 1991/8418–, de 8 de junio de 1994 –EDJ 1994/5198–, de 29 de octubre de 1994 –EDJ 1994/9039–, y de 29 de noviembre de 2001 –EDJ 2001/55983–.

SS 30 de junio de 1993 –RTC 1993\222– y –RTC 1993\223–
SS 12 de julio de 1993 –RTC 1993\240– y –RTC 1993\241–
SS 19 de julio de 1993 –RTC 1993\248–, –RTC 1993\249– y –RTC 1993\250–
SS 20 de julio de 1993 –RTC 1993\260–
S 20 de septiembre de 1993 –RTC 1993\277–
S 18 de octubre de 1993 –RTC 1993\295–
S 15 de noviembre de 1993 –RTC 1993\339–
S 22 de noviembre de 1993 –RTC 1993\348–
S 62/1994 –EDJ 1994/1758–
S 28 de febrero de 1994 –EDJ 1994/1758–
S 25 de abril de 1994 –RTC 1994\123–
S 20 de julio de 1994 –RTC 1994\239–
S 17 de octubre de 1994 –RTC 1994\274–
S 24/1996 –RTC 1996\24–
S 120/1998 –RTC 1998\120–
S 22 de julio de 1999 –RTC 1999\142–
S 26 de junio de 2000 –RTC 2000\174–

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2.^a, DE LO PENAL

S 28 de septiembre de 1963 –S/R–
S 20 de abril de 1964 –S/R–
S 18 de octubre de 1969 –RJ 1969\5099–
S 30 de septiembre de 1967 –S/R–
S 7 de diciembre de 1970 –RJ 1970\5175–
S 22 de enero de 1971 –RJ 1971\235–
S 20 de diciembre de 1974 –RJ 1974\5253–
S 20 de noviembre de 1975 –RJ 1975\4491–
S 11 de noviembre de 1979 –S/R–
S 6 de junio de 1980 –S/R–
S 26 de junio de 1980 –EDJ 1980/2008–
S 20 de mayo de 1981 –EDJ 1981/4520–
S 8 de junio de 1981 –EDJ 1981/4635–
S 19 de noviembre de 1981 –S/R–
S 17 de julio de 1982 –EDJ 1982/4994–
S 24 de noviembre de 1984 –EDJ 1984/6050–
S 15 de enero de 1986 –EDJ 1986/629–

S 22 de diciembre de 1986 –EDJ 1986/8555–
S 4 de marzo de 1987 –RJ 1987\1864–
S 4 de mayo de 1987 –RJ 1987\3003–
S 1 de julio de 1987 –RJ 1987\5142–
S 29 de marzo de 1988 –EDJ 1988/2665–
S 22 de abril de 1988 –EDJ 1988/3299–
S 22 de mayo de 1989 – EDJ 1989/5268–
S 27 de mayo de 1988 –EDJ 1988/4251–
S 19 de junio de 1989 –EDJ 1989/6206–
S 8 de julio de 1989 –EDJ 1989/6864–
S 16 de julio de 1989 –S/R–
S 24 de noviembre de 1989 – EDJ 1989/10524–
S 12 de marzo de 1990 –RJ 1990\2989–
S 13 de marzo de 1990 – EDJ 1990/2805–
S 13 de junio de 1990 –S/R–
S 14 de septiembre de 1990 –EDJ 1990/8253–
S 4 de octubre de 1990 –EDJ 1990/8986–
S 20 de noviembre de 1990 –EDJ 1990/–
S 27 de diciembre de 1990 –EDJ 1990/12059–
S 28 de diciembre de 1990 –EDJ 1990/12099–
S 14 de febrero de 1991 –EDJ 1991/1533–
S 14 de febrero de 1991 –EDJ 1991/1544–
S 24 de mayo de 1991 –EDJ 1991/5475–
S 4 de julio de 1991 –S/R–
S 4 de septiembre de 1991 –EDJ 1991/8418–
S 29 de febrero de 1992 –EDJ 1992/19534–
S 21 de abril de 1992 –EDJ 1992/3882–
S 17 de septiembre de 1992 –EDJ 1992/11362–
S 13 de noviembre de 1992 –EDJ 1993/11193–
S 4 de febrero de 1993 –EDJ 1993/938–
S 5 de febrero de 1993 –RJ 1993\877–
S 7 de julio de 1993 –EDJ 1993/6798–
S 20 de julio de 1993 –EDJ 1993/6417–
S 8 de junio de 1994 –EDJ 1994/5198–
S 29 de octubre de 1994 –EDJ 1994/9034–
S 22 de septiembre de 1995 –EDJ 1995/4567–

S 26 de octubre de 1995 –EDJ 1995/5912–
S 21 de diciembre de 1996 –EDJ 1996/8992–
S 13 de febrero de 1997 –EDJ 1997/213–
S 14 de febrero de 1997 –EDJ 1997/928–
S 3 de octubre de 1997 –EDJ 1997/6352–
S 10 de octubre de 1998 –EDJ 1998/25289–
S 22 de enero de 1999 –EDJ 1999/96–
S 25 de mayo de 1999 –EDJ 1999/10317–
S 29 de septiembre de 1999 –EDJ 1999/32416–
S 5 de octubre de 1999 –RJ 1999\8732–
S 29 de noviembre de 1999 –RJ 1999\8087–
S 8 de febrero de 2000 –RJ 2000\311–
S 21 de septiembre de 2000 –RJ 2000\8478–
S 29 de septiembre de 2000 –EDJ 2000/35183–
S 4 de abril de 2001 –EDJ 2001/10948–
S 12 de noviembre de 2001 –EDJ 2001/40472–
S 20 de noviembre de 2001 –RJ 2002\1787–
S 29 de noviembre de 2001 –EDJ 2001/55983–
S 10 de diciembre de 2001 –EDJ 2001 /11362–
S 22 de enero de 2002 –EDJ 2002/535–
S 18 de febrero de 2002 –EDJ 2002/–
S 1 de abril de 2003 –EDJ 2003/6628–
S 23 de marzo de 2005 –EDJ 2005/46994–
S 23 de marzo de 2005 –EDJ 2005/46994–
S 27 de diciembre de 2005 –EDJ 2005/237415–
S 6 de julio de 2006 –EDJ 2006/109836–

TRIBUNAL SUPREMO (OTRAS SALAS)

S 16 de noviembre de 1993, Sala 3.ª, –EDJ 1993/10362–
S 9 de marzo de 1995, Sala 1.ª, –EDJ 1995/584–

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Andalucía S 10 de marzo de 2000 –EDJ 2000/12884–

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Guadalajara, Secc. 1.^a, S de 16 de octubre de 1996 –ARP 1996\954–
Cádiz, Secc. 3.^a, S de 21 de marzo de 1997 –ARP 1997\677–
Guipúzcoa, Secc. 2.^a, S de 17 de diciembre de 1998 –ARP 1998\5994–
Murcia, Secc. 3.^a, de 29 de diciembre de 1998 –ARP 1998\5188–
Islas Baleares, Secc. 1.^a, S de 3 de marzo de 1999 –ARP 1999\1207–
Granada, Secc. 1.^a, S de 10 de abril de 1999 –ARP 1999\1385–
Toledo, Secc. 2.^a, S de 5 de mayo de 1999 –ARP 1999\1684–
Las Palmas de G. C., Secc. 1.^a, S de 9 de julio de 1999 –EDJ 1999/35965–
Toledo, Secc. 1.^a, S de 16 de diciembre de 1999 –ARP 1999\4751–
Toledo, Secc. 1.^a, S de 16 de diciembre de 1999 –EDJ 1999/41849–
Huelva, Secc. 2.^a, S de 26 de enero de 2000 –ARP 2000\174–
Granada, Secc. 1.^a, S de 1 de abril de 2000 –EDJ 2000/16706–
Toledo, Secc. 1.^a, S de 25 de mayo de 2000 –EDJ 2000/15047–
Córdoba, Secc. 3.^a, S de 13 de junio de 2000 –ARP 2000/649–
Huelva, Secc. 2.^a, S de 1 de julio de 2000 –EDJ 2000/45746–
Salamanca, Secc. 1.^a, S de 23 de febrero de 2001 –EDJ 2001/4830–
Las Palmas de G. Canaria, Secc. 1.^a, S de 2 de marzo de 2001 –S/R–
Donostia–San Sebastián, Secc. 2.^a, S de 30 de julio de 2001 –S/R–
Oviedo, Secc. 7.^a, S de 9 de noviembre de 2001 –EDJ 2001/69108–
León, Secc. 3.^a, S de 9 de enero de 2002 –ARP 2002\95604–
Madrid, Secc. 17.^a, A de 8 de abril de 2002 –EDJ 2002/41885–
Islas Baleares, Secc. 1.^a, S de 28 de junio de 2002 –ARP 2002\621–
Palma de Mallorca, Secc. 1.^a, S de 28 de junio de 2002 –S/R–
León, Secc. 2.^a, S de 24 de febrero de 2003 –EDJ 2003/73642–
Burgos, Secc. 1.^a, S de 7 de marzo de 2003 –EDJ 2003/47229–
Soria, A de 5 de junio de 2003 –EDJ 2003/161997–
Madrid, Secc. 23.^a, A de 18 de junio de 2003 –S/R–
Tarragona, Secc. 2.^a, S de 20 de junio de 2003 –S/R–
Valladolid, Secc. 2.^a, S de 14 de octubre de 2003 –EDJ 2003/21150–
Huelva, Secc. 2.^a, S de 12 de diciembre de 2003 –EDJ 2003/–
Madrid, Secc. 17.^a, S de 6 de mayo de 2004 –EDJ 2004/122404–
Cádiz, Secc. 1.^a, A de 31 de mayo de 2004 –S/R–
Guadalajara, Secc. 1.^a, A de 17 de junio de 2004 –EDJ 2004/68912–
Madrid, Secc. 17.^a, A de 2 de julio de 2004 –EDJ 2004/146498–
Murcia, Secc. 4.^a, S de 27 de diciembre de 2004 –EDJ 2004/228809–

Tarragona, Secc. 2.^a, S de 11 de abril de 2005 –ED 2005/60965–
Alicante, Secc. 3.^a, S de 28 de abril de 2005 –EDJ 2005/90832–
Badajoz, Secc. 1.^a, S de de 2005 –EDJ 2005/256296–

V. BIBLIOGRAFÍA

- BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F./MORILLAS CUEVA L./PERIS RIERRA J. (Coord.), *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina*, Dykinson, Madrid, 2005.
- BOIX REIG, J./JAREÑO LEAL, A. EN VIVES ANTON, T. S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- CASTRO DEL POZO, S. de, *Manual de Patología General*, 4.^a Ed., Ediciones Científicas y Técnicas S.A., Barcelona, 1991.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dtor.), *Código Penal Comentado*, Tomo I, 2.^a Ed., Bosh, Barcelona, 2004.
- CORTÉS BECHIARELLI, E., *Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores*, Edersa, Madrid, 1996.
- DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, M., «Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión ¿Un caso de dolo alternativo?, Comentario a la STS, Sala 2.^a, de 8 de octubre de 1991». *Revista Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. 1991-24.
- *La autoría en derecho penal*. PPU, Barcelona, 1991.
- ESTUDIOS DE DERECHO JUDICIAL, *Información y Documentación Clínica* (2 Volúmenes), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997-7.
- GARCÍA GUTIERREZ J.F./BRAVO TOLEDO R. en «Guías de práctica clínica en Internet», *Revista de Atención Primaria*, Vol. 28, n.º 1, 2001.
- GÓMEZ RIVERO, M. C., *La responsabilidad penal del médico*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.
- GÓMEZ TOMILLO, M., *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios*, *Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Valladolid*, Valladolid, 1999.
- GONZÁLEZ RUS, J. J., *Derecho Penal Español. Parte Especial* (coord. Cobo del Rosal), Dykinson, Madrid, 2004.
- GONZALEZ SALINAS, P./LIZARRAGA BONELLI, E. (coords.), *Autonomía del Paciente, Información e Historia Clínica*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I., *Derecho Penal. Parte Especial*, 2.^a ed. (coor. Lamarca Pérez), Cóllex, Madrid, 2004.
- GUERRERO ZAPLANA, J., *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia*, Lex Nova, Valladolid, 2004.

- HAVA GARCÍA, E., *La imprudencia médica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.
- JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., «Suposición de parto y falsedades: algunos problemas concursales», *Revista el Criminalista Digital*, 18 noviembre 2004. http://criminet.ugr.es/elcridi/elcridi_suposparto.html.
- JORGE BARREIRO, A., *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, responsabilidad penal del médico*, Tecnos, Madrid, 1990.
- JORGE BARREIRO, A./GRACIA GUILLÉN, D., (Dirs.), *Responsabilidad del personal sanitario*, CGPJ, Madrid, 1995.
- LANDA GARCÍA, J. I./RAMOS RODRÍGUEZ, J. L., *La relación médico paciente en cirugía general: documentos de consentimiento informado*, Madrid, Edimsa (Editores Médicos), 2005.
- LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho penal. Parte general*, I, Civitas, Madrid, 1996.
— *Enciclopedia Penal Básica*, Comares, Granada, 2002.
- LUZÓN PEÑA D. M./MIR PUIG S. (Dirs.), en *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Mac-Graw-Hill, Madrid, 1999.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, Colex, Madrid, 1997.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- MUÑOZ B./VILLA L.F., *Manual de Medicina Clínica*, 2.ª Ed., Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 1993.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J. en Díez Ripolles/Romeo Casabona (coords.), *Comentarios al CP. PE II, Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- PANNANI, R., «La colpa professionale dell' esercente l' arte sanitaria» en R.I.D.P., Roma, 1995.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Parte Especial*, 3.º Ed., Bosh, Barcelona, 1996.
- REVISTA DE ATENCIÓN PRIMARIA, Publicación Oficial de la Sociedad Española de Medicina Familiar y Comunitaria (semFYC), Vol. 28, núm. 1, 2001.
- RIANCHO MORAL J.A./GONZÁLEZ MATÍAS J., *Manual Práctico de Osteoporosis y enfermedades del metabolismo mineral*, Jarpyo Editores, Madrid, 2004.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M./SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 1995.
- ROMEO CASABONA, C. M., *El médico y el Derecho Penal. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona, 1981.
— *El médico ante el derecho*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo. Secretaría General Técnica, Madrid, 1985.
- RUANO GIL, D. y otros, *Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas*, 12.ª Ed., Salvat, Barcelona, 1990.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión, concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986.
— *El nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997.

- *Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los artículos 195.3.º y 196 del Código Penal*, Manuales de Formación Continuada, CGPJ, Madrid, 1999, 4.
 - *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Bosch, Barcelona, 1999.
- VENTAS SASTRE, ROSA, en su aportación a la obra *Estudios Jurídico-Penales sobre genética y biomedicina*, libro homenaje al Prof. Sr. D. Ferrando Mantovani, Dykinson, Madrid, 2005, p. 323.
- WILSON J. D., Harrison, *Principios de Medicina Interna*, Vol. I y II, 12.^a Ed., McGraw-Hill, Madrid, 1992.