

# CONFIGURACIÓN DE LA IMPRUDENCIA EN EL ÁMBITO SANITARIO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

Joan Córdoba Roda

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

No es una frase común sino la expresión sincera de lo que pienso el agradecer la invitación de intervenir en estas prestigiosas jornadas sobre temas penales en relación con temas médicos y celebrar el poder compartir esta mesa con el amigo Juan Antonio Segarra, con el que tengo relación desde hace muchos años.

Se me ha pedido que yo hable de la regulación de la imprudencia en relación al tema sanitario a la vista del nuevo Código Penal. Por lo tanto, el tema lo voy a centrar -a examinar- en el tratamiento de conductas calificables como imprudencia que originen un resultado delictivo en cualquiera de las formas contempladas por el nuevo Código Penal.

Hay que ser consciente que, aunque hable de imprudencia, y por lo tanto siempre se habla de imprudencia versus dolo, con frecuencia la línea de separación entre lo que es imprudencia y lo que es dolo, particularmente en su frontera inferior del dolo eventual, no siempre está clara. Ni a nivel teórico ni a nivel práctico.

A nivel teórico, podríamos recordar las notas de *Derecho Español*, de José Arturo Rodríguez Muñoz, en donde planteaba la posibilidad de que la fórmula de la imprudencia temeraria albergara el dolo eventual. A nivel práctico, sucede en ocasiones que determinados hechos, que en principio parece que son constitutivos todo lo más de un delito de imprudencia, antes se decía temeraria ahora se dirá grave, en ocasiones motivan una calificación siquiera sea inicial, en el inicio del procedimiento, como posible dolo eventual. Yo recuerdo aquel célebre caso, no de profesional de la medicina pero sí de imprudencia, en el que se utilizó una bengala en un campo de fútbol y que originó, por el uso de esa bengala, un desafortunado resultado mortal. Inicialmente los hechos fueron calificados como constitutivos de dolo eventual.

Y claro está, esa frontera, que es casi un papel de fumar, entre el dolo eventual y la imprudencia puede motivar consecuencias desde el punto de vista de los efectos penales absolutamente trascendentales. O bien la estimación de un delito

de homicidio doloso, con las gravísimas consecuencias que ello comporta, o ir a una modalidad de imprudencia de trato penal sin duda menos severo. Por tanto, hay que ser consciente de que aunque hablamos aquí un tanto asépticamente del tema de la imprudencia, no cabe desconocer la proximidad de esta categoría inmediata, en el campo tradicional de la culpabilidad, del dolo eventual.

Situados en el campo de la imprudencia -y bajo el prisma del nuevo Código Penal, del balbuciente Código Penal, acaba de entrar en vigor el 25 de mayo, por lo tanto lleva tan sólo unos días de corta vida- el nuevo Código Penal comporta una transformación extraordinaria, de ciento ochenta grados, en lo que se refiere a la regulación de la imprudencia.

El Código Penal anterior, que arrastraba una inercia histórica desde los códigos penales del siglo XIX, y que por lo tanto se podría realmente retrotraer a 1848, preveía un sistema de regulación de la imprudencia absolutamente único en el campo del derecho comparado propio del Derecho Penal español, lo que conducía a afirmar que se trataba de un tratamiento un tanto castizo de la imprudencia en el marco penal. En efecto, el antiguo Código Penal -hoy ya sin vigor- establecía una fórmula general a través de la conocida expresión del artículo 565: "Al que por imprudencia -antes temeraria, ahora se dirá grave- temeraria ejecutare un hecho en el que sin mediar -antes se decía malicia, luego se decía dolo- dolo constituyere delito será castigado con la pena de prisión menor".

Este artículo, abierto a cualquiera de los delitos contemplados en la parte especial, había dado lugar a una rica elaboración dogmática y a ricas sugerencias y críticas en el campo también de la doctrina. Un esfuerzo importante de la dogmática -recuérdese, por ejemplo, la contribución de Ángel Torío- iba dedicada a detectar en qué casos cabía la comisión por imprudencia. No era cuestión fácil el decidir qué delitos admitían o no la comisión por imprudencia. Respecto a determinados delitos estaba claro que sí que cabía la comisión por imprudencia -homicidio, lesiones-, en otros delitos estaba claro que no cabía la comisión por imprudencia -hurto o

estafa-, y en un sector de infracciones la cosa no estaba ni mucho menos clara. Por ejemplo, se debatía si el delito de infidelidad en el injusto de documentos o el delito o los delitos de falsedades documentales admitían la comisión por imprudencia. O se decía si realmente un delito de corrupción de menores, en los que la víctima tiene 18 años, un error sobre la edad de la víctima -error que consistía en creer el sujeto activo que la víctima había cumplido los 18 años cuando no los había cumplido- debía dar lugar a una incriminación por imprudencia y a una posible responsabilidad por imprudencia. Se decía, por la dogmática penal, que únicamente admitían la comisión por imprudencia los tipos portadores de elementos subjetivos del injusto. Y en ocasiones se añadían otros criterios restrictivos a la hora de circunscribir el ámbito de delitos que admitían tal responsabilidad.

Recientemente se habían formulado críticas importantes, y yo había formulado críticas importantes a esta regulación del artículo 565. Yo diría bajo dos puntos de vista que conducen ya directamente a la regulación del Código Penal hoy vigente.

Primer aspecto: cabía pensar en que la vieja regulación del artículo 565 era una regulación que vulneraba el principio de legalidad. Si el artículo 565 dice que el que por imprudencia ejecutare un hecho que sin mediare malicia constituye delito, y no delimita los delitos a través por lo tanto del cauce del código del artículo -en este caso, 565- de los delitos en los que cabe tal incriminación por imprudencia, parece claro que el ceder, no a la ley sino a la jurisprudencia, la doctrina, función tan importante, cometido tan sustancial, como establecer el catálogo de delitos en los que cabe la comisión por imprudencia, equivalía a una renuncia al principio de legalidad.

En segundo lugar, una observación que yo en ocasiones he hecho y que se corresponde a algo en lo que yo creo firmemente. Es decir, la regulación tradicional de la imprudencia conducía a exagerar la obligación de conciencia hasta extremos que rayan con el paroxismo y que en algunos casos da lugar a que uno se plantee incluso el que el ciudadano español vive acogojado y después de visitar al abogado deberá visitar al psiquiatra.

En efecto, es decir, si a uno se le obliga a estar realmente pendiente de todo lo que a su alrededor ocurre, y desde el momento en que está despierto a extremar su conciencia por si algo puede ocurrir, se le impone una tensión mental realmente insoportable. Es decir, yo entiendo que si una persona, cualquiera de nosotros, inicia una conducta creadora de riesgo debe extremar su conciencia: el médico, el conductor de un vehículo de motor, el industrial de un establecimiento que origina vertidos de carácter peligroso deben extremar su conciencia, naturalmente y lógicamente, para evitar que este riesgo vaya a más y que se produzcan lesiones.

Ahora bien, entiendo que es una auténtica perversión el imponer una obligación, con posible consecuencia de sanción penal, de extremar esta obligación de conciencia, en último término de abrir los ojos, cuando lo que se lleva a cabo es

una conducta no creadora de riesgo. Y, evidentemente, no es, por ejemplo, creador de riesgo el comportamiento de quien tiene un documento. No es lo mismo tener un documento que conducir un vehículo de motor, o aplicar el bisturí en una actividad quirúrgica. No es una conducta peligrosa un comportamiento íntimo de carácter sexual. Por lo tanto, no tiene sentido, desde el punto de vista del derecho penal, imponer una obligación de extremar la conciencia para estar alertado sobre lo que puede ocurrir con la consecuencia que si así no se hace se incurre nada menos que en responsabilidad criminal.

Estas dos ideas -en primer lugar, principio de legalidad; en segundo lugar, mantener el deber de conciencia en límites -yo diría- soportables en 1995- han conducido a sustituir el sistema de incriminación generalizada del Código Penal anterior por el régimen de incriminación singularizada del artículo 12 del Código Penal vigente, que establece que las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley. Y hoy desaparecen del ámbito del Código Penal como posibles fuentes de responsabilidad criminal las formas de imprudencia en gran parte -no en todas, pero en gran parte- de las falsedades documentales, en la antes mencionada infidelidad en la injusta de documentos o en la malversación de caudales públicos, para poner tan sólo algunos ejemplos.

Y la regulación de la imprudencia, expresada en este principio de la llamada incriminación singularizada versus incriminación generalizada, es decir, incriminación vulneradora del principio de legalidad, tiene su desarrollo congruente en la parte especial del Código Penal y, en lo que aquí importa, en la regulación del homicidio, la regulación del aborto, la regulación de las lesiones y la regulación de las lesiones al feto. Y así los artículos 142, 146, 152 y 158 contemplan la producción por imprudencia grave de un resultado de homicidio, la producción por imprudencia grave de un resultado de aborto, así como la producción por imprudencia grave de un resultado de lesiones o de lesiones al feto, preceptos éstos del Libro Segundo que tienen su correspondiente desarrollo lógico en el Libro de las Faltas, en donde se contempla la producción por imprudencia leve de un resultado de homicidio y de un resultado de lesiones.

A esta regulación, de parte general y de parte especial, se suma la contemplación de la forma nueva de imprudencia profesional, que entiendo va a ser uno de los grandes temas de la aplicación del nuevo Código Penal. A ello se une la desaparición de la voz *reglamentos*, que aún aparecía en el Libro Tercero del Código Penal en materia de faltas, la previsión de la comisión por omisión del artículo 11 del Código Penal, y la figura próxima a la imprudencia correspondiente a la omisión del deber de socorro por parte del profesional, que va a motivar además la aplicación del Código Penal por la vía -dato importante- del jurado.

Seguidamente, voy a tratar de examinar, aspectos de este cuadro general que acabo de diseñar, en el bien entendido, naturalmente, de que algunas de las cosas que diré son cosas

que responden a la propia aplicación de la estructura dogmática de la imprudencia y que, por lo tanto, no son nuevas como consecuencia de la entrada en vigor del Código Penal pero que entiendo importa muy mucho recordar. Y algunas otras de las cosas que examinaré y que van a motivar algunas reflexiones se corresponden a estos aspectos nuevos del Código Penal vigente desde el 25 de mayo de 1996.

Naturalmente, la sustancia de la regulación de la imprudencia punible tiene como eje central la noción de imprudencia: "El que por imprudencia ejecutare un hecho." Observen que el deseo inicial de doctrina y de la política criminal antes de 1995 de sustituir el régimen de incriminación generalizada por el régimen de incriminación singularizada respondía a las ideas antes expresadas muy próximas al propósito de lograr seguridad jurídica. Se trata de intentar en lo posible reducir al máximo las insoportables cotas de inseguridad que todos sufrimos. Observen que esta seguridad puede lograrse tanto a través de la incriminación singularizada -aspecto al que he hecho ya mención y que volveré a examinar- como a través de intentar, en lo posible, una cuanto más clara, delimitada y firme determinación del concepto de imprudencia. Por eso entiendo que en esta línea de legalidad, de seguridad jurídica, es cuestión prioritaria la de postular una aplicación rigurosa de las nociones elaboradas, por lo que podríamos llamar cultura jurídico-penal, civilización jurídico-penal, en relación a la propia noción de imprudencia. Pues existe el riesgo de que en ocasiones los elementos esenciales de la imprudencia se volatilicen en la práctica. Y que muchas veces en los procesos las cuestiones se planteen sólo como cuestiones de responsabilidad civil, que realmente el proceso se convierta sólo en averiguar si el sujeto pudo prever un determinado resultado, con olvido, imperdonable, de la sustancia misma de la noción de imprudencia, que es la infracción de una norma de cuidado. Imprudencia es infracción de una norma de cuidado. Norma de cuidado que no responde, naturalmente, a una elaboración legal ni a una elaboración reglamentaria sino que responde a la idea dogmática conforme a la cual es norma de cuidado aquella norma de cautela generada por la necesidad de protección de bienes jurídicos precisados de tutela. Normas de cuidado que se encuentran en cualquier sector de vida de relación social: en el uso de armas de fuego, en la actividad de carácter quirúrgico, en la actividad de carácter industrial. Fuentes de estas normas de cuidado lo son, pues, sobre todo en el campo sanitario, lo que podrían ser el conjunto de conocimientos de la comunidad científica, con la consecuencia inmediata de que, claro, el conjunto de conocimientos de la comunidad científica no tiene un cuerpo de doctrina estable, un cuerpo de doctrina clara, se corresponde algo, a veces -no siempre, a veces-, difícil de determinar y, sobre todo, si además se tiene en cuenta que esta noción se proyecta a un determinado momento histórico y por tanto adquiere un contenido, como es natural, variante.

Se habla, en el campo penal, de que el deber de cuidado tiene dos aspectos: hay un deber de cuidado interno y un deber de cuidado externo. Interno, es decir, hay naturalmente que esforzar la consciencia sí en este conjunto de actividades de ca-

rácter médico para estar atento a lo que se produce en el campo exterior y estar atento a las consecuencias que se pueden desprender de los propios actos o de las propias omisiones. Deber de cuidado externo es, una vez conocida esa situación exterior, el deber de aplicar los medios adecuados conforme a los conocimientos de carácter médico.

Hay que postular con toda claridad que la infracción del deber de cuidado es el núcleo mismo de la imprudencia. Y hay que evitar el riesgo que en ocasiones se lee a través del comentario de las sentencias de que la imprudencia se corresponde simplemente a haber producido un resultado que se había previsto o que, sin haber sido previsto, se podía prever. No, es decir, la previsión y la previsibilidad corresponde a una consciencia o a una posibilidad de consciencia que no debe solapar y, por lo tanto, no debe volatilizar lo que es el nervio esencial de la imprudencia que se corresponde con la infracción de la norma de cuidado. Y las dificultades, no siempre, pero que a veces se producen, en la determinación de esta norma de cuidado no deben constituir una pendiente fácil y una tentación fácil para, realmente, diluir el concepto de imprudencia pura y simplemente en la previsión y en la previsibilidad.

Todo esto, proyectado sobre la actividad médica, origina, como es sabido, la necesidad de que el deber de cuidado interno y externo se proyecten a las distintas etapas en las que se produce la actividad médica y en particular la actividad quirúrgica. Debe ser deber de cuidado proyectarse sobre las distintas etapas de esa actividad médica: en primer lugar, en la determinación de qué patología se puede producir en el diagnóstico; debe proyectarse, a continuación, en el pronóstico y en la aplicación de un tratamiento. Y cuál sea el contenido de ese deber de cuidado debe resolverse en el sentido de que el deber de cuidado es el deber de cuidado propio del médico que debe aplicar los conocimientos propios de la comunidad científica en una determinada situación real. Ahí se plantea la cuestión de si el deber de cuidado se compone sólo de lo que son normas exigibles a cualquiera, a cualquier médico en esta situación real, de si también son deber de cuidado aquellas normas asequibles sólo a aquellos médicos dotados de especiales condiciones por sus conocimientos, por su actitud, cuestión que yo creo que hay que resolver en el sentido de que realmente también es exigible, como contenido propio del deber de cuidado, aquello que se puede corresponder a lo que puede ser aplicado sólo por determinadas personas médicas en función de los conocimientos y de las aptitudes que tiene en relación a la posibilidad de diagnóstico y a la aplicación de pronóstico y de aplicación de una terapéutica.

Naturalmente, para probar que se ha infringido el deber de cuidado, en el procedimiento judicial que se desarrolla en la realidad existe un camino que se corresponde a la pericia: el informe pericial. El informe pericial es el medio de licencia de prueba idóneo para, realmente, averiguar si hay o no infracción del deber de cuidado. El juez o el tribunal van a resolver el problema de si hay o no hay imprudencia, pero realmente es casi impensable que el tribunal o el juez puedan realmente resolver una cuestión científica como ésta sin la

ayuda de la pericia. De ahí en la práctica se plantea una cuestión que todos hemos vivido y sufrido, de que la pericia o las pericias no son frecuentemente concordantes, de que los peritos expresan cosas muchas veces antitéticas, de que la preparación de los peritos es absolutamente diversa, de que los jueces y tribunales tienen una confianza en los médicos forenses y no realmente en otro tipo de profesionales, de que la preparación de los médicos forenses puede ser muy variada y, por lo tanto, puede realmente ahí plantearse una riqueza de problemas y dificultades importantes que se centran sobre todo en la disparidad de las pericias, desde el punto de vista de lo que dicen y en la diversidad de la preparación y formación de los peritos que deponen ante un juez o tribunal, amén de la dificultad del propio profesional de, a través de sus preguntas, lograr esclarecer de forma adecuada, ante el juez o tribunal, lo que es la cuestión debatida.

Hasta aquí lo que es un comentario corto de la sustancia misma de la imprudencia que se corresponde algo, anterior y posterior, a 25 de mayo de 1996.

Relacionadas con la noción de imprudencia, hay otros dos aspectos que sí que han recibido una modificación como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo Código Penal. Me refiero, por un lado, a los reglamentos y, por otro, a la comisión por omisión.

El nuevo Código Penal no habla de reglamentos. El viejo Código Penal aún mantenía la voz reglamentos en el Libro de las Faltas. Yo diría que los reglamentos han tenido en el campo del derecho penal, en la historia reciente del derecho penal, una vida decreciente y han ido desapareciendo del código penal. Inicialmente estaban en el Libro de los Delitos, en el campo de la imprudencia como delitos, luego realmente fueron relegados al campo de las faltas y ahora han desaparecido del campo del Código Penal. Ciertamente, la palabra reglamento es una palabra antipática desde el punto de vista del Código Penal. El penalista contempla con cierto rechazo lo que suena a derecho administrativo. Es decir, el penalista realmente interpreta lo que es un conjunto de preceptos, a veces componentes de una retahíla larga de expresiones, como algo un poco ajeno a lo que es el Código Penal. Y se resiste a admitir que la infracción de reglamentos producto de una función de la Administración permita configurar un hecho como constitutivo de delito. Es decir, la palabra reglamento es una palabra un tanto desagradable desde el punto de vista del penalista. Por lo tanto, hay que celebrar esa desaparición de los reglamentos del Código Penal también en la regulación de la imprudencia. Curiosamente, también en materia de medio ambiente existe una tendencia a eliminar la palabra reglamentos.

Quisiera sin embargo aquí hacer lo contrario, es decir, ir un poco contracorriente, hablar en favor del reglamento. Es decir, está claro que la imprudencia es la infracción del deber de cuidado. Está claro que la fuente del deber de cuidado no es el reglamento. La fuente del deber de cuidado es lo que he recordado hace cosa de un momento y que todos ustedes saben tan bien como yo. Por lo tanto, el reglamento no puede

ser fuente del deber de cuidado. En consecuencia, habrá imprudencia se produzca o no se produzca una infracción reglamentaria. Por contra, y ahora empiezo contracorriente, la cuestión que se plantea es la siguiente: cada vez más, la administración desarrolla una actividad más intensa, cada vez más las distintas esferas de actividad social reciben una regulación en forma de reglamento, cada vez más el médico es un funcionario. Pues bien, puede perfectamente ocurrir que el médico, el que es en gran parte un funcionario, atempere su comportamiento a lo que dice el reglamento. Y puede perfectamente ocurrir que lo que resulta del reglamento no es lo mismo de lo que resulta de la norma de cuidado. Yo he puesto en alguna ocasión este ejemplo que voy a poner de nuevo. Es decir, el ejemplo resulta al hilo de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1991. Y se corresponde al tema de la transmisión de anticuerpos por donación de sangre sin aplicación de previa prueba serológica. Es sabido, recordemos los datos del problema, que hasta 10 de octubre de 1986 no se impone la necesidad de unas pruebas serológicas para la detección de anticuerpos a nivel de Cataluña y a nivel del Estado español hasta una fecha posterior (18 de febrero de 1987). Con anterioridad regía una orden de diciembre del 85 que decía que, en el caso de donaciones de sangre, debían aplicarse unos procedimientos que no eran las pruebas serológicas.

Cabe perfectamente admitir -vamos a hablar un poco casi en el campo de la ciencia jurídica ficción, pero creo que nos entenderemos perfectamente- lo siguiente: hay una comunidad científica internacional, un tanto fantasmagórica, porque no se corresponde tampoco a un código que se pueda tocar y que se pueda leer con la seguridad de unos determinados artículos, pero hay algo real, aunque un tanto evanescente, que es la comunidad científica internacional que progresa en el tiempo, que evoluciona minuto a minuto y que llega en un determinado momento a la conclusión de que en las donaciones de sangre deben aplicarse pruebas de carácter serológico, que no son suficientes los interrogatorios dirigidos al donante de sangre para evitar el riesgo consiguiente a la transmisión de anticuerpos. Cabe, por lo tanto, perfectamente admitir que la comunidad científica, en un determinado instante, llega a esta conclusión.

Segunda cosa. Yo creo que ustedes estarán de acuerdo conmigo en que, posiblemente, tal hecho científico se produce antes del hecho del reglamento, del hecho de la orden. Posiblemente, la comunidad científica internacional se adelanta a la Administración y llega a esa conclusión antes de que la Administración plasme en un determinado reglamento una determinada orden el imperativo: "Señor médico, si usted realmente efectúa unas donaciones de sangre, aplique usted pruebas serológicas." Por lo tanto, cabe realmente admitir que, en el terreno casi de la ciencia jurídica ficción, habrá un tiempo, yo diría casi imposible de detectar, pero real. Real pero imposible de detectar -es lo sugestivo del ejemplo- en el que era norma de cuidado la aplicación de pruebas serológicas y en las que, reglamentariamente, sólo era exigible algo distinto a las pruebas serológicas de intensidad, por lo tanto, para entendernos, menor. Bastaba con un determinado interrogatorio.

Si ésta es la situación, y cabe perfectamente imaginar, yo les pregunto a ustedes, o yo me pregunto a mi mismo, hasta qué punto cabe realmente condenar al médico que infringe una norma de cuidado sin duda existente, correspondiente a esa infracción de lo que la comunidad científica internacional impone. No obstante, atemperar su comportamiento a lo que dice el reglamento. Estimo que no cabe realmente condenar al médico en este caso y entiendo que no cabe condenarle pura y simplemente por aplicación de la vieja idea, y rica idea, de la no exigibilidad. Es decir, entiendo que, realmente, en este caso el médico actúa de una forma adecuada y, por lo tanto, no se le puede condenar.

El segundo dato al que quería hacer referencia a continuación es un dato en el que ya hay también una novedad del nuevo Código Penal. Es el tema de la comisión por omisión. La imprudencia -ya la hemos definido- es una valoración de una conducta. Situados en el terreno de la dogmática, diríamos que la imprudencia pertenece al campo de lo injusto. Lo injusto presupone la existencia de un hecho o de una conducta que, a su vez, puede tener una expresión por acción o por omisión. La imprudencia, por lo tanto, presupone, en el campo de la dogmática de la teoría general del delito, una conducta anterior, lo que por lo regular se llama acción. Esa acción, a su vez, puede ser de carácter positivo o puede ser de carácter negativo. Una reflexión o una lectura de la mayoría de casos en los que se aplica la figura de la imprudencia en la práctica judicial conduce a poner de relieve que es tan frecuente el que se califique como imprudente una conducta positiva como una conducta negativa. Yo diría que es tan frecuente una cosa como la otra. Puede haber imprudencia porque el médico ha ordenado una terapéutica inadecuada, en cuyo caso lo imprudente se atribuye a una conducta de corte positivo de una acción. Puede ocurrir que la imprudencia se produzca porque el médico ha llevado a cabo una determinada omisión.

Otro ejemplo, otro supuesto. El médico que ha visionado un electrocardiograma que expresa una situación de infarto no comunica, no informa, al paciente de esta situación y, al cabo de un tiempo, ese paciente es atendido en un servicio de urgencia y, al no contar con esta información, se produce un resultado mortal. En tal hipótesis, se da una omisión capaz de ser calificada como imprudente. Puede incluso ocurrir, en el ejemplo anterior, que el médico ni siquiera visiona, no obstante mirar, la situación de posible infarto expresada en el correspondiente electrocardiograma. Es decir, las posibilidades de comportamiento negativo de omisión son realmente infinitas y ilimitadas en la actividad de carácter sanitario.

Lo que aquí importa destacar es que, con gran frecuencia, las conductas de imprudencia tienen una expresión de carácter negativo. Pues bien, en el caso de que esto ocurra, habrá que exigir, yo diría con mayor claridad si cabe que en el régimen penal anterior, lo que resulta de la regulación de la comisión por omisión. Regulación de la comisión por omisión que se desprende del artículo 11 del Código Penal. Hay que recordar que, desde el punto de vista del derecho penal, no es lo mismo no hacer que hacer. Y, por lo tanto, en el caso de que

tenga lugar un resultado positivo -por ejemplo, una muerte, un resultado de lesiones-, y se cuestione si ese resultado encuentra su origen en una determinada omisión -y prescindo en este momento del tema de la imputación objetiva y me siento solamente en el tema de la correspondiente omisión- habrá que tener en cuenta que no es lo mismo, en el campo del derecho, el hacer que el no hacer. El no hacer siempre es menos, desde el punto de vista jurídico-penal. Por consiguiente, para realmente poder condenar a un médico por imprudencia, en un caso en el que la conducta no se corresponda a un hacer sino a un no hacer, resulta obligado comprobar que realmente se ha cumplido lo que el artículo 11 dice. Por lo tanto, no bastará con hacer referencia al tema de la imprudencia. Yo creo que se impone la necesidad de averiguar si se han cumplido los requisitos del artículo 11, reguladores de la comisión por omisión en orden a los casos en los que el Código Penal equipara la no evitación del resultado con la producción del resultado. Y, por lo tanto, ver si el médico ha creado una situación de riesgo como consecuencia de su omisión, de si el médico tiene una obligación jurídica de actuar, en el caso concreto, y sólo en caso afirmativo cabrá realmente decir ese no hacer, desde el punto de vista del artículo 11 del Código Penal, se equipara al hacer y, por lo tanto, es posible exigir de ese no hacer una consecuencia penal. Y, por lo tanto, no deberá prescindirse de este importante expediente desde el punto de vista de la determinación del delito y de la exigencia de responsabilidad penal desprendida del artículo 11 del Código Penal.

La imprudencia, según la regulación del nuevo Código Penal, adopta, como hemos recordado al principio, de entrada, dos formas distintas: la imprudencia debe ser o grave o leve para que origine una responsabilidad a título de delito o a título de falta. Observemos que el nuevo Código Penal no habla de imprudencia temeraria/imprudencia simple: habla de imprudencia grave contra imprudencia leve. Entiendo realmente que imprudencia grave es la imprudencia temeraria, imprudencia leve es la imprudencia simple, y no hay mayores dificultades en orden a equiparar lo que es gravedad de la imprudencia con la que se llamaba temeraria y la levedad con lo que supone el carácter simple de la correspondiente imprudencia. Por lo tanto, todo lo conocido en punto a la delimitación del concepto de lo temerario respecto a la imprudencia es aplicable para interpretar la gravedad contra la levedad de la imprudencia como motivadora del delito frente a la falta.

Lo que sí que es nuevo, en la regulación del Código Penal nuevo -no sólo en el sentido de las palabras, y las palabras tienen su importancia, por eso merecían la exégesis o comentario que acabo de hacer- es la inclusión de la imprudencia profesional. El nuevo Código Penal, al tratar del homicidio, al tratar de las lesiones, al tratar del aborto, habla de la imprudencia profesional. Y así, por ejemplo, el artículo 142, al tratar de la imprudencia, en sus dos primeros números, añade un tercer apartado que contempla "el que el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional", en cuyo caso prescribe el Código Penal la aplicación de una pena privativa de derechos correspondiente a la pena de inhabilitación espe-

cial. Posiblemente ahí se centre uno de los grandes temas de la aplicación del nuevo Código Penal. Observen que el Código Penal nuevo habla de imprudencia profesional, no de impericia o negligencia profesional como el Código Penal anterior. Recordemos también que la expresión impericia o negligencia profesional del Código Penal anterior había motivado doctrina y jurisprudencia y que había tratado con una dificultad prácticamente equiparable o equiparada a la aporía. Yo creo que era prácticamente imposible interpretar lo que se entendía por impericia o negligencia profesional. Digo que yo creo que es imposible saber lo que es impericia o negligencia profesional, y pretender dar un cierto sentido lógico a lo que es la impericia o negligencia profesional en contraste a lo que podría ser la imprudencia temeraria, por lo siguiente. Impericia o negligencia profesional es una doble expresión, una pareja de conceptos. La impericia sí que tiene un contenido fácil de delimitar: es imperito el que no tiene conocimientos. La impericia es la ausencia de conocimientos exigibles al médico, en el caso de que se trate de tal profesional. Parece ciertamente que el médico imperito es un peligro social. Parece realmente que se corresponde a una situación personal que, en el caso de que conduzca a la práctica de actos quirúrgicos, crea un riesgo importante que justifica una agravación de la responsabilidad.

Pero la cosa es distinta respecto a la negligencia profesional. Es decir, el segundo concepto de la pareja. ¿Por qué? Pues porque negligencia, literalmente, es dejar de hacer. Se negligea cuando se deja de hacer. La negligencia parece, literalmente, que está contemplando o está referida al comportamiento imprudente de signo negativo al que antes hacía referencia: el contenido omisivo o no hacer. Y realmente no tienen ningún sentido el que la negligencia merezca un plus de responsabilidad penal respecto a lo que es la forma básica de imprudencia.

Junto a este primer dato, de lo ilógico de dar una interpretación con un cierto sentido a la expresión impericia o negligencia profesional, se añadía otra cosa dentro del marco del Código Penal anterior. A saber: el que el párrafo del Código Penal anterior anudaba una responsabilidad correspondiente de la imposición de la pena en su grado superior a los casos de impericia o negligencia profesional con resultado de muerte o lesiones graves. Es decir, observen ustedes que cuando se debía aplicar este precepto en la realidad práctica uno se encontraba con que unos elementos normativos -impericia o negligencia profesional- inasequibles a una interpretación lógica iban a provocar consecuencia tan importante como la imposición de la pena en su grado máximo que bloqueaba la posibilidad de la condena condicional. Es decir, se producía la consecuencia -permítanme ustedes- perversa de que una norma de interpretación imposible, caso de ser aplicada, conducía a la necesidad de que al médico se le impusiera una pena de cárcel sin posibilidad de ser sustituida a través de la condena condicional. El carácter absurdo e ilógico, y por lo tanto insoportable de esta situación, había conducido a que la jurisprudencia, que se encontraba abocada además, en el caso concreto, con la necesidad de respuesta a esta situación, dijera impericia o negligencia profesional es no sé

exactamente qué, pero en todo caso es una imprudencia de grado superior, de suerte que la imprudencia, en el campo del profesional, incluido el médico, admitía la siguiente graduación (de abajo a arriba): la simple, la temeraria y la supertemeraria. Es decir, que se correspondía realmente a la profesional. Sin que nadie estuviera en situación de delimitar este carácter temerario frente a lo supertemerario correspondiente a lo profesional. Y además con la situación de verdadera angustia profesional que te produce, o que te producía, el que uno no supiera si a un médico se le podía imponer, en caso de resultado de muerte, la fórmula de la impericia o negligencia profesional máxima, dada la amplitud de la expresión negligencia, o, por el contrario, la cuestión se reducía a la aplicación simplemente de la imprudencia temeraria. El nuevo Código Penal elimina la expresión impericia o negligencia profesional e introduce la expresión imprudencia profesional. ¿Qué es entonces imprudencia profesional? Parece que la expresión ha de ser interpretada sistemáticamente. Sistemáticamente, como ustedes saben perfectamente, quiere decir ser entendida o leída dentro del conjunto y en un contexto que es el Código Penal, contexto que se corresponde a los dos apartados anteriores, en los que el Código Penal está contemplando la comisión por imprudencia por distintos medios: vehículo de motor, arma de fuego, actividad profesional. A través, por lo tanto, de un vehículo de motor, a través de una arma de fuego, a través de un vehículo de carácter profesional.

Si ello es así, y parece que es así, entonces la consecuencia sería que la imprudencia profesional se acerca extraordinariamente a la imprudencia del profesional. Es decir, parece que todo profesional -y digo parece porque naturalmente planteo la cuestión en forma de interrogante- que lleve a cabo una conducta imprudente va a incurrir en imprudencia profesional. Y, por lo tanto, ya no va a valer esta idea anterior, explicable por lo inadmisibles de la fórmula impericia o negligencia profesional, que reducía extraordinariamente el ámbito de la impericia o negligencia profesional y va por lo tanto a conducir a un ensanchamiento extraordinario de la expresión imprudencia profesional.

Por otro lado, el dato de que la estimación de la imprudencia profesional no va a comportar necesariamente la ejecución de una pena privativa de libertad puede, realmente, digamos tranquilizar las conciencias judiciales a la hora de no rechazar la aplicación del número 3 del artículo 142, frente a lo que ocurría en el marco del Código Penal anterior. Ahora bien, desde el punto de vista del profesional de la medicina, va a tener que saber que si realmente la imprudencia profesional se acerca al profesional tanto que toda imprudencia del profesional va a convertirse en imprudencia profesional, va a comportar el que, aunque la pena privativa de libertad que le pueda alcanzar va a merecer una remisión condicional, no va a poder ser comprendida -en la remisión condicional- la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años previsto en el artículo 142 del Código Penal. Con lo que, posiblemente, la preocupación básica, desde el punto de vista del asesoramiento del médico, va a ser la de que, en el caso

de que se estime la existencia de imprudencia respecto a los resultados antes indicados -homicidio, lesiones, aborto, lesiones al feto-, puede realmente alcanzarle la fórmula de la imprudencia profesional y, realmente, la consecuencia de la pena privativa de derechos de la inhabilitación especial a la que hacía mención.

La imprudencia, que además ha de tener el carácter de grave, de leve o de profesional, según lo comentado, debe conducir a un resultado de muerte, de lesiones o de aborto. Voy a prescindir aquí, por completo, de lo referente a lesiones al feto, porque va a ser objeto de la ponencia del profesor Romeo Casabona. Y, por lo tanto, dos palabras respecto al delito de lesiones o de aborto.

Observen que es nueva la fórmula correspondiente al aborto. En el caso del aborto -artículo 146 del Código Penal vigente-, la producción por imprudencia del resultado de aborto va a constituir delito y va a originar una responsabilidad penal. Con lo que se produce un cambio importante respecto a la regulación anterior, en la que existe una figura del aborto ocasionado violentamente a sabiendas del estado de embarazo de la mujer, pero que no permitía realmente reconducir a este tipo de casos de, por imprudencia, producir un resultado de aborto.

Y así, en un caso que yo recuerdo, y que ha merecido un comentario en la *Revista Jurídica de Cataluña*, de la prescripción por un facultativo médico de una sustancia capaz de originar un resultado de aborto a una mujer embarazada, sin indicarle el riesgo que esto suponía y con un resultado de interrupción del embarazo no deseado por parte de la mujer, en este caso concreto fallaba la posibilidad de una condena por imprudencia en el caso del Código Penal anterior. La cosa, en cambio, es distinta en el nuevo Código Penal.

Y, por último, es importante, yo creo, llamar la atención sobre que, en el campo de la imprudencia en general y en el campo de la imprudencia sanitaria en particular, cada vez más se va a producir el fenómeno jurídico de que el contemplar la posible responsabilidad de un profesional no sólo debe tomar en cuenta el tipo de imprudencia o los tipos de imprudencia a los que he hecho referencia sino otros tipos muy afines y muy próximos al tipo de imprudencia.

Vamos a un campo de influencia no médico. Es decir, con gran frecuencia, en los procesos judiciales en los que se plantea un problema de imprudencia profesional del ingeniero, o del arquitecto, o del industrial, la acusación formula un escrito de conclusiones en el que estima concurre un delito

de homicidio por imprudencia y, además, un delito de peligro. Es decir, suma los dos delitos. Y entiende realmente que hay, de entrada, sin perjuicio de resolver las cuestiones como procedan por aplicación de las reglas del concurso, dos delitos. Digo esto porque el nuevo Código Penal prevé una figura interesante, como figura próxima a los temas que estamos examinando, que es la figura de la omisión del deber de socorro del artículo 196. El artículo 196 contempla la hipótesis del profesional que, estando obligado a ello, "denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas".

Éste es un delito que está incardinado en el título de la omisión del deber de socorro, que se corresponde con una omisión propia o pura, que no requiere la producción de resultado. Por lo tanto, podemos decir que en el campo de la lógica jurídico-penal es anterior al delito de imprudencia que exige la producción de un resultado y que se consume, por lo tanto, a través del comportamiento, que se puede expresar por vía positiva o negativa, de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. Y que, en el caso de que ello comporte, según la letra del artículo 196 del Código Penal, riesgo grave para la salud de las personas, se impondrá la pena aquí prevista.

Observen que este artículo 196 es omisión del deber de socorro, que se corresponde a una conducta próxima a algunas de las hipótesis posibles de imprudencia. Y observen que este delito es atribuido al procedimiento del Tribunal del Jurado. Eso quiere decir que, de producirse una acusación por este hecho, quien va a conocer es el jurado. Y observen ustedes que el jurado va a tener realmente que resolver cuestiones de lo que dogmáticamente se llama elementos normativos del tipo. Es decir, resolver cuestiones de delitos que inicialmente se entiende -yo no comparto esta idea, pero vamos, esto nos llevaría a discutir mucho- que no deben ser objeto del tribunal del jurado. Por la razón, claro, que aquí se emplea el término "estando obligado a ello", lo que sin duda es un elemento de carácter normativo. No obstante, por lo tanto, la previsión en el artículo 196 de elemento normativo -"el profesional que estando obligado a ello"-, la carga de dificultad que supone para un Tribunal del Jurado, en un veredicto, determinar el hecho de si el profesional estaba o no obligado a prestar la asistencia o a prestar los servicios. Sin duda, el artículo 196, de ser realmente aplicado, deberá ser conocido a través del procedimiento al que acabo de hacer referencia con todas las dificultades y todos los problemas que aquí podríamos plantear y a los que aquí simplemente me remito.