

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2022/2023

Convocatoria: Junio

**EL MÉDICO Y EL DERECHO PENAL: UN ESTUDIO
HISTÓRICO Y COMPARADO**

**PHYSICIANS AND CRIMINAL LAW: A HISTORICAL AND
COMPARATIVE STUDY**



Realizado por la alumna: Daniela González Isla

Tutorizado por el Profesor: D. Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Penal

ABSTRACT

Criminal Law's actual interest in medical science is mainly based in its most recent developments, in the fields of genetics, artificial intelligence, or neuroscience, for instance. However, the relationship between these two subjects isn't something new, it began long ago, when Medicine first appeared.

This research study invites us to explore the history of the relationship between Medicine and Criminal Law, offering a historical-legal analysis of the regulation, throughout the centuries, of criminal medical responsibility in the Spanish legal system. On the one hand, Statutory Law will be analyzed. On the other hand, the different procedures that are now followed to assess medical negligence. A general view of today's regulation is offered by studying the reasons that have prompted the great changes of this legal figure since the beginning of humanity.

Key Words: Medicine, Criminal Law, Physician, Negligence, Historical Study, Criminalization, Professional Secrecy.

RESUMEN

El actual interés del Derecho penal por la ciencia médica se debe en gran medida a sus recientes avances, desde el campo de la genética hasta la inteligencia artificial, pasando por la neurociencia. No obstante, esta relación no ha surgido en la actualidad, sino que ya quedó establecida desde los orígenes de la propia Medicina.

Este trabajo invita a recorrer la historia de la relación entre Medicina y Derecho penal, a fin de que, desde un análisis histórico-jurídico, se pueda comprender mejor la regulación de la responsabilidad penal médica en el ordenamiento español. Se trata, por una parte, del Derecho positivo. Pero también, por otra, de los parámetros normativos actualmente vigentes para la evaluación de la observancia del deber de cuidado por este profesional. Visión del presente que se procura retrotrayéndonos a los distintos motivos que impulsaron los grandes cambios de esta figura jurídica desde los albores de la humanidad.

Palabras clave: Medicina, Derecho penal, Profesional sanitario, Imprudencia, Estudio histórico, Criminalización, Secreto profesional.

ÍNDICE

I. LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO EN LA ANTIGÜEDAD.....	6
1. INTRODUCCIÓN: OBJETO DE ESTUDIO.	6
2. PREHISTORIA:	7
3. EDAD ANTIGUA:	7
a) ANTIGUO EGIPTO (3150 a.C. – 31 a.C.):	7
b) IMPERIO BABILÓNICO (1792 a. C. – 539 a. C.):.....	8
c) ANTIGUA GRECIA (1200 a.C. – 146 a.C.):.....	10
aa) En particular, el secreto médico en la Antigua Grecia.	12
II. LOS MÉDICOS ANTE EL DERECHO ROMANO.....	15
1. LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO EN EL DERECHO PENAL ROMANO.....	15
2. EN CONCRETO, CONDUCTAS PUNIBLES DEL MÉDICO ROMANO.....	18
III. RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO EN LA EDAD MEDIA ESPAÑOLA.....	20
1. FUERO REAL DE ALFONSO X (1255).	20
2. LAS SIETE PARTIDAS (1256-1265).	21
3. COMPILACIÓN DE 1798: EL FUERO JUZGO.	22
4. NOVÍSIMA RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DE ESPAÑA (1805).	23
IV. EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO EN LOS CÓDIGOS PENALES HISTÓRICOS ESPAÑOLES.....	26
1. CÓDIGO PENAL DE 1822.....	26
2. CÓDIGO PENAL DE 1848.....	28
a) En particular, el delito de suposición de parto.....	31

3.	CÓDIGO PENAL DE 1870.....	32
4.	CÓDIGO PENAL DE 1928.....	34
5.	CÓDIGO PENAL DE 1932.....	37
6.	CÓDIGO PENAL DE 1944.....	37
V.	CONCLUSIÓN: MARCO NORMATIVO ACTUAL.....	39
1.	EL CÓDIGO PENAL DE 1995.....	40
2.	CONCLUSIONES.....	46
VI.	BIBLIOGRAFÍA	50

I. LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO EN LA ANTIGÜEDAD.

1. INTRODUCCIÓN: OBJETO DE ESTUDIO.

El tratamiento que el Derecho penal ha brindado a la responsabilidad de los sanitarios a lo largo de los siglos no ha sido, ni mucho menos, uniforme. Desde el nacimiento de las primeras prácticas médicas en los albores de la Historia, hasta la promulgación del actual Código penal, la consideración social de los médicos ha atravesado una infinidad de fases. La profesión médica ha pasado de ser desempeñada por quienes tenían la consideración de “dioses” en la Prehistoria, y de tener un elevado rango social dentro de las ciudades de la antigua Grecia, a poder ser practicada incluso por esclavos durante el Imperio Romano¹.

La evolución de la ciencia médica ha provocado la aparición de medios y métodos cada vez más eficaces para la cura y tratamiento de las enfermedades, lo que, aunque parezca contradictorio, ha propiciado la aparición de una mayor fuente de riesgos para el organismo humano. El ejercicio de la Medicina supone la incidencia directa en la vida, salud e integridad de otro ser humano, tanto corporal como psíquica, que, en definitiva, son bienes tutelados por el Derecho Penal. Todo esto manifiesta la evidente necesidad de que los profesionales de la Medicina posean “los especiales conocimientos y habilidades que les son exigidos y, también por esta razón, de que su ejercicio les sea reconocido de forma exclusiva y que sean penalmente perseguidos los que no hayan sido habilitados para tal ejercicio”².

A lo largo del presente trabajo serán analizados los textos jurídico-penales más relevantes y destacados de las principales etapas históricas para lograr, principalmente, una visión general de la evolución que ha experimentado la situación del médico ante el Derecho penal. De esta forma, se conseguirá realizar una comparación, no solo de las diferentes soluciones que el ordenamiento jurídico ha brindado ante la comisión de hechos delictivos por parte de los facultativos a lo largo de la Historia, sino, además, de los principales bienes jurídicos e intereses que se ha tratado proteger en cada etapa.

¹ Al respecto véase NUÑEZ PAZ, M. I.: *La responsabilidad de los médicos en Derecho Romano*, Gijón, 1996, pp. 128 y ss.

² ROMEO CASABONA, C. M.: “Evolución del tratamiento jurídico-penal de la imprudencia del personal médico-sanitario”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 13, 2007, pág. 215.

2. PREHISTORIA:

Para comenzar este estudio histórico, cabe remontarse a los comienzos de la vida humana y al nacimiento de las actividades médicas. En sus inicios, la Medicina fue concebida como una práctica mágica, y en cierto modo, asociada a la religión, por lo que el médico, a pesar de la escasa efectividad y bajo grado de curación que produjeran sus actuaciones y tratamientos, era inmune, no le sería impuesta ninguna sanción³.

Parece lógico pensar que ninguna persona que requiriese los servicios, o, mejor dicho, los “poderes” de quien ejerciese algún tipo de medicina durante la Prehistoria, cuestionaría su sabiduría, independientemente del resultado de sus prácticas. Estos chamanes o médicos-sacerdotes se encontraban más cerca de los dioses y de los espíritus que de la persona que debían cuidar, y basaban su trabajo principalmente en la producción de milagros⁴. En base a lo anterior, no sorprende la ausencia de consecuencias para estas personas.

3. EDAD ANTIGUA:

a) ANTIGUO EGIPTO (3150 a.C. – 31 a.C.):

La primera de las etapas históricas que va a ser analizada en el presente trabajo es, dentro de la Edad Antigua, el Antiguo Egipto. A pesar de que no haya llegado hasta la actualidad una variedad de textos jurídicos, resulta interesante examinar ciertos aspectos del tratamiento que el Derecho de dicha época brindaba a los médicos, en el ámbito penal.

Dentro del escaso material que consta actualmente acerca de la responsabilidad de los sanitarios, debe mencionarse el conocido como “Libro Sagrado” o “Libro de la Vida”, un libro que existía en los templos y que puede ser considerado como una recopilación realizada por los ministros de culto de la época, y que recogía ciertas disposiciones que

³ BENTABOL MANZANARES, F. (18 y 19 de abril de 2017). *La imprudencia grave en los casos de responsabilidad sanitaria. Referencias jurisprudenciales*. Curso “Responsabilidad sanitaria y la nueva configuración legal de la imprudencia médica”, p. 4.

⁴ GÓMEZ-ULLATE RASINES, S. (2015). *Derechos Humanos, Bioética y Derechos de los pacientes* (Tesis Doctoral). España: Universidad Nacional de Educación a Distancia, p.51. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/view/tesisuned:Derecho-Sgomez>

regían la actividad de los médicos y al que estos debían ceñirse rigurosamente⁵. Los preceptos que el citado texto recogía debían ser cumplidos inexcusablemente, pues, en caso contrario, se impondría al médico la pena de muerte, independientemente de las consecuencias que pudiera tener la inobservancia de sus normas respecto del paciente. De hecho, bastaba con que el galeno cumpliera las leyes para que se le eximiera de cualquier tipo de responsabilidad, aunque el paciente hubiera fallecido o, aunque se hubiese tomado la peor decisión para preservar su salud e integridad⁶.

En suma, los que cumplieran exhaustivamente las disposiciones del libro, estaban siempre amparados por la ley, independientemente del resultado que tuviera su actuación y, por el contrario, si no las seguían, serían castigados con la pena de muerte, cualquiera que fuera el resultado⁷. Lo que se penaba era la inobservancia de la ley, y no el daño efectivamente causado.

En conclusión, podría decirse que se estableció un régimen de responsabilidad que comparte cierta similitud con el que rige actualmente, pues se determinaba en virtud del cumplimiento por el galeno de la “lex artis”, esto es, el conjunto de reglas técnicas que deben seguir los profesionales en el desempeño de su oficio. El médico debía actuar diligentemente conforme al conocimiento científico del momento⁸.

b) IMPERIO BABILÓNICO (1792 a. C. – 539 a. C.):

El Imperio Babilónico recogió las que serían unas de las primeras consecuencias jurídicas de la mala praxis médica. En este sentido, debemos referirnos al “Código de Hammurabi”, un extenso texto legal que contenía un total de 282 leyes talladas en piedra por el Rey Hammurabi de Babilonia (data del 1755 a.C.). Puede considerarse este código no como la primera ley de la Historia, pero sí como el primer gran código legal⁹. De hecho, fue en esta recopilación legislativa cuando se introdujo la primera manifestación de la ley del

⁵ *Libro Sagrado*, cit. por PARRA SEPÚLVEDA, DARÍO ANDRÉS: “La evolución ético-jurídica de la responsabilidad médica”, *Acta Bioethica*, vol. 20, núm. 2, 2014, p. 209.

⁶ *Ibidem*.

⁷ BELBEY, J.: *Responsabilidad de los médicos*. Santa Fé: Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1957, p. 148.

⁸ ARBESÚ GONZÁLEZ, V.: “Antecedentes históricos de la responsabilidad civil en cirugía estética”, *D.S.: Derecho y Salud*, vol. 26 (ejemplar dedicado a: XXV Congreso 2016: El avance de las Ciencias de la Salud y las incertidumbres del Derecho), 2016, p. 381.

⁹ PARRA SEPÚLVEDA, D. A.: *op. cit.*, p. 209.

“ojo por ojo, diente por diente”, entorno a la que giraba el texto legal, y que se conoce como “Ley del Talión”. Se trata de normas arcaicas que imponen castigos materialmente iguales al daño que ha sido causado, y se manifiesta claramente en las leyes 196, 198 y 199 del Código¹⁰.

En relación con los profesionales de la Medicina, se recogieron varios tipos de sanciones, pues las leyes mostraban proporcionalidad jurídica entre la agresión o el daño causado y la sanción, valorando atentamente la clase social a la que pertenecían tanto el perjudicado como el autor de los hechos¹¹. En el Código de Hammurabi se distinguía tres clases de personas: los siervos, que solían estar sometidos a cargas agrícolas (*muskenun*), la élite u hombres libres (*awilum*), y los esclavos (*wardum*), quienes tenían la posibilidad de acceder al status de *muskenun* en caso de comprar su libertad¹².

Así, se diferenciaba en función de si el daño producido por el médico se causó a un hombre libre o a un esclavo. En el primer caso, si se produjese bien la muerte del hombre libre, o bien cualquier daño (en concreto, se refiere a la pérdida de un ojo), se impondría como pena que se cortase la mano del médico. Por el contrario, si el sujeto pasivo era un esclavo, la consecuencia consistía tener que restituir dicho esclavo, en caso de causar su muerte, o en pagar la mitad de su valor a su dueño, si este quedase tuerto¹³, lo que permite deducir que la misma pena se impondría si se le causase al esclavo cualquier otro tipo de daño que disminuyera su utilidad.

Basándose en el articulado de algunos de los textos más significativos de las civilizaciones antiguas – como el Código de Hammurabi –, un sector doctrinal considera que el régimen imperante era el de responsabilidad objetiva, es decir, por el resultado. Esto se desprendía del hecho de que, ante la comisión de un daño, se imponía directamente una pena al autor de este, sin atender al resto de circunstancias¹⁴.

¹⁰ ARBESÚ GONZÁLEZ, V.: *op. cit.*, p. 369.

¹¹ SAMPEDRO, A., BARBÓN J. J.: “Los ojos en el Código de Hammurabi”, *Archivos de la Sociedad Española de Oftalmología*, Vol. 84, núm. 4, 2009, p. 221.

¹² *Ibidem*.

¹³ Según el Código de Hammurabi:

“Ley 218: Si un médico hace incisión profunda en un hombre con bisturí de bronce y le provoca la muerte, o si le abre la sien a un hombre con bisturí de bronce y deja tuerto al hombre, que le corten la mano.

Ley 219: Si un médico hace incisión profunda al esclavo de un individuo común y le provoca la muerte, restituirá esclavo por esclavo.

Ley 220: Si le abre la sien con bisturí de bronce y lo deja tuerto, pagará en plata la mitad de su valor”.

¹⁴ ARBESÚ GONZÁLEZ, V.: *op. cit.*, p. 369.

En suma, y como se ha indicado anteriormente, las penas en el Código de Hammurabi se imponían como consecuencia de un criterio de adecuación entre el bien jurídico lesionado por la actuación del doctor y la sanción impuesta a este, lo que se refleja claramente en la incorporación del principio básico de la Ley del Talión al texto normativo¹⁵.

c) ANTIGUA GRECIA (1200 a.C. – 146 a.C.):

En la época de la antigua Grecia se produjo el gran paso de la Medicina mágica a la técnica, y los que la practicaban gozaban de una elevada consideración social. La primera Medicina técnica se conoce como “medicina hipocrática”¹⁶, que debe su nombre a Hipócrates de Cos, considerado el padre de la Medicina, y que nació en Occidente a finales del siglo V a.C.¹⁷

Así, surgieron los denominados Tratados Hipocráticos (o *Corpus Hippocraticum*), unos de los principales tratados éticos en la historia antigua de la Medicina, y que, tal como se indicó previamente, dieron comienzo a la Medicina racional. Se trata de un conjunto de cincuenta y tres tratados atribuidos a Hipócrates y a su Escuela¹⁸. Dentro del *Corpus* se encuentra el “Juramento”. En él se estableció cuáles debían ser, a su juicio, las principales obligaciones en el ejercicio médico¹⁹. Se trata, además, de un código deontológico empleado aún hoy en día, pues es recitado por los médicos al finalizar sus estudios, es decir, al inicio de su carrera profesional.

¹⁵ JARAMILLO ANTILLÓN, J.: *Hipócrates: enseñanzas y legados en la medicina moderna*, Ed: EDANASS, San José, Costa Rica, 2022, p. 21.

¹⁶ *Idem*, p. 63.

¹⁷ *Idem*, p. 37.

¹⁸ LÓPEZ FÉREZ, J. A.: “Hipócrates y los Escritos Hipocráticos: Origen de la Medicina científica”, *EPOS: Revista de filología*, núm. 2, 1986, p. 161.

¹⁹ LARA NAVA, M. D., “Juramento”, en AA.VV. (GARCÍA GUAL, C., Dir.), *Tratados Hipocráticos*, Editorial Gredos, Madrid, 1983, p. 77: “Haré uso del régimen dietético para ayuda del enfermo, según mi capacidad y recto entender: del daño y la injusticia le preservaré. No daré a nadie, aunque me lo pida, ningún fármaco letal, ni haré semejante sugerencia. Igualmente tampoco proporcionaré a mujer alguna un pesario abortivo. En pureza y santidad mantendré mi vida y mi arte. No haré uso del bisturí ni aun con los que sufren del mal de piedra: dejaré esa práctica a los que la realizan. A cualquier casa que entrare acudiré para asistencia del enfermo, fuera de todo agravio intencionado o corrupción, en especial de prácticas sexuales con las personas, ya sean hombres o mujeres, esclavos o libres. Lo que, en el tratamiento, o incluso fuera de él, viere u oyere en relación con la vida de los hombres, aquello que jamás deba trascender, lo callaré teniéndolo por secreto. En consecuencia séame dado, si a este juramento fuere fiel y no lo quebrantare, el gozar de mi vida y de mi arte, siempre celebrado entre todos los hombres. Mas si lo trasgredo y cometo perjurio, sea de esto lo contrario”.

El *Corpus Hippocraticum* recoge las consecuencias de la posible mala praxis médica en varios de sus escritos, principalmente, en *Sobre la Medicina Antigua* y en *Ley*²⁰. Sin embargo, las consecuencias en la Medicina hipocrática no pueden considerarse jurídicas, y mucho menos penales.

En este sentido, el autor de *Sobre la Medicina Antigua* establece lo siguiente sobre la imprudencia o el quebranto del deber de cuidado por parte de los médicos hipocráticos: “En realidad, a la mayoría de los médicos me parece que les ocurre lo que a los malos pilotos: los errores que éstos cometen, estando el mar en calma, no son advertidos; pero en el momento en que les coge un fuerte temporal o un viento contrario, si pierden la nave, todos se dan cuenta de que ha sido por ignorancia e impericia. Del mismo modo, cuando los malos médicos, y son mayoría, tratan a enfermos que no tienen nada grave y a los que no perjudicarían las más grandes equivocaciones (tales enfermedades son numerosas y atacan al hombre mucho más que las peligrosas), los profanos no advierten sus errores; pero cuando tienen que enfrentarse con una enfermedad virulenta y peligrosa, entonces sus fallos y su ignorancia resultan obvios a todos. Y es que las consecuencias, en ambos casos, no se hacen esperar mucho: se presentan inmediatamente”²¹.

Igualmente, cabe hacer referencia al pronóstico realizado por los médicos y a las consecuencias de su equivocación. En varios escritos del *Corpus* se manifiesta la enorme relevancia que este acto tenía en esta época, principalmente, porque un buen pronóstico eximía a los médicos de responsabilidad por la muerte del paciente, independientemente de las actuaciones posteriores²². A modo de ilustrar la anterior afirmación, conviene acudir a los propios Tratados, en concreto, al escrito *Pronóstico*, en el que se expresa rotundamente que, conociendo previamente y prediciendo qué personas van a fallecer, y cuáles no, se exime de responsabilidad al médico²³.

Lo anterior, junto a la falta de fijación legal de una pena, permite inferir la ausencia de responsabilidad jurídica de los médicos hipocráticos. Además, tal como se expresa en los propios Tratados, la Medicina es el único arte que no tiene fijada una pena, salvo el

²⁰ “*Sobre la medicina antigua*” y “*Ley*” son dos de los cincuenta y tres textos que componen el *Corpus*, y se ubican dentro del Bloque I (Escritos de carácter general).

²¹ LARA NAVA, M. D., “*Sobre la Medicina Antigua...*”, *op. cit.*, p. 147.

²² JARAMILLO ANTILLÓN, J.: *op. cit.*, p. 51.

²³ LARA NAVA, M.D., “*Pronóstico...*”, *op. cit.*, p. 330.

deshonor²⁴, y la sociedad no creía necesario exigir responsabilidades a los médicos que no actuasen correctamente, pues estos ya eran juzgados por su propia conciencia, y “ante el tribunal popular del deshonor y el desprestigio”²⁵, no había leyes al respecto. Únicamente se conocía sanciones a los médicos como personas privadas, y no como miembros de un estamento social²⁶. Los médicos debían luchar por su prestigio y honor, para lograr que su práctica fuera elogiada²⁷. Por consiguiente, en la época de la Antigua Grecia, se trataba de suplir la ausencia de responsabilidad jurídica de los médicos con la consecuencia del desprestigio social. El elevado grado de responsabilidad moral era causa de la exención e impunidad jurídica, a pesar de que disminuyese su reputación²⁸.

Para finalizar, conviene hacer una breve mención a Platón (427-347 a.C.), pues puede extraerse de su texto “Las Leyes” el pensamiento de que si un médico estaba tratando a un enfermo y este moría “contra la voluntad del que lo trata, quede puro el médico ante la ley”²⁹. A pesar de ello, y como ha sido expuesto previamente, lo cierto es que realmente no se llegó a exigir responsabilidad penal a los médicos griegos, sino que únicamente se concebía como una obligación de carácter moral y deontológica.

aa) En particular, el secreto médico en la Antigua Grecia.

Antes de concluir el presente epígrafe, conviene, y resulta de gran interés, introducir el concepto de secreto profesional, y, en concreto, el de secreto médico, para posteriormente exponer su tratamiento jurídico-penal.

En palabras de ROMEO CASABONA, “el derecho a la intimidad personal ha sido probablemente el más repetidamente ignorado en el ámbito hospitalario, quizá como práctica refleja de su escasa valoración en nuestra sociedad, aunque es verdad que en estos momentos se ha despertado una mayor sensibilidad hacia el mismo, quizá, sobre todo, desde su consagración por la Constitución de 1978 como un derecho fundamental

²⁴ LARA NAVA, M. D., “Ley...”, *op. cit.*, p. 93.

²⁵ LARA NAVA, M. D., “Juramento...”, *op. cit.*, p. 74.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ GÓMEZ-ULLATE RASINES, S.: *op. cit.*, p. 78.

²⁸ *Idem*, p. 97.

²⁹ PLATÓN, *Las Leyes*. Edición bilingüe y traducción por PABÓN, J.M. y FERNÁNDEZ-GALIANO, M., Ed. Rústica, Madrid, 1960, p. 118.

(art. 18)”³⁰. Así, en la actualidad, el secreto profesional es un deber legal presente en un gran número de profesiones, consistente en no desvelar la información obtenida por clientes, pacientes o incluso terceros en el ejercicio de la actividad profesional, con la finalidad de proteger, principalmente, el derecho fundamental a la intimidad. De hecho, podría decirse que su objeto de protección es mucho más amplio, y que incluye también la confianza imprescindible en el ejercicio de determinados oficios, como manifestación del interés público. La principal razón es que, el profesional, que en este caso es el médico, pasa a ser un confidente necesario para el dueño del secreto, es decir, debe ser informado en todo caso de las circunstancias del paciente con todo lujo de detalle, para lograr un tratamiento satisfactorio y eficaz. Al contrario que el confidente voluntario, quien únicamente tiene el deber moral de guardar el secreto, la necesidad de confiar secretos al facultativo determina que intervenga el Derecho penal en defensa del interés público, convirtiendo la obligación de sigilo en un deber legal³¹.

Cabe recordar que fue entre los siglos VI y V a.C. cuando se pasó de la medicina sacra a la técnica, esto es, caracterizada por conocer el médico la razón de cada una de sus actuaciones sobre el paciente. La obligación de guardar silencio surgió por primera vez con el *Corpus Hippocraticum*, concretamente, en el Juramento Hipocrático, texto que, como ya ha sido expresado, pese a haber nacido en el seno de la Antigua Grecia, informa aún en la actualidad una gran cantidad de textos ético-médicos³².

El Juramento Hipocrático dispone expresamente “lo que en el tratamiento, o incluso fuera de él, viere u oyere en relación con la vida de los hombres, aquello que jamás deba trascender, lo callaré teniéndolo por secreto”³³. Se observa que el deber de secreto que recogió Hipócrates alcanza, además de la información que llegue a su conocimiento por razón de su oficio, aquella que pueda conocer al margen del mismo. Además, quedaba al libre arbitrio del médico la delimitación de lo que debía considerarse secreto y lo que no.

³⁰ ROMEO CASABONA, C. M., CASTELLANO ARROYO, M.: “La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica”, *DS: Derecho y Salud*, vol. 1, núm. 1, 1993, p. 4.

³¹ BAJO FERNÁNDEZ, M.: “El secreto profesional en el proyecto de Código Penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 33, 1980, p. 609.

³² REQUEJO NAVEROS, M. T.: “El secreto profesional del médico y su protección jurídico-penal: una perspectiva histórica”, *Foro, Nueva época*, núm. 6, 2007, p. 160.

³³ LARA NAVA, M. D., “Juramento...”, *op. cit.*, p. 78.

No obstante, hay que tener en cuenta que, previamente, – aún en el ámbito de la medicina mágica y empírica – se debe citar los “Consejos de Asclepio”, considerado Dios de la Medicina griega, y que en la época de Roma pasó a denominarse Esculapio, tras la latinización de su nombre. Así, se hace referencia en los mencionados Consejos al secreto médico de la siguiente manera: “Habrás de ocultar secretos que posees, consentir en parecer burlado, ignorante, cómplice”³⁴.

En relación con las consecuencias, tampoco aquí se prevé responsabilidad penal para quien incumpliese este deber. La realidad es que no existe en la actualidad ningún texto legal griego que considere el quebrantamiento del secreto profesional del médico como un delito público, y que, por tanto, atribuya responsabilidad penal al facultativo tras vulnerar dicho deber. No obstante, en palabras de REQUEJO NAVEROS, “parece que podría aceptarse el ejercicio de una acción civil reclamando la reparación y resarcimiento de los daños que tal indiscreción hubiera podido causar”³⁵, puesto que, ante potenciales lagunas legales, los magistrados debían sustituirlas mediante la aplicación de las reglas de la equidad, o la opinión más justa³⁶. En suma, es entendido por la doctrina mayoritaria que el deber de secreto del médico no se fue considerado obligación legal, castigada penalmente ni exigida por un órgano investido de potestad jurisdiccional en la Antigua Grecia, sino que, por el contrario, constituyó durante dicha época histórica un deber ético y moral, cuya única consecuencia probada fue la del deshonor y perjuicio para la reputación del facultativo.

³⁴ Consejos de Esculapio, cit. por SUÁREZ INCLÁN, R. M.: “Códigos Históricos”, en VVAA, *Deontología, derecho, medicina*, Ed. Rústica Editorial, Madrid, 1977, pp. 15 y ss.

³⁵ REQUEJO NAVEROS, M. T.: *op. cit.*, p. 164.

³⁶ ALONSO ROYANO, F.: “El derecho griego”, *Espacio, Tiempo y Forma. Serie II, Historia antigua*, núm. 9, 1996, p. 119.

II. LOS MÉDICOS ANTE EL DERECHO ROMANO.

1. LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO EN EL DERECHO PENAL ROMANO.

El Derecho Romano estableció normas sobre la responsabilidad de los médicos como consecuencia de conductas negligentes. Próculo y Labeón introdujeron debates sobre la responsabilidad de los médicos, a través de breves sentencias que fueron recogidas posteriormente por los textos jurídicos romanos más conocidos³⁷. Dentro de estos textos, destaca indudablemente la Compilación Justiniana, es decir, la recopilación realizada por el Emperador Justiniano I (482 – 565 d.C.), que supuso un punto de inflexión dentro de la evolución del Derecho Romano. Se dividía en varios textos, entre los que sobresalen principalmente el “Digesto”, realizado con extractos de los juristas clásicos, y las “Instituciones”, una obra de carácter elemental. Los juristas aplicaban conceptos jurídicos y médicos para resolver casos específicos³⁸.

El Digesto permite determinar los diferentes elementos que conforman la responsabilidad médica en el Derecho Romano. En su Libro I se establece la idea de que, aunque al médico no se le puede imputar lo que no depende de él, deberá responder de los posibles efectos que su actuación imprudente pueda generar³⁹. Se logró definir con claridad los casos en que pudiera detectarse responsabilidad penal del médico, reduciéndolos únicamente a aquellos en que se pudiera apreciar negligencia o impericia, siempre que se causase un daño al paciente, aunque, si se castigaban las conductas imprudentes, con más razón se penarían las dolosas⁴⁰. Se observa que regía el criterio de la responsabilidad objetiva, a pesar de que, en el Derecho Romano más moderno, ya no se exige la producción de un resultado para castigar el comportamiento imprudente del médico⁴¹.

La regulación y las diferentes soluciones que el Derecho romano ofrecía al respecto variaban en virtud de los distintos tipos de relación que pudieran darse entre los médicos y los pacientes, y también en función de la posición social del galeno. Coexistían dos

³⁷ NEGRETE DORIA, E.F.: “Criterios jurídicos sobre responsabilidad médica en el Derecho Romano”, *Revista electrónica Derecho & Sociedad*, 2019, p. 51.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ NUÑEZ PAZ, M. I.: *op. cit.*, p. 126.

⁴⁰ BELBEY, J.: *op. cit.*, p. 149.

⁴¹ NUÑEZ PAZ, M. I.: *op. cit.*, p. 126.

grandes colectivos de médicos, clasificados por la actividad que desempeñaban o por los pacientes a los que trataban⁴². Por un lado, se encontraban los pertenecientes a las clases sociales más elevadas, que, por consiguiente, trataban a los de su misma clase social, y ostentaban la condición de médicos en sentido estricto. Por otro lado, los que realizaban las prácticas que tenían peor consideración, a los que no les era conferido el estatus de médico como tal, y que eran esclavos, libertos u hombres libres de baja condición económica. Además, en función de la posición social del paciente, se estaría ante un delito público, si se tratase de un hombre libre, o privado, si hubiera sido un esclavo. Igualmente, también variaba la gravedad de la pena, pues sería mucho más severa si se trataba de un esclavo o de una persona de nivel patrimonial más bajo⁴³.

Debe tenerse en cuenta que la relación entre el médico romano y el paciente tenía la consideración de contractual, pues se prestaba a cambio de una remuneración económica⁴⁴. No obstante, como ya se ha indicado, esto no impedía la comisión de delitos por los facultativos, y, mucho menos la imposición de penas.

La “*imperitia*” o impericia consistía en la ausencia de conocimientos necesarios para realizar la profesión médica, y permitía la atribución de culpa a quien actuaba con ella. A tenor de las Instituciones de Justiniano, si un médico provoca el fallecimiento de un esclavo por haberlo operado mal, o por haberle dado algún medicamento inoportuno, habrá culpa⁴⁵. Dispone el Digesto (9.2.7.8)⁴⁶ que en estos casos proceden tanto la acción aquiliana como la de arrendamiento, cuya principal diferencia radica en la diversa naturaleza de ambas, siendo la primera sancionatoria y resarcitoria, y la segunda puramente resarcitoria⁴⁷. La acción aquiliana, en estos casos, consistía en la imposición de una pena pecuniaria por el mayor valor que el esclavo hubiera tenido en los treinta días anteriores a la comisión del delito⁴⁸. En cuanto a la acción de arrendamiento, a través de su interposición se pretendía que se condenase al médico culpable – que, por lo general

⁴² ARBESÚ GONZÁLEZ, V.: *op. cit.*, p. 383.

⁴³ NÚÑEZ PAZ, M.I.: *op. cit.*, p.128.

⁴⁴ NÚÑEZ PAZ, M. I.: *op. cit.*, p. 90.

⁴⁵ Instituciones (4.3.7.), disponible en:

https://sirio.ua.es/libros/BDerecho/cuerpo_derecho_01/ima0058.htm.

⁴⁶ Digesto, disponible en: https://sirio.ua.es/libros/BDerecho/cuerpo_derecho_01/ima0221.htm.

⁴⁷ ARBESÚ GONZÁLEZ, V.: *op. cit.*, p. 388.

⁴⁸ *Ibidem*.

sería un esclavo –, a prestar sus servicios al amo del esclavo fallecido a modo de compensación por el daño causado⁴⁹.

Conviene en este punto hacer referencia la denominada “*Lex Aquilia*”, a través de la cual se introdujo el concepto de culpa o dolo (conocido como “*iniuria*” o injuria⁵⁰) para determinar quién tiene el deber de reparar un daño causado por intención, negligencia o impericia. Sin embargo, a pesar de que, en la actualidad, esto pertenezca al ámbito del Derecho civil, lo cierto es que en el Derecho Romano la acción ejercitada no pretendía únicamente la indemnización del daño, sino que se concebía como una pena. Era una sanción penal, no una civil⁵¹. La Ley Aquilia fue un plebiscito que se votó a propuesta del tribuno Aquilio (s. III a.C.), que permitió integrar el vacío legal que existía en relación con el daño injustamente causado, ya que la Ley de las XII Tablas⁵² solo preveía daños concretos que eran castigados con muy diversos castigos. Con la aprobación de la Ley Aquilia aparecieron en la Antigua Roma las primeras leyes que regularían la reparación del daño causado, pero no tal y como la conocemos hoy, sino como sanción penal⁵³. A través de esta ley, lo que se trataba era de proteger a los pacientes contra la injuria, la negligencia y la imprudencia de ciertos médicos⁵⁴.

Para poder imputar la responsabilidad al médico, debía valorarse la relación de causalidad entre el daño causado y la conducta de este. El fallecimiento del enfermo debía ser consecuencia de la impericia de quien lo trató, tal como se desprende del Digesto (1.18.6.7): “*Así como no debe imputarse al médico la eventualidad de la muerte, así debe imputársele lo que por impericia cometió; no debe quedar impune, so pretexto de la fragilidad humana, el delito del que engaña en el peligro a los hombres*”.

⁴⁹ ARBESÚ GONZÁLEZ, V.: *op. cit.*, p. 388.

⁵⁰ Según las Instituciones (L. 4, T. 4) se conocía como injuria todo lo que se hacía sin derecho.

⁵¹ DEL VALLE ARAMBURU, R.: “Desentrañando la esencia de la *lex aquilia*. ¿reparación resarcitoria o aplicación de una penalidad?”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, U.N.L.P. (Buenos Aires), 2014, p. 283.

⁵² La Ley de las XII Tablas fueron un conjunto de leyes inscritas en doce tablillas de bronce entre los años 451 y 450 a.C. y que regulaban la convivencia del pueblo romano.

⁵³ DEL VALLE ARAMBURU, R.: *op. cit.*, p. 283.

⁵⁴ BELBEY, J.: *op. cit.*, p. 149.

2. EN CONCRETO, CONDUCTAS PUNIBLES DEL MÉDICO ROMANO.

La verdadera responsabilidad penal de los médicos en la antigua Roma surgía cuando causaban lesiones o la muerte a un hombre libre, ya que el hecho de que falleciera un esclavo únicamente suponía una merma patrimonial para su dueño. No obstante, como se verá a continuación, se establecían castigos también al médico que dañase a un esclavo. Además, la gravedad de la pena se hacía depender de diversas causas, tales como la posición social del galeno o la concreta actuación que se desempeñaba⁵⁵.

1. En primer lugar, se hará referencia al homicidio de personas libres mediante la ingesta de sustancias venenosas que han sido proporcionadas por otra persona, en este caso, por un médico. Es importante tener en cuenta que la finalidad perseguida por quien suministra el veneno es la de curar a la otra persona, es decir, el cuidado de su salud, aunque sobrevenga el fallecimiento del paciente⁵⁶. La pena variaba en función de quién fuese el sujeto activo, y venía establecida por el Digesto basándose la “Lex Cornelia”, ley de la época de la dictadura del emperador romano Sila (82 a.C. – 79 a.C.), conocida como la “ley de asesinos y hechiceros”. Recogía ciertos casos de homicidio doloso por ingesta de veneno, y se aplicaba no solo a quienes suministraban la sustancia, sino también a quien lo preparase o vendiese con fines homicidas⁵⁷. Así, por un lado, si se trataba de un esclavo, se le impondría la pena de muerte, y, por otro lado, si era un hombre libre, la pena de exilio o deportación a otra isla⁵⁸.

2. En segundo lugar, el Digesto (48.8.4.2) establecía las penas para el médico que castrase a otro hombre, independientemente de que el paciente fuera un hombre libre o un esclavo. Así, se impondría la pena de muerte no solo a quien hubiera realizado la castración, sino también al que se prestase voluntario para ser castrado. A pesar de lo anterior, el propio Digesto (48.8.3.5) excluía de la pena capital a aquellos que gozasen de una posición social elevada, de la siguiente forma: *“suelen ser condenados a muerte, a no ser que estuvieren constituidos en honrosa posición, para sufrir la pena de la ley; porque los de clase más*

⁵⁵ NÚÑEZ PAZ, M.I.: *op. cit.*, p. 128.

⁵⁶ NÚÑEZ PAZ, M.I.: *op. cit.*, p. 130.

⁵⁷ Digesto (48.8), disponible en: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/d-48.htm>.

⁵⁸ NÚÑEZ PAZ, M.I.: *op. cit.*, p. 130.

humilde suelen ser echados a las fieras, y los de más alta posición son deportados a una isla”.

3. En tercer lugar, debe analizarse también la impericia por omisión, es decir, el abandono del paciente tras haber sido operado o tratado. Si atendemos nuevamente a las Instituciones de Justiniano I, se hace referencia a la situación posterior al tratamiento u operación realizada por un médico a un esclavo, estableciendo que “*si un médico, después de haber operado a tu esclavo, abandona el cuidado de su curación y el esclavo muere, hay culpa*”⁵⁹. Lo mismo estableció el jurista Gayo⁶⁰ dentro del texto del Digesto (9.2.8), pues expuso que el que hubiera llevado a cabo correctamente una operación quirúrgica, pero tras ella hubiera abandonado la curación, “*tampoco estará seguro, sino que se entiende que es reo de culpa*”. Se observa que se adopta un criterio de culpa por responsabilidad objetiva, pues si el médico ha realizado una intervención, pero posteriormente ha abandonado el proceso de atención, se le atribuye responsabilidad⁶¹.

4. En cuarto lugar, también podía castigarse al médico que suministrase una sustancia a otra persona que le hiciera perder el juicio, o, en palabras del Digesto⁶², “si se enajena la mente de una persona por alguna droga u otro medio”. En este caso, se protege la salud mental de la víctima. El Libro L del Digesto (50.13.3) tipifica la conducta de que un médico que estuviera tratando los ojos de su paciente le suministrase productos que, lejos de curar sus problemas visuales, los empeoraran, para así conseguir que el paciente vendiese sus bienes y que su patrimonio se viera enriquecido. Sin embargo, la solución que se daba podría encuadrarse en el ámbito de las acciones civiles, pues se obligaba a la restitución de la cosa⁶³.

5. Por último, cabe hacer referencia a la figura del secreto médico dentro del Derecho romano. En este sentido, no se experimentó evolución alguna en lo que a esta materia respecta, puesto que gran parte de la cultura griega fue acogida por los emperadores romanos. La Medicina griega fue el arte que más intensamente se adentró en la cultura

⁵⁹ Instituciones de Justiniano (4.3.6).

⁶⁰ Gayo fue un jurista romano del siglo II, de cuya obra destacan sin duda alguna los fragmentos incluidos en el Digesto de Justiniano I, y las propias Instituciones de Gayo (año 161), que permitieron un mayor conocimiento acerca del derecho romano clásico.

⁶¹ NEGRETE DORIA, E.F.: *op. cit.*, p. 52.

⁶² Digesto, Libro 47, disponible en: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/d-47.htm>.

⁶³ Digesto, Libro 50, disponible en: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/d-50.htm>.

romana, lo que conllevó el renacer de la figura de Hipócrates y la aceptación del *Corpus Hippocraticum* y del Juramento⁶⁴. Ahora, al igual que en el ordenamiento griego, no existió en el derecho penal romano ninguna acción para denunciar la vulneración del secreto profesional⁶⁵.

III. RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO EN LA EDAD MEDIA ESPAÑOLA.

Durante la Edad Media, la influencia religiosa supuso la vuelta a la concepción deontológica de la responsabilidad médica⁶⁶. Como principal ejemplo, conviene hacer especial referencia a la “Plegaria del Médico” o Juramento de Maimónides, de la segunda mitad del Siglo XII, que consiste en un código deontológico similar al realizado por Hipócrates, y que aún en la actualidad sigue utilizándose en muchas Universidades. En relación con la responsabilidad del médico, cabe afirmar que “*la actitud del legislador medieval ante la responsabilidad profesional del médico no fue precisamente suave*”⁶⁷, tal como se verá a continuación.

Durante la etapa de la Edad Media en España surgió una gran cantidad de textos jurídicos que regularon las consecuencias de la mala praxis médica. Sin embargo, la consecuencia principal del tan alto número de leyes promulgadas por los diferentes Reyes fue el elevado grado de inseguridad jurídica al que quedaban sujetos los ciudadanos, más aun teniendo en cuenta que quienes redactaban y decidían las leyes eran los propios Monarcas, según su libre albedrío.

1. FUERO REAL DE ALFONSO X (1255).

Para comenzar, debe mencionarse el Fuero Real de Alfonso X, cuya fecha original de redacción es actualmente debatida por la doctrina, puesto que un sector la sitúa en torno

⁶⁴ REQUEJO NAVEROS, M. T.: *op. cit.*, p. 167.

⁶⁵ Lo más parecido que puede encontrarse son preceptos relativos a la infidelidad de los Abogados respecto de sus representados en los Libros XLVII y XLVIII del Digesto, pero no respecto a la violación del secreto profesional y, mucho menos, respecto a los médicos.

⁶⁶ TORRES ABAD, C.: “Historia de la responsabilidad penal”, *Canarias Médica y Quirúrgica*, Vol. 2, núm. 4, 2004, p. 43.

⁶⁷ LAÍN ENTRALGO, P.: *Historia de la Medicina*, Ed. Salvat, Barcelona, 1978, pág. 240.

al año 1255, y el otro la fija tras la muerte de dicho Rey, sobre el 1293⁶⁸. La regulación sobre la responsabilidad de los facultativos en este texto se encuentra en el Título XVI del Libro IV, titulado “*de los físicos e de los maestros de las llagas*”, cuya Ley II establece que, si un médico tuviera bajo su cargo a un paciente y este fallezca antes de su curación, no podrá reclamar el precio que había fijado por sus servicios. Lo mismo se fijó para el caso de que se hubiera señalado una fecha concreta para su curación, y esta no se haya producido a tiempo⁶⁹.

Se recogía igualmente en la Ley I del mismo Título la prohibición del ejercicio de la Medicina por quienes no hubieran sido aprobados por los médicos de la villa y por los alcaldes, bajo pena de multa que debía pagar al Rey (o al marido en el caso de que hubiera tratado a una mujer casada)⁷⁰.

2. LAS SIETE PARTIDAS (1256-1265).

En el mismo sentido, pero con una más detallada redacción de los posibles errores del médico, establecen la responsabilidad de los médicos las Siete Partidas, el conocido cuerpo normativo castellano del reinado de Alfonso X, cuya finalidad era conseguir una cierta uniformidad jurídica del Reino. Estos textos regulan específicamente cuestiones como el resarcimiento del daño causado a los pacientes, fueran libres o esclavos, el abandono del tratamiento una vez iniciado, y las consecuencias jurídicas en los supuestos de fallecimiento del paciente⁷¹. Se establecía que el médico o cirujano que tuviese bajo su guardia a un esclavo o bestia de algún hombre, y le causase algún daño, debería resarcir el daño a su dueño, y lo mismo ocurriría cuando abandonase un tratamiento que hubiera empezado. No obstante, si el paciente tuviera la condición de hombre libre, el Juzgador determinaría la pena según su libre voluntad⁷².

⁶⁸ Al respecto véase: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2018-7.

⁶⁹ Fuero Real de Alfonso X El Sabio, Libro 4, Título 16, Ley 2: “*Sy algun fisico o maestro de llagas tomare alguno en guarda a pleyto que lo sane, e ante que sea sano moriere de aquella enfermedat, non pueda demandar el precio que avie tajado: et eso mismo sea si puso de lo sanar a plazo sennalado, e non lo sanó*” (Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2018-7).

⁷⁰ Fuero Real, Libro 4, Título 16, Ley 1.

⁷¹ PARRA SEPÚLVEDA, D. A.: *op cit.*, p. 210.

⁷² Las Siete Partidas, Séptima Partida, Título 15, Ley 9.

Además, también se indica lo siguiente: “*si algún físico diese tan fuerte medicina o la que no debía a algún hombre o a alguna mujer que tuviese en guarda, por la que muriese el enfermo, (...) cada uno de los que tal yerro hiciese debe ser desterrado en alguna isla por cinco años, porque fue en muy gran culpa*”⁷³. Se puede apreciar que, respecto de acciones muy similares en las que un médico causa la muerte de un paciente, se establecen penas muy diversas, pues, mientras que en el párrafo anterior se deja a la discrecionalidad del Juzgador el castigo a imponerse, en este precepto se establece concretamente la pena de destierro.

3. COMPILACIÓN DE 1798: EL FUERO JUZGO.

Continuando el examen de los antecedentes de la legislación española, destaca sin duda alguna el Fuero Juzgo de Juan de la Reguera Valdelomar, publicado en el año 1798. El autor logró compilar y dar una nueva importancia al antiguo Fuero Juzgo, fundamento y base del derecho castellano (del año 1241, durante el Reinado de Fernando III, y que consistía en la traducción romance del *Liber Iudiciorum*, código legal promulgado por el Rey visigodo Recesvinto en el año 654)⁷⁴. Así pues, este texto legal establecía graves consecuencias jurídicas para el médico que causare graves daños e incluso la muerte, bien a un hombre libre, bien a un esclavo. Las consecuencias eran de distinta índole. Así, podían consistir en una sanción económica por debilitar a un hombre libre, o, en caso de que muriese, el médico sería puesto en manos de los familiares del fallecido para que hiciesen con él lo que quisieran. En cambio, si se tratase de un esclavo, había que entregar otro a su dueño⁷⁵.

Por el contrario, dentro del mismo Título, la Ley VIII, excluía la pena de prisión, aunque el médico no fuera conocido, salvo en caso de homicidio. Además, tampoco ingresaría en

⁷³ Séptima Partida, Título 8, Ley 6 (Disponible en:

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2011-60)

⁷⁴ ORTIZ CABALLERO, R.: “Estudio sobre la ley: del Fuero Juzgo a la Novísima Recopilación”, *Derecho PUCP*, núm. 42, 1988, p. 126.

⁷⁵ Fuero Juzgo de Juan de la Reguera Valdelomar, 1798, BOE septiembre de 2015 (L. 11, T. 1, Ley 6): “*El que sangre á hombre y lo debilite, debe pagarle 150. sueldos: si le cause la muerte, sea puesto en poder de sus parientes para que hagan de él lo que quisieren; y siendo siervo el muerto ó debilitado con la sangría, entregue otro tal á su dueño*” (Disponible en:

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2015-6)

la cárcel el que debiera algo y garantizase que podría pagarlo o, como se extrae del tenor literal del precepto, “el que debiere algo y dé buen fiador”⁷⁶.

Dentro del Fuero Juzgo se encuentra una obligación para los médicos, de carácter específico, en el caso de que tuvieran que tratar a mujeres libres. En este caso, siempre debía estar presente uno de sus progenitores, hijos, hermanos u otros parientes. Tan importante era esta exigencia que, en caso de urgencia, es decir, que fuera necesario curar a la mujer sin esperar a que asistiera alguna de las personas nombradas, debía acudir un vecino en calidad de testigo⁷⁷. Lo que aquí interesa es que, en caso de no cumplir con este deber, se imponía al médico una sanción de carácter pecuniario que debía pagarse a los parientes de la mujer. Por tanto, destaca la imposición de una sanción económica en calidad de reparación de los daños causados como principal consecuencia.

4. NOVÍSIMA RECOMPILACIÓN DE LAS LEYES DE ESPAÑA (1805).

Por último, merece ser expuesta la Novísima Recopilación de las Leyes de España, sancionada por Carlos IV en el año 1805, que, como su propio nombre indica, logró agrupar en un mismo texto legal una gran cantidad de leyes españolas y castellanas medievales. En este sentido, puede observarse en el encabezamiento de cada una de las leyes el año y lugar en que fueron publicadas, además del Rey que las sancionó.

1. Respecto a lo que aquí interesa, se recogieron en el Título XI del Libro VIII, que tenía la denominación “De los médicos, cirujanos y barberos”, varias conductas delictivas que podían cometer los facultativos. Así, indica la ley cuarta de este título⁷⁸ que aquel que curase en un pueblo o partido sin cumplir los requisitos exigidos por las leyes, sería castigado con una pena de suspensión de ocho años. Los requisitos venían recogidos en el mismo precepto, y consistían en que quien pretendiese obtener el título de graduado en Medicina, debía cumplir previamente un periodo de dos años practicándola, y, posteriormente, presentar el título ante el Ayuntamiento del lugar en el que fueran a residir junto con el testimonio de que efectivamente habían cumplido el periodo de prácticas⁷⁹.

⁷⁶ Fuero Juzgo, L. 11, T. 1, Ley 8.

⁷⁷ Fuero Juzgo, L. 11, T. 1, Ley 1.

⁷⁸ Ley del año 1579, promulgada por el Rey Felipe II.

⁷⁹ Novísima Recopilación de las leyes de España, Libro 8, Título 11, Ley 4. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-1993-63)

2. El siguiente artículo regulaba un delito similar, si bien, se refería al ejercicio de la Medicina y de la cirugía sin tener licencia para ello. La ley quinta era del año 1588, y establecía lo siguiente: “Porque muchos Médicos y Cirujanos curan sin tener licencia para ello, por ser poca la pena que les está puesta, y no aplicarse parte a las Justicias; mandamos, que el Médico o Cirujano que curare sin tener carta de exámen, por cada vez que lo hiciere incurra en pena de seis mil maravedís”⁸⁰. Se observa que el precepto hace referencia a que la pena “no se aplicaba a las Justicias”, lo que significa que, cuando se cumplía la pena y el médico pagaba la multa, no se destinaba parte de ese dinero a satisfacer a quienes juzgasen el caso concreto. Con esta ley, tal como se desprende de su lectura, se pretendía que se aplicara la pena “por tercias partes, denunciador, arca de derechos, y Juez que lo sentenciare”⁸¹.

Se preveía un primer tipo agravado para el delito que acaba de ser expuesto en la ley sexta⁸², consistente en imponer duplicada la pena de multa la segunda vez que una persona curase sin tener licencia, y, si lo hacía una tercera vez, además de la pena de “doce mil maravedís, dos años de destierro preciso de la Corte y cinco leguas, y de la ciudad, villa o lugar donde sucediere”⁸³. Además, el precepto contenía una advertencia dirigida a los gobernadores y alcaldes de otras ciudades para que comprobasen si las licencias de los médicos eran falsas, o si habían obtenido el título sin cumplir los requisitos. Igualmente, se contenía un segundo tipo agravado, para el caso de que una persona ejerciese el oficio médico portando una licencia falsa. Se imponía la pena de multa de diez mil maravedís la primera vez que lo hiciese, de veinte mil la segunda, y, en el caso de hacerlo una tercera vez, además de la pena económica, le sería impuesta la misma pena de destierro prevista para el primer tipo agravado⁸⁴.

Respecto a los cirujanos en concreto, el Título XII “De la cirugía, su estudio y ejercicio”, establece las penas para quienes la ejerzan sin estar en posesión del correspondiente título. La ley duodécima – que data del año 1804, y fue promulgada por el Rey Carlos IV – imponía, para primera vez que una persona cometiese este delito, la pena de multa de

⁸⁰ Novísima Recopilación, Libro 8, Título 11, Ley 5.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Ley del año 1617, promulgada por el Rey Felipe III.

⁸³ Novísima Recopilación, Libro 8, Título 11, Ley 6.

⁸⁴ *Ibidem*.

cincuenta ducados, duplicada en caso de cometerlo una segunda vez, junto a la de destierro de su pueblo. En caso de cometerlo una tercera vez, además de la multa de doscientos ducados, serían internados en alguno de los presidios de África o América⁸⁵.

En conclusión, si se hace una observación general del periodo de la Edad Media española, destaca principalmente el establecimiento de sanciones pecuniarias para los médicos que incurrieran en los comportamientos que han sido expuestos, frente a las consecuencias más duras que puede observarse en las etapas anteriores. Además, es notoria la discrecionalidad que se predica respecto de la imposición de las penas en algunos casos, bien por dejarse a la libre decisión del Juzgador la pena merecida, bien por dejarse al médico en manos de los familiares de la víctima para que lo castigaran como considerasen oportuno.

⁸⁵ Novísima Recopilación, L. 8, T. 12, Ley 12, apartado 3.

IV. EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO EN LOS CÓDIGOS PENALES HISTÓRICOS ESPAÑOLES.

1. CÓDIGO PENAL DE 1822.

El primer Código penal español fue promulgado en 1822, con gran influencia francesa, principalmente obtenida del CP de Napoleón de 1810⁸⁶, y ya recogió una serie de preceptos reguladores de la responsabilidad penal de los médicos dispersos por todo el texto legal. Cabe mencionar que nada menciona el Código de 1822 sobre la comisión imprudente de delitos por parte de los facultativos.

1. El primer aspecto que se regula es la provocación premeditada del aborto a una mujer por parte de médicos y cirujanos que proporcionasen o facilitasen medios para ello. Se recoge en el artículo 376, si bien es cierto que hace remisión al 639, en el que se delimita más detalladamente cuáles son los medios por los que puede cometerse el delito: “el que empleando voluntariamente y a sabiendas alimentos, bebidas, golpes, o cualquier otro medio análogo”⁸⁷. La primera parte del precepto se refiere al aborto provocado por cualquier persona que no tuviera la condición de profesional sanitario, y distingue en función de si mediaba consentimiento de la mujer embarazada, o sí, por el contrario, se hizo sin que esta lo supiese, estableciendo en el segundo caso una pena más elevada, se entiende, al lesionar su autodeterminación. Ahora bien, en la segunda parte del artículo se recoge el delito cometido por médicos, cirujanos, boticarios, comadrones o matronas, distinguiendo en función de si el empleo de los citados medios surtía efecto o no sobre el embarazo. Así, si no se producía efecto alguno, se imponía la pena de cinco a nueve años de obras públicas, y, si lo provocaba, se aumentaba de ocho a catorce años, además de la inhabilitación perpetua en los dos supuestos para volver a practicar su profesión.

Debe hacerse referencia a la pena que se impone a los sanitarios según lo expuesto, es decir, la de obras públicas, que debe ser distinguida de la de trabajos perpetuos, pues ambas fueron introducidas como pena corporal principal por el Código penal de 1822⁸⁸.

⁸⁶ REQUEJO NAVEROS, *op. cit.*, p. 170.

⁸⁷ Código Penal Español, Decretado por las Cortes en 8 de junio de 1822, sancionado por el Rey y mandado promulgar en 9 de julio de 1822, art. 639.

⁸⁸ BARCELÓ FERRÉ, I.: “La pena de trabajos forzados en los Códigos penales decimonónicos”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, 2018, p. 578.

La principal diferencia radica en que el castigo a trabajos perpetuos era más grave, pues el condenado llevaba una cadena y llevaba a cabo tareas más duras, sin más descanso que el estrictamente necesario, y, en particular, se consideraba al reo muerto a todos los efectos civiles⁸⁹. Por otro lado, la pena de obras públicas no era vitalicia, sino que se nombraba a un curador que representase a su persona y administrase sus bienes durante el tiempo de cumplimiento.

2. El Código penal de 1822 recoge un segundo delito que puede ser cometido por facultativos, que consiste en el suministro o venta por parte del médico de sustancias nocivas para causar un daño a otra persona, regulado en el artículo 377. También se prevé la posibilidad de que este conozca la finalidad para la que se le solicitan dichos productos, lo que, como es evidente, supondrá un aumento de la pena, tal como se desprende del último inciso del precepto al establecer que estas “podrán aumentarse hasta una tercera parte más”.

3. El tercer aspecto que debe ser estudiado acerca de este texto penal es la tipificación del delito de omisión del deber de socorro por parte de los médicos. Así, según el artículo 585, el profesional sanitario que fuera requerido por la autoridad para realizar alguna curación, asistir o prestar auxilio a quien lo necesite, se negase a ello sin justa causa, podría ser arrestado en el acto y debería pagar una multa, además de que se le obligaría a prestar dicha asistencia. Igualmente, se le suspendería del ejercicio de su profesión entre uno y seis meses. El precepto contenía un tipo agravado, consistente “en el caso de no haber en el pueblo otro facultativo que pueda suplir sus veces, o en el de que aun cuando lo haya no dé la urgencia lugar a la dilación, y resultare efectivamente de la desobediencia un perjuicio de consideración contra alguna persona, o contra la administración de justicia”. En estos casos, se impondrían, aumentadas, las penas indicadas anteriormente.

4. Finalmente, se contenía una norma relativa al deber de secreto profesional y a su vulneración por parte de los médicos. La consideración como obligación jurídica del deber de reserva de los profesionales surgió en Europa durante la segunda mitad del siglo XVI, cuando el Parlamento de París condenó en 1573 a un farmacéutico que reveló la

⁸⁹ *Ibidem*.

enfermedad de un paciente⁹⁰. Se afianzó finalmente con la publicación del Código penal de Napoleón de 1810, texto legal en el que se inspiró el Código penal español de 1822, y que reguló penalmente el secreto profesional en sentido estricto en su artículo 80⁹¹. De este modo, a aquellos médicos, cirujanos y otros profesionales de la sanidad que obtuvieran información por razón de su cargo, y la revelasen – excepción hecha de los casos en los que la ley les obliga a ser delatores –, se les imponía una pena de prisión y una de multa⁹². En suma, puede decirse que con la promulgación de este texto se produjo la transición de un deber ético a uno jurídico, penalmente exigible, de la obligación de secreto.

Como se ha indicado, el Código penal de 1822 se inspiró para la gran mayoría de sus preceptos en el Código de Napoleón de 1810. El texto español reguló expresamente la figura del secreto profesional dentro del ámbito de diversas profesiones, entre las que se encuentra, en concreto, la médica. En este sentido, su artículo 424 expresaba lo siguiente: “los eclesiásticos, abogados, médicos, cirujanos, boticarios, barberos, comadrones, matronas o cualesquiera otros, que habiéndoseles confiado un secreto por razón de su estado, empleo o profesión, lo revelen, fuera de los casos en que la ley lo prescriba, sufrirán un arresto de dos meses a un año, y pagarán una multa de treinta á cien duros”⁹³. Además, se contiene en el precepto un tipo agravado de este delito, para el caso de que de la revelación de un determinado secreto pudiera determinarse responsabilidad criminal o deshonor de la persona que lo confió. En conclusión, la redacción del artículo se asemeja a la del Código francés.

2. CÓDIGO PENAL DE 1848.

La entrada en vigor del Código de 1848 supuso una reacción contra el régimen jurídico imperante, cuya principal característica era el arbitrio judicial, predominante en las leyes anteriores, y que contrastaba con las ideas dominantes en la cultura del siglo XIX en otros

⁹⁰ Sentencia del Parlamento de París de 13 de julio de 1573, cit. por MARTÍNEZ PEREDA, J. M.: “La protección penal del secreto médico en el Derecho español”, en *Actualidad Penal*, núm. 10, 1996, p. 157.

⁹¹ Código Penal Francés de 1810, art. 80: “*Sera puni des peines exprimées en l'article 76, tout fonctionnaire public, tout agent du gouvernement, ou toute autre personne qui, chargée ou instruite officiellement ou à raison de son état, du secret d'une négociation ou d'une expédition, l'aura livré aux agents d'une puissance étrangère ou de l'ennemi*”. Disponible en: <https://ledroitcriminel.fr/la-legislation-criminelle/anciens-textes/code-penal-de-1810.htm>.

⁹² Código Penal Francés de 1810, artículo 378.

⁹³ Código Penal Español 1822, art. 424.

países europeos⁹⁴. Este texto legal recogía y sancionaba ciertas conductas reprochables a los profesionales de la Medicina. Fue reformado en el año 1850⁹⁵, lo que supuso, por lo general, un endurecimiento de sus penas, aunque la regulación de la responsabilidad penal médica no fue modificada. Al igual que en su precedente legislativo, no se hace referencia a la comisión imprudente de conductas delictivas por los profesionales sanitarios. La razón principal era que, en aquel entonces, el ejercicio legítimo de un oficio era causa de justificación respecto de los delitos de homicidio o lesiones⁹⁶.

1. En primer lugar, se castiga en su artículo 232 al facultativo que concediera un certificado falso de enfermedad o lesión a otra persona, con el concreto objeto de que esta sea eximida de realizar algún servicio público, con la pena de prisión correccional⁹⁷ y multa de 20 a 200 duros.

2. En segundo lugar, se regula nuevamente la provocación voluntaria de aborto a una mujer embarazada, al establecer su artículo 340 que “el facultativo que abusando de su arte causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en su grado máximo en las penas señaladas en el art. 337”, consistentes en distintos grados de privación de libertad en función de si se ejerce o no violencia sobre la víctima, o de si media o no su consentimiento⁹⁸. A tenor de lo anterior, se imponía la pena de reclusión temporal si se ejerciese violencia en la mujer embarazada; la de prisión mayor, si, a pesar de no ejercer violencia, se hacía sin su consentimiento; y con la de prisión menor si la mujer lo consintiese⁹⁹. El artículo 26 establecía la duración de las penas: la reclusión temporal consistía en una privación de libertad de doce a veinte años, la prisión mayor de siete a doce años, y, por último, la de prisión menor iba de cuatro a seis años¹⁰⁰.

⁹⁴ ANTÓN ONECA, J.: “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 18, núm. 3, p. 490.

⁹⁵ Real Decreto de 8 de junio de 1850, por el que se reforma el Código Penal de España de 1848 (Gaceta de Madrid, núm. 5971, de 8 de junio de 1850).

⁹⁶ ROMEO CASABONA, C. M.: *El Médico y el Derecho Penal. I. La Actividad Curativa*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 30 y ss.

⁹⁷ Los límites de la pena de prisión correccional venían establecidos en el artículo 26 del Código Penal de 1848, y esta consistía en una privación de libertad de siete meses a tres años.

⁹⁸ En este sentido, el artículo 337 del CP de 1848 establece las siguientes consecuencias penales: “1.º Con la pena de reclusión temporal, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada. 2.º Con la de prisión mayor si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer. 3.º Con la de prisión menor si la mujer lo consintiere”.

⁹⁹ Código Penal de 1848, artículo 337.

¹⁰⁰ Código Penal de 1848, artículo 26.

3. En tercer lugar, debe ser citado el artículo 495.3º que, en contraposición con los anteriores, se encuadra dentro del Libro Tercero, regulador de las faltas, categoría que no existe hoy. El citado precepto imponía la multa de medio a cuatro duros al médico que omitiese dar conocimiento a la autoridad de cualquier delito que, teniendo la consideración de menos grave, hubiese cometido en el ejercicio de su profesión. Es decir, sería penado el facultativo que, sabiendo que cometía un delito, no informaba a las autoridades.

4. Por último, y en relación con la regulación del secreto médico, se expone en el artículo 282 que, al empleado público que revelase los secretos que haya conocido por causa de su profesión, se le impondría la pena de suspensión y de multa, siempre que dicha revelación no causara un grave daño a la causa pública, en cuyo caso sería castigado con la pena de prisión. Es decir, lo que este precepto regula es la difusión por parte del profesional de informaciones relativas a la Administración Pública. De los secretos de los particulares se ocupa el artículo 284, que castiga a los empleados o funcionarios públicos que los revelen¹⁰¹.

Debe hacerse una aclaración en cuanto al sujeto activo, pues se pierde respecto al CP de 1822 la concreción o listado de los profesionales que pueden ser sujeto activo del delito de revelación de secretos, ya que pasa a referirse únicamente a “empleado público”, si bien, permite incluir a los sanitarios en su ámbito de aplicación al indicar en el artículo 284 *in fine* que se impondrán las mismas penas a los que ejerzan alguna de las profesiones que requieren título¹⁰². Así, cabe deducir que los facultativos podían ser sujeto activo del delito de vulneración de secretos, pues, se observa que este texto penal equiparaba la conducta de los profesionales a la de los funcionarios públicos¹⁰³.

¹⁰¹ Código Penal de 1848, artículo 284: “*El empleado público que sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular, los descubriere, incurrirá en las penas de suspensión, arresto mayor y multa de 10 a 100 duros. En estas mismas penas incurrirán los que ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelaren los secretos que por razón de ella se les hubieran confiado*”.

¹⁰² REQUEJO NAVEROS, M. T.: *op. cit.*, p. 174.

¹⁰³ *Ibidem*.

a) En particular, el delito de suposición de parto.

El delito de suposición de parto y la sustitución de un niño por otro por parte de un médico fue tipificado por primera vez en la historia del Derecho español en el Código de 1848¹⁰⁴. Esta cuestión ha sido muy problemática y grave, y sus efectos han perdurado hasta la actualidad. El tenor literal del Código indica lo siguiente: “La suposición de parto y la sustitución de un niño por otro, serán castigadas con las penas de presidio mayor y multa de 50 a 500 duros. Las mismas penas se impondrán al que ocultare o expusiere un hijo legítimo con ánimo de hacerle perder su estado civil”. Cuando este delito fuese cometido por un profesional sanitario se impondría, además de las penas expuestas, la de inhabilitación temporal especial.

Se trata de una definición legal que ha estado muy presente en nuestra historia reciente. Así, la STS 4152/1980, de 6 de junio, se sirvió de la redacción del Código de 1848 para exponer los requisitos principales que debían concurrir para apreciar su comisión. En cuanto a la conducta, se trata del “fingimiento o simulación del alumbramiento de un ser nacido, efectuado por actos reales o una conducta que lleve consigo la realización de hecho que aparenten la existencia del parto, en cuanto que éste, como fenómeno biológico, está caracterizado por ciertos elementos externos”¹⁰⁵. Por tanto, debía haber una apariencia constante de que una mujer había dado a luz, y de que consecuentemente había pasado por el proceso de embarazo, y no una mera manifestación de la supuesta existencia del parto en un documento. En segundo lugar, respecto al elemento psíquico del delito, no basta con la mera voluntad de cometer la acción descrita, sino que se requiere además que exista ánimo de modificar el estado civil del recién nacido. Como último requisito, se exigió “que el juicio valorativo sobre la antijuricidad se determine, no solamente con él general del grupo, de acuerdo con la norma social de la convivencia humana, sino también con el relativo a la filiación y elementos específicos que caracterizan la existencia del parto en sí”¹⁰⁶.

En la misma línea, más recientemente, la jurisprudencia ha negado “que la mera conducta falsaria suponga esa tipicidad que exigiría algo más: una simulación mediante actos u

¹⁰⁴ Código Penal de 1848, artículo 393.

¹⁰⁵ STS 4152/1980 (Sala de lo Penal), de 6 de junio de 1980, considerando segundo.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

otras acciones que rodeen a la mera falsedad. Es decir, que la hija (...) fuese presentada en el entorno de los falsos padres, como fruto del alumbramiento de la madre”¹⁰⁷.

3. CÓDIGO PENAL DE 1870.

El Código penal de 1870 fue publicado con fecha 30 de agosto mediante la Ley de 17 de junio de ese mismo año. Esta reforma supuso un gran avance, al reforzar la protección de los derechos individuales y atenuar las penas que venían estableciendo sus predecesores¹⁰⁸. En cuanto a lo que aquí interesa, este texto recogió aspectos muy similares acerca de la responsabilidad de los profesionales de la Medicina respecto del Código anterior, por lo que, en realidad, no supuso una gran innovación, y, además, volvió a omitir la imprudencia profesional de su articulado. No obstante, cabe enumerar los delitos cometidos por los sanitarios que este recogía, y señalar determinados aspectos en comparación con la regulación precedente.

1. En base a lo anterior, vuelve a recogerse el delito de falsificación de un certificado médico de enfermedad o lesiones para eximir a otra persona de un servicio público. En este caso, el artículo 323 imponía las penas de arresto mayor en su grado máximo a prisión correccional en su grado mínimo, y una multa entre 125 y 1250 pesetas. La duración de las mencionadas penas venía establecida por el artículo 97. Por un lado, el grado máximo de arresto mayor iba de cuatro meses y un día a seis meses, y el grado mínimo de prisión correccional era de seis meses y un día, a dos años y cuatro meses¹⁰⁹. En definitiva, la privación de libertad para el delito de certificado falso de enfermedad o lesiones oscilaba entre los cuatro meses y un día, y los dos años y cuatro meses, a la que se añadiría la pena de multa. En comparación con el Código de 1848, la pena es muy similar.

2. Otro de los delitos que vuelve a reproducirse en el Código de 1870 es el de la provocación voluntaria del aborto a una mujer, en su artículo 428. Igualmente, se hace

¹⁰⁷ STS (Sala de lo Penal) de 4 de junio de 2020 (rec. núm. 3786/2018).

¹⁰⁸ ANTÓN ONECA, J.: “El Código penal de 1870”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 23, núm. 2, p. 250.

¹⁰⁹ El artículo 97 del Código penal de 1870 incorporaba una tabla en la que se establecían detalladamente todos los grados de cada una de las penas privativas de libertad.

Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1870/243/A00009-00023.pdf>.

referencia a la cooperación por parte del médico en la perpetración del delito¹¹⁰. Al igual que en el Código anterior, las penas variaban en función de si se ejercía violencia o no sobre la mujer, y de si mediaba su consentimiento o no, y su extensión es prácticamente idéntica a la de las penas que se imponían en 1848¹¹¹. Además, en el propio artículo 428 también se castigaba al farmacéutico que vendiese sin la debida prescripción facultativa productos abortivos.

3. A mayor abundamiento, el delito de suposición de partos vuelve a regularse en el texto de 1870, con una redacción muy similar a la de su predecesor, y estableciéndose las mismas penas para los autores de este¹¹².

4. Dentro del capítulo de faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones, encontramos nuevamente la de ocultación por parte del médico de señales de envenenamiento o de otro delito que haya podido observar en una persona a quien ha prestado servicios, o incluso en un cadáver. Es decir, que no informase a la autoridad inmediatamente de estas circunstancias. Le sería impuesta una pena de multa de entre 5 y 50 pesetas. En este caso, hay una ligera variación respecto a la falta contenida en el Código de 1848, pues aquella hacía alusión al médico que ocultase delitos que había cometido a causa del desempeño de su oficio.

5. Para concluir, el CP de 1870 ya no incluyó la regulación de la vulneración del deber de secreto de los médicos, pues solamente reguló la violación de secretos realizada por empleados públicos, y por abogados y procuradores, dejando totalmente en el olvido la figura del secreto médico, y, por tanto, quedando desamparadas las situaciones provocadas por la revelación de secretos e informaciones por parte de estos profesionales. Se produjo una gran laguna en la legislación penal española desde que el Código de 1870 excluyó de su ámbito el delito de revelación de secretos por parte de profesionales hasta

¹¹⁰ Código Penal de 1870, artículo 428: “*El facultativo que abusando de su arte causare el aborto o cooperare a él incurrirá respectivamente en su grado máximo en las penas señaladas en el art. 425*”.

¹¹¹ Código Penal de 1870, artículo 425: “*El que de propósito causare un aborto será castigado:*

1.º Con la pena de reclusión temporal si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.

2.º Con la de prisión mayor si, aunque no la ejerciera, obrare sin consentimiento de la mujer.

3.º Con la de prisión correccional en sus grados medio y máximo si la mujer lo consintiera”.

¹¹² Código Penal de 1870, artículo 484.

que volvió a regularse en 1995, a pesar de que se hubiera recogido con anterioridad en los CP de 1822 y 1848¹¹³.

4. CÓDIGO PENAL DE 1928.

El Código penal de 1928 fue uno de los textos legislativos más relevantes del periodo de la Dictadura de Miguel Primo de Rivera (1923-1930). Su duración en el tiempo fue breve, pero no por ello debe prestársele menos atención que al resto de Códigos históricos¹¹⁴. En cuanto a la responsabilidad penal de quienes practican la Medicina, volvieron a recogerse prácticamente los mismos delitos que en los Códigos anteriores, omitiendo nuevamente la imprudencia profesional respecto de los médicos¹¹⁵. No obstante, destaca la definición que da el Código del concepto de responsabilidad, constituyendo la novedad que más afectó a la profesión médica¹¹⁶. Así, sería responsable quien, “a sabiendas realizare un acto que ponga en riesgo la vida, la salud o la propiedad ajena”¹¹⁷. En este caso, al médico que de forma consciente pudiera poner en riesgo la vida o la salud de su paciente, se le atribuiría responsabilidad penal en relación con el concreto delito que cometiese¹¹⁸.

1. En primer lugar, se recogió el delito de falsificación de certificados médicos, en el que, no obstante, se introdujeron nuevas materias sobre las que podían versar dichos documentos, como podían ser las alteraciones acerca de la capacidad mental de las personas, tanto para facultarles a otorgar algún acto o contrato, como para lograr su internamiento en un manicomio contra su voluntad¹¹⁹. También se incluyeron tipos agravados del delito de falsificación de certificados de enfermedad y lesiones, por un lado, por la circunstancia de que se hiciera para “librar a un mozo del servicio en el Ejército o Marina de guerra”¹²⁰, lo que ponía de manifiesto la importancia que se brindaba

¹¹³ BAJO FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, p. 596.

¹¹⁴ COBO DEL ROSAL PÉREZ, G.: “El proceso de elaboración del Código penal de 1928”, *Anuario de historia del derecho español*, núm. 82, 2012, p. 561.

¹¹⁵ Se regula la imprudencia de forma general, y recoge la imprudencia profesional respecto de otros oficios, como es el caso de los funcionarios públicos respecto de la sustracción de caudales públicos (art. 481), o de los directores o encargados de obras y maquinarias (arts. 571 y ss.)

¹¹⁶ ROMEO CASABONA, C. M.: “El Médico y el Derecho Penal...”, *op. cit.*, p. 34.

¹¹⁷ Código Penal de 1928, art. 32. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1928-8856>.

¹¹⁸ ROMEO CASABONA, C. M.: “El Médico y el Derecho Penal...”, *op. cit.*, p. 34.

¹¹⁹ Código Penal de 1928, arts. 379 y 380.

¹²⁰ *Idem*, artículo 378, párrafo segundo.

al poder militar durante esta etapa histórica, y, por otro lado, si el médico obtenía una remuneración por expedir estos documentos¹²¹.

2. Igualmente, volvió a castigarse, dentro de los delitos contra el estado civil de las personas, el de suposición o ficción de parto¹²². Encuadrado también en esta categoría se encuentra, en el artículo 646, el delito consistente en que el médico que esté al servicio del Registro Civil testifique la existencia de un cadáver, y de los requisitos legales para su enterramiento, sin haberlo examinado personalmente. En estos casos, se impondría la pena de prisión de dos meses a un año, y la de inhabilitación especial para cargos públicos de dos a seis años¹²³.

3. Dentro de la categoría de faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones, se castiga con pena de multa al médico que, notando en una persona a quien trataron, o en un cadáver, señales de envenenamiento o de otro delito, no informase a las autoridades inmediatamente, siempre que no incurriese en una responsabilidad mayor en virtud de las circunstancias¹²⁴, conducta que se penaba de igual forma en el Código de 1848.

4. Por último, y respecto al secreto profesional médico, el Código de 1928 fue una excepción a la gran laguna jurídica presente a lo largo de casi setenta años – pues, como se indicó previamente, no volvió a regularse hasta el año 1995 desde su exclusión del Código de 1870. El Código penal de 1928 vino a proteger nuevamente la figura del secreto profesional, aunque de forma muy abstracta, en su artículo 683¹²⁵. La amplitud del precepto se observa debido a que establecía que el que divulgase los secretos de otra persona, independientemente de la forma en que hubiera llegado a conocerlos, incurriría en pena de prisión y de multa. Es decir, que cualquier persona, fuere un funcionario o profesional, o no, que divulgase la información secreta de otra persona, sería responsable criminalmente. El mismo precepto, en su apartado cuarto, introdujo, a efectos de la determinación de la responsabilidad, la siguiente aclaración: “los Tribunales tendrán en

¹²¹ *Idem*, artículos 380 y 381.

¹²² *Idem*, artículo 643.

¹²³ *Idem*, artículo 646.

¹²⁴ *Idem*, artículo 810.

¹²⁵ Real Decreto-ley, de 13 de septiembre de 1928, aprobando el proyecto de Código Penal (Gaceta de Madrid, núm. 257, de 13 de septiembre de 1928)

cuenta, para la aplicación de la pena, la importancia y gravedad de los secretos divulgados”¹²⁶, lo que permitiría entonces hacer distinciones en función del sujeto activo o pasivo, o del contenido de la información revelada, entre otros factores.

Lo que aquí interesa viene establecido en el precepto posterior, pues el segundo apartado del artículo 684 imponía un castigo mayor a quienes revelasen los secretos que conociesen por razón de su oficio. Es decir, se introdujo como tipo agravado del delito de revelación de secretos en el caso de que fuese cometido por quien ejerciese actividades profesionales, por lo que cabe afirmar que volvió a regularse el secreto profesional. Pese a que pudiera considerarse que el artículo 684.2 carecía de relevancia, por entenderse incluidos a los profesionales en el ámbito del artículo 683.2 (pues hace alusión a cualquier tipo de persona), este establecía que se impondría en todo caso una pena superior a quienes lo hubiesen revelado en el ámbito de una actividad laboral, para evitar que la determinación de la pena quedase al arbitrio del Juez en virtud de la cláusula del artículo 683.4.

Resulta igualmente relevante la gran novedad introducida por el Código de 1928, referente a la perseguibilidad del delito que está siendo analizado, esto es, sobre el requisito que debe cumplirse para poder perseguir la vulneración del deber de secreto. A este respecto, el artículo 686 sentó la condición de que debía mediar previa denuncia o querrela del perjudicado, o de sus herederos, para que pudiera enjuiciarse el delito, exigencia que sigue vigente en la actualidad.

Tras la derogación del CP de 1928, y hasta la entrada en vigor del CP de 1995, no volvió a regularse el secreto profesional (menos aún, el secreto médico) en el ordenamiento penal español, constituyendo una importante laguna legal durante 67 años. Únicamente era posible castigar la revelación que el profesional hacía del secreto de sus clientes en el supuesto de prevaricación de abogados y procuradores, quedando impune la vulneración del secreto por parte de otros profesionales durante las dos terceras partes del siglo XIX¹²⁷.

¹²⁶ Código Penal de 1928, artículo 683, apartado 4.

¹²⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, p. 595.

5. CÓDIGO PENAL DE 1932.

El Código de 1932 fue publicado durante la Segunda República española (1931-1939). Sin embargo, en opinión de gran parte de la doctrina, este periodo histórico de nuestro país careció de un Código penal propio, ya que, realmente, consistió en una reforma del texto penal de 1870, pues nació con una previsión de aplicación a corto plazo, mientras se elaboraba uno nuevo, que nunca llegó a terminarse con motivo del estallido de la Guerra Civil en 1936¹²⁸. Por consiguiente, tras la derogación del Código de 1928, volvió a entrar en vigor el de 1870, hasta la promulgación del Código de 1932, que mantuvo en gran medida lo establecido por aquel, pues principalmente se fueron incorporando al texto anterior diversas reformas para, por un lado, adecuar su contenido a la Constitución de la República¹²⁹, y, por otro lado, ajustarlo a los principios del régimen republicano.

Debido a la gran similitud entre ambos Códigos, conviene mencionar brevemente los delitos recogidos por el texto de 1932, en aras a no caer en repetitividad. Así, se tipifican nuevamente, y con una redacción casi idéntica a la de los textos anteriores, los delitos de falsificación de certificados médicos, de participación o provocación del aborto, de suposición de parto, y la falta de omisión del deber de comunicar a la autoridad el descubrimiento de delitos con ocasión de su profesión¹³⁰.

6. CÓDIGO PENAL DE 1944.

Durante el inicio de la Dictadura franquista (1939-1975), continuó vigente el Código de 1932, aunque, al mismo tiempo, se fueron promulgando una diversidad de leyes para lograr el adecuamiento del ordenamiento jurídico a las ideas políticas que regían en el momento. Esta situación provocó la necesidad de que se hiciera una refundición. De esta manera, se promulgó el Texto Refundido del Código penal de 1944¹³¹, que, en cualquier

¹²⁸ BARJA DE QUIROGA, J. / RODRÍGUEZ RAMOS, L. / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, vol. 2, 2022, p. 1059.

¹²⁹ Tras la instauración de la Segunda República en 1931 se celebraron las elecciones a Cortes Constituyentes. Medio año después, y tras duros enfrentamientos entre las distintas opciones políticas, se aprobó la Constitución de la República Española, el 9 de diciembre de 1931.

¹³⁰ Artículos 316, 420, 463 y 575 del Código Penal de 1932.

¹³¹ Decreto de 23 de diciembre de 1944, por el que se aprueba y promulga el “Código Penal, texto refundido de 1944”, según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944. BOE núm. 13, de 13 de enero de 1945. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1945-562>.

caso, resultó ser una nueva reforma, mas en profundidad, de los Códigos de 1848, 1870, 1928 y 1932.

En consecuencia, la responsabilidad de los médicos durante la vigencia de este Código se regula de manera análoga a la que se ha venido estudiando anteriormente. Es decir, se recogen, por un lado, los delitos de falsificación de certificados médicos en el artículo 311, el de cooperación o provocación del aborto en los artículos 415 a 417¹³², y el de suposición de parto en el artículo 469; y, por otro lado, la falta de no advertir a las autoridades de la comisión de un delito del que se tenga noticia por razón del ejercicio de la profesión médica, en el artículo 576.1.

En conclusión, como se ha observado a raíz del análisis de los Códigos penales históricos de nuestro país, la regulación de la responsabilidad penal de los médicos no ha experimentado una evolución sustancial, especialmente a lo largo del último siglo. Destaca también la ausencia de tipificación de la imprudencia profesional médica, ya que, como se verá a continuación, es una modalidad delictiva a la que no se le ha prestado mucha atención a lo largo de la Historia, cuestión que ha cambiado con la promulgación de las leyes penales más actuales.

¹³² El artículo 417 explica que la pena impuesta a los facultativos se refiere a los médicos, matronas, practicantes y personas en posesión de títulos sanitarios.

V. CONCLUSIÓN: MARCO NORMATIVO ACTUAL.

El creciente número de denuncias por negligencia médica ha conllevado en los últimos tiempos la promulgación de diversas leyes para la regulación de los distintos extremos que esta materia exige. La legislación ha evolucionado notoriamente para aumentar las garantías de los pacientes. Podría considerarse que la responsabilidad por imprudencia médica dejó de ser un tema marginal a partir de la promulgación de determinadas leyes. En cierto modo, comenzó su toma en consideración con la entrada en vigor de la Ley 26/1984, de 19 julio General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, al recoger como régimen especial de responsabilidad la de los servicios sanitarios por los daños causados en sus funciones¹³³.

En 1986 fue promulgada la Ley 14/1986, de 25 abril, General de Sanidad, que estableció directamente la imposición de sanciones administrativas, penales y civiles ante la comisión de infracciones en el ámbito sanitario¹³⁴, al mismo tiempo que introdujo un catálogo de infracciones sanitarias, clasificadas en función de su gravedad, así como las correspondientes sanciones para cada categoría. También reconoce el derecho de los pacientes a la intimidad y confidencialidad de toda la información que esté vinculada con su caso¹³⁵, que afecta tanto a los usuarios de la sanidad pública como privada (art. 15).

Debemos igualmente mencionar, la Ley 41/2002, de 14 noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, que se remite al régimen sancionador establecido por la Ley General de Sanidad. Cabe destacar, por su enorme relevancia en la actualidad, el derecho a la información asistencial, cuyo concepto se recoge en su artículo 4, según el cual “los

¹³³ Reformada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007, cuyo art. 148 expone: “*Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios*”.

¹³⁴ Ley 14/1986 de 25 abril, General de Sanidad. BOE núm. 102 de 29 de abril de 1986 (LGS), artículo 32: “*Las infracciones en materia de sanidad serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir*”.

¹³⁵ LGS, arts. 10.1 y 3: “*Todos tienen los siguientes derechos (...): al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad...*” y “*A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público*”.

pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley”¹³⁶, y que se traduce en deber del profesional médico de informarles de todos los extremos relativos a su salud y e integridad. Además, la Ley 41/2002 recoge también el deber de secreto médico, que veremos más adelante.

En relación los delitos imprudentes, hasta hace relativamente poco tiempo, estos siempre han ocupado un lugar secundario en el Derecho Penal. De hecho, se consideraba al delito imprudente como un “cuasidelito”, una figura encuadrable en el ámbito del Derecho civil, más que en el del Derecho penal, interpretación que ha sido defendida por cierto sector de la doctrina científica al manifestar “la necesidad de excluir del Código Penal los daños imprudentes, esgrimiendo razones como su escasa alarma social o el hecho de que inicialmente fueron incorporados a nuestro Derecho penal, en el erróneo entendimiento de una justicia civil lenta, incapaz de resolver este tipo de conflictos en dicha vía”¹³⁷. No obstante, en la actualidad, la legislación española recoge cada vez con mayor detalle el delito imprudente, y el propio Código Penal de 1995, a través de las diversas reformas, regula la imprudencia conforme a las nuevas estructuras que son estudiadas y expuestas por la doctrina y la jurisprudencia.

1. EL CÓDIGO PENAL DE 1995.

La promulgación de la Constitución española de 1978 conllevó la instauración en España de un nuevo sistema político y régimen de libertades, y propició a su vez una transformación de la estructura del Estado. Sin embargo, al contrario de lo que había sucedido en épocas anteriores, la sustitución del Código penal vigente en ese momento no fue tan inmediata¹³⁸. A pesar de que se presentase un primer Proyecto de Código penal en 1980, que no fue aprobado por las Cortes Generales, se optó por reformar en profundidad en el año 1983 el Código que se encontraba vigente. Tras una serie de

¹³⁶ Ley 41/2002, de 14 noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica. BOE núm. 274, de 16 de mayo de 2003, art. 4.

¹³⁷ SALAZAR MONTERO, J. P. (2022): *Delimitación de la responsabilidad penal médico-sanitaria en el trabajo de equipo* (Tesis doctoral). España: Universidad Complutense de Madrid, p. 39. Disponible en el Repositorio Institucional de la UCM: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/71539/>.

¹³⁸ DE LA CUESTA, J. L.: “Introducción al nuevo Código penal español: Líneas directrices y contenido fundamental, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. extraordinario 10, 1997, p. 10.

sucesivas y parciales reformas, se logró presentar otro Proyecto en 1994, tras las elecciones, que fue aprobado el 8 de noviembre de 1995. Por tanto, se logró sustituir finalmente el Código penal precedente, que, como se ha venido indicando en los epígrafes anteriores, se basaba sustancialmente en los preceptos del Código de 1848¹³⁹. El Código de 1995 ha sufrido más de treinta y cinco reformas desde que se publicara su texto original, la última, por LO 4/2023, de 27 de abril, para la reforma de los delitos contra la libertad sexual¹⁴⁰. Nuestro texto penal regula diversos aspectos de la responsabilidad penal de los médicos, dispersos a lo largo de su articulado.

1. Para comenzar, el Código penal prevé la comisión imprudente por parte de los facultativos de determinados delitos. Para determinar si una determinada actuación es negligente, se debe prestar atención a diversos factores, así, “si no presta toda la atención necesaria o no pone al servicio del paciente todos sus conocimientos, habilidad y experiencia, en cuyo caso podrá plantearse una subsiguiente responsabilidad penal basada en el supuesto delito imprudente¹⁴¹

Así, se recoge en los artículos 142, 146 y 152 del Código penal tres supuestos de imprudencia profesional en los que cabe incluir a los médicos. Se trata de los delitos de homicidio imprudente, provocación del aborto y causación de lesiones por imprudencia profesional, todos ellos castigados con la pena de prisión en la extensión prevista en los respectivos artículos, añadiendo además la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, debido a la comisión por parte de facultativos¹⁴².

Para poder apreciar la realización de los delitos imprudentes, deben darse ciertos requisitos que han sido declarados reiteradamente por la jurisprudencia en plenitud de ocasiones. En palabras del Tribunal Supremo, las exigencias básicas del delito imprudente consisten en: “una acción u omisión voluntaria, la creación con ella de una situación de riesgo previsible y evitable, la infracción de una norma de cuidado y la producción de un resultado dañoso (...) derivado de aquella descuidada conducta, de

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

¹⁴¹ ROMEO CASABONA, C. M.: *El Médico ante el Derecho*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1985, p. 16.

¹⁴² Código Penal, artículos 142, 146 y 152.

forma que entre éste y el daño exista una adecuada relación de causalidad”¹⁴³. La imprudencia necesita, por consiguiente, dos elementos, uno psicológico y otro normativo. El primero consiste en la facultad humana de previsión, manifestado en la posibilidad de conocer y evitar el evento dañoso, y, el segundo se representa por la infracción del deber de cuidado¹⁴⁴.

La ya citada STS 1904/2001, de 23 de octubre, dictada en un caso de homicidio imprudente por parte de un ginecólogo, distinguió entre el delito imprudente cometido por cualquier persona, y la cometida por parte de un profesional en ejercicio de sus funciones. Así, “la imprudencia profesional sólo supone un plus de antijuricidad consecutivo a la infracción de la *lex artis* y de las precauciones y cautelas más elementales, imperdonables e indisciplinables a personas que, perteneciendo a una actividad profesional, deben tener unos conocimientos propios de una actividad profesional”¹⁴⁵. Por consiguiente, y en opinión del Tribunal, “la imprudencia profesional no debe sugerir una diferencia cualitativa sino sólo cuantitativa con respecto a la imprudencia que podemos llamar común, pues lo que la misma representa es un mayor contenido de injusto y un más intenso reproche social en tanto la capacitación oficial para determinadas actividades sitúa al profesional en condiciones de crear riesgos especialmente sensibles para determinados bienes jurídicos y proyecta consiguientemente sobre ellos normas sociales de cuidado particularmente exigentes”¹⁴⁶.

2. En cuanto a las conductas dolosas, en primer lugar, el artículo 156 bis 5, castiga a los facultativos que de cualquier modo promuevan, favorezcan, faciliten, publiquen o ejecuten el tráfico de órganos, o que soliciten o reciban dádiva o retribución por proponer o captar a un donante o a un receptor de órganos, o con el fin de que se lleve a cabo o se facilite la extracción ilícita o la implantación de órganos ilícitamente extraídos. En cuanto al sujeto activo, el propio precepto aclara que mediante la palabra “facultativo” se pretende designar tanto los médicos, como al personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o sociosanitaria.

¹⁴³ STS (Sala de lo Penal) de 23 de octubre de 2001 (rec. núm. 4073/1999), fundamento jurídico séptimo.

¹⁴⁴ STS (Sala de lo Penal) de 29 de febrero de 1996 (rec. núm. 1621/1995), fundamento jurídico tercero.

¹⁴⁵ STS 1904/2001, *op. cit.*, fundamento jurídico séptimo.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

Las penas en las que incurrirán serán las señaladas en los apartados primero y segundo del precepto, superior en grado, por lo que se les impondría la pena de prisión de seis a doce años tratándose del órgano de una persona viva – cuya superior en grado sería de doce años y un día a dieciocho años –, y, en el caso de que se tratase de una persona fallecida, la pena es de prisión de tres a seis años, cuya superior en grado es de seis a nueve años. A las penas anteriores, se les sumará la de “inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, para ejercer cualquier profesión sanitaria o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios, públicos o privados, por el tiempo de la condena”¹⁴⁷.

Se prevé un tipo agravado de estas penas, para el caso de que se ponga en grave peligro la vida o la integridad física o psíquica de la víctima, o en el supuesto de sea menor de edad o especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación. En estos casos, se impondrá la pena en su mitad superior¹⁴⁸.

3. En segundo lugar, se recoge en los artículos 220 a 222 del Código penal el delito de suposición de parto, de sustitución de un niño por otro y de alteración de la paternidad, estado o condición del menor. Se establecen diversos sujetos activos, pero, para lo que aquí interesa, la pena en que incurrirá el médico que, en el ejercicio de su profesión o cargo, realice estas conductas, será la de prisión de seis meses a dos años en el caso de la suposición de partos, y de uno a cinco años en el caso de sustitución de un niño por otro¹⁴⁹.

Ahora bien, se introduce un tipo atenuado de si la sustitución de niños se ha realizado de manera imprudente por parte de los facultativos, pues, el artículo 220.5 indica que, si se ha producido en un centro sanitario o sociosanitario, por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, se impondrá la pena de prisión de seis meses a un año.

El artículo 221 hace referencia a aquellos que, a cambio de una cantidad pecuniaria, entreguen a otra persona un niño o niña, aunque no concurra relación de filiación o

¹⁴⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995 (en adelante, Código Penal), artículos 156 bis 1, 2 y 5.

¹⁴⁸ Código Penal, artículo 156 bis 4.

¹⁴⁹ Código Penal, artículo 222, en relación con el 220.1, 2 y 3.

parentesco, eludiendo los procedimientos legales, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación. Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años, y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años. De la misma forma se penará al intermediario¹⁵⁰.

4. El Código de 1995 castiga igualmente al facultativo que participe, colabore o cometa conductas de receptación o blanqueo de capitales, entendiendo como tales aquellas en las que, “con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos”¹⁵¹. El artículo 303 establece que en el caso de que estas conductas fueran cometidas por facultativos – lo que incluye médicos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes –, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, incurrirán, aparte de en la pena que corresponda según la concreta actuación de receptación o blanqueo de capitales, en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años¹⁵².

5. Las siguientes conductas delictivas recogidas por el Código penal son las relativas a la elaboración, producción, alteración, venta, cultivo o tráfico de medicamentos, productos o sustancias destinadas al consumo público, sea para uso humano o veterinario.

Para comenzar, se encuentra la elaboración o producción de un medicamento, o de un producto sanitario, de manera que se presente de forma engañosa su identidad, composición, dosificación, o incluso los datos relativos al cumplimiento de exigencias legales o licencias, entre otros, siempre que hayan estado destinados al consumo público y generen un riesgo para la vida o la salud de las personas. De igual forma se castigará al que altere las dosis, composición o caducidad de dichas sustancias de modo que disminuya su seguridad, eficacia o calidad; a los que, con conocimiento de su falsedad o

¹⁵⁰ El artículo 222 del Código Penal indica que se impondrán las mismas penas a los facultativos que realicen la conducta descrita en el artículo 221.

¹⁵¹ Código Penal, artículo 298.

¹⁵² Código Penal, artículo 303.

alteraciones las importe, venda o los tenga en depósito con el fin de destinarlos al consumo público; y a quien elabore documentos con información falsa referidos a estos medicamentos o productos, provocando un riesgo para la vida o la salud¹⁵³. El artículo 362 quater permite la imposición de las penas, superiores en grado, establecidas para los delitos expuestos en el caso de que fueran cometidos por facultativos.

En cuanto a las actuaciones de cultivo, elaboración o tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, de modo que se promueva o facilite su consumo ilegal, los artículos 369 y 372 permiten el castigo de los facultativos que las lleven a cabo o participen en ellas, siempre que lo hagan en el ejercicio de su profesión.

6. La siguiente conducta delictiva viene fijada en el artículo 397, relativo a la elaboración de un certificado falso de enfermedad o lesión por parte de los profesionales sanitarios. En estos casos, se impondrá la pena de multa de tres a doce meses¹⁵⁴.

7. Para concluir la exposición de los preceptos del Código penal de 1995 referentes a la responsabilidad penal de los médicos, debe hacerse la oportuna mención a la regulación del deber de secreto profesional en la actualidad. Al contrario que en otras profesiones, el deber ético de secreto de los médicos tardó en convertirse en obligación jurídico-penal. Además, y como se ha visto en el presente trabajo, no puede hablarse de continuidad respecto a su tutela penal, puesto que estuvo ausente en varios Códigos penales a lo largo de la historia.

En palabras de la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo, el concepto de secreto abarca, desde la perspectiva del Derecho penal, “lo concerniente a la esfera de la intimidad, que es sólo conocido por su titular o por quien él determine”¹⁵⁵, y, que “para diferenciar la conducta típica de la mera indiscreción es necesario que lo comunicado afecte a la esfera de la intimidad que el titular quiere defender”¹⁵⁶. El contenido del secreto se ha ido restringiendo para que quede reducido únicamente a los hechos que, pudiendo incidir en la intimidad, gocen de cierta relevancia jurídica, y que lesionen efectivamente

¹⁵³ Código Penal, artículo 362 quater, en relación con el artículo 362, 362 bis y 362 ter.

¹⁵⁴ Código Penal, artículo 397.

¹⁵⁵ STS (Sala de lo Penal) de 4 de abril de 2001 (rec. núm. 2338/1999), fundamento jurídico primero.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

el ámbito reservado de la persona frente al saber de los demás, siendo además “necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana”¹⁵⁷.

No fue hasta 1995 que se recogieron definitivamente las penas relativas a la vulneración del secreto profesional¹⁵⁸, que, a pesar de no mencionar expresamente la figura de los médicos, se entienden aplicables a estos profesionales. En este sentido, el artículo 199.2 del Código penal establece que “el profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años”¹⁵⁹. La redacción del precepto permite incluir como potencial sujeto activo del delito a los profesionales de la Medicina¹⁶⁰.

En definitiva, es un delito de novedosa inclusión en el ordenamiento penal español, tras la laguna existente al respecto a lo largo de tantos años. Finalmente se consigue el castigo de los profesionales sanitarios que infrinjan su deber de reserva, “quebrantando la confianza en ellos depositada por el paciente”¹⁶¹.

2. CONCLUSIONES.

El presente trabajo ha permitido obtener una visión general de la responsabilidad penal médica a lo largo de la Historia. Se ha ofrecido, en este sentido, un estudio histórico, pero al mismo tiempo una perspectiva que nos permite valorar el presente y el futuro desarrollo del Derecho penal. En particular, interesa ahora, a modo de cierre, reflexionar sobre cuáles deberán ser los objetivos y prioridades de la regulación de la responsabilidad médico-sanitaria en los próximos años.

Lo cierto es que el ordenamiento jurídico se va desarrollando en función de la sociedad, en virtud de los hechos que acontecen, del régimen político imperante, y de los valores que se pretende proteger. Las normas se van transformando para preservar aquello que se

¹⁵⁷ STC 57/1994, de 28 de febrero de 1994, fundamento jurídico quinto.

¹⁵⁸ REQUEJO NAVEROS, M. T.: *op. cit.*, p. 161.

¹⁵⁹ Código Penal, art. 199.

¹⁶⁰ REQUEJO NAVEROS, M. T.: *op. cit.*, p. 193.

¹⁶¹ *Ibidem*.

considera prioritario para la supervivencia de la colectividad¹⁶². Se aprecia una diferencia en la jerarquía entre sociedad y Derecho, en el sentido de que antiguamente el legislador imponía las normas para que la sociedad actuara en consecuencia, a diferencia de la etapa contemporánea, en la que el Derecho ha de legislar conforme reclama la sociedad¹⁶³.

En la actualidad, podría considerarse que se ha llegado demasiado lejos respecto de determinadas propuestas de *lege ferenda*, planteándose una y otra vez el debate acerca de la necesidad de la intervención del Derecho penal en ciertas materias¹⁶⁴. Así, a modo de ejemplo, se habla en particular a favor de la criminalización de la “violencia obstétrica”¹⁶⁵, considerada como la apropiación por parte del personal sanitario del proceso reproductivo de la mujer, representado por el abuso de medicalización de un proceso natural como es el parto, y que conlleva una pérdida de autonomía y capacidad de decidir libremente sobre el propio cuerpo¹⁶⁶. La patologización del parto se manifiesta en el aumento del número de inducciones o cesáreas innecesarias en los últimos años¹⁶⁷, lo que, consecuentemente, incide tanto en la salud física como psicológica de la mujer. Los autores que defienden su penalización lo justifican por razones de desproporcionalidad en sentido estricto, el engaño y la presión a la que se ve sometida la futura madre¹⁶⁸, que muchas veces ve su autonomía de la libertad condicionada por estos factores, más allá de los bienes jurídicos que pueden verse lesionados por tal intervención. Sin embargo, apenas profundizan en la necesidad e idoneidad de la intervención jurídico-penal¹⁶⁹.

Recientemente también se ha sugerido el castigo del “tratamiento médico arbitrario”¹⁷⁰, que consiste en la realización de determinadas conductas médicas en contra de la voluntad

¹⁶² SERRANO VILLAFANE, E.: “Funciones del Derecho en la sociedad cambiante de nuestros días”, *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 17, 1973-1974, p. 463.

¹⁶³ Como principal dentro del presente trabajo, se observó, en el Código penal de 1928, un tipo agravado del delito de falsificación de certificados médicos cuando este se cometiera con el exclusivo fin de evitar el servicio militar, lo que permite deducir la importancia que tenía el poder militar en dicha época.

¹⁶⁴ SÁNCHEZ LÁZARO, F. G. (2023): “¿Violencia obstétrica como hecho punible? Sobre la necesidad e idoneidad de intervención jurídico-penal”, documento inédito, p. 2.

¹⁶⁵ Al respecto véase MONTIEL, J. P.: en KUDLICH/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO: *Cuestiones actuales del Derecho penal médico*, Marcial Pons, 2017, pp. 57 y ss.

¹⁶⁶ MONTIEL, J. P.: *op. cit.*, p. 60.

¹⁶⁷ SÁNCHEZ LÁZARO, F. G.: *op. cit.*, p. 3.

¹⁶⁸ MONTIEL, J. P.: *op. cit.*, p. 59.

¹⁶⁹ SÁNCHEZ LÁZARO, F. G.: *op. cit.*, p. 2.

¹⁷⁰ Al respecto: RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: “El delito de tratamiento médico arbitrario: una propuesta de *lege ferenda*”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19, 2017, pp. 5 y ss.

del paciente o incluso sin su conocimiento, lo que se traduce en una falta de consentimiento¹⁷¹, que puede ser absoluta por no haberse emitido de forma alguna, o incluso en una manifestación viciada, principalmente por la falta de información por parte del profesional médico¹⁷². La gran mayoría de quienes defienden su tipificación, opinan que debe constituirse como un delito de coacciones¹⁷³, y no de lesiones corporales ya que, si el médico actuó conforme a los elementos configuradores del tratamiento concreto, el bien jurídico lesionado no es la integridad física o corporal del paciente, sino su libertad personal¹⁷⁴. Sin embargo, algunas de estas conductas ya resultan punibles, y se precisa una mayor profundización en las cuestiones citadas de necesidad e idoneidad.

Como reacción a estas tendencias, se percibe en los últimos tiempos un comportamiento un tanto paradójico de los profesionales sanitarios, quienes quizá estén abandonando su “ojo clínico”, que no era otro que el basado en sus conocimientos y experiencia, para refugiarse en una medicina defensiva que les otorgue protección frente a posibles denuncias por parte de los pacientes, al considerarlos como potenciales litigantes¹⁷⁵. Es decir, actualmente, los profesionales sanitarios tienden a actuar priorizando su protección ante posibles condenas, por encima de la verdadera ciencia y de lo que creen que deben hacer en aras de lograr curar a sus pacientes, estando más pendientes de lo que estos pueden entender como mal hecho que en lo que deben conseguir. De esta forma, pueden sentirse inclinados a actuar a demanda del usuario, más que siguiendo su propia opinión médica, poniendo a la ciencia en una situación de fragilidad. Como siempre, la situación ideal residiría en el término medio: ni la discrecionalidad de la antigua Medicina ni la postura defensiva de la contemporánea.

La Medicina actual está muy influida por aspectos como el interés económico, el encarnizamiento terapéutico, la cirugía innecesaria, los conflictos de interés, las alteraciones en la aplicación del consentimiento informado, la relación con la industria farmacéutica o el respeto a la confidencialidad, además de los innumerables ensayos e investigaciones clínicas, donde es notoria la colisión entre la Medicina y la ética. En aras

¹⁷¹ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: *op. cit.*, p. 13.

¹⁷² *Idem*, p. 14.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ ROMEO CASABONA, C. M.: “El Médico y el Derecho Penal...”, *op. cit.*, p. 357.

¹⁷⁵ Al respecto véase: CRUZ VALIÑO, A. B. (2020). *Medicina Defensiva: Aspectos sociales, éticos y jurídicos* (Tesis Doctoral). España: Universidad de la Coruña, p. 45 y ss. Disponible en: <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/26648>.

del avance médico, cabe preguntarse si todo ha de estar permitido. Los avances tecnológicos, a pesar de posibilitar una evolución y mejora de las técnicas y métodos curativos, han permitido sobrepasar ciertos límites, tanto legales, como éticos, propiciando la aparición de delitos por manipulación genética para elegir, por ejemplo, el sexo de los bebés, la clonación o la tan actual gestación subrogada. Sin embargo, debemos plantearnos si podemos considerar esto como el futuro de la Medicina y de la ciencia, pues, no hay que olvidar que también en la antigüedad constituía delito la realización de conductas que hoy están totalmente normalizadas.

Pregunta esta última, a la que pretende contribuir el presente trabajo, en este tiempo de incesantes avances tecnológicos, recordando la evolución de nuestro pensamiento, de las cambiantes concepciones sociales y éticas de nuestra sociedad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO ROYANO, F.: “El derecho griego”, *Espacio, Tiempo y Forma. Serie II, Historia antigua*, núm. 9, 1996, p. 119.

ANTÓN ONECA, J.:

- “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 18, núm. 3, p. 490.
- “El Código penal de 1870”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 23, núm. 2, p. 250.

ARBESÚ GONZÁLEZ, V.: “Antecedentes históricos de la responsabilidad civil en cirugía estética”, *D.S.: Derecho y Salud*, vol. 26 (ejemplar dedicado a: XXV Congreso 2016: El avance de las Ciencias de la Salud y las incertidumbres del Derecho), 2016, p. 369-388.

BAJO FERNÁNDEZ, M.: “El secreto profesional en el proyecto de Código Penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 33, 1980, pp. 595-609.

BARCELÓ FERRÉ, I.: “La pena de trabajos forzados en los Códigos penales decimonónicos”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, 2018, p. 578.

BARJA DE QUIROGA, J. / RODRÍGUEZ RAMOS, L. / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, vol. 2, 2022, p. 1059.

BENTABOL MANZANARES, F. (18 y 19 de abril de 2017). *La imprudencia grave en los casos de responsabilidad sanitaria. Referencias jurisprudenciales*. Curso “Responsabilidad sanitaria y la nueva configuración legal de la imprudencia médica”, p. 4.

BELBEY, J.: *Responsabilidad de los médicos*. Santa Fé: Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1957, pp. 148-149.

COBO DEL ROSAL PÉREZ, G.: “El proceso de elaboración del Código penal de 1928”, *Anuario de historia del derecho español*, núm. 82, 2012, p. 561.

CRUZ VALIÑO, A. B. (2020). *Medicina Defensiva: Aspectos sociales, éticos y jurídicos* (Tesis Doctoral). España: Universidad de la Coruña, p. 45 y ss. Disponible en: <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/26648>.

DE LA CUESTA, J. L.: “Introducción al nuevo Código penal español: Líneas directrices y contenido fundamental, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. extraordinario 10, 1997, p. 10.

DEL VALLE ARAMBURU, R.: “Desentrañando la esencia de la lex aquilia. ¿reparación resarcitoria o aplicación de una penalidad?”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, U.N.L.P. (Buenos Aires), 2014, p. 283.

GÓMEZ-ULLATE RASINES, S. (2015). *Derechos Humanos, Bioética y Derechos de los pacientes* (Tesis Doctoral). España: Universidad Nacional de Educación a Distancia, pp. 51-97. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/view/tesisuned:Derecho-Sgomez>

JARAMILLO ANTILLÓN, J.: *Hipócrates: enseñanzas y legados en la medicina moderna*, Ed: EDANASS, San José, Costa Rica, 2022, pp. 21-63.

LAÍN ENTRALGO, P.: *Historia de la Medicina*, Ed. Salvat, Barcelona, 1978, pág. 240.

LARA NAVA, M. D., “Juramento”, “Sobre la Medicina antigua”, “Pronóstico”, “Ley”, en AA.VV. (GARCÍA GUAL, C., Dir.), *Tratados Hipocráticos*, Editorial Gredos, Madrid, 1983, pp. 74-330.

LÓPEZ FÉREZ, J. A.: “Hipócrates y los Escritos Hipocráticos: Origen de la Medicina científica”, *EPOS: Revista de filología*, núm. 2, 1986, p. 161.

MARTÍNEZ PEREDA, J. M.: “La protección penal del secreto médico en el Derecho español”, en *Actualidad Penal*, núm. 10, 1996, p. 157.

MONTIEL, J. P.: en KUDLICH/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO: *Cuestiones actuales del Derecho penal médico*, Marcial Pons, 2017, pp. 57-60.

NEGRETE DORIA, E.F.: “Criterios jurídicos sobre responsabilidad médica en el Derecho Romano”, *Revista electrónica Derecho & Sociedad*, 2019, pp. 51-52.

NUÑEZ PAZ, M. I.: *La responsabilidad de los médicos en Derecho Romano*, Gijón, 1996, pp. 90-130.

ORTIZ CABALLERO, R.: “Estudio sobre la ley: del Fuero Juzgo a la Novísima Recopilación”, *Derecho PUCP*, núm. 42, 1988, p. 126.

PARRA SEPÚLVEDA, DARÍO ANDRÉS: “La evolución ético-jurídica de la responsabilidad médica”, *Acta Bioethica*, vol. 20, núm. 2, 2014, pp. 209-210.

PLATÓN, *Las Leyes*. Edición bilingüe y traducción por PABÓN, J.M. y FERNÁNDEZ-GALIANO, M., Ed. Rústica, Madrid, 1960, p. 118.

REQUEJO NAVEROS, M. T.: “El secreto profesional del médico y su protección jurídico-penal: una perspectiva histórica”, *Foro, Nueva época*, núm. 6, 2007, pp. 160-193.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: “El delito de tratamiento médico arbitrario: una propuesta de *lege ferenda*”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19, 2017, pp. 13-14.

ROMEO CASABONA, C. M.:

- “Evolución del tratamiento jurídico-penal de la imprudencia del personal médico-sanitario”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 13, 2007, pág. 215.
- *El Médico y el Derecho Penal. I. La Actividad Curativa*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 30-357.
- *El Médico ante el Derecho*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1985, p. 16.
- “La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica”, *DS: Derecho y Salud*, vol. 1, núm. 1, 1993, p. 4.

SALAZAR MONTERO, J. P. (2022): *Delimitación de la responsabilidad penal médico-sanitaria en el trabajo de equipo* (Tesis doctoral). España: Universidad Complutense de Madrid, p. 39. Disponible en el Repositorio Institucional de la UCM: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/71539/>.

SAMPEDRO, A., BARBÓN J. J.: “Los ojos en el Código de Hammurabi”, *Archivos de la Sociedad Española de Oftalmología*, Vol. 84, núm. 4, 2009, p. 221.

SÁNCHEZ LÁZARO, F. G. (2023): “¿Violencia obstétrica como hecho punible? Sobre la necesidad e idoneidad de intervención jurídico-penal”, documento inédito, pp. 2-59.

SUÁREZ INCLÁN, R. M.: “Códigos Históricos”, en VVAA, *Deontología, derecho, medicina*, Ed. Rústica Editorial, Madrid, 1977, pp. 15 y ss.

TORRES ABAD, C.: “Historia de la responsabilidad penal”, *Canarias Médica y Quirúrgica*, Vol. 2, núm. 4, 2004, p. 43.