
Derecho y medicina defensiva:
legitimidad y límites de la intervención penal

Grupo de Investigación
Cátedra de Derecho y Genoma Humano
Universidad del País Vasco/EHU

**Derecho y medicina defensiva:
legitimidad y límites
de la intervención penal**

Carlos María Romeo Casabona
Andrea Perin
(Eds.)

Imagen de portada:
Jan Havicksz Steen, *The Sick Woman*, 1663 (fecha estimada)

© Los autores

Editorial Comares, S.L.

Polígono Juncaril

C/ Baza, parcela 208

18220 Albolote (Granada)

Tlf.: 958 465 382

<https://www.comares.com> • E-mail: libreriacomares@comares.com
<https://www.facebook.com/Comares> • <https://twitter.com/comareseditor>
<https://www.instagram.com/editorialcomares>

ISBN: 978-84-9045-897-6 • Depósito legal: Gr. 204/2020

Fotocomposición, impresión y encuadernación: comares

Sumario

<i>Abreviaturas</i>	ix
<i>Prólogo</i>	xi
Carlos María Romeo Casabona y Andrea Perin	
<i>El fenómeno de la medicina defensiva como cuestión político-criminal. ¿Cómo conjugar autonomía y responsabilidad?</i>	1
Andrea Perin	
<i>¿Es oportuna la incorporación al Código Penal del llamado delito de tratamiento médico arbitrario?</i> . . .	25
Carlos María Romeo Casabona	
<i>Trascendencia penal del deber de secreto médico. Especial consideración a la protección de la intimidad genética</i>	59
Pilar Nicolás Jiménez	
<i>Los delitos relacionados con las omisiones del personal sanitario a partir de su regulación en el Código Penal español y la reciente jurisprudencia</i>	75
Iñigo de Miguel Beriain	
<i>Los sistemas de notificación y registro de eventos adversos en la esfera sanitaria desde la perspectiva procesal penal. Particular análisis del modelo español (SiNASP)</i>	93
Asier Urruela Mora y Arantza Libano Beristain	
<i>Imprudencia penal médica. Definición criteriológica de un modelo de imputación deóntico y liberal</i>	117
Andrea Perin	
<i>Bibliografía</i>	149
<i>Autores de la obra</i>	159

Abreviaturas

Art./art.	Artículo
AP	Audiencia Provincial
ACR	Análisis de causas raíz
BGH	Tribunal Supremo Federal Alemán
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
CPE	Código Penal español
CPC	Código Penal chileno
CSRF	Cross-Site Request Forgery
EBM	Evidence based medicine
LAP	Ley de Autonomía del Paciente
LGS	Ley General de Sanidad
LCCSNS	Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud
LECiv	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LIB	Ley de Investigación Biomédica
LO	Ley Orgánica
LOPS	Ley ordenación de las profesiones sanitarias
NPSA	Agencia Nacional para la Seguridad del Paciente
NRLS	Sistema Nacional de Información y Aprendizaje
PG	Parte General
PE	Parte Especial
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
SAC	Código de Evaluación de la Gravedad
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo Español
SiNASP	Sistema de Notificación y Aprendizaje para la Seguridad del Paciente
TRHA	Técnicas de Reproducción Humana Asistida
TS	Tribunal Supremo español
XXS	Cross-Site scripting

La progresiva implementación de la llamada medicina personalizada y de precisión, además de la cada vez mayor estandarización y automatización de las prácticas clínicas en las últimas décadas, están suponiendo cambios en el modo de afrontar la asistencia sanitaria en diferentes aspectos, lo que, a su vez, genera nuevos retos y también algunas incertidumbres y preocupaciones.

En este contexto, la necesidad de otorgar una protección jurídica calificada a ciertos bienes jurídicos y derechos fundamentales de los pacientes —en particular, la vida, la salud psico-física y la autodeterminación terapéutica—, requiere la imposición a los médicos de deberes idóneos para asegurar su correcto ejercicio. De ahí, la atribución del deberes de cuidado cuyo incumplimiento puede suponer la imputación de la responsabilidad penal por los «eventos adversos» causados o no evitados por el médico, según las circunstancias; la previsión del deber de informar al paciente acerca de las opciones terapéuticas disponibles y los riesgos que éstas conllevan, para permitirle ejercer el derecho de prestar su consentimiento (libre e informado, por definición) al tratamiento médico; la regulación del deber de secreto, basado en el derecho a la intimidad de las personas, y —por el contrario— del deber de informar, no obstante la renuncia del paciente a recibir cierta información, cuando el ejercicio de este derecho pueda afectar a la salud del propio paciente, de terceros o de la colectividad; entre otras incumbencias.

Ante el incumplimiento de estos y otros deberes —sobre los que se centrarán, en particular, las contribuciones de Carlos María Romeo Casabona, Pilar Nicolás e Iñigo de Miguel—, el Derecho puede responder por medio de sanciones cuya amenaza y aplicación debería reflejar la indicada exigencia de protección. Sin embargo, en ocasiones, por una suerte de heterogénesis de los fines, la intervención del derecho sancionador puede favorecer, al contrario, un menor nivel de protección. En efecto, durante las últimas décadas, el ejercicio de la actividad médica ha sido objeto de una judicialización progresiva que indudablemente ha favorecido el fenómeno de la «medicina defensiva», esto es, la tendencia de los profesionales de la salud, condicionados por el temor a

verse denunciados y condenados por mala praxis, a desviarse del criterio teleológico del mejor resultado para el paciente, actuando en cambio conforme al objetivo principal de disminuir el riesgo de incurrir en algún tipo de responsabilidad. Este temor, además de generar una quiebra en la confianza entre médico y paciente, puede suponer también perjuicios psicológicos para aquél y, en general, fomentar peores condiciones para el ejercicio profesional —incluso el mal uso de los recursos materiales de los sistemas de salud—, y por ello mayores probabilidades que se comentan errores y se realicen eventos adversos en perjuicio de los derechos de los pacientes.

Ante este panorama, los legisladores nacionales han tratado de reformular su intervención sancionadora, precisamente con el objetivo de evitar que el Derecho favorezca o induzca la realización de prácticas médicas con propósito defensivo. No obstante, como se verá en la primera aportación de Andrea Perin a esta obra, los resultados de dichos intentos no siempre han estado a la altura de las expectativas, no garantizando niveles adecuados de seguridad jurídica y pudiendo perjudicar a la libertad terapéutica —de método y tratamiento— que debería subyacer a la selección de las estrategias diagnósticas y terapéuticas.

Estas premisas llevan a evaluar estrategias sustantivas y procesales idóneas para conjugar, por una parte, la protección de los derechos de los pacientes, y por otra, las mejores condiciones para el ejercicio de la actividad médica, desde la perspectiva de los profesionales. En ambos casos, cobra una especial importancia el principio de autonomía, siendo la autonomía en juego, y potencialmente vulnerada, no solo la que se manifiesta en el derecho a la autodeterminación terapéutica del paciente, sino también la que asegura el desarrollo y la evolución de las prácticas clínicas, en el marco del acuerdo terapéutico entre médico y paciente.

En este sentido, «autonomía» y «responsabilidad» aparecen como principios en ocasiones antinómicos. El desafío consistió entonces en tratar conjugarlos, acudiendo a estrategias dogmáticas, como las planteadas por Carlos Romeo Casabona, quien se centrará en las cuestionadas propuestas de introducción del delito de tratamiento médico arbitrario; Asier Urruela y Arantza Libano, a propósito de la implementación de los sistemas de registro y notificación de eventos adversos y las medidas procesales idóneas para asegurar su función preventiva; y Andrea Perin, cuya segunda aportación, que cierra esta obra, plantea una definición criteriológica de la imprudencia médica penalmente punible.

Cabe destacar que la presente publicación tiene su origen en un seminario, codirigido por los editores de esta monografía, que con el título *El derecho penal ante la medicina defensiva* se celebró en la Facultad de Derecho (Sección Bizkaia) de la Universidad del País Vasco / EHU, el día 21 de febrero de 2018, siendo este trabajo el resultado final del esfuerzo posterior de los ponentes, que han adaptado sus participaciones de entonces a las exigencias propias de la publicación académica. La actividad contó con el apoyo institucional de la Facultad de Derecho, y el económico de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica del Gobierno de Chile (CONICYT),

que a través del su programa Fondecyt financia el proyecto de investigación en cuyo marco se tomó esta iniciativa (Proyecto Fondecyt Iniciación N° 11170924).

Finalmente, queremos subrayar que tanto el éxito del seminario como la consecución de la presente publicación son tributarios, como en otras ocasiones, de la contribución institucional del G.I. Cátedra de Derecho y Genoma Humano, además de la eficiente y fructífera colaboración de sus miembros y de sus colaboradores externos que, después de haber vivido una etapa fundamental de formación académica en su centro de investigación, se desempeñan ahora en otras universidades y, en algún caso, en otros países.

En Bilbao y Santiago de Chile, septiembre de 2019

CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA y ANDREA PERIN