

Riesgo y responsabilidad en Cirugía Ortopédica y Traumatología

J. A. Martín Pallín
Magistrado del Tribunal Supremo

Normalmente los pacientes, cuando ingresamos en un centro médico, estamos profundamente preocupados por la incertidumbre de nuestro estado y por la sensación psicológica que se deriva de toda situación de anormalidad. Miramos preocupadamente al médico esperando de él no sólo el diagnóstico exacto sino explicaciones comprensibles que alivien nuestra sensación de inseguridad e incluso temor. Confiamos plenamente en sus conocimientos como remedio para nuestros males. Sabemos que muchas enfermedades se curan y que la medicina es cada vez más segura y tecnificada.

Pienso que los médicos, cuando se ven desagradablemente sorprendidos y naturalmente inquietos por la recepción de una citación judicial requiriéndoles para que acudan al juzgado, sentirán la misma sensación de incertidumbre y acudirán con presteza al profesional de la abogacía para que les informe de las posibles consecuencias y derivaciones de la denuncia o reclamación judicial. Esperan un diagnóstico certero y exacto, que disipe sus dudas e inquietudes y que les informe de manera amplia, cumplida y satisfactoria sobre el alcance de la reclamación, y confían en que el diagnóstico sea de exención de su responsabilidad. En todo caso si el dictamen no es favorable, se puede esperar que el profesional de la abogacía les informe exhaustivamente del alcance y contenido de su posible responsabilidad, comparando su caso con los precedentes, que ya han sido examinados por los diferentes órganos jurisdiccionales.

Pero desafortunadamente tengo que decirles que no pueden siempre obtener una opinión precisa, certera e inducida, sino que escucharán las dudas y vacilaciones que se presentan, cuando un suceso clínico se enfrenta al análisis y al tamiz del enjuiciamiento por un profesional de la judicatura. Los criterios judiciales no pueden ser exactos e inamovibles, ante la infinita variedad de los casos que se someten a su análisis y enjuiciamiento.

Correspondencia:

J. A. Martín Pallín.
Magistrado del Tribunal Supremo.

Recibido: noviembre de 2002.
Aceptado: diciembre de 2002.

Del mismo modo que se ha dicho, en el terreno de la medicina, que no hay enfermedades sino enfermos, podemos decirles desde la perspectiva judicial que no hay imprudencia sino una gran variedad de imprudentes. No esperen mucho más que proclamaciones ambiguas, en las que se reconozca la dificultad de la profesión médica pero no exigen soluciones certeras basadas en los antecedentes claros y precisos del caso controvertido.

La jurisprudencia ha sido sensible a estas peculiaridades de la actividad médica y lo ha expresado así, en comentarios periféricos a la solución y decisión de cada caso. Como ejemplo o ilustración de lo que vengo exponiendo podemos citar dos sentencias, una de la Sala 1.^a y otra de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo en las que se evidencia esta inevitable generalidad e imprecisión. En la primera de ellas que lleva *fecha de 1 de diciembre de 1999* se dice que «no obstante ser la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la *lex artis ad hoc*, no se excluye la presunción desfavorable de que pueda generar un mal resultado, cuando éste, por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y el descuido en su conveniente y temporánea utilización». Creo que el texto es lo suficientemente expresivo como para poner de relieve la generalidad y ambigüedad del tratamiento jurídico de los actos médicos.

La *sentencia de la Sala 2.^a de 5 de julio de 1989* realiza una proclamación de principios y declara su admiración y respeto por la actividad médica. Expresando, «una vez más la alta consideración que la medicina y la clase médica merecen, por la trascendencia individual y social de su tarea y los sacrificios, muchas veces inmensos, que su correcto ejercicio imponen, hay que poner de relieve que la imprudencia nace cuando el tratamiento médico o quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendidas las circunstancias del lugar, tiempo, personas, naturaleza de la lesión o enfermedad, que olvidando la *lex artis* conduzcan a resultados lesivos para las personas».

Creo que los textos que he citado son lo suficientemente expresivos del terreno en que nos movemos e incluso quizá también de la mala conciencia que tenemos de no poder resolver acertadamente los variados casos que se someten a nuestro conocimiento. En el momento presente nos vemos incurso en un mundo de litigiosidad e incluso en algunos supuestos de psicópatas querulantes que obligan a iniciar un procedimiento judicial que, en la mayoría de los casos, se archiva o se resuelve favorablemente para los profesionales de la medicina.

Ante el panorama actual que se presenta, la exigencia de responsabilidad médica en todas las variadas gamas de la medicina, se puede concluir diciendo que lejos están aquellos tiempos citados por un insigne jurista Magistrado de la Sala a la que pertenezco, *Quintano Ripolles*, en los tiempos que la jurisprudencia española era tan escasa en lo que respecta a la culpa criminal médica, que no es posible hablar de un cuerpo de doctrina en el asunto (1958).

Desde su área profesional el *doctor Marañón* decía en 1943 que, salvo casos excepcionales, la exigencia de responsabilidad a un médico por perjuicios de una asistencia incorrecta era, hasta no hace mucho, cosa de otros países. En España se apretaba mucho en el aspecto de la responsabilidad moral, pero a nadie se le ocurría pedir cuentas al galeno porque su receta o su golpe de bisturí no hubieran estado inspirados en el acierto (Prólogo a *Banzo Cano*, Responsabilidad profesional del médico).

Como consecuencia indeseada de la situación actual debemos advertir que la proliferación de reclamaciones contra los médicos, en muchas ocasiones impulsadas por un verdadero propósito de chantajear jugando con el crédito profesional, ha generado una medicina defensiva de altos costes sobre todo en el sector de la sanidad pública. La medicina protocolizada y los consentimientos informados utilizan generalmente impresos cuyo contenido no siempre es asequible a los futuros pacientes.

Comprendo perfectamente que la profesión médica mire con expectación y por qué no decirlo, con cierta inquietud, hacia los Tribunales de Justicia, esperando con incertidumbre cuál va a ser la respuesta de los órganos jurisdiccionales a cuestiones especialmente relacionadas con su quehacer profesional. Como es lógico el médico y el sanitario aspiran, por lo menos, a una respuesta coherente con la naturaleza del caso enjuiciado y lo más uniforme posible con objeto de crear una cierta seguridad y confianza, en cuáles son las pautas de comportamiento exigibles ante la variadísima gama de actuaciones que se pueden presentar en la vida de una sociedad que tiene la suerte de contar con un sistema sanitario tan avanzado como el nuestro.

En los últimos tiempos se ha incrementado notablemente el número de reclamaciones que se han formulado por el funcionamiento de los servicios sanitarios y las actuaciones médicas en los casos concretos. La complejidad y la estructuración organizativa de las instituciones de la salud exige,

cada vez más, una coordinada interrelación entre los diversos servicios, para conseguir un funcionamiento lo más satisfactorio posible, a las demandas de salud que hacen los ciudadanos.

En este punto y, aunque sea incidentalmente, conviene resaltar que nuestra Constitución en el artículo 43, dentro de los principios rectores de la política social y económica, establece que se reconoce el derecho a la salud y añade significativamente que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Por ello no es extraño que haya calado entre los ciudadanos un sentimiento de mayor exigencia de responsabilidad a las instituciones y a los profesionales de la medicina.

Las demandas de responsabilidad tienen abierta la vía más intimidante y coactiva del proceso penal, que se utiliza muchas veces como arma de presión, para conseguir más fácilmente un arreglo, olvidando que, en algunos supuestos, la exigencia del principio de legalidad puede obligar al Ministerio Fiscal a llevar el proceso hasta su fin aunque se haya producido la indemnización. Parece que poco a poco va calando la idea de que la derivación de los conflictos a la vía penal resulta desproporcionada en cuanto que el concepto de culpa penal es más profundo en la exigencia de elementos componentes que la culpa civil.

A su vez se ha derivado la exigencia de responsabilidad hacia las instituciones sanitarias por la vía del artículo 1.903 del Código Civil y también se han utilizado los cauces de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando la responsabilidad se deriva hacia las Instituciones públicas sanitarias por mal funcionamiento, sin individualizar la responsabilidad y en ciertos casos se ha acudido a la jurisdicción laboral.

Tratando de ajustarnos a una sistemática adecuada, voy a ocuparme, en primer lugar, de la usurpación de funciones o intrusismo, que está en íntima relación con el concepto de profesional, haremos una referencia al consentimiento informado y terminaremos por el tema permanentemente abierto de las negligencias médicas.

USURPACIÓN DE FUNCIONES

Quizá conviene recordar, con carácter previo, que el actual Código Penal homologa la rúbrica general de esta clase de delitos y emplea la denominación menos técnica de intrusismo complementando a la tradicional de usurpación de funciones.

El artículo 403 del nuevo Código Penal castiga al que ejerza actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido y reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente. Contempla una pena distinta cuando la actividad profesional desarrollada exija un título oficial que acredite la capacitación neces-

ria y habilite legalmente para su ejercicio y no se esté en posesión de dicho título. Por último considera como modalidad agravada la atribución pública de la cualidad de profesional amparada por el título referido.

El legislador pretende proteger, por un lado, un interés público general de los ciudadanos ante los eventuales riesgos que podrían derivarse de la actuación de las personas inhábiles e ignorantes. Como dice la *Sentencia de 20 de julio de 1993* se trata de atajar los peligros que el ejercicio de la profesión sin capacitación supone para la salud de las personas, cuya salvaguarda depende de los especiales conocimientos que el título acredita.

Asimismo y de manera indirecta protege intereses corporativos de un determinado grupo de profesionales defendiendo sus competencias y su prestigio. Por último trata de garantizar la capacidad técnica de los que ejercen una profesión después de haber superado las pruebas necesarias para obtener la titulación. El título exigible es el académico que se concede por las facultades universitarias o cualquier otra institución semejante y asimismo el título oficial que, sin necesidad de cursos académicos, habilite legalmente para el ejercicio de la profesión. En este último caso deberá tratarse de un título reconocido directamente por una Ley del Estado o por un Convenio Internacional.

En este punto no se pueden olvidar los compromisos adquiridos por la integración en la llamada *Unión Europea* y derivados del propio Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas que afectan a la libre circulación de personas, si bien habrá que ajustarse a las disposiciones legales reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales. En todo caso se impone eliminar los obstáculos para la liberalización de los movimientos de los trabajadores.

La *Directiva 93/16/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993* facilita la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos y se enmarca en un amplio campo normativo destinado a facilitar el libre establecimiento, entre ellos la *Directiva 75/362/CEE del Consejo de 16 de junio de 1975* sobre reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos de médico y la *Directiva 75/363/CEE* sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a las actividades de los Médicos y la *Directiva 86/457/CEE del Consejo de 15 de septiembre de 1986* relativa a una formación específica en medicina general. Estas tres últimas Directivas fueron derogadas por el artículo 44 de la *Directiva 93/16*.

Una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de julio 1998 (Ley T.1998-6 9.377) establece, entre otras cosas, que los Estados miembros de la Unión Europea subordinarán la expedición de los diplomas certificados y otros títulos, que confirmen la formación específica en medicina general, a la posesión de uno de los diplomas, certificados u otros títulos contemplados en el ar-

tículo 3.

Sobre estas líneas generales examinaremos alguna de las resoluciones jurisdiccionales que han marcado la interpretación que hay que dar a esta cuestión en materia concreta de la profesión médica. Disponemos de escasas referencias jurisprudenciales del Tribunal Supremo, ya que, por la entidad de las penas señaladas para las diferentes modalidades de intrusismo, las causas incoadas no pasan de la apelación ante las Audiencias Provinciales.

La *Sentencia de 6 de marzo de 1998 de la Audiencia Provincial de Soria* castiga a una persona que realizaba como actividad profesional la venta de gafas graduadas, para lo cual examinaba la vista a los interesados, mediante prueba de agudeza visual y lupas con luz, recomendándoles una u otra gafa en atención a lo que consideraba conveniente tras ese previo reconocimiento. Ello ha sido admitido por el acusado afirmando que desde hace muchos años se dedica a la venta ambulante de estas gafas para vista cansada, que varían de 1 a 4 dioptrías y de gafas de sol, comprando los productos a fabricantes de gafas y ópticos.

En consideración a que la actividad de gafas graduadas exige el título oficial de óptico que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, condena al acusado como autor de un delito de intrusismo.

Examinando la sentencia se puede comprobar la concurrencia de los intereses y bienes jurídicos a los que nos hemos referido con anterioridad. Por un lado la acusación particular fue llevada por el Colegio Nacional de Ópticos, lo que revela la existencia de intereses corporativos y por otro lado se pone de relieve la existencia de un riesgo físico al precisar el órgano juzgador que la infracción penal no tiene su fundamento en las recomendaciones dadas a los clientes de lavarse los ojos con manzanilla para evitar la irritación o en la venta de gafas de sol no graduadas, ya que estos actos resultan inocuos a efectos penales, sino que se centra en la realización de tareas características y propias de ópticos u oftalmólogos, como la venta de gafas graduadas y efectuar exámenes de ojos y de agudeza visual para elegir el tipo de graduación que estimaba conveniente.

Ahora bien, en atención a que el acusado venía dedicándose a esta actividad desde hacía mucho tiempo y que tenía licencia fiscal para la venta ambulante, considera la sentencia que ha existido un error de prohibición vencible, dado el conocimiento generalizado en nuestra sociedad de que el examen de la agudeza visual y de la vista con lupas luminosas, así como la prescripción y venta de gafas son actos propios de un especialista oftalmólogo u óptico por lo que por aplicación del artículo 14.3 del Código Penal impone la pena inferior en dos grados.

Otra sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 15 de julio de 1998 se refiere no a los médicos sino al caso de una persona que venía actuando como letrado, pero sus afirmaciones doctrinales son de aplicación también a toda clase de profesiones. En relación con el bien

jurídico protegido, señala que es el interés del Estado (añado que ahora por mandato constitucional) porque los profesionales tengan un nivel de condiciones indispensables para el ejercicio de su actividad salvaguardando la confianza pública.

En este caso la persona acusada además de ejercer actos de la profesión de abogado sin título se atribuía públicamente esta cualidad. Este polifacético ciudadano no se conformaba con usurpar la condición de abogado, sino que desarrollaba actos de psicoanálisis sin tener la titulación de psiquiatra o psicólogo. La *sentencia rechaza la existencia de concurso entre el intrusismo y la estafa*, por la que acusaba también el Ministerio Fiscal y cita una sentencia del *Tribunal Supremo de 3 de julio de 1997* en la que se dice que el elemento esencial del engaño queda subsumido en la descripción típica de la conducta de usurpación de funciones.

Rechaza que los hechos pudieran ser constitutivos de una falta del artículo 572 del Código derogado, que sancionaba a quien, titulado o habilitado, ejerza su profesión sin hallarse inscrito en el respectivo colegio, corporación o asociación oficial, siempre que sea exigible reglamentariamente este requisito, precepto que considera inaplicable al caso examinado, ya que el acusado ejercía actos de una profesión sin hallarse titulado y no solamente sin la inscripción colegial.

En el Código vigente, en el artículo 637 se castiga como falta el hecho de atribuirse públicamente la cualidad de profesional amparada por título académico que no posea. Se distingue del delito del artículo 403 en que, en éste se castiga el ejercicio público de la actividad y en la falta no hay ejercicio de profesión sino solamente publicidad de la profesión.

En otra *sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 8 de febrero de 1999* enjuicia el caso de una persona que solicitó del Ministerio de Educación y Cultura la homologación del título de Doctor en Quiropráctica, siéndole denegado por inexistencia en España de título de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional. Se hace constar, además, que dicha persona tenía en trámite un expediente administrativo, en el seno del cual debe decidirse la homologación del título del acusado con el de Diplomado en Fisioterapia, habiendo recaído informe favorable de la subcomisión correspondiente.

Se destaca en la sentencia que la actividad principal desarrollada por el acusado era la de ejercer una muy determinada y concreta presión manual o dactilar sobre las vértebras que estimaba que estaban afectadas de subluxación y se llega a la conclusión de que esta actividad no es propia de los fisioterapeutas.

Se achaca al Colegio de Fisioterapeutas, que es el que recurre en Apelación la absolució acordada por el Juez de lo Penal en primera instancia, que efectúa repetidas referencias a la competencia de los médicos, traumatólogos y neu-

rocirujanos, pero no se concreta cuál es la específica función exclusiva de los fisioterapeutas que se estima usurpada y llega a la conclusión de que la actividad de un quiropráctico no se asemeja a ningún acto propio de los fisioterapeutas, porque no efectúa masaje alguno de los previstos en su regulación. Se apoya también para confirmar la absolució a que un testigo, doctor en Fisioterapia y doctor en Quiropráctica, indicó que en los cursos de fisioterapia se insistía en evitar la manipulación sobre la columna.

De la lectura de la sentencia citada se extrae la conclusión de que existe un vacío peligroso sobre la capacidad para realizar *exploraciones y ajustes manuales en la columna vertebral, cuyos riesgos aconsejan que se lleven a cabo por médicos, traumatólogos o neurocirujanos*.

Existe una *sentencia dictada en Apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza con fecha 10 de marzo de 1999* sobre el caso de un acupuntor que aplica una terapia con eficacia nula, consistente en sostener la paciente en sus manos velas encendidas y realiza sesiones de acupuntura que no producen el resultado buscado.

El acusado ejercía de Naturópata-Acupuntor con consulta abierta y tributando por Impuesto de Actividades Económicas y Licencia Fiscal y pertenencia a la Asociación Hispánica de Neurópatas Colegiados.

La sentencia cita una *del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1992* en la que se dice que la medicina naturalista de la acupuntura, por quien no ostente la condición de médico, no constituye el delito de usurpación de funciones, porque no realiza actos atribuidos a una profesión para cuyo ejercicio se requiera estar en posesión de título oficial.

Considera la acupuntura como medicina alternativa, que no está fundada en un método científico experimental, ni se enseña en las Facultades de Medicina, ni está comprendida entre las especialidades médicas para cuyo ejercicio se requiere título.

Añade, como aportación original, que hubiera podido cometer el delito de intrusismo si hubiera ejercido actos propios de médico, se anunciara como tal y en su propaganda asegurara la curación de enfermedades (lo que constituiría además el fraude propio de la estafa).

En el ámbito constitucional y en relación con la profesión médica podemos citar la *sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1996*, en la que dando respuesta a un Recurso de Amparo planteado por una médico que poseía los estudios de licenciatura en Medicina y Cirugía y una Diplomatura Universitaria obtenida por una Universidad de París, que no le fue convalidada y que había sido condenada por ejercer, en una consulta abierta al público, la profesión de odontólogo, anunciándose como Médico Estomatólogo en la guía telefónica.

El Tribunal Constitucional, en el fundamento de derecho sexto, establece que no basta el simple título de licenciado en Medicina y Cirugía para el ejercicio, con carácter habitual, de la Odontología y ello «en defensa no de unos

determinados grupos profesionales, sino del interés público que radica en que ciertas actividades sólo sean realizadas por quienes ostentan la necesaria capacidad técnica para lo cual se exige una específica titulación que solamente se concede después de unos estudios y unos exámenes controlados por el Estado que previamente a los requisitos imprescindibles para tal situación». La cita entrecomillada procede de una sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1993.

Por último citaremos una *Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de octubre de 1998* en la que se *aborda tangencialmente la cuestión del intrusismo profesional en relación con la colegiación obligatoria*. Se señala con carácter general que el Tribunal ya se ha pronunciado sobre la colegiación obligatoria considerándola constitucionalmente legítima cuando obedece a unos criterios justificados y razonables.

En el caso que aborda deniega el amparo a un Profesor de Educación Física que venía ejerciendo su profesión sin estar colegiado y que había sido condenado por la Audiencia Provincial de Badajoz, como autor de una falta de intrusismo del artículo 572.2 del antiguo Código Penal.

Sienta el Tribunal Constitucional, como doctrina, que la obligación de la incorporación a un Colegio para el ejercicio de una profesión se justifica no en atención a los intereses de los profesionales, sino como garantía de los intereses de los destinatarios.

Existe un voto particular en el que se pone de relieve que, con la actual normativa, la conducta del ejercicio de la profesión, sin haberse colegiado, en los casos de colegiación obligatoria, ha quedado despenalizada.

LO PROFESIONAL COMO FACTOR CARACTERIZADOR DE LA IMPRUDENCIA

Consideraciones generales

La exigencia de responsabilidad criminal por los actos o comportamientos humanos puede derivarse de la concurrencia de una innegable voluntad maliciosa de infringir una norma penal sustantiva o bien de conductas simplemente negligentes que ocasionan un resultado dañoso que lesiona bienes jurídicos especialmente protegidos.

Nuestro sistema tradicional optó, en su momento, por configurar la imprudencia como una forma de actuación criminal que era genéricamente imputada a todo el que observaba una conducta temeraria o simplemente antirreglamentaria y ejecutaba un hecho que si mediara malicia o dolo constituiría delito.

Los elementos constitutivos o requisitos necesarios para que se apreciase la imprudencia radicaban sustancialmente en que existiera: a) una acción u omisión voluntaria no maliciosa; b) la infracción del deber de cuidado; c) creación de un riesgo previsible y evitable, y d) un resultado dañoso de-

rivado, en adecuada relación de causalidad, de aquella descuidada conducta.

Al lado de la doctrina general sobre la imprudencia, se abrió *paso una especial cualificación de determinadas conductas negligentes* o imperitas, realizadas por profesionales en el ejercicio de su específica actividad o cualificación técnica. Decía *Quintano Ripolles* que la profesión puede ser un factor que puede influir en la determinación de la culpa y en la graduación de su intensidad, ya que la actuación que para un particular puede ser considerada como simple culpa, puede adquirir proporciones de notoria temeridad para un profesional de un arte o ciencia determinada.

La introducción del concepto de culpa o imprudencia profesional es el producto de un proceso legislativo que arranca de tiempos relativamente recientes. El Código de 1944 fue el primer texto que incorpora a su articulado la imprudencia profesional, si bien con una extensión verdaderamente reducida. El artículo 565 se refería exclusivamente a la impericia o negligencia profesional cometida mediante el manejo de un vehículo de motor *cuando originara la muerte o lesiones graves*.

Esta reducción del ámbito de la imprudencia profesional podía estar basada en criterios de política criminal, pero carecía de cualquier justificación sistemática o dogmática. La doctrina se manifestó lógicamente crítica y *Antón Oneca* puso de relieve que resultaba extraño que la agravación específica no se aplicase a otras imprudencias profesionales que implicaban unos riesgos mucho mayores al poder afectar a multitud de personas, como el hundimiento de un edificio, el incendio de un local de espectáculos o la explosión de un polvorín.

Como muestra de la inseguridad del legislador sobre este tema, podemos citar la reforma del Código Penal por Real Decreto de 28 de marzo de 1963 que amplió la agravación a todas las profesiones, produciéndose la paradoja de excluir a los delitos cometidos por medio de vehículos de motor, al hacer una referencia genérica a la impericia o negligencia profesional referida a los delitos comprendidos en el Código Penal, pero como los delitos culposos cometidos por medio de vehículo de motor habían pasado a ser tipificados en la Ley de 24 de diciembre de 1962, no eran alcanzados por la proyección del artículo específico dedicado a la imprudencia profesional en el propio Código Penal.

Realmente podríamos afirmar que nos encontrábamos ante un supuesto de mala práctica legislativa.

Esta falta de sincronía se corrige con otra reforma del Código Penal, realizada el 8 de abril de 1967, que incorpora al texto punitivo los delitos contra la seguridad del tráfico, por lo que la norma general afecta también a las imprudencias cometidas con vehículos de motor.

La modificación de 25 de junio de 1983 no abordó la cuestión de la imprudencia profesional. En la reforma de 21 de junio de 1989 se introducen dos novedades, por un lado

se priva de rango delictivo a la imprudencia simple con infracción de reglamentos, por lo que la imprudencia profesional sólo produce efectos agravatorios con referencia a la imprudencia temeraria o grave.

La redacción que existía en el momento de entrar en vigor en el vigente Código Penal permitía llegar al grado máximo de la prisión menor (de 4 años, 2 meses y 1 día a 6 años) en el caso de muerte o lesiones de las comprendidas en los antiguos artículos 418, 419 o 421.2 (mutilaciones o inutilizaciones de órgano o miembro principal, privación de vista u oído, anulación o una grave limitación de su aptitud laboral, grave enfermedad somática o psíquica o incapacidad mental incurable, mutilación o inutilización de órgano o miembro no principal, esterilidad o deformidad o hubiera sufrido la pérdida de un miembro, órgano o sentido o quedado impedido de él). E incluso se permitía elevar la pena en uno o dos grados, a juicio del Tribunal, cuando el mal causado fuera de extrema gravedad, es decir, se podía llegar a las penas establecidas para el homicidio doloso, en casos de resultados de lesiones de extrema gravedad.

Para alcanzar estos puntos extremos de penalidad era necesario que el resultado obedeciese a impericia o negligencia profesional. *García Rivas, Nicolás*, ha puesto de relieve que, a lo largo del período correspondido entre 1944 y 1995 la doctrina española no ha ahorrado críticas contra esta figura sobre todo por las elevadas penas que el legislador le ha venido asignando, claramente desafortunadas. En un loable intento, el Tribunal Supremo ha seguido una interpretación restrictiva del adjetivo «profesional» pero a costa de desdibujar completamente el perfil de la figura e incurriendo a menudo en el rechazable procedimiento asistemático del «caso por caso», originando una doctrina huérfana de criterios firmes y en bastantes ocasiones, rayando en lo desconcertante, lo cual ha motivado, a su vez, un rosario de críticas a lo que se percibe como un ejemplo claro de inseguridad jurídica.

El Código vigente prescinde de la figura autónoma de la imprudencia y proyecta la antigua culpa criminal genérica sobre modalidades delictivas concretas, a las que anuda la responsabilidad por imprudencia excluyéndola de todas aquellas a las que no se haga una referencia expresa en el texto del Código. Después de establecer que no hay pena sin dolo o imprudencia, llega a considerar esta última como la creación de un peligro jurídicamente desaprobado o, lo que es lo mismo, la infracción de un deber de cuidado.

Los tipos delictivos que se pueden cometer por imprudencia son:

- 1) El homicidio (Artículo 142) prisión de 1 a 4 años.
- 2) Aborto (Artículo 146) arresto de 12 a 24 fines de semana.
- 3) Lesiones (Artículo 152) arresto de 7 a 24 fines de semana, 1 a 3 años, 6 meses a 2 años según la naturaleza de las lesiones. En ambos casos la inhabilitación será de 1 a 4 años.

Los Artículos 142, 146 y 152, no sólo establecen la imprudencia profesional, sino que llevan aparejada la inhabilitación especial: en el artículo 344, que regula los delitos contra la seguridad colectiva. Delitos de riesgo catastrófico. Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes, a pesar de que en la práctica serán cometidos por profesionales, no se contempla la habilitación especial.

En el Artículo 467.2, prevaricación de abogados y procuradores, se establece además de la multa la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de 1 a 4 años. En el caso del Artículo 532, que regula la detención ilegal cometida por autoridad o funcionario público cometido en la modalidad de imprudencia grave, se establece sólo la suspensión de empleo o cargo público por tiempo de 6 meses a 2 años. El Código vigente hace una referencia genérica a la posibilidad de cometer estos delitos por imprudencia grave, sin considerar específicamente la imprudencia profesional en todos los casos de imprudencia punible.

A la vista de lo expuesto queda claro que la imprudencia profesional sólo se establece en los casos de homicidio (Artículo 142.3), aborto (Artículo 146) y lesiones (Artículo 152.3). También pudiera hablarse de una peculiar imprudencia profesional en los casos de los delitos imprudentes de falsedad y detención ilegal cometidos por autoridad o funcionario público (Artículos 391 y 532) y el delito de prevaricación cometido por los abogados y procuradores (Artículo 467.2), en cuanto que se tratan de delitos especiales propios que sólo pueden ser cometidos por los que ostenten la condición de autoridad o funcionario, o de abogado o procurador, y que cometen el delito en el ejercicio de sus funciones profesionales.

Como señala *Jorge Barreiro, Alberto*, el primer problema que suscita la imprudencia profesional es el relativo a si el subtipo agravado ha de aplicarse a cualquier persona que realice actos específicos de una determinada profesión o si, más bien, es preciso e imprescindible que el sujeto del hecho imprudente sea un profesional de la actividad que desarrollaba en el momento de incurrir en la infracción punible. Añade que la solución que pueda darse a este interrogante aparece a su vez condicionada por la interpretación que se pueda efectuar de las frases que la redacción del anterior Artículo 565 del Código derogado, al referirse a la «impericia o negligencia profesional».

Refiriéndose a la conducción negligente de vehículos de motor sostenía *Quintano Ripolles*, que eran posibles dos interpretaciones. Una es la de entender que en el párrafo precitado se establecen dos conceptos separados y disyuntivos: a) *el de impericia*, que puede comprender a cualquier conductor sea o no profesional y tenga o carezca de permiso consagrador de su aptitud (como advierte *Jorge Barreiro* cuando escribió su monografía sobre la imprudencia sólo se aplicaba el subtipo en el ramo de los vehículos de motor); y b) *negligencia profesional* en el estricto sentido, aplicable

únicamente a quienes hacen como habitual modo de vivir el conducir vehículos de motor.

Desde el punto de vista de la incriminación penal de un determinado hecho delictivo cometido por imprudencia sólo puede considerarse y cualificarse como profesional en el caso de que se trate de una persona que tiene unos determinados conocimientos científicos, técnicos o artísticos que le han conferido un título oficial reconocido por el Estado o la sociedad. En mi opinión es necesario para ser profesional tener un título oficial o reconocido (como exigía el anterior Artículo 321) o el actual Artículo 403 cuando exige para desarrollar legítimamente una profesión el título académico expedido o reconocido en España o un simple título oficial necesario para desarrollar una actividad profesional.

Al profesional se le considera perito o experto y se le reconocen conocimientos especiales. Por ello estimo que el profesional imprudente no sólo es el imperito, sino también, el negligente que actúa de forma distinta a la *lex artis*, aunque sea un perfecto experto y conocedor de su profesión. Ahora bien, si nos situamos fuera de la titulación profesional oficialmente reconocida, imperito es el que carece de conocimientos suficientes para desarrollar una actividad que no exige titulación específica.

Inicialmente, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo vinculó el adjetivo profesional únicamente al sustantivo negligencia, descartando el requisito de la profesionalidad con respecto a la impericia. En este sentido *a la sentencia de 16 de junio de 1952* sostiene que: «en el último párrafo del Artículo 565 del Código Penal se prevén dos motivos determinantes de la infracción culpable con resultado de muerte o lesiones graves, a saber: la impericia o negligencia profesional que son conceptos distintos no enlazados por el adjetivo que se usa en singular, y se refieren, el primero, a la falta de pericia, que lo mismo cabe apreciar en el que carece de ella por no poseer los conocimientos necesarios, ni título que la acredite, que en el que, debiendo tenerla, por haber obtenido la declaración de aptitud, no la demuestra cuando es menester».

Insisto en que, como veremos más adelante, la cobertura simplemente formal que proporciona la obtención de una titulación profesional no excluye la impericia por falta de los convencimientos exigibles, o que se suponen a quien ha adquirido, después de unas pruebas, una titulación académica u oficial.

Concepto de profesional

Como apunta *Jorge Barreiro, Alberto*, la determinación del concepto de profesional puede enfocarse desde una perspectiva formal o darle un alcance sustantivo y material.

Desde una perspectiva formal sería profesional todo aquel que tuviera un título profesional independientemente de que ejerciera habitualmente la profesión o no hiciera de

ella su forma de vivir. Desde el punto de vista material el profesional sería, como afirma *Jiménez de Asúa*, todo aquel que tiene una dedicación habitual al oficio o profesión que es su modo de vivir.

Al que se especializa en una profesión que no exige titulación y se convierte en un experto, no se le puede agravar su responsabilidad cuando no ha adquirido ningún compromiso formal que se le pueda imputar especialmente.

Todo el que desempeña una profesión u oficio se presenta ante la sociedad como una persona que acredita unas cualidades, que no sólo posee sino que debe perfeccionar constantemente con su formación. Se dedica a su oficio o actividad de forma permanente y no esporádicamente como podía hacer un intruso temporal. No obstante el cuadro de profesionales a los que se ha aplicado, en algún caso, la cualificación de imprudencia profesional se agrupan en torno a unas cuantas especialidades:

- 1) Tráfico viario (terrestre, marítimo y aéreo).
- 2) Medicina (médicos de diferentes especialidades y ayudantes técnicos sanitarios, comadronas).
- 3) La construcción (arquitectos, aparejadores, constructores, encargados de obra).
- 4) Profesionales que emplean armas de fuego (Guardia Civil, Policía y vigilantes jurados).

Esporádicamente ha habido otras profesiones a las que se ha aplicado el subtipo agravado de la imprudencia profesional, periodistas (caso Vinader), un bodeguero y una pueicultora, pero estimo que la lista no puede ser definitiva.

Deber objetivo de cuidado

Como señala *Jorge Barreiro, Alberto*, en la doctrina española, siguiendo a Jescheck, se distingue dentro del tipo de delito imprudente, el deber de cuidado interno, que es el deber de advertir el peligro para el bien jurídico protegido y valorarlo correctamente (diagnóstico), y el deber de cuidado externo, concebido como deber de realizar un comportamiento externo correcto con objeto de evitar la producción de resultado típico (intervención). Ahora bien, ambos deberes podrán determinarse con arreglo a criterios generales o individuales relacionados con la persona en concreto. La doctrina dominante denomina al criterio o baremo individual, deber subjetivo de cuidado y al general deber objetivo de cuidado. El autor citado prefiere la terminología utilizada por *Corcoy Bidasolo* por entender que aporta mayor claridad a la hora de dilucidar los problemas. De tal forma que al deber de cuidado externo se le denomina deber objetivo de cuidado; al deber de cuidado interno, deber subjetivo de cuidado; y a los criterios de determinación de esos deberes: general (hombre medio) e individual (poder individual del autor).

En algunos sectores profesionales se dispone de leyes, reglamentos, ordenanzas, usos y costumbres que marcan las pautas a las que debe acomodarse el ejercicio de dichas actividades. La moderna medicina protocolizada, causa un do-

ble efecto, marca pautas pero automatiza la responsabilidad si no se cumple el protocolo.

Así en el sector de la conducción de vehículos de motor existe una legislación abundante y pormenorizada que regula y exige determinados comportamientos en el manejo de los vehículos. Del mismo existen normas para la dirección y manejo de ferrocarriles, aeronaves y buques. Códigos de circulación. En el sector de la construcción existen Ordenanzas laborales y de seguridad e higiene en el trabajo.

En el sector sanitario no existe una reglamentación de carácter general y se impone la observancia de las reglas de la experiencia acogidas bajo la rúbrica de *lex artis*. Al lado de ellas pueden existir normas generales que regulen determinados sectores, como el de enfermería y ayudantes técnicos sanitarios. La Ley Orgánica de 13 de marzo de 1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, contiene principios generales que se deben observar en el manejo de las armas de fuego.

Imprudencia médica

La sentencia de 3 de octubre de 1997 establece que la imprudencia profesional (relacionada con una intervención médica) se caracteriza por la inobservancia de las reglas de actuación que vienen marcadas por lo que se conoce, en términos jurídicos, como la *lex artis*, lo que conlleva un plus de antijuricidad que explica la elevación penológica. El profesional que se aparta de estas normas específicas que le obligan a un especial cuidado merece un mayor reproche en forma de sanción punitiva. Al profesional se le debe exigir un plus de atención y cuidado en la observancia de las reglas de su arte, que no es exigible al que no es profesional. La imprudencia profesional aparece claramente definida en aquellos casos en que se han omitido los conocimientos específicos, que sólo tiene el sujeto por su especial formación, de tal manera que los particulares no tienen ese deber especial, porque carecen de los debidos conocimientos para actuar en el ámbito de los profesionales. *Lex artis ad hoc*.

Sigue diciendo que la exigencia de responsabilidad al médico presenta siempre graves dificultades, porque la ciencia que profesan es inexacta por definición, confluyen en ella factores y variables totalmente imprevisibles, que provocan serias dudas sobre la causa determinante del daño y a ello se añade la necesaria libertad del médico, que nunca debe caer en audacia o aventura. La relatividad científica del arte médico, los criterios inamovibles, de hoy dejan de serlo mañana, la libertad en la medida expuesta y el escaso papel que desempeña la previsibilidad, son notas que caracterizan la actuación de estos profesionales. La profesión, en sí misma, no constituye, en materia de imprudencia, el elemento agravatorio ni cualificativo, ni quita ni pone imprudencia, pero sí puede influir y de hecho influye, para determinar, no pocas veces, la culpa o para graduar su intensidad.

La primera modalidad surge cuando se produjera la muerte o lesiones a consecuencia de impericia o negligencia profesional, equivalente al desconocimiento inadmisibles de aquello que profesionalmente ha de saberse; esta imprudencia profesional caracterizada por la transgresión de deberes de la técnica médica, por evidente inepticia, constituye un subtipo agravado caracterizado por un plus de culpa, y no una cualificación por la condición profesional del sujeto, de suerte que a su lado conviven las modalidades comunes de imprudencia, la culpa profesional sin impericia en las categorías de temeraria y de simple, por el orden de su respectiva gravedad.

Quizá los riesgos se multiplican o aumentan sensiblemente cuando se derivan del ejercicio de actividades médicas en la especialidad ortopédica o traumatológica. Entre los factores que aumentan el riesgo puede considerarse el carácter cruento de las intervenciones sobre el cuerpo de una persona que no está enferma sino que se encuentra traumatizada. Ello quiere decir que el paciente no acude normalmente al traumatólogo para que le alivie o corrija su enfermedad, sino que es el traumatólogo el que interviene en la mayor parte de los casos en situaciones de urgencia, en las que no es posible informar al herido de las posibles derivaciones de su lesión a razón de la intervención quirúrgica.

Con carácter general podemos establecer algunos de los parámetros jurisprudenciales más usuales por los que se rige la responsabilidad médica en general y la de ustedes en particular en relación con las conductas que puedan ser consideradas como imprudentes:

- 1) Que, por regla general, el error en el diagnóstico no es tipificable como infracción penal, salvo que por su entidad y dimensiones, constituya una equivocación inexcusable.
- 2) Queda también fuera del ámbito penal, por la misma razón, la falta de pericia, cuando ésta sea de naturaleza extraordinaria o excepcional.
- 3) Que la determinación de la responsabilidad médica ha de hacerse en contemplación de las situaciones concretas y específicas, sometidas al enjuiciamiento penal, huyendo de todo tipo de generalizaciones.

La sentencia de 13 de febrero de 1997 contiene una referencia a los elementos necesarios para construir una posible imprudencia médica y que son los siguientes:

- 1) La inobservancia de los deberes objetivos de cuidado que imponga la concreta actividad.
- 2) La producción de muerte o lesiones.
- 3) Una relación de causa-efecto entre la conducta del agente y el resultado dañoso producido.
- 4) Imputación objetiva del resultado.

Se hace también una serie de consideraciones sobre la actividad médica en el ámbito sanitario, reconociendo que presenta ciertas peculiaridades en relación con otras actividades dentro de la vida social, como ocurre, por ejemplo, en el campo automovilístico, pues mientras en éste con tal ac-

tuación ya se generan riesgos, la prestación médica y sanitaria se produce ya en situaciones de peligro y de variable gravedad no determinadas, por lo general, por el quehacer profesional, que interviene precisamente para suprimir o aminorar tan peligrosa situación. En relación con la traumatología se dan circunstancias específicas porque normalmente el traumatólogo trata a lesionados que originariamente no acuden como enfermos sino como traumatizados.

Todos estos criterios generales tienen una especial lectura en el caso de la medicina quirúrgica ortopédica y traumatológica.

1) En lo que se refiere al diagnóstico la primera línea diferencial radica en que el médico traumatólogo u ortopeda no tiene, en los casos de urgencia, tiempo para realizar un diagnóstico meditado y reflexivo con análisis o medios complementarios que ayuden a encontrar a través de profundos estudios la realidad de la situación general y traumatológica del paciente. Tiene que pronunciarse en un corto espacio de tiempo sobre las complicaciones vitales y funcionales que tiene que resolver: salvar la vida del paciente y la función de los miembros afectados.

Esta tarea alcanza complicaciones especiales en el caso de los politraumatismos a los que con frecuencia tienen ustedes que enfrentarse. Establecer prioridades vitales y traumatológicas es una obligación primordial que guiará toda la actividad médica que se debe desarrollar en ese caso concreto y en consecuencia las posibles secuelas o resultados derivados de esta elección.

En consecuencia opino que el criterio señalado de que el error en el diagnóstico, por lo general, no es tipificable como infracción penal, debe ser corregido y atemperado en cuanto que la repetición de situaciones de emergencia les coloca a ustedes ante la necesidad de dar una primera respuesta acertada a través del diagnóstico inicial, sin perjuicio de cuáles pudieran ser las derivaciones posteriores.

2) Habíamos dicho que queda fuera del ámbito penal la falta de pericia, cuando ésta sea de naturaleza extraordinaria o excepcional. Que duda cabe que ustedes se enfrentarán con frecuencia a intervenciones de alto riesgo, no tanto para la vida del paciente como para sus posibilidades de recuperación funcional. En este último punto es donde se debe centrar la exigencia de actuar con acierto profesional aunque la intervención encierre en sí dificultades que es necesario superar con conocimientos superespecializados y que no estén al alcance de la generalidad de los profesionales de la traumatología o la ortopedia. Si no se debe actuar, la audacia es temeridad.

3) La regla general que ha sido comúnmente admitida y que establece que la determinación de la responsabilidad médica ha de hacerse contemplando las situaciones concretas y específicas sometidas a enjuiciamiento penal, huyendo de todo tipo de generalizaciones, tiene, como es lógico, su plena aplicación en los casos de medicina quirúrgica y orto-

pédica, quizá con la especificidad de que las situaciones que se presentan ante el traumatólogo son infinitamente variadas y variables con el matiz, ya avanzado, de que se enfrentan a lesionados y no a enfermos.

Lo que resulta perfectamente válido para la especialidad traumatológica y ortopédica es el cuadro de requisitos a los que ya hemos aludido y que son necesarios para configurar una imprudencia médica.

Incidencia de la información al paciente

La jurisprudencia ha dicho que la información del médico al paciente ha de ser suficientemente esclarecedora, veraz y adecuada a las circunstancias o, si se quiere, simple, aproximativa, inteligible y leal, sin que su formulación y la de la consiguiente manifestación del consentimiento transformen la existencia de dicho binomio garantista del derecho a la salud en una exigencia con caracteres de requisito *ad solemnitatem* ni, por contra, sus trámites formales reduzcan la operatividad de aquél a la de un puro trámite burocrático estandarizado, devaluando así la integración del deber de informar y el correlativo derecho a recibir información en lo que se ha llamado la *lex artis ad hoc*. Cuando existe una adecuada información, consentimiento expreso del enfermo o de sus familiares más allegados, exposición previa de incidencias quirúrgicas, aceptación de las mismas por aquéllos y ausencia del quebranto de la confianza, junto a una correcta técnica operatoria y adecuada atención facultativa en el período postquirúrgico, inmediato a la intervención por parte del cirujano protagonista de la imputación, no cabe hablar de negligencia temeraria profesional. Entre facultativo y paciente debe existir una adecuada información que sirva de soporte al consentimiento prestado.

Ni que decir tiene que la urgencia vital difumina todas estas exigencias y que, en numerosos casos, la información habrá que proporcionársela a familiares o allegados.

Especial relevancia de la pericia

La formación del criterio a seguir en cuanto a la calificación de los actos médicos que son objeto de enjuiciamiento depende, en gran parte, de los diferentes informes periciales obrantes en las actuaciones que, en la mayoría de los casos, serán diversos y contradictorios.

Sin perjuicio de la necesaria complejidad teórica que cada uno de ellos pueda ofrecer, es muy importante y decisivo el contraste de las diversas opiniones en el momento del juicio oral, formulando preguntas claras y solicitando de los peritos explicaciones asequibles que permitan fundamentar la existencia o inexistencia de relación de causalidad entre la intervención y el resultado perjudicial, no previsto o diagnosticado de antemano.

De la lectura del texto del Artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se desprende que la pericia médi-

ca será siempre necesaria en procedimientos de esta naturaleza, ya que para apreciar o conocer el hecho determinante y sustancial de la causa es necesario e imprescindible un conocimiento científico.

No obstante, los fundamentos básicos de la valoración probatoria permanecen inalterables, por lo que los Jueces y Tribunales tienen la libre valoración de la prueba, si bien tratándose de informes periciales, en determinados casos y circunstancias pueden ser revisados en la instancia superior y en casación, si los informes son coincidentes y el órgano juzgador se aparta de ellos sin justificación o motivación suficiente de la disidencia.

SUPUESTOS JURISPRUDENCIALES ESPECÍFICOS RELACIONADOS CON LA CIRUGÍA ORTOPÉDICA Y TRAUMATOLÓGICA

La proyección de la teoría general de la imprudencia médica-profesional sobre la especialidad de traumatología y ortopedia ha originado una variada jurisprudencia emanada de diversos órdenes jurisdiccionales y de tribunales de distintas escalas jerárquicas, de la que haremos una especial mención a alguna de las que consideramos más relevantes.

Diagnóstico por el médico traumatólogo de una subluxación de las vértebras C-6 y C-7 con posible afectación neurológica. Sentencia de 3 de marzo de 1999 de la Audiencia Provincial de Baleares

El traumatólogo deriva a la paciente hacia un especialista en neurocirugía. Después de varias pruebas y exploraciones, éste último decide la intervención quirúrgica, que se llevó a efecto por el mismo asistido por el traumatólogo.

El neurocirujano terminada la operación emprende viaje al extranjero y se desentiende del postoperatorio. El traumatólogo visitó a la paciente por cortesía y de acuerdo con otro doctor decidieron la retirada de los puntos de sutura y se practicó una radiografía constatando la salida parcial del taco óseo insertado entre las vértebras.

Por indicación de otro neurocirujano se realiza una nueva intervención quirúrgica para solucionar el problema técnico y mantener la estabilidad de la columna. Este neurocirujano llega a la conclusión de que el cuadro clínico ofrecido por la paciente no era tributario de una operación quirúrgica, debiéndose a la subluxación de las vértebras C-6 y C-7 por una alteración congénita cervical y la sintomatología debida a migrañas acompañadas atípicas.

La acusación particular imputa al traumatólogo un error en el diagnóstico y la inobservancia de la *lex artis* en la operación.

La Sala sentenciadora descarta el error de diagnóstico y estima que la operación quirúrgica era la solución adecuada.

Analiza si la salida del taco óseo fue fruto de la inobservancia de la *lex artis* y llega a la conclusión, *avalada por los peritos*, de que la salida del injerto óseo es una complicación o incidencia evolutiva de la intervención misma, de riesgo clínico inevitable y en consecuencia establece que no hubo mala praxis y *absuelve al traumatólogo y al neurocirujano al que reprocha su abandono del postoperatorio.*

Intento de extracción de un clavo colocado años antes para corregir una rotura de tibia y peroné. Se produce la rotura de la uña del instrumental extractor que se deja en el interior de la paciente que posteriormente sufre infecciones y osteomielitis. Sentencia 9 de octubre 1998. Audiencia Provincial de Cádiz

La fractura se produjo en 1977 a consecuencia de un accidente de tráfico implantándose una aguja Kinschler. El 31 de agosto de 1990 por propia decisión de la lesionada se le practica una operación para extraerle el clavo.

Al intentar extraer el clavo se produjo la rotura de la uña del instrumental extractor, optándose por dejar la uña dentro de la herida dado lo cruento y arriesgado de su extracción. La paciente fue debidamente informada de esta incidencia.

Sintió malestar posterior y le fue diagnosticada una infección u osteomielitis que a pesar de ser tratada deja como secuela una pequeña disminución en la movilidad de la rodilla derecha, una cicatriz de 13 centímetros en tercio superior, cara anterior de la pierna y una inestabilidad en la rodilla vieniendo agravadas tales secuelas por el peso y el genuvalgo de la paciente.

El Ministerio Fiscal pidió el sobreseimiento y la acusación particular llevó la causa adelante, dictándose *sentencia absolutoria* por el Juzgado de lo Penal, recurriéndose en Apelación a la Audiencia Provincial. La imputación de la negligencia se basaba en que los traumatólogos no buscaron suficientemente la uña en el campo operatorio, sino que pensando que la misma había caído al suelo, procedieron a cerrar la herida.

La sentencia llega a la conclusión de que la búsqueda dentro del campo operatorio, por la nueva exposición al aire de los órganos internos, habría posiblemente producido un incremento de daños y un aumento de los riesgos de infección. En relación con la infección descarta la causalidad con la uña, ya que ésta se considera material quirúrgico y por tanto estéril, aséptico e inerte, y llega a la conclusión de que la osteomielitis de la enferma no tiene nada que ver con la uña.

Alta clínica de una fractura de cúbito y radio izquierdos y pase a una entidad Mutua para su control ambulatorio. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de abril de 1998

Se demanda civilmente al Jefe del equipo de traumatólogos y a la Mutuality. La cuestión se centra en determinar si la actuación médica, consistente en dar el alta clínica cuando la fractura no estaba consolidada, puede ser calificada como admisible y acorde con las reglas del arte médico o si por el contrario la misma fue precipitada y se debió prolongar la vigilancia sobre el paciente, aunque se le retirara la inmovilización y el material de osteosíntesis.

La sentencia considera que el alta en estas condiciones no es conforme a la lex artis ya que está acreditado que las fracturas no estaban consolidadas. No obstante absuelve de la demanda al Jefe del equipo de traumatólogos, ya que se ha acreditado que no tuvo intervención directa en el tratamiento del paciente y nunca vio al paciente, sino que lo hizo otro médico del equipo.

El hecho de ser Jefe de un equipo de traumatólogos, no le hace directamente responsable de toda la actividad médica desplegada por los especialistas de su equipo, los cuales actúan con arreglo a su propia *lex artis* si bien teniendo en cuenta los criterios no sólo organizativos sino también médicos, que pueda fijar el Jefe.

Sin embargo condena a la Mutuality, en cuanto que la simple condición de colaborador médico permite la condena del centro por los daños causados en el ejercicio profesional de los médicos de su cuadro clínico. La responsabilidad del Centro es de carácter solidario y la existencia de un vínculo profesional concede al perjudicado acción para dirigirse indistintamente contra cualquiera de los obligados.

Tratamiento de fractura de Colles y posterior atrofia ósea de Sudeck. Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 28 de septiembre de 1995

La sentencia toma en consideración el informe del Médico Forense que señala la posibilidad de que en un 15% de los casos la fractura de Colles pueda producir trastornos tróficos y añade que el tratamiento instaurado para el síndrome de Sudeck fue correcto.

Otro médico especialista informa que la atrofia de Sudeck no ha tenido su origen en algún tratamiento incorrecto de la fractura. Considera que el síndrome de Sudeck se diagnosticó a tiempo y que su tratamiento se ajustó a la práctica médica.

Descarta que el síndrome haya tenido como causa que se tardarán 8 días en instaurar medidas de terapia física.

Osteotomía valguizante de ambas piernas. Intensa necrosis muscular en extremidad inferior derecha provocada por la denervación o bloqueo completo de los nervios ciático poplíteo externo o interno

Sentencia de 10 de abril de 2000. Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 4.ª de la Audiencia Nacional.

No se exige responsabilidad individual, sino de la

Administración Sanitaria por funcionamiento anormal de un servicio público. El paciente aquejado de «*genu vago* bilateral» fue sometido a una osteotomía valguizante bilateral. Anteriormente se produce la interrupción distal del flujo arterial a nivel de la pantorrilla por espasmo y/o compresión de las partes blandas, sin que, por tanto, hubieran sido lesionadas las estructuras vasculares en el acto quirúrgico.

Pruebas electrofisiológicas demostraron una afección del nervio ciático mayor derecho próxima a la salida de los nervios ciáticos poplíteo externo e interno. El jefe del Servicio de Traumatología apunta que la lesión podría corresponderse con la zona de compresión del manguito neumático, utilizado para la isquemia, y añade que los aparatos con que se hace esta compresión están homologados y nunca les había sucedido un caso semejante. En cuanto a las técnicas isquémicas no son de prever complicaciones si no se sobrepasa el tiempo máximo permitido y en este caso no se sobrepasó.

El paciente fue trasladado a otro centro médico en el que fue intervenido quirúrgicamente en 9 ocasiones y termina presentando deficiencias en el sistema vascular nervioso periférico articular y muscular, que producen en el paciente una discapacidad física que afecta de forma secundaria a su psiquismo y le sitúa en desventaja frente a los roles sociales básicos, provocando un alto grado de minusvalía.

El facultativo que realizó la intervención afirma que la denervación del nervio ciático mayor no es una complicación normal de la técnica quirúrgica empleada y que las complicaciones surgieron de la compresión neumática. La Sala sentenciadora ve en ello una relación de causa-efecto entre el funcionamiento del servicio y el resultado dañoso producido que, al no constar que deviniera como consecuencia de los riesgos que normalmente comportan intervenciones como la practicada *en este caso determina el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.*

Intervención quirúrgica para corregir una fractura abierta de tibia y peroné, dejándose dos drenajes y haciéndose una ventana en la escayola, sin que se utilizaran antibióticos por ser el paciente alérgico a la penicilina. Sentencia Sala 2.ª del Tribunal Supremo 13 de noviembre de 1992

Sometido a vigilancia y asistencia el paciente se quejaba de dolores y a los 4 días se advierte insensibilidad en los dedos del pie, una subida brusca de la temperatura e hipotensión. Avisado de urgencia el traumatólogo interviniente abre la ventana y diagnostica una gangrena gaseosa que aconseja el traslado a un Centro sanitario en donde ante lo irreversible del cuadro se le amputa la pierna unos centímetros por encima de la rodilla.

La Audiencia Provincial absuelve al traumatólogo y el Tribunal Supremo confirma la sentencia, estimando que no

cabe imputar negligencia alguna al acusado ni en el inicial tratamiento quirúrgico, ni en la asistencia posterior, ni en el diagnóstico de gangrena y en el traslado inmediato a un Centro especializado. La operación podía perfectamente realizarse en un hospital rural y tiene especial relevancia el hecho de que el paciente fuese alérgico a la penicilina.

Intervención quirúrgica: en la exploración quirúrgica del canal medular se produjo la «rotura accidental del saco dural». A raíz de dicha intervención quirúrgica empezó a presentar complicaciones que forman parte del síndrome de cola de caballo

Sentencia del 22 de diciembre de 1995 de la Audiencia Provincial de Palencia. Civil.

Hubo error en el diagnóstico ya que tras la exploración física, radiológica y tomografía axial computarizada (TAC) de columna vertebral se acreditó que no tenía hernia discal. A raíz de la intervención quirúrgica, el paciente empezó a presentar vejiga neurógena, con micción por rebosamiento e impotencia *coeundi*, cuadro urogenital que forma parte del síndrome de cola de caballo.

Se realizan muchas pruebas después de la operación y se realiza una nueva intervención quirúrgica, efectuándose la minotomía del arco posterior de L-5, liberalización de la raíz S1 y del saco dural. Con tal intervención se logró que desapareciera la «lumbociatalgia izquierda» si bien persistieron los síntomas genitourinarios, recomendándole se abstuviera de realizar ejercicios físicos violentos y cargar pesos.

Siendo el síndrome de cola de caballo una complicación postoperatoria inmediata que es un riesgo de la intervención se *debió informar suficientemente al paciente*. La Sala considera que *hubo conducta culposa del personal sanitario precedida inicialmente de un error de diagnóstico, dado que no tenía hernia discal*. Omisión culposa que llevó al personal sanitario que atendió al paciente a asumir los riesgos por sí solos.

Se reclama la responsabilidad civil del Centro Hospitalario y siendo la demanda la compañía de seguros con la que tenía concertada la cobertura de responsabilidad civil el propio INSALUD. Se aplica la ley para la defensa de Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 y lo considera como un supuesto de responsabilidad objetiva.

Colocación incorrecta del yeso produciendo un colapso de la epífisis radial

Sentencia del 28 de enero 1988 de la Audiencia Provincial de Toledo. Penal.

La paciente sufrió una caída que le produjo la fractura de epífisis distal del radio de la mano izquierda. Se le redujo la fractura colocándole un yeso duro, citándola a revisión para dentro de 55 días. La lesionada no agotó el plazo al sentir dolores en dicho brazo y creer que el yeso se estaba

ahuecando.

Una médico traumatóloga distinta examinó el brazo y decidió cambiarle la escayola poniéndole nuevo yeso sin imprimir la flexión e inclinación cubital de la muñeca, provocando, al consolidarse la cura en posición no ortodoxa, colapso de la epífisis radial y desviación de la misma. Se trató de corregir con rehabilitación pero no se obtuvo resultado. Le han quedado una serie de secuelas que afectan fundamentalmente a la posibilidad de hacer fuerza, a la extensión de la muñeca y a los movimientos de supinación.

La Sala sentenciadora llega a la convicción de que el resultado lesivo se lo causó la incorrecta colocación del yeso y que la doctora que lo practicó se alejó en su intervención de la *lex artis*. *Considera que la calificación de los hechos es de falta leve de imprudencia y modifica la sentencia del Juez de Instrucción que había absuelto a la acusada.*

Incorrecta movilización de un paciente aquejado de una dolencia cervical ósea, considerada como inestable, producida en accidente. Retirada de la tracción cervical e incorporación del plano de la cabecera de la cama

Sentencia del 10 de julio de 1.995 de la Audiencia Provincial de Cuenca. Civil.

El paciente padecía una dolencia cervical ósea (fractura arrancamiento en apófisis espinosa C-6 y C-7) considerada como inestable que se le produjo como consecuencia de un accidente. Fue inmovilizado con compás de tracción cervical y collarín, tratamiento que le fue retirado por el médico que le atendía, actuando físicamente tres ATS y dos celadores quienes al observar que el enfermo se encontraba cabeza abajo en la cama, es decir, con la cabeza donde debían reposar los pies, procedieron a la movilización en 180° del enfermo, girándolo hasta colocarlo correctamente en la cama.

En ese momento el paciente se quejó de fuertes dolores que aconsejaron su traslado a una residencia hospitalaria donde se le interviene quirúrgicamente y se le diagnostica «síndrome lesionar medular completo sensitivo por debajo de C-7, incompleto motor por debajo de C-7 y completo por debajo de L-5 secundario, fractura de C-6 y C-7 que le condiciona tetraplejia subsidiaria de silla de ruedas, siendo la lesión neurológica irreversible, calificable de gran invalidez». *La sentencia llega a la conclusión de que hubo infracción de la lex artis en la ejecución de lo ordenado por el doctor. Centra la responsabilidad en las ATS y en los celadores.*

Reducción de una pequeña hernia muscular en la pierna derecha

Sentencia del Tribunal Supremo Sala Civil del 8 de septiembre de 1995.

La intervención duró 20 minutos, practicándose una incisión de piel y tejido muscular, procediéndose, sin ningún

tipo de agresión, a cerrar la fascia muscular y la piel dándose así por concluida la intervención. Se le da de alta y se le indica que volviese a revisión a los 10 días, observando una contractura muscular dolorosa en toda la extremidad inferior derecha. En una nueva revisión se observa que no podía realizar la flexión dorsal del pie. Se ordena su ingreso por el cirujano demandado y se le practica electromiograma y electroneurograma, observándose un bloqueo del nervio ciático poplíteo externo derecho con afectación de ramas profundas y superficial del mismo.

Remitida a un Servicio de Neurología de un Hospital Clínico se pone de manifiesto la existencia de parálisis completa del nervio ciático poplíteo externo, desconociendo el mecanismo de la lesión aunque relacionándola íntimamente con la intervención quirúrgica realizada y recomendando rehabilitación ante la poca utilidad de la intervención quirúrgica.

La sentencia establece que el hecho de que no se haya acreditado si esa afectación del nervio fue debida a un secionamiento total o parcial del mismo o a su compresión durante la operación, no es obstáculo para apreciar una relación de causalidad directa entre la intervención quirúrgica y el daño sufrido por la paciente, y no existe prueba alguna en autos que permita atribuir el resultado dañoso a otra causa distinta de la intervención quirúrgica sufrida por la demandante. *Se declara la responsabilidad civil por culpa extracontractual del cirujano que practicó la operación.*

Fallecimiento por precipitación en accidente laboral. Traumatismo craneoencefálico cerrado y como causa inmediata un hematoma o compresión cerebral

Sentencia del Tribunal Supremo Sala Civil, 14 de noviembre de 1994.

Se imputa a los traumatólogos no haber examinado y explorado extensivamente al lesionado para saber si el golpe en cuestión había producido lesiones internas o no. Los demandantes estiman que los médicos podían haber detectado el coágulo de sangre y haber evitado la compresión cerebral. Primero se iniciaron unas diligencias penales que se archivaron.

Presentada la demanda civil se desestima en primera instancia y en Apelación. Se toma en consideración el dictamen de los médicos forenses y se llega a la conclusión de que no era previsible una lesión de tanta gravedad como la que resultó a la vista de la historia clínica y la evolución del paciente.

Se reconoce que se podía haber practicado una TAC que no podía llevarse a efecto porque no existían aparatos en el centro médico. No obstante los tres peritos coinciden en afirmar que no existieron indicaciones clínicas que hicieran indispensable la práctica de una TAC craneal, incluso desplazando al paciente, ya que en la historia clínica no apare-

ce que se quejara de dolores de cabeza. La sentencia llega a la conclusión de que se observó la *lex artis* y que no se puede estimar culpa extracontractual.

Consideraciones finales

Volviendo al tema general, es evidente que el nuevo Código Penal hubiera sido una buena oportunidad para erradicar el plus de penosidad que representa la imposición adicional de una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de 3 a 6 años. Se trata de una pena grave según el Artículo 33.2 c) del nuevo Código Penal. El Artículo 42 determina el alcance de la inhabilitación especial estableciendo qué produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recae y de los honores que le sea anejos. Produce además la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación.

La inhabilitación especial aplicable a los médicos sería la prevista en el Artículo 45 del Código Penal que contempla la inhabilitación especial para profesión, oficio o industria o comercio, o cualquier otro derecho que ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, privando al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena.

Es evidente que la inhabilitación para empleo o cargo sólo puede aplicarse a aquellos profesionales de la medicina que desempeñen un cargo en la sanidad pública y, en principio sólo podría extenderse a ese cargo lo que le permitiría en principio el ejercicio de la medicina privada.

Ahora bien, creo que la inhabilitación especial aplicable al médico sería la contemplada en el Artículo 45, es decir, la específica de la profesión u oficio pero que a diferencia de la que afecta al empleo o cargo no produce incapacidad para obtenerlo durante el cumplimiento de la condena ya que la profesión a diferencia del empleo o cargo no se pierde.

Podría establecerse que la inhabilitación profesional se redujera exclusivamente a la condición de cirujano traumatólogo u ortopeda pero que no afectase a la posibilidad de dedicarse a otras ramas de la medicina. Yo creo que lo lógico sería extender la inhabilitación a toda la profesión que pueda desarrollarse dentro del ámbito de las ciencias médicas. Así lo entiende también la reciente sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2001, al señalar que el Artículo 158, que se refiere a las lesiones causadas al feto, extiende la inhabilitación a cualquier profesión sanitaria, lo que también sería aplicable a los demás casos de negligencia médica.

Creo que después de estas consideraciones, ha quedado claro que la distinción entre imprudencia profesional e imprudencia del profesional es una creación artística e imaginativa, pero escasamente sólida y científica, al carecer de

perfiles firmes y criterios unitarios que puedan orientar al intérprete.

Tenemos que reconocer que se trata de una diferenciación bienintencionada y que, como pone de relieve la sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1997, nos enfrentamos a un tema difícil que ha dado lugar a que la jurisprudencia no haya seguido una línea uniforme que deslinde, en cada caso concreto, ambas modalidades de culpa delictual. La lectura de la jurisprudencia nos muestra una serie de supuestos, en los que la conducta negligente de los profesionales no ha merecido su cualificación más agravatoria.

Esta resolución nos da las claves del aparente conflicto al reconocer llanamente que, con dicha diferenciación, se ha buscado reducir los efectos agravatorios de la pena privativa de libertad estableciendo una distinción entre la imprudencia profesional y la imprudencia del profesional, refugiándose en esta última calificación para evitar la exasperación punitiva que se produciría en el caso de atribuir automáticamente la agravación en todos los casos de imprudencia cometida por profesionales.

Como conclusión quiero hacer una propuesta de futuro que puede ser potenciada por la fuerza de los argumentos que procedan de sus iniciativas.

1) Simplificar todo el entramado confuso que presenta la regulación de la imprudencia en el campo del derecho penal, estableciendo sólo dos categorías o clases de imprudencia: la imprudencia grave con resultado de muerte, lesiones graves o aborto, y la misma imprudencia grave con resultado de lesiones de menor gravedad.

La imprudencia profesional sería normalmente imprudencia grave; imprudencia leve, con resultado de muerte o lesión constitutiva de delito, y despenalización, como existe ahora, de la imprudencia leve con resultado de lesiones no delictivas.

2) Desaparición de la imprudencia profesional porque como dice *García Rivas* en su trabajo: «La imprudencia profesional una especie a extinguir», la imprudencia profesional carece de un perfil intrínseco que le distinga de la imprudencia común.

3) Desaparición de la inhabilitación especial como pena principal asociada a la pena privativa de libertad pasando a ser una pena accesoria a toda pena de prisión.

4) Utilización de las vulneraciones de la *lex artis* como un elemento que permite integrar según los casos y entidad de la misma, la calificación de la imprudencia como grave y la determinación de la pena.

Creo que con este artículo el panorama se clarificará, en cierto modo, y que los especialistas en Traumatología y Cirugía Ortopédica pueden tener un marco de referencia que les produzca una cierta tranquilidad en el ejercicio de sus funciones profesionales, sabiendo que sólo en los casos de imprudencia grave tendrían que sufrir una pena de prisión y que, en los casos de imprudencia leve, podrían afrontar una casi simbólica pena de multa. Para nosotros los jueces, quedaría la no siempre fácil tarea de graduar la entidad de la imprudencia en función de su gravedad y de dar respuesta a las aspiraciones de justicia, del profesional médico y de las víctimas.