

39

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

Enero 2017

39

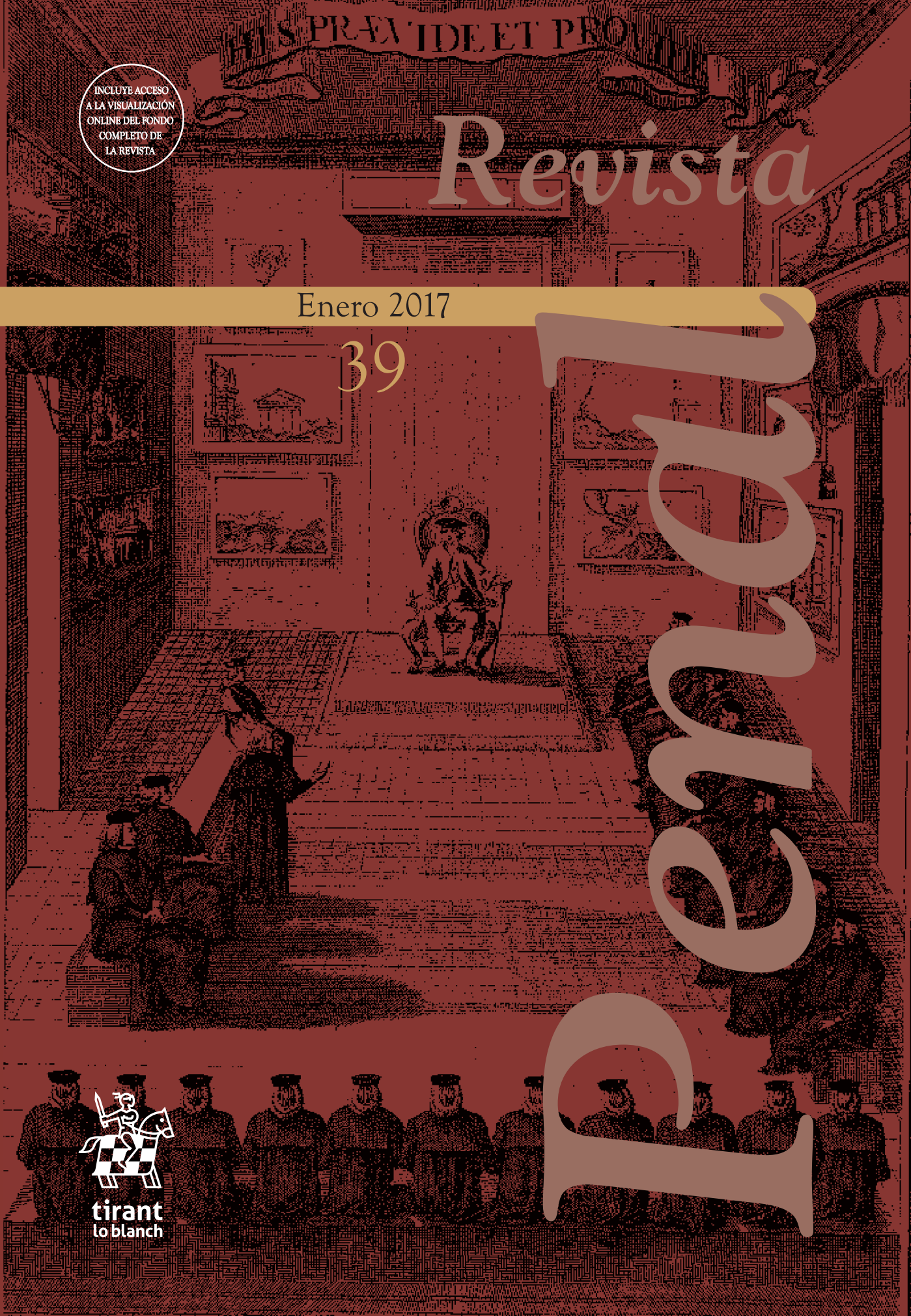
Revista Penal

Enero 2017



Revista

Penal



Revista Penal

Número 39

Sumario

Doctrina:

- Caso *Rwabukombe*: interpretación del Tribunal Supremo Federal alemán de la (co)autoría y la intención de destruir en el genocidio, por *Kai Ambos* 5
- Política criminal y terrorismo en el Reino de España: ¿tiempos nuevos o *déjà vu*?, por *David Castro Liñares* 16
- Sobre la delimitación entre el delito de blanqueo de capitales del art. 301.1 CP y la participación por título lucrativo del art. 122 CP: una primera aproximación, por *Juana del Carpio Delgado* 31
- Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional en el CP español: referencia especial a la inhabilitación profesional médica, por *Javier de Vicente Remesal* 50
- A vueltas con el bien jurídico protegido en el art. 290 CP, por *Paz Francés Lecumberri* 66
- Artículo 76.2 CP: una evolución jurisprudencial aún inacabada, por *Manuel Gallego Díaz* 78
- Responsabilidad penal y responsabilidad política: elementos para la diferenciación y la confluencia, por *Mercedes García Arán* 95
- ¿Es posible la comisión imprudente del delito de falsificación de documentos públicos cometido por funcionario? Hacia una clarificación del tipo subjetivo del artículo 250 CP cubano, por *Dayan G. López Rojas* 113
- La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos, por *Elena Núñez Castaño* 125
- El derecho de la víctima a ser informada en el sistema penal español, por *Natalia Pérez Rivas* 154
- Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 2015: artículos 197, 197 bis, 197 ter, 197 quáter, 197 quinquies y 198, por *María del Valle Sierra López* 174
- Los círculos restaurativos como complemento de la justicia, por *Rocío Zafra Espinosa de los Monteros* 200

Sistemas penales comparados: La administración desleal de patrimonio ajeno (Embezzlement) 216

Jurisprudencia: Un nuevo despropósito jurídico en el caso *Prestige*: ahora el Tribunal Supremo (comentario a la STS nº 865/2015, Sala Segunda, de lo penal, de 14 de enero de 2016), por *Carlos Martínez-Buján Pérez* 256

Noticias: VIII Foro Internacional sobre Delincuencia y Derecho Penal en la Era Global (Beijing- octubre 2016), por *Miguel Abel Souto* 284



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad de Salamanca

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Jia Jia Yu (China)	Frederico Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Luigi Foffani (Italia)	Pamela Cruz (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional en el CP español: referencia especial a la inhabilitación profesional médica

Javier de Vicente Remesal

Revista Penal, n.º 39 - Enero 2017

Ficha Técnica

Autor: Javier de Vicente Remesal

Title: Critical review of the requirement, nature and scope of professional disqualification in the Spanish Penal Code, especially in the medical field.

Adscripción: Catedrático de Derecho penal (Universidad de Vigo)

Sumario: I. Introducción. 1. La regulación legal. 2. Planteamiento de los problemas. II. El concepto imprudencia profesional y el carácter preceptivo o potestativo de la inhabilitación profesional como pena principal. 1. El concepto imprudencia profesional en la doctrina y en la jurisprudencia. 2. Toma de posición sobre la imprudencia profesional: el concepto imprudencia grave —en lugar de imprudencia profesional— como referencia más adecuada y suficiente. 3. Toma de posición sobre el carácter preceptivo o potestativo de la inhabilitación profesional como pena principal. III. El problema del alcance de la pena de inhabilitación profesional médica. 1. La incuestionabilidad del alcance de la pena de inhabilitación profesional en el ámbito médico para la doctrina y la jurisprudencia. 2. Toma de posición: la posibilidad y, según los casos, procedencia de restringir la pena de inhabilitación profesional médica al ejercicio de una especialidad o actividad. IV. Propuesta *lege ferenda* y conclusiones: la teoría aplicada a los casos y ejemplos de referencia.

Resumen: En este trabajo se analizan críticamente tres cuestiones centrales referidas a la pena de inhabilitación profesional, y especialmente en el ámbito médico. Primera: la exigencia de imprudencia profesional para poder aplicar la pena de inhabilitación profesional; (se propone la supresión de dicho concepto del Código Penal). Segunda: el carácter preceptivo de la pena de inhabilitación profesional como pena principal; (se propone en su lugar el carácter potestativo o facultativo). Tercera: en el ámbito médico, el alcance de la pena de inhabilitación profesional se entiende prácticamente siempre como inhabilitación para el ejercicio de la profesión médica en general; (se propone que en determinados casos debe aplicarse sólo como inhabilitación para el ejercicio de la especialidad, o incluso para un cometido concreto dentro de dicha especialidad).

Palabras clave: pena, medida de seguridad, inhabilitación profesional, imprudencia profesional, profesión médica, especialidad médica.

Abstract: This paper critically analyzes three main issues related to the sentence of professional disqualification, and, especially in the medical field. Firstly: the requirement of professional recklessness to be able to give the sentence of professional disqualification; (a proposal is made to withdraw this concept from the Penal Code). Secondly: the obligatory nature of the sentence of professional disqualification as a main sentence (Instead of this, it is proposed to have an optional or facultative nature). Thirdly: in the medical field, the scope of the sentence of professional disqualification is nearly always understood as a disqualification from practicing the medical profession overall; (it is proposed that, in certain cases, it should only be applied as disqualification from the practice of the medical specialty, or even from a specific task within this specialty).

Key Words: Sentence, security measure, professional disqualification, professional recklessness, medical profession, medical specialty

Observaciones: El presente trabajo se ha realizado en el marco de los proyectos de investigación «Responsabilidad penal de personas físicas y jurídicas en el ámbito empresarial, económico, laboral y de los mercados (II)» (Referencia: DER2014-58546-R, Ministerio de Economía y Competitividad), del que es investigador principal el Prof. Dr. Diego-Manuel Luzón Peña y «Principios y garantías penales: sectores de riesgo» (MINECO, DER2016-76715-R) del que es investigador principal el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo.

Rec: 1-11-2016 **Fav:** 16-11-2016

I. INTRODUCCIÓN

1. La regulación legal

El Código Penal español prevé la pena de inhabilitación profesional como pena principal en un gran número de delitos, algunos de los cuales son de posible y especial comisión en el ejercicio de la profesión médico-sanitaria.

La práctica totalidad de los hechos que se cometen y en su caso enjuician en dicho ejercicio son imprudentes, para los cuales, cuando se considera que encajan en la referencia típica imprudencia profesional, el tipo prevé la pena de inhabilitación profesional con la expresión genérica de *inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo*. Así, el homicidio (142.1 pfo. 4º), aborto (146 en relación con 144-145 bis), lesiones (152.1 etc. 147-151) y lesiones al feto (158 etc. 157). A ellos me referiré fundamentalmente en este trabajo.

Por el contrario, en los correspondientes delitos dolosos, mientras en algunos casos no se contempla en el tipo la inhabilitación profesional como pena principal (homicidio, lesiones), en otros se contempla, o bien extendiéndola expresamente al ejercicio de la profesión médica en general (así, en determinadas modalidades de aborto y en las lesiones dolosas al feto), o bien con la mencionada referencia genérica a la inhabilitación profesional¹.

Volviendo a los mencionados delitos imprudentes, resulta excluida la previsión de la inhabilitación profesional como pena principal en los casos de imprudencia menos grave² (en el aborto, porque con dicha impru-

dencia ya no constituye delito; en el homicidio, porque da lugar a la pena de multa de tres meses a dieciocho meses, y en las lesiones a una pena de multa de tres meses a doce meses), y por supuesto en los de imprudencia leve, que sólo puede dar lugar a responsabilidad extrapenal. Pero también queda excluida en los casos de imprudencia grave no constitutiva de imprudencia profesional.

Por otra parte, el CP también prevé la inhabilitación profesional como pena accesoria³, pues a tenor del art. 56 es una de las que llevan consigo las penas de prisión inferiores a diez años. Y en relación con los delitos imprudentes mencionados, esto se produce cuando concurre imprudencia grave.

Así, en el homicidio (pena de prisión de uno a cuatro años), en el aborto (pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses), en las lesiones (pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses, si se tratare de las lesiones del apartado 1 del artículo 147; pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149; pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratare de las lesiones del artículo 150) y en las lesiones al feto (pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses).

Finalmente, el CP también contempla la posibilidad de imponer la inhabilitación profesional como medida de seguridad (96.3.1ª) bajo determinadas condiciones y previa concurrencia de ciertos requisitos (95 y 107). Pero esta alternativa será excepcional en el marco del ejercicio de la profesión médica, habida cuenta de que sólo puede recurrirse a ella cuando no sea posible imponer la inhabilitación como pena por encontrarse el sujeto en alguna de las situaciones previstas en los nú-

1 Por lo demás, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes dicha pena de inhabilitación profesional se contempla conjuntamente con otras, privativas de libertad o multa.

2 Dejo ahora de lado cualquier cuestionamiento al respecto. Cfr. LANZAROTE MARTÍNEZ, P. (2015), *El nuevo delito de imprudencia menos grave en la reforma del Código Penal de 2015* Diario La Ley, Nº 8600, Sección Doctrina, 8 de Septiembre de 2015, Ed. La Ley, p. 1-19; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2015), *Circular 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015*.

3 Cuando, no imponiéndolas especialmente, la Ley declare que otras penas las llevan consigo (art. 54), en cuyo caso tendrá la duración que respectivamente tenga la pena principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos de este Código (33. 6).

meros 1º, 2º y 3º del artículo 20 —esto es, de exención de responsabilidad criminal por enajenación mental o trastorno mental transitorio, intoxicación y alteraciones en la percepción—, lo cual es afortunadamente extraño que concurra en el ejercicio de la profesión médica.

La situación es claramente distinta en aquellos ordenamientos jurídicos que prevén la inhabilitación profesional sólo como medida de seguridad, aplicable también a los sujetos culpables. Así, por ejemplo, en los §§ 70, 70 a) y 70 b) del StGB alemán, o en los arts. 100-103 del CP portugués.

En el StGB la inhabilitación profesional (*Berufsverbot*) se regula como medida de seguridad en los §§ 70 (imposición de la inhabilitación profesional), 70a (suspensión de la inhabilitación profesional) y 70b (revocación de la suspensión y terminación o conclusión de la inhabilitación profesional).

Los presupuestos esenciales para la imposición de la inhabilitación profesional se contemplan del siguiente modo en el § 70 (1) StGB: si alguien ha sido condenado por un hecho antijurídico cometido con abuso de su profesión u oficio, o infringiendo gravemente los deberes relativos a los mismos, o si no lo ha sido porque fue probada o no puede excluirse su inimputabilidad, entonces el tribunal puede prohibirle el ejercicio de la profesión, de la especialidad, del oficio o de la rama industrial por un tiempo de uno a cinco años⁴, cuando la valoración conjunta del autor y del hecho permita reconocer que el autor cometerá hechos punibles relevantes de la clase de los señalados en caso de un ulterior ejercicio de la profesión, especialidad, oficio o rama industrial. La inhabilitación profesional puede ordenarse para siempre cuando se cuenta con que el plazo máximo legal no sea suficiente para la defensa del peligro que emane del autor. Mientras la prohibición sea efectiva, el autor tampoco puede ejercer la profesión, la especialidad, el oficio o la rama industrial, para otra persona distinta de aquella para la que la había ejercido, así como tampoco a través de una persona dependiente de sus instrucciones⁵.

En el § 70a StGB se regula la suspensión de la inhabilitación profesional. Si tras la imposición de la inhabilitación profesional hay razones suficientes para aceptar que ya no existe el peligro de que el autor cometa hechos antijurídicos relevantes de los señalados en el § 70 inciso primero, entonces el tribunal puede suspender la prohibición por libertad condicional⁶ (entendida ésta aquí no como recuperación de libertad de movimientos, sino de ejercicio profesional). Para ello es preciso que la prohibición haya durado como mínimo un año, teniéndose en cuenta a estos efectos, en su caso, el tiempo de prohibición provisional del ejercicio de la profesión⁷.

Finalmente, el § 70b StGB regula la revocación de la suspensión y la terminación o conclusión de la inhabilitación profesional.

El tribunal revocará la suspensión de la inhabilitación profesional en los siguientes supuestos: cuando el condenado cometa un hecho antijurídico durante el periodo de libertad condicional, abusando de su profesión o de su oficio o infringiendo gravemente los deberes relativos a los mismos; cuando incumpla gravemente o de forma constante una orden; y cuando se sustraiga reiteradamente a la vigilancia y dirección del asistente de libertad condicional y de ello resulte que el fin de la inhabilitación profesional requiera una aplicación posterior⁸. Asimismo, el tribunal también revocará la suspensión de la inhabilitación profesional cuando circunstancias del autor, que sólo han llegado a conocerse durante el periodo de libertad condicional y que habrían conducido a la negación de la suspensión, muestren que el fin de la medida requiere una continuación de la prohibición de ejercer la profesión⁹. Concluido el periodo de libertad condicional el tribunal declarará cumplida la inhabilitación profesional¹⁰. Según el § 70 (2) StGB el tiempo de la inhabilitación profesional provisional reducirá el mínimo del periodo de por el que se impone la inhabilitación profesional definitiva, pero no se permite que sea inferior a tres meses.

4 Según el § 70 (2) StGB el tiempo de la inhabilitación profesional provisional reducirá el mínimo del periodo de por el que se impone la inhabilitación profesional definitiva, pero no se permite que sea inferior a tres meses.

5 § 70 (3) StGB.

6 § 70a (1) StGB.

7 § 70a (2) StGB. Pero no se tendrá en cuenta el tiempo que el autor ha estado custodiado por una orden oficial en un establecimiento.

8 § 70b (1) StGB.

9 § 70b (2) StGB.

10 § 70b (5) StGB. Por otra parte, dispone el § 70b (3) que el periodo de suspensión de la inhabilitación profesional no se tendrá en cuenta en el plazo de prohibición. Y el § 70b (4), que los servicios prestados por el condenado para el cumplimiento de las ordenes o compromisos no se restituirán.

En términos semejantes, el art. 100 CP portugués, relativo a la interdicción de actividades, dispone que quien fuere condenado por un delito cometido con grave abuso de la profesión, comercio o industria que ejerza, o con grosera violación de los deberes inherentes, o fuere absuelto de dicho delito por falta de imputabilidad, será inhabilitado para el ejercicio de la respectiva actividad cuando, en atención al hecho realizado y a la personalidad del sujeto, hubiera fundado recelo de que podría cometer otros hechos de la misma clase. El periodo de inhabilitación o interdicción se fija entre 1 y 5 años, pero puede ser prorrogado por otro periodo de hasta tres años si, finalizado el plazo fijado en la sentencia, el tribunal considera que aquél no fue suficiente para remover el peligro que fundamentó la medida. El decurso del periodo de interdicción se suspende durante el tiempo en que el agente estuviese privado de libertad a consecuencia de una medida coercitiva procesal, pena o medida de seguridad. Si la suspensión dura 2 años o más, el tribunal reexamina la situación que fundamentó la aplicación de la medida, confirmando o revocándola.

2. Planteamiento de los problemas

Las cuestiones centrales que voy a tratar aquí son, por una parte, la exigencia de imprudencia profesional (por su referencia expresa en el tipo) y el carácter preceptivo de la pena de inhabilitación profesional como pena principal, y, por otra parte, el alcance de la misma, que habitualmente se entiende como inhabilitación para el ejercicio de la profesión médica en general.

2.1. La exigencia de imprudencia profesional y el carácter preceptivo de la pena de inhabilitación profesional como pena principal

En lo que se refiere a la imprudencia profesional y al carácter de la pena, sobre la base de la regulación vigente, en los hechos imprudentes, que son la práctica totalidad de los hechos punibles cometidos en el ejercicio de la profesión médica, el factor determinante para la imposición de la pena de inhabilitación profesional como pena principal es —como se ha indicado— que la imprudencia grave cometida por el facultativo sea calificada de imprudencia profesional.

Cuando la imprudencia se califica de grave —pero sin considerarla imprudencia profesional— la pena de inhabilitación profesional puede aplicarse —sola o

conjuntamente con otra u otras— como pena accesoria por el tiempo de la condena.

En todos los casos de responsabilidad penal médica en que la jurisprudencia ha apreciado imprudencia profesional se ha impuesto como pena principal, aparte de otras, de forma ineludible la de inhabilitación profesional, por tener ésta en tales casos, de acuerdo con la regulación vigente, carácter preceptivo en el tipo.

Frente a esto resulta cuando menos significativo que al propio tiempo el CP contemple asimismo, como veremos, tipos penales que incluso siendo dolosos prevén la imposición de dicha pena, como principal, con carácter facultativo o potestativo.

Sabemos igualmente que el art. 56, referido a las penas accesorias, aunque contempla también dicha pena con carácter preceptivo, no implica sin embargo su ineludible imposición («impondrán ... alguna o algunas»), pues para ello es preciso que el juez o tribunal, aparte de atender a la *gravedad del delito*, determine expresamente en la sentencia la vinculación y *relación directa del hecho con la profesión*.

Por otra parte —en consonancia con la lógica de que si hay que motivar la pena de inhabilitación profesional cuando se impone como accesoria, con igual o mayor motivo habrá que motivarla cuando se impone como principal—, el art. 45, que rige tanto para las penas principales como para las accesorias, establece que la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, que priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena, *ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia*.

Lo que dejamos planteado en este momento es:

- a) si se considera adecuado que la pena de inhabilitación profesional como pena principal haya de tener carácter preceptivo y que la referencia a la imprudencia profesional (que es un criterio difuso por asentarse en un concepto artificioso) tenga que ser el presupuesto determinante de dicha pena;
- b) o, por el contrario, si sería más acertado suprimir dicho concepto y otorgar a aquella pena en el tipo carácter facultativo o potestativo, como ocurre en otros tipos penales, y además dolosos, (y como prevé el citado § 70 StGB, aunque no como pena, sino como medida de seguridad).

Son muy significativos los datos que se extraen de la jurisprudencia sobre la dimensión y el tratamiento de esta cuestión¹¹. Una aproximación estadística sobre

11 Los datos estadísticos que aquí se recogen son fruto del Proyecto de Investigación Responsabilidad de personas físicas y jurídicas en el ámbito médico-sanitario: estrategias para la prevención de errores médicos y eventos adversos, DER2011-22934, del Ministerio

la cuantificación de los casos en que se apreció imprudencia profesional en el ámbito médico es la siguiente:

- de un total de 140 casos de errores médicos que llegaron a los tribunales en el periodo 2003-2014, se apreció imprudencia profesional en 21 casos, distribuidos de la siguiente forma: 7 (de 40 casos de resultado muerte), 10 (de 46 casos con resultado de lesiones físicas o psíquicas), y 4 (de 24 casos con resultado de secuelas físicas o psíquicas).
- incluso en casos muy semejantes —como son los de errores debidos a aplicación de cirugía en lugar equivocado— el tipo de imprudencia apreciada fue muy dispar. Por ejemplo, del referido total de 140 casos de errores médicos se incurrió en 9 de ellos en dicho error, en los cuales, sin embargo, la calificación de la imprudencia apreciada fue la siguiente: imprudencia profesional: 4 (algunos de ellos calificados de imprudencia grave o leve en 1ª instancia); imprudencia grave: 3; imprudencia leve: 2.
- por otra parte, se produjeron asimismo significativas discrepancias de calificación sobre un mismo caso en diferentes instancias. Tomando como referencia sólo las sentencias más recientes, de los años 2013 y 2014, llegaron en ese periodo a los tribunales penales 35 casos relativos a errores médicos (en cirugía, anestesia y obstetricia/ginecología). En 12 de ellos se planteó en el recurso la apreciación de imprudencia profesional, y el resultado es el siguiente: A) coincidencia en la calificación de imprudencia profesional tanto en 1ª como en 2ª instancia: 3/12. B) calificaciones discrepantes sobre la calificación de imprudencia profesional: 9/12. En 7 de esos 9 casos se apreció imprudencia profesional en 1ª instancia (de ellos, en apelación, se calificó de imprudencia leve en 1 caso; y se absolvió en los 6 restantes). Por el contrario, en los 2 casos restantes de los 9, en los que se apreció imprudencia profesional en 2ª instancia, en ninguno de ellos se había apreciado imprudencia grave en 1ª instancia, sino imprudencia leve en ambos.

2.2. El alcance de la pena de inhabilitación profesional médica

En lo que se refiere al alcance de la pena, en el marco de los delitos más susceptibles de comisión en el

ejercicio de la profesión médica, la referencia legal habitual —de «inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo»— se entiende, salvo en muy pocas excepciones, como inhabilitación para el ejercicio de la profesión médica en general, y no, por lo tanto, restringida al ejercicio de una especialidad o a la realización de una actividad o cometido concreto.

Lo que corresponde analizar es:

- a) si en atención a los criterios que se consideren adecuados y de acuerdo a los fines de la pena es necesario que la inhabilitación profesional afecte en todo caso al ejercicio de la profesión médica en general,
- b) o si, por el contrario, dichos fines pueden considerarse, según los casos, suficientemente cumplidos con la inhabilitación profesional restringida a una especialidad o actividad médica concreta, en cuyo caso la prohibición general sería una extralimitación inaceptable desde el punto de vista de los fines de la pena y en particular contradictorio con el principio de proporcionalidad.

Otra cuestión importante en el ámbito médico y en el marco de la ejecución de la pena de inhabilitación profesional —que sólo dejó planteada— es la de las posibles consecuencias contraproducentes de la pena de inhabilitación profesional médica después de su cumplimiento, es decir, la idoneidad de dicha pena para la prevención de una mala praxis en el futuro. Pues si bien es cierto que la previsión y aplicación de dicha pena responde a su finalidad preventiva, no lo es menos que la forma de ejecución asociada a su carácter de pena puede dar lugar, tras su cumplimiento, a efectos contrarios a los pretendidos, en cuanto la actividad médica (a diferencia de otras actividades, o en mayor medida) requiere una actualización constante de conocimientos y habilidades, impedido o dificultado por el cumplimiento de la pena de inhabilitación profesional. Permitir que un médico vuelva a ejercer después de varios años inhabilitado es, aparte de peligroso, una contradicción con la exigencia de actualización de conocimientos —teóricos y prácticos— en cuyos déficits radica con frecuencia la infracción del deber objetivo de cuidado.

Para el análisis de estas cuestiones vamos a servirnos de los siguientes ejemplos:

Ejemplo 1: El cirujano uno practica a la paciente, en contra de su consentimiento, una ligadura de trompas (*salpingectomía*) porque considera que es el método

más eficaz para evitar los muy probables y graves peligros que se derivarían de futuros embarazos.

Ejemplo 2: A pesar de ser consciente de que la cirugía laparoscópica del cáncer nasofaríngeo o de *cavum* es extremadamente complicada y requiere una demostrada experiencia, el temerario médico dos, a pesar de su aún corta vida profesional, decide llevar a cabo dicha cirugía por primera vez. Por la mala ejecución de la intervención la paciente muere un mes más tarde, durante el cual quedó además ciega por haberle dañado el médico el nervio óptico.

Ejemplo 3: Por una interpretación errónea de las radiografías, el médico tres hace un diagnóstico equivocado, que da lugar a un tratamiento que causa la muerte del paciente.

Ejemplo 4: El médico cuatro es procesado por abusos sexuales a menores cometidos durante los reconocimientos médicos efectuados en un colegio de enseñanza primaria. O un médico es procesado por haber abusado sexualmente de algunas de sus pacientes durante la consulta médica.

Ejemplo 5: El ginecólogo cinco, de reconocidísimo prestigio por sus certeros diagnósticos y gran habilidad en las intervenciones quirúrgicas, empieza a notar que está afectado de Parkinson. A pesar de ello sigue actuando como cirujano y en una de sus intervenciones causa graves lesiones a una paciente por el impreciso uso del bisturí debido al Parkinson.

II. EL CONCEPTO IMPRUDENCIA PROFESIONAL Y EL CARÁCTER PRECEPTIVO O POTESTATIVO DE LA INHABILITACIÓN PROFESIONAL COMO PENA PRINCIPAL

1. El concepto imprudencia profesional en la doctrina y en la jurisprudencia

El significado del concepto imprudencia profesional es discutido desde el punto de vista teórico en la doctrina y de imposible comprensión en la jurisprudencia a la vista de los argumentos que ésta esgrime para tratar de fundamentarlo.

La discusión doctrinal —que tiene su origen en el CP 1944, que preveía en el art. 565 subtipos cualificados de los delitos de homicidio o lesiones graves cuando

se hubiesen producido *a consecuencia de impericia o negligencia profesional*— se centra, al igual que las posiciones de la jurisprudencia (y en gran medida como consecuencia de éstas), fundamentalmente en si la impericia y la negligencia profesional son conceptos coincidentes o distintos y en si por eso es necesario (pero a la vez posible y justificado) distinguir entre imprudencia profesional e imprudencia del profesional.

Mientras un sector considera que la imprudencia profesional es una cualificación de la imprudencia grave por impericia profesional¹², otro sector introduce en esa cualificación no sólo la impericia profesional, sino también la negligencia profesional¹³. Esta segunda línea interpretativa es la correcta.

La imprudencia profesional no puede restringirse a la impericia del profesional, sino que comprende tanto la mala praxis derivada de los déficits en conocimientos teóricos y/o prácticos, como la mala praxis en sí misma aun concurriendo los adecuados conocimientos para realizarla de acuerdo con la *lex artis*. La impericia es una modalidad de la imprudencia o negligencia profesional¹⁴. Como veremos en los ejemplos de referencia, existen casos de negligencia profesional que nada tienen que ver con déficits de conocimientos.

Por otra parte, la doctrina se ocupado de forma amplia y proliza en la delimitación entre imprudencia profesional e imprudencia del profesional, coincidiendo en muchos casos en dicha diferenciación es muy difícil y casi impracticable.

Sin embargo, desde la posición que mantengo, esa diferenciación no sólo es discutible desde el punto de vista político criminal, sino que además carece de relevancia. La imprudencia profesional es sencillamente la que se comete en el ejercicio de la profesión y por tanto no diferenciable de la imprudencia del profesional. Lo verdaderamente decisivo —y suficiente— a los efectos de la imposición de la pena de inhabilitación profesional no es que el sujeto que realiza el hecho haya de ser un profesional, sino el grado de gravedad (o temeridad) del hecho que comete y, en atención a las circunstancias concurrentes, el significado del mismo como fundamento para la imposición de la pena de inhabilitación profesional. Si el hecho en el que ha concurrido imprudencia grave se ha realizado en el ejercicio de la pro-

12 Cfr. MIR PUIG, S. *Derecho Penal, Parte General*, 10ª ed. 2ª reimpresión corregida. Ed. Reppertor. Barcelona, agosto 2016, 11/30-31.

13 Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, 18/73-75.

14 En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo*. Derecho y Salud, Vol. 2, enero-diciembre 1994, p. 41-58: «La impericia de un profesional es, pues, una modalidad evidente de negligencia profesional» (55).

fesión, el problema de la imposición de inhabilitación profesional habrá que resolverlo desde la perspectiva de la pena, desde su merecimiento y necesidad, tanto en relación con la imposición en sí misma como en su extensión a la profesión en general o restringida a una especialidad o actividad concretas. Por eso y para eso considero necesario la eliminación del concepto imprudencia profesional de los tipos que la contemplan y asimismo la previsión facultativa —y no preceptiva— de la pena de inhabilitación profesional en dichos tipos imprudentes.

El significado del concepto imprudencia profesional es sencillamente de imposible comprensión a partir de la jurisprudencia. Quizá se deba a que se trata, como ella misma advierte acertadamente¹⁵, de una distinción artificial. La imprudencia profesional resulta indiferenciable de la imprudencia grave a tenor de lo que sobre ésta entiende en muchos casos la jurisprudencia¹⁶. Asimismo, aunque pretende convertir el concepto impericia profesional en el elemento diferenciador de la imprudencia profesional frente a la imprudencia del profesional, no consigue sin embargo definirlo ni tampoco delimitar ambos artificiosos tipos de imprudencia. Poco ayuda a aclarar el problema el afirmar que la imprudencia profesional no se aplica a cualquier persona que realice actos específicos de una determinada profesión, sino que es preciso e imprescindible que el autor del hecho imprudente sea un profesional de la actividad, que desarrollaba en el momento de incurrir en la infracción punible. Otro tanto cabe decir respecto de la afirmación de que imprudencia profesional es la impericia profesional, de forma que la imprudencia sin impericia no es imprudencia profesional¹⁷. Prueba de ello es que muchas otras sentencias rechazan esta idea¹⁸.

O, por poner un ejemplo, la jurisprudencia suele apreciar siempre imprudencia profesional en los casos de errores consistentes en equivocación de órgano o miembro (rodilla, riñón, etc.), cuando lo cierto es que

dichos errores no radican prácticamente nunca en la impericia del médico.

Finalmente, en otros casos se comprueba que la jurisprudencia es contradictoria a la hora de aplicar sus propios criterios para distinguir la imprudencia profesional de la imprudencia del profesional¹⁹. No es de extrañar, por consiguiente, que en este campo de sutilezas y artificios, muchas sentencias acaben reconociendo, acertadamente, que es preciso recurrir a diversos criterios conjuntamente con (o aparte de) la impericia o ineptitud para calificar de profesional la imprudencia.

En conclusión, es imposible extraer de la jurisprudencia una mínimamente clara y satisfactoria diferenciación no sólo entre la imprudencia profesional y la imprudencia del profesional, sino incluso ya respecto de la imprudencia grave. Y por tanto se cae de suyo que la imprudencia profesional no puede constituir el concepto típico de referencia para la previsión y aplicación de la pena de inhabilitación profesional.

2. Toma de posición sobre la imprudencia profesional: el concepto imprudencia grave —en lugar de imprudencia profesional— como referencia más adecuada y suficiente

La imprudencia grave es referencia adecuada y suficiente a los efectos de previsión e imposición de la inhabilitación profesional como pena principal cuando aquélla se comete en el ejercicio de la profesión.

La referencia legal a la imprudencia profesional no sólo es —como se ha indicado— demostradamente perturbadora e inadecuada a esos efectos, sino también legalmente innecesaria. A la vista de lo que dispone el CP no es necesaria ni determinante porque dicha pena con tal carácter también se prevé no sólo en muchos delitos dolosos (ya sea tipificados como delitos comunes, ya sea restringiendo el círculo de posibles autores), sino también en algunos delitos imprudentes, que, por

15 SAP Castellón, 4-12-2013. ARP\2013\1462.

16 Cfr. SAP Sevilla, 10-12-2008, ARP\2009\723; SAP Castellón. 4-12-2013. ARP\2013\1462.

17 Así, SAP Zaragoza. 7-3-2013. JUR\2013\114624.

18 Entre otras, cfr. SAP Madrid, 28-5-2013 JUR\2013\209832.

19 Así —siguiendo los ejemplos expuestos por SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo*. Derecho y Salud, Vol. 2, enero-diciembre 1994, 56—, la STS de 26 de junio de 1980 rechaza la calificación de imprudencia profesional a pesar de que reconoce que el anestesista, entendiendo erróneamente que el enfermo se había recuperado del paro cardíaco debido a la excesiva difusión del agente anestésico, y pese a presentar signos o síntomas de lesión cerebral por amnesia, indicó al cirujano que podía iniciar la operación quirúrgica. E igualmente rechaza también dicha calificación la STS de 7 de julio de 1993, a pesar de sostenerse expresamente en la sentencia que con su conducta el anestesista revelaba una patente falta a las normas de cuidado inherentes a su especialización que exigían un control y vigilancia, siempre efectiva, sobre la situación del operado y sus constantes biológicas.

así decirlo, para ello se conforman, con la imprudencia grave, sin calificarla de imprudencia profesional²⁰.

Pero al hecho de que desde el punto de vista legal nada se oponga a la supresión de la imprudencia profesional se suman también otros argumentos que ponen de manifiesto que a dichos efectos el concepto imprudencia grave es la referencia más adecuada y a la vez suficiente.

El concepto imprudencia profesional pretende ser un filtro para restringir la aplicación de la pena de inhabilitación profesional. Pero si lo que se trata de tipificar (y de penar con la pena de inhabilitación profesional) no es toda imprudencia cometida en el ejercicio de la profesión, sino —desde una valoración político criminal— sólo la que alcanza cierta gravedad o temeridad, el concepto más adecuado y suficiente como presupuesto de la inhabilitación profesional como pena principal debe ser el de imprudencia grave, el cual habrá de complementarse con los requisitos que se consideren adecuados para decidir la aplicación de la pena de inhabilitación profesional y su alcance cuando la imprudencia grave se comete en el ejercicio de la profesión.

Ciertamente, la previsión típica de la pena de inhabilitación profesional como pena principal debe requerir (como asimismo requiere la accesoria) que la imprudencia cometida tenga relación con la profesión. Es decir, que sea imprudencia profesional. Pero la calificación de imprudencia profesional no precisa como requisito previo la calificación de imprudencia grave. Tanto ésta como la menos grave (e incluso la leve, aunque ya no sea típica) pueden ser imprudencia profesional o no profesional²¹.

Para que el tipo prevea la pena de inhabilitación profesional como pena principal únicamente es preciso, como presupuesto (si se acepta la exclusión a estos efectos de la imprudencia menos grave), que la imprudencia cometida en el ejercicio de la profesión sea calificada de grave, para cuya imposición y determinación, eso sí, deberán tomarse en consideración, razonadamente, otros criterios o requisitos añadidos como,

por ejemplo, la gravedad del hecho y las circunstancias concurrentes en dicho ejercicio de la profesión. Por otra parte, de esta forma el juez no puede eludir la motivación de la imposición de la pena de inhabilitación profesional también cuando se impone como pena principal, correspondiendo a los fines de la pena un papel esencial en dicha motivación.

Entender la imprudencia profesional sencillamente como la que se comete en el ejercicio de la profesión, sustituyendo aquélla por la imprudencia grave en el sentido expuesto, resuelve además la discusión, antes resaltada, sobre la impericia y la negligencia profesionales.

Al hilo de los ejemplos expuestos puede comprobarse que la imprudencia profesional no se restringe a la impericia del profesional, sino que comprende tanto la *mala praxis* derivada de los déficits en conocimientos teóricos y/o prácticos, como la que acontece aun concurriendo los adecuados conocimientos para realizarla de acuerdo con la *lex artis* (sea deontológica o técnica).

Ni sólo ni siempre la impericia, inepticia o ineptitud dan lugar a un grado tal de imprudencia (se contemple o no en el tipo como imprudencia profesional) que deba fundamentar la imposición —y con carácter preceptivo— de la pena de inhabilitación profesional. La impericia es falta de sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte; la ineptitud significa inhabilidad, falta de aptitud o de capacidad; y la inepticia es la cualidad de necio, ignorante y que no sabe lo que podía o debía saber²².

En el primer ejemplo de referencia es indudable que el cirujano uno (que interviene a la paciente en contra de su consentimiento y en consecuencia actúa en contra de la *lex artis*) no adolece de déficits en conocimientos, pero su conducta es lo suficientemente grave como para fundamentar la imposición de (aparte de otras) la pena de inhabilitación profesional. Y sin embargo, según el criterio jurisprudencial habría que negar la calificación de imprudencia profesional y con ello la imposición de dicha pena como principal. Desde esta perspectiva ca-

20 Así, en el delito de alteración imprudente del genotipo (art. 159.2), en los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos (art. 332) y en los delitos contra la salud pública (art. 367).

21 Cuestión distinta es que, como sucedía antes de la reforma de 2015 del CP, no se previese dicha pena para los casos de imprudencia leve (o no se prevea ahora para la menos grave). Sobre esta cuestión ya me he pronunciado en trabajos anteriores. Cfr. DE VICENTE REMESAL, J. *La pena de inhabilitación profesional en el ámbito médico*. Revista Aranzadi TSJ y AP, vol. 12, 2000, p. 9 ss.; DE VICENTE REMESAL, J./RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. (2007), *El médico ante el Derecho penal. Consideraciones sobre la imprudencia profesional y el trabajo en equipo*. Universitas vitae: libro homenaje a Ruperto Núñez Barbero (Coord. por FERNANDO PÉREZ ÁLVAREZ, MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ, ISABEL GARCÍA ALFARAZ), 2007, pp. 177 ss.; DE VICENTE REMESAL, J. *La pena de inhabilitación profesional: consideraciones desde el punto de vista de los fines de la pena*. Cuadernos de Política Criminal, nº 113, II, Época II, septiembre 2014, pp. 45-104.

22 Según la definición del diccionario de la RAE.

bría extender esta consecuencia a todos los casos de vicios en el consentimiento informado.

Por el contrario, en el tercer ejemplo, aunque la lectura errónea de las radiografías por parte del médico tres pudiera radicar en su falta de preparación, en su impericia (que llevaría según el criterio jurisprudencial a apreciar imprudencia profesional y con ello imponer la pena de inhabilitación profesional), para la imposición de esta pena (o incluso para decidir la inexistencia de imprudencia) habrá que valorar, entre otras cosas, si de ello era o debía ser consciente dicho médico y el grado de gravedad de la infracción del deber de conducta.

Esta grave infracción concurre sin duda en el segundo ejemplo, por la conducta claramente temeraria del médico dos que aborda la complicada cirugía laparoscópica del cáncer nasofaríngeo o de *cavum* siendo consciente de su falta de conocimientos y experiencia (provocación culpable por emprendimiento o asunción).

Por otra parte, si la imprudencia profesional comprende tanto la impericia como la negligencia profesional —lo cual es correcto—, entonces, más que de crear un nuevo y perturbador concepto (el de imprudencia profesional), de lo que se trata es de determinar —excluidos los casos en que procediera apreciar dolo— el grado de gravedad requerido a la infracción del deber de conducta en el ejercicio de una profesión (que viene a corresponderse con una mayor gravedad de la imprudencia grave, se denomine o no temeridad) para que el mismo pueda fundamentar la imposición de la pena de inhabilitación profesional.

Claramente concurren estos requisitos en el ejemplo 1 (conducta gravemente imprudente, e incluso dolosa) y en el ejemplo 2 (imprudencia muy grave-temeridad: provocación culpable por emprendimiento o asunción). Pero es muy discutible que concurra en el ejemplo 3.

Todo ello deriva, como veremos a continuación, en la consecuencia de que la pena de inhabilitación profesional deba contemplarse en el tipo correspondiente con carácter facultativo o potestativo.

3. Toma de posición sobre el carácter preceptivo o potestativo de la inhabilitación profesional como pena principal

Si, como se ha expuesto, toda imprudencia cometida en el ejercicio de la profesión médica es imprudencia profesional, pero ésta, aunque constituya imprudencia

grave, no debe derivar en todo caso en la imposición de la pena de inhabilitación profesional como pena principal, hay que colegir que dicha pena debe contemplarse en el tipo correspondiente con carácter facultativo o potestativo, y no preceptivo o imperativo. Para decidir su imposición habrá que atender a la gravedad del hecho y a las circunstancias concurrentes en el ejercicio de la profesión, para su valoración desde los fines de la pena.

Al igual que hemos visto sucede con la supresión del concepto imprudencia profesional, nada se opone desde el punto de vista legal para la previsión de dicha pena con carácter facultativo porque ésta también así se prevé en algunos tipos del CP, especificándose además, en algunos casos, como criterios de imposición, la gravedad del hecho y las circunstancias del delincuente²³.

Por otra parte, que el CP prevea la imposición de la pena de inhabilitación profesional con carácter potestativo en determinados delitos —y además dolosos— constituye un relevante punto de apoyo para deducir que con mucho mayor motivo haya de tener tal carácter potestativo en los hechos imprudentes realizados en el ejercicio de una profesión.

Otra cuestión, discutible, estrechamente relacionada o derivada de lo anterior (aunque no restringida sólo al carácter, sino referida también al alcance de la pena de inhabilitación profesional como pena principal, pero que en cualquier caso requiere un estudio a fondo que sobrepasa el objeto de este trabajo, pues habría que analizar, entre otras cosas, lo que ello supondría para la posibilidad de previsión de esa pena como accesoria, o incluso reflexionar sobre si la inhabilitación profesional no debería contemplarse como pena, sino al igual que en el § 70 StGB como medida de seguridad), es si la propuesta *lege ferenda*, que aquí se hará, resulta procedente aplicarla también a los delitos dolosos cometidos en el ejercicio de la profesión médica (e incluso a todos los delitos cometidos en el ejercicio de una profesión).

En lo que se refiere al carácter, el potestativo aquí propuesto para los delitos imprudentes frente a los dolosos no se basa exclusiva ni fundamentalmente en el hecho de que el CP prevea esa pena con el mismo carácter en algunos delitos dolosos, pues éste es un argumento rebatible. Del mismo modo que considero criticable que el CP prevea la inhabilitación profesional como pena principal en los delitos dolosos configurados como delitos comunes, también es discutible

23 Así, por ejemplo, en los delitos contra la libertad sexual (art. 192.3.) y en los relativos a la receptación y al blanqueo de capitales (art. 298, 301).

que dicha pena tenga carácter potestativo en esos referidos casos de delitos dolosos que se han cometido en el ejercicio de una profesión, oficio o cargo. Pues si se han cumplido las exigencias requeridas para que esa comisión lo sea en tal ejercicio, deberían —por tratarse además de un delito doloso— prever la pena de inhabilitación profesional con carácter preceptivo. Y en este aspecto requieren un tratamiento distinto a los delitos imprudentes. En cualquier caso, la aplicación con carácter obligatorio de la pena de inhabilitación profesional en los hechos dolosos tendría una repercusión mínima en el ámbito médico, pues los mismos son, como se ha reiterado, muy excepcionales en el ejercicio de la profesión médica propiamente dicha.

Por el contrario, en lo que se refiere al alcance de la pena de inhabilitación profesional, el tratamiento debe ser semejante en los delitos dolosos y en los imprudentes. Pues —como veremos posteriormente— tampoco en los delitos dolosos la imposición de esa pena, aun preceptiva, debe derivar necesariamente siempre (aunque probablemente sí en mayor medida que en los imprudentes) en la inhabilitación para el ejercicio de la profesión médica en general.

III. EL PROBLEMA DEL ALCANCE DE LA PENA DE INHABILITACIÓN PROFESIONAL MÉDICA

1. La incuestionabilidad del alcance de la pena de inhabilitación profesional en el ámbito médico para la doctrina y la jurisprudencia

Si la referencia legal más habitual a la inhabilitación profesional como pena principal es —tanto en los delitos más estrechamente vinculados al ejercicio de la profesión médica como fuera de ella— la de *inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo*, parece razonable que dicha expresión suscite problemas de concreción sobre el posible alcance de la inhabilitación profesional a la hora de su imposición. Pero esto muy pocas veces se plantea en el ámbito médico, pues tanto la muy escasa doctrina que se ha ocupado de ello como la jurisprudencia parten del principio de incuestionabilidad del alcance de la pena de inhabilitación profesional médica, dando por supuesto que la misma debe entenderse aplicada al ejercicio de

la profesión médica en general. Esta postura es rechazable o, cuando menos, cuestionable.

2. Toma de posición: la posibilidad y, según los casos, procedencia de restringir la pena de inhabilitación profesional médica al ejercicio de una especialidad o actividad

También en el ámbito médico, al igual que fuera de él, existen argumentos para fundamentar la posibilidad y, según los casos, procedencia de restringir la pena de inhabilitación profesional médica al ejercicio de una especialidad o actividad. Dichos argumentos son, entre otros, los siguientes.

Primero: la exigencia de motivación que el art. 45 requiere para la inhabilitación profesional, tanto si se impone como pena principal como accesoria. Dicha exigencia no sólo afecta a la aplicación, o no, de la pena —lo cual se cumpliría sobre la base de la regulación vigente con la fundamentación de imprudencia profesional—, sino también al alcance de aquélla. Y lo cierto es que esta falta de motivación sobre el alcance concreto de la inhabilitación profesional ha dado lugar a la presentación y admisión de múltiples recursos, pero sólo fuera del ámbito médico²⁴. La diversidad de denominaciones de profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho —que contempla el art. 45— significa no sólo que no quede excluida de posible aplicación ninguna clase de ocupación laboral, sea cual sea ésta y requiera o no permiso, habilitación o licencia²⁵, sino también y al propio tiempo la limitación de esa posible aplicación a la concreta ocupación laboral o actividad que constituya el ejercicio de una profesión. Cuestión distinta será la decisión que corresponda adoptar en el caso concreto sobre el alcance que deba otorgarse a la inhabilitación profesional en atención al fundamento de dicha pena, pues con la formulación legal el juez no está obligado ni a aplicar la pena a la profesión médica en general ni a restringirla a la especialidad.

Segundo: la existencia de abundantes referencias legales que mencionan, posibilitan o disponen expresamente la limitación del alcance de la pena de inhabilitación profesional, así como la existencia de tipos penales, tanto en el ámbito médico como fuera de él, que contemplan la concreción de dicho alcance. Por

24 Cfr. entre otras muchas, STS 5-12-1981 (Sala de lo Penal), RJ\1981\4979, por no concretar, en este caso, que la inhabilitación sólo debe alcanzar a la actividad de dirección de determinadas publicaciones.

25 Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Las inhabilitaciones y suspensiones en el Derecho positivo español*. ADPCP, 1975, pp. 175-228 (194 s.); MIR PUIG, S. *Derecho Penal, Parte General*, 10ª ed. 2ª reimpresión corregida. Ed. Reppertor. Barcelona, agosto 2016, 11/30-31.

ejemplo, respectivamente, en el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; y en los arts. 33.3; 33.4 y 39; en los arts. 144, 145, 157 y 221; y en los arts. 271, 276, 334 y 372. Nada se opone desde el punto de vista legal a la posibilidad de restricción del alcance de la pena de inhabilitación profesional médica a los delitos para cuya comisión el CP requiere la concurrencia de imprudencia profesional. Y si el hecho se ha realizado en el ejercicio de la profesión médica, las circunstancias personales del delincuente, que junto con la gravedad del hecho se prevén (por ejemplo en los arts. 298 y 301) como criterios a estos efectos, deben sustituirse por las circunstancias concurrentes en dicho ejercicio profesional, como se contempla en la propuesta *lege ferenda*.

Tercero: la existencia de numerosas resoluciones jurisprudenciales del TS, ajenas al ámbito médico, restrictivas de la pena de inhabilitación profesional. Por ejemplo, entre otras muchas, la STS 25-5-1992²⁶, que restringe la pena de inhabilitación profesional a la actividad de regentar establecimientos de hostelería con dependencia femenina o donde se ejerzan actividades de alterne; la STS 9-10-1981²⁷, que la restringe al ejercicio de la profesión de director de publicaciones periódicas de carácter pornográfico o erótico; el Auto 6-11-1981²⁸, que partiendo de la base de que la inhabilitación profesional debe restringirse a la actividad profesional que fue la plataforma para delinquir la limita, en este caso, a la prohibición para desempeñar la profesión de visitador-médico; o, finalmente, y en estrecha relación con el ejemplo de referencia nº 4, la STS 14-9-1990²⁹, que limita la inhabilitación especial a la profesión de maestro o encargado en cualquier manera de la edu-

cación o dirección de la juventud. El argumento base y fundamental de las restricciones concretas anteriormente expuestas, radica en que la inhabilitación profesional debe aplicarse —como acertadamente observa la STS 18-2-1983³— sólo en la medida de lo imprescindible para evitar que la profesión u oficio que fue plataforma para delinquir ofrezca al cuerpo social un mal precedente de conducta profesional y sea ocasión para nuevas infracciones penales.

Cuarto: la posibilidad de entender el ejercicio de la especialidad médica como ejercicio de la profesión médica y, como prueba de ello, las resoluciones jurisprudenciales en el ámbito médico, restrictivas de la pena de inhabilitación profesional. De acuerdo con las normas básicas o fundamentales, tanto comunitarias como nacionales, que regulan las profesiones sanitarias, cabe entender el ejercicio de la especialidad médica —por ejemplo, cirugía, obstetricia y ginecología, anestesia, etc. como ejercicio de la profesión u oficio³¹. Prueba de ello son las sentencias que han restringido la inhabilitación profesional médica al ejercicio de una especialidad. Incluso remitiéndome aquí únicamente a la jurisprudencia más reciente, se encuentra ejemplos en este sentido. Así, inhabilitación para el ejercicio de la profesión de médico especialista en Obstetricia y Ginecología (SAP Coruña 30-9-2009³², SAP Teruel 29-7-2014³³, SAP Coruña 21-1-2014³⁴), inhabilitación para el ejercicio de la profesión de odontólogo (SAP Albacete 20-2-2014³⁵), o inhabilitación para ejercer la cirugía (SAP Sevilla 10-12-200³⁶).

Quinto: La generalizada ausencia argumentos de la jurisprudencia para justificar el alcance de la inhabilitación profesional médica y la crítica que procede realizar contra los excepcionalmente manifestados a favor de la extensión al ejercicio de la medicina en

26 STS 25-5-1992 (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1178/1992 de 25 mayo, RJ\1992\4338.

27 STS 9-10-1981 (Sala de lo Criminal), RJ\1981\3626.

28 Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal) Auto de 6 noviembre 1981, RJ\1981\4300.

29 STS 14-9-1990 (Sala de lo Penal), RJ\1990\6938.

30 STS 18-2-1983 (Sala de lo Criminal), RJ\1983\1696.

31 Así, por ejemplo, es compatible con lo que dispone la Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, por la que se modifica la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento (UE) nº 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»). E igualmente con la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, con el Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero, por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada, y con el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

32 SAP Coruña 30-9-2009, núm. 00082/2009.

33 SAP Teruel 29-7-2014, (Sección 1ª) Sentencia núm. 30/2014, ARP\2014\1249.

34 SAP Coruña 21-1-2014, (Sección 2ª) Sentencia núm. 7/2014, ARP\2014\37.

35 SAP Albacete 20-2-2014 (Sección 1ª) Sentencia núm. 55/2014, JUR\2014\72061.

36 SAP Sevilla 10-12-2008 (Sección 3ª). Sentencia núm. 623/2008, ARP\2009\723.

general (y como ejemplo paradigmático, por la STS 15-11-2001³⁷). Tanto en los casos de restricción como en los de aplicación de la inhabilitación al ejercicio de la medicina, es una tónica general la ausencia argumentos de la jurisprudencia para justificar el alcance de la inhabilitación profesional médica. La inexistencia de argumentos expresos referidos específicamente a la pena de inhabilitación profesional se debe a que se da por supuesta dicha extensión y a que se consideran innecesarios (por implícitos) dichos argumentos una vez que se ha fundamentado la calificación de imprudencia profesional.

Sólo en contadísimas ocasiones se encuentran en la jurisprudencia argumentos específicamente vinculados a la pena de inhabilitación profesional. Los más amplios y detallados (y, por lo que alcanzo a ver, prácticamente únicos) se encuentran, en la STS 15-11-2001³⁸. Se trata de un caso en el cual el TS confirma en casación la SAP de Vizcaya, que había condenado a la procesada, médico especialista en ginecología, como autora de un delito de lesiones al feto imprudentes, a la pena de siete fines de semana de arresto y seis meses de inhabilitación especial para el desempeño de su profesión médica.

Pero tanto los argumentos formales que esgrime como los materiales y de política criminal son rechazables.

No convence el argumento formal de que «dicha profesión está conectada con el oficio (en sentido amplio de actividad retribuida) en cuyo ámbito se comete el delito, para cuyo ejercicio, cuando se trata de una profesión, en el caso médica, se requiere la oportuna titulación facultativa, la cual a su vez es habilitante para la obtención de las posteriores especialidades dentro del ejercicio de su profesión». Ello indica más bien todo lo contrario: que el ejercicio de la profesión —de acuerdo asimismo, por otra parte, con las normas básicas o fundamentales, tanto comunitarias como nacionales, que regulan las profesiones sanitarias— se refiere a aquello para lo que se está habilitado; para el ejercicio de la profesión médico-quirúrgica de obstetricia y ginecología, y no, por ejemplo, para otras especialidades médico-quirúrgicas (oftalmología, otorrinolaringología, etc.), de laboratorio o diagnósticas (análisis clínicos, inmunología, etc.) o clínicas (alergología, dermatología, etc.). Tampoco es aceptable el argumento de que el delito imprudente debe tener el mismo tratamiento que

el doloso. Según dicha STS «el delito doloso previsto en el art. 157 del Código Penal, individualiza la inhabilitación especial con el ejercicio de «cualquier profesión sanitaria», sin perjuicio de acotar en otros términos referida inhabilitación para la prestación de servicios en clínicas ginecológicas, con relación a otros partícipes no sanitarios, siendo evidente que el delito culposo descrito en el art. 158 debe tener idéntico tratamiento en este particular aspecto penológico relacionado con la inhabilitación especial que también concreta para la imprudencia profesional en inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión». Con independencia de las razones materiales, según las cuales lo que resulta evidente en cuanto aceptado en general por la doctrina y la jurisprudencia es que el delito imprudente tiene un tratamiento distinto del doloso, el argumento formal alegado aquí por la sentencia tampoco conduce a la evidencia de que el alcance de la pena de inhabilitación profesional prevista por el art. 157 (delito doloso) deba ser el mismo para el art. 158 (delito imprudente). El art. 158 dispone que «se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo», lo cual no equivale a decir (y podría haber dicho el legislador) que se impondrá —aunque con menor duración— la misma pena del art 157; esto es, la de «inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados». Esta especificación del delito doloso significa precisamente que la referencia, en el delito imprudente, a la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo no debe entenderse necesariamente como inhabilitación para el ejercicio de la profesión médica en general, sino más bien su posibilidad de restricción a una especialidad o incluso a una actividad dentro de aquélla.

Asimismo tampoco son convincentes los argumentos materiales y de política criminal esgrimidos en la sentencia. Si, como en ella se afirma, el delito se cometió en el ejercicio de la actividad de obstetra, como una de las múltiples facetas o especialidades de la profesión médica, resulta contradictorio afirmar —como en ella se hace— que el hecho no tenga que estar necesariamente conectado con la específica y concreta actividad, sino con la actividad médica en general, y deducir de ello, como mera petición de principio, que «tal delimitación podría conducir a resultados absurdos, permi-

37 STS 15-11-2001(Sala de lo Penal) Sentencia núm. 2139/2001, RJ\2001\9704.

38 STS 15-11-2001(Sala de lo Penal) Sentencia núm. 2139/2001, RJ\2001\9704.

tiendo entonces al penado ejercer su profesión en otros ámbitos diferentes, pero no por ello dejar, mediante su apartamento, de ejercer su profesión, que es la razón de la pena». Si la razón de la pena es, como dice la sentencia, la de actuar en un doble sentido, «como sanción individual y como mecanismo de protección social», habrá que fundamentar desde el punto de vista de los fines de la pena —en atención, entre otros posibles, a los criterios expuestos en la propuesta *lege ferenda*— si la inhabilitación profesional debe extenderse a la profesión médica en general o limitarse al ejercicio de la especialidad, pues, según los casos, como veremos finalmente en los últimos ejemplos de referencia, ambas opciones son posibles. Pero en dicho análisis no se detiene la sentencia.

Sexto: la necesidad de que exista una relación del delito con la profesión y su correspondencia con la relación de la pena con la profesión, y asimismo, la necesidad de contemplar la relevancia del cumplimiento de los fines de la pena para la determinación del alcance de la inhabilitación profesional médica. Es necesario que el sujeto haya cometido el delito aprovechándose de la posibilidad que a tal efecto le ofrece el ejercicio profesional, abusando de su profesión u oficio, bien dolosamente o bien por imprudencia, infringiendo gravemente sus deberes profesionales. Y asimismo se requiere que entre el hecho cometido y el ejercicio de la profesión exista una relación estrecha, específica o interna³⁹. Es decir, no basta con que se realice en su contexto, sino que debe entenderse como resultado de la actividad profesional misma. Estos requisitos se cumplen claramente en todos los ejemplos de referencia; y las peculiaridades de dichos requisitos, relativas a la gravedad del hecho y a las circunstancias concurrentes en el ejercicio de la profesión, son esenciales no sólo para decidir la aplicación (potestativa) de la pena de inhabilitación profesional médica, sino también para determinar la concreción de su alcance en el marco de la profesión médica.

Por ejemplo, sobre la base de los casos expuestos: el carácter doloso (ejemplos 1 y 4) o imprudente (ejemplos 2, 3, y 5) del hecho; la distinta gravedad de la imprudencia (en unos casos claramente temeraria

—ejemplo 2—, en otros grave, o incluso menos grave —probablemente en el ejemplo 3—); el ejercicio profesional directamente relacionado con la comisión del hecho, o la actividad concreta (atención primaria, especialidad médica, enfermero o enfermera instrumentista, intervención quirúrgica); el tipo de infracción o error cometidos y su causa (vicios en el consentimiento informado, mala praxis por falta de preparación o experiencia suficientes, por mermas en las aptitudes físicas); la posible reconducción del error al ejercicio médico en general (sin duda en el ejemplo 1), o circunscribible únicamente a la especialidad o actividad (ejemplo 5); la confluencia de errores sistémicos aparte de personales; la relevancia de las características del paciente (cualquier paciente en general o circunscripción a un grupo concreto de pacientes: así, como en el ejemplo 4, menores o mujeres⁴⁰).

Entre acción y reacción debe existir una adecuada correspondencia, en la cual juegan un papel esencial los fines de la pena. La consideración de los factores que concurren en el hecho (diferentes, según hemos visto, en los ejemplos de referencia) es lo que debe determinar la imposición y el alcance de la pena de inhabilitación profesional como respuesta a la comisión de hechos en el ejercicio de la profesión médica en atención a los fines de prevención general y especial de dicha pena. La justificación del recurso a la pena de inhabilitación profesional requiere —para evitar excesos injustificados— respetar los principios de estricta necesidad, proporcionalidad y culpabilidad.

Donde dicha pena puede ser objeto de mayores objeciones —y particularmente cuando se impone, sin más, aplicada al ejercicio de la profesión médica en general— es respecto del principio de proporcionalidad. Si desde esta perspectiva de la prevención general la restricción de la pena a la especialidad concreta, o incluso a una actividad dentro de la misma, cumple el principio de efectividad, eficacia o idoneidad, aquella extensión a la profesión médica en general constituirá una extralimitación inadmisibles.

Por otra parte, dentro de los límites marcados por la relevancia preeminente que corresponde a la prevención general, el alcance de la pena de inhabilitación

39 Cfr. WEDEKIND, V. E. *Die Reform des strafrechtlichen Berufsverbots (§§ 70-70b StGB)*. Inaugural Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen. Druckerei Hans-Joachim Köhler, Tübingen, 2006, 41.

40 En relación con casos semejantes a éstos, expuestos en los ejemplos de referencia Cfr. WEDEKIND, V. E. *Die Reform des strafrechtlichen Berufsverbots (§§ 70-70b StGB)*. Inaugural Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen. Druckerei Hans-Joachim Köhler Tübingen, 2006, 56: profesor de música que abusó sexualmente de algunos de los alumnos de su grupo de menores, se le podría permitir seguir dando clases de música sólo a grupos de adultos: o limitar la atención médica a pacientes varones al médico que hizo lo mismo con una paciente.

profesional médica debe determinarse también en función de los criterios de prevención especial. Mediante ésta se pretende que el delincuente concreto que ha cometido un hecho delictivo no vuelva a cometer delitos en el futuro; en principio de cualquier clase, pero con la pena de inhabilitación profesional se trata sobre todo de que el sujeto no vuelva a cometer hechos delictivos semejantes o de la misma clase a los cometidos en el contexto del ejercicio de su profesión. A esos efectos no sólo debe tomarse en cuenta la eficacia inocuidadora (indudable) de dicha pena, sino también la prácticamente nula eficacia de reeducación y reinserción social. Por eso es fundamental que si las exigencias de prevención general lo permiten, la inhabilitación (tanto si es pena principal como accesoria) se circunscriba de la forma más ajustada posible al ejercicio de la profesión, de la especialidad o del oficio con cuyo abuso el sujeto cometió el delito.

IV. PROPUESTA *LEGE FERENDA* Y CONCLUSIONES: LA TEORÍA APLICADA A LOS CASOS Y EJEMPLOS DE REFERENCIA.

La imposición de la pena de inhabilitación profesional como pena principal se sustenta por la doctrina y la jurisprudencia, sobre la base de la regulación vigente, en la fundamentación de la existencia de dicha clase de imprudencia —la denominada imprudencia profesional— como plus de gravedad de la imprudencia grave, derivando de ello y sólo por ello, la aplicación siempre de la inhabilitación profesional y en la práctica totalidad de los casos extendida al ejercicio de la profesión médica en general.

Aparte de que, según hemos visto, este punto de referencia —la imprudencia profesional como concepto diferenciado de la imprudencia grave— no es de recibo y que como tal expresión debería desaparecer por tanto del CP, siendo reemplazada a esos efectos por la imprudencia grave —pues la imprudencia profesional no es más que la imprudencia cometida en el ejercicio de la profesión, sea grave o menos grave—, tampoco las argumentaciones jurisprudenciales que fundamentan la existencia de imprudencia profesional o, en su caso, grave tienen que derivar necesariamente en la aplicación de la inhabilitación profesional al ejercicio de la profesión médica en general. Para ello es preciso una motivación referida concreta y expresamente a la pena de inhabilitación profesional, y que fundamente si la

misma debe aplicarse al ejercicio de la profesión médica en general o, por el contrario, sólo a un aspecto, especialidad o actividad de la misma. Dicha motivación no debe restringirse exclusivamente al caso en que la pena de inhabilitación se imponga como accesoria, sino que debe alcanzar también a su imposición como pena principal, pues la expresión genérica de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo no implica necesariamente aquella extensión.

En los tipos penales que contemplan la imprudencia profesional, y a los efectos de conseguir de una forma más eficaz que el juez o tribunal fundamenten la imposición de la pena de inhabilitación profesional y que esta fundamentación deban basarla directamente en criterios referidos fundamentalmente a los fines de la pena, son esenciales tres modificaciones en la normativa vigente, que he tratado en el texto, y que se contemplan en la propuesta *lege ferenda* que seguidamente se hará. En primer lugar, suprimir la referencia típica al concepto imprudencia profesional. En segundo lugar, que la previsión de la pena de inhabilitación profesional como pena principal no tenga carácter preceptivo, sino facultativo en atención a la gravedad del hecho y a las circunstancias concurrentes en el ejercicio de la profesión, oficio o cargo. Y finalmente, y no por ello menos importante, que la formulación del tipo incorpore la necesidad de motivar no sólo la imposición (o no imposición) de la pena de inhabilitación profesional, sino también, aparte naturalmente de la duración, la extensión o alcance de la misma. La forma de plasmar esto puede ser diversa. En la propuesta se hace referencia, de modo genérico, al «alcance», porque se considera lo más correcto. Pero podría ser de otra manera: haciendo referencia a otros conceptos, como hemos visto hace el CP en diversos tipos penales (por ejemplo, a la profesión o actividad, en el art. 285), o contemplando más especificaciones, como el § 70 StGB alemán (ejercicio de la profesión, de la especialidad, del oficio o de la rama industrial). Sea como fuere, es muy probable que si los tipos recogiesen dichas referencias o especificaciones serían mucho más numerosas las sentencias que motivaran el alcance de la inhabilitación profesional, y quizá también —aunque esto es secundario, como he indicado— las que la restringirían a la especialidad médica correspondiente.

Ejemplificado lo anterior en uno de esos delitos⁴¹, la propuesta *lege ferenda* en el delito de homicidio impru-

41 Y también, de forma similar, en el aborto (146), lesiones (152 1. 3º) y lesiones al feto (158).

dente sobre la base de la regulación vigente del art. 142 CP, es la siguiente:

«1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a seis años.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido en el ejercicio de una profesión, oficio o cargo, el juez o tribunal podrá imponer, además, razonadamente, en atención a la gravedad del hecho y a las circunstancias concurrentes en dicho ejercicio, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de tres a seis años. En caso de imponerse la pena, corresponde al juez o tribunal concretar asimismo, razonadamente, el alcance de la inhabilitación en la profesión, oficio o cargo.

2. El que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de multa de tres meses a dieciocho meses.

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses.

El delito previsto en este apartado sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal».

Veamos, finalmente, la aplicación de la teoría expuesta a los casos y ejemplos de referencia.

Los ejemplos 1 y 4 nos llevan de nuevo al tratamiento de los hechos dolosos. Aunque la propuesta *lege ferenda* se centra fundamentalmente en los hechos imprudentes —que son prácticamente todos los que se cometen en el ejercicio de la profesión médica— también cabe plantear su aplicación a los hechos dolosos, excepcionales en dicho ámbito, como he expuesto en el texto. En dichos ejemplos 1 y 4, los graves hechos dolosos cometidos con abuso de su profesión médica

tanto por el cirujano uno (ligadura de trompas realizada contra el consentimiento expreso de la paciente) como por el médico cuatro (abusos sexuales de los pacientes) deben dar lugar a la imposición de la pena de inhabilitación profesional. Sin embargo su alcance no debe ser el mismo en ambos casos.

En el ejemplo 1, realizar la ligadura de trompas contra el consentimiento expreso de la paciente constituye un grave incumplimiento de la *lex artis* respecto de un requisito esencial del ejercicio de la actividad médica en general, que trasciende, por tanto, al ejercicio de la especialidad concreta y a las peculiaridades o características del paciente. La gravedad del hecho tampoco parece resultar mermada por circunstancias concurrentes en el ejercicio de la profesión. La inhabilitación profesional aplicada al ejercicio de la profesión médica en general (en este caso, *lege lata*, como pena accesoria, si es inferior a 10 años, pues en el hecho doloso no se prevé como principal, si bien *lege ferenda* cabe plantear su previsión como pena principal, al menos con carácter potestativo) sería explicable desde el punto de vista de los fines de la pena, tanto desde la prevención general como especial.

Por el contrario, en el ejemplo 4, —en que el médico cuatro abusa sexualmente de algunos colegiales menores de edad o de alguna de las pacientes mujeres— como he anticipado en otro momento, dichos criterios pueden permitir (e incluso implicar o significar) la restricción de la inhabilitación profesional al ejercicio de la profesión médica respecto de pacientes menores, en el primer supuesto⁴², o de pacientes mujeres, en el segundo⁴³. Aplicar la inhabilitación profesional al ejercicio de la profesión médica en general podría ser innecesario desde el punto de la prevención general (sobrepasando las exigencias del principio de proporcionalidad) y especial (en cuanto, en principio, no cupiera contar con la realización de dichos abusos frente a sujetos adultos o varones). En la literatura alemana se cita también en esta misma línea el caso del médico que estafó con sus facturas a la compañía de seguros, a quien se le restringió el ejercicio de la profesión como

42 En la jurisprudencia alemana se encuentra un supuesto semejante, en el cual se considera que al profesor de música que abusó sexualmente de algunos de los alumnos de su grupo de menores se le podría permitir seguir dando clases de música sólo a grupos de adultos. Cfr. SINN, A. § 70: Anordnung des Berufsverbots; § 70 a: Aussetzung des Berufsverbots. En: WOLTER, J. (ed.) *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch: SK-StGB*. Carl Heimanns Ed. 1996. § 70, nm. 11, nota 45: BGH NStZ (M) 1996, 122 ss.; NStZ-RR 2014, 177. Cfr. asimismo, WEDEKIND, V. E. *Die Reform des strafrechtlichen Berufsverbots (§§ 70-70b StGB)*. Inaugural Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen. Druckerei Hans-Joachim Köhler Tübingen, 2006, 56.

43 En este ejemplo, tomado de la jurisprudencia alemana, se apreció que al médico que abusó sexualmente de una paciente se le restringiera la atención médica a pacientes varones. Cfr. SINN, A. *Systematischer Kommentar (cit.)* § 70, nm. 11, nota 46: BGH StV 2004, 653 s.

médico autónomo, pero no para poder seguir actuando como médico⁴⁴.

Los ejemplos 2, 3 y 5 son casos paradigmáticos de la mayoría de las infracciones cometidas en el ejercicio de la profesión médica: las imprudentes. Aun partiendo de la base de que en todos ellos cupiera apreciar imprudencia grave, la aplicación de los criterios expuestos en la propuesta *lege ferenda* no derivaría en la imposición de la pena de inhabilitación profesional en todo caso ni en la extensión de la misma al ejercicio de la profesión médica en general. Antes al contrario, el carácter potestativo de la pena de inhabilitación profesional permitiría no imponerla en algún supuesto y, decidida la imposición, según los casos, extenderla al ejercicio de la profesión médica en general o restringirla a una especialidad o actividad concretas. Y todo ello con independencia de que en cualquiera de esos casos concurre imprudencia profesional, tal y como aquí se ha entendido.

En lo que se refiere al ejemplo 2, no cabe duda en calificar de temeraria la actuación del médico dos que, consciente de su ineptitud, realiza la complicada cirugía laparoscópica del cáncer nasofaríngeo o de *cavum*, con las peores consecuencias para la paciente. La gravedad de la imprudencia justificaría la imposición de la pena de inhabilitación profesional aunque ésta se previera con carácter potestativo en el tipo y asimismo que se extendiera al ejercicio de la profesión médica en general. Dicha extensión respondería también a los fines de la pena de inhabilitación profesional, tanto desde el punto de vista de la prevención general como especial. La conducta del médico y su necesidad de prevención no se circunscriben únicamente al ejercicio de la cirugía, en la que la ha materializado, sino a su profesión como médico en general, respecto de la cual la pena debe desplegar sus efectos preventivos.

Por el contrario, en el tercer ejemplo, aunque la interpretación errónea de la radiografía y como consecuencia de ello el tratamiento equivocado con resultado mortal constituye una imprudencia profesional (por haberse cometido en el ejercicio de la profesión), habrá que analizar, en un primer paso —pues aquí es más cuestionable que en los casos anteriores—, si dicha imprudencia profesional alcanza la gravedad que el tipo debe requerir para prever, con carácter potestativo, la pena de inhabilitación profesional —imprudencia

grave—, o si, por el contrario, constituye un grado de imprudencia para el que el tipo no prevé dicha pena. Según la regulación vigente bastará para ello que sea una imprudencia menos grave. El carácter potestativo de la pena hace posible que ya en este primer momento, aun calificado el hecho de imprudencia grave, se decida la no imposición de la pena inhabilitación profesional en atención a los fines de prevención general y especial de la misma. Estos criterios no son los mismos que determinan el grado de imprudencia, aunque se pueda llegar al mismo resultado con la no apreciación de imprudencia grave (o, según el requisito vigente, imprudencia profesional). Y ciertamente, como lo demuestra una amplia jurisprudencia, en la mayoría de los casos de errores de diagnóstico (los más numerosos con diferencia frente a los demás tipos de errores médicos) sólo excepcionalmente suele apreciarse imprudencia profesional. En un segundo paso, una vez decidida la imposición de la pena de inhabilitación profesional, habrá que decidir la extensión de su ámbito profesional en atención a los criterios indicados en la propuesta *lege ferenda*. La solución concreta a este ejemplo no es lo más importante, pues, según sean los pormenores del caso, puede derivar en uno u otro sentido de los expuestos. Lo verdaderamente relevante es, a mi entender, que la propuesta que aquí se hace permite llegar a una solución más diversificada y justa que la que suele aplicarse sobre la base de la regulación actual, a la vez que obliga a una adecuada motivación centrada en la propia pena de inhabilitación.

Finalmente, el quinto y último ejemplo, el del afamado cirujano cinco afectado de Parkinson, es un caso claro en que (salvo que concurrieran otras circunstancias que indicaran la necesidad de extender la inhabilitación profesional al ejercicio de la medicina en general) aun apreciando la imposición de la pena de inhabilitación profesional, ésta, sobre la base de que la causa de la imprudencia radica en una merma, infravalorada por el médico, de las condiciones físicas para la práctica de la cirugía, debería restringirse al ejercicio de dicha actividad, sin que el médico cinco resultara privado, por ejemplo, de la posibilidad de seguir atendiendo en consulta a los pacientes o de actuar como tutor cualificado en las primeras intervenciones quirúrgicas realizadas por otros ginecólogos noveles.

44 Cfr. WEDEKIND, V. E. *Die Reform* (cit.), 56, nota 228, quien a su vez cita sobre este particular a LANG-HINRICHSSEN, en: *Festschrift für Heintz*, 1972, S. 493; y a STREE, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 26. Ed. 2001, § 70 Rn. 15».