

LA IMPRUDENCIA MEDICA

Juan José Reigosa González

INTRODUCCION

Dentro del amplio concepto de la imprudencia, en sus vertientes civil y penal, es la médica una de las que ofrece especial interés por el cúmulo de problemas que sugiere e intereses a que afecta. Si ya el concepto de imprudencia es complejo en el campo del derecho, que decir cuando a ello se une la problemática de la ciencia médica, donde aquél va a incidir de manera tan importante. Derecho y Medicina son, sin duda, dos de las ciencias mas antiguas, casi tanto como el hombre, pues si este necesitó de la medicina en su ansia de supervivencia, también precisó del Derecho para arbitrar la convivencia.

Desde sus remotos orígenes, tanto el Derecho como la Medicina han alcanzado un vasto desarrollo, de modo que en la actualidad precisan de muy especiales conocimientos para su ejercicio, lo que determina una marcada tendencia hacia la especialización al ser difícil el dominio de toda la materia que una y otra comportan. Y esa dificultad se acrecienta cuando se produce esa interrelación entre ambas. Para el jurista no es fácil aplicar su técnica a la ciencia médica si existe un pleno desconocimiento de ésta. Como tampoco es fácil que el médico comprenda la labor del jurista si ignora los principios básicos en que el Derecho se asienta. Algo que también tienen en común las dos ciencias es que ninguna de ellas es exacta, lo que sin duda aumenta la dificultad de cualquier sistema de control.

Hoy en día existe una popular tendencia al enjuiciamiento, digamos apasionado, de aquellas conductas que tradicionalmente se concebían en una determinada élite. Y el juicio ligero surge siempre cuando la contienda se dirige contra quienes gozan de una posición que socialmente se considera de encumbramiento. La exigencia de responsabilidad frente a resultados dañosos se reivindica cada vez con mayor fuerza para solventar todo tipo de infortunio. El Derecho reparador adquiere, por tanto, inusitada fuerza y asistimos, desde principios de siglo, a una profunda transformación social en este aspecto, y como consecuencia a una importante evolución legislativa y jurisprudencial. Nunca tanto, como en la actualidad, adquirió especial relevancia la denominada responsabilidad objetiva, como sorprende el elevado montante económico que alcanzan las indemnizaciones derivadas del ilícito culposo.

Es bueno que se hayan superado épocas donde determinados grupos parecían escapar a esa responsabilidad por culpa, como el que las indemnizaciones derivadas de esos hechos apenas si llegaran a paliar el daño sufrido por la víctima. Pero también cabe decir que no es bueno para el Derecho la huida hacia otros extremos con las correlativas consecuencias de constreñir el ejercicio de una profesión o acarrear la ruina de una per-

sona cuando la responsabilidad es desproporcionada en relación al acto de que procede. Y es que, si ciertamente los resultados que pueden derivar de una imprudencia pueden ser enormes, no se puede olvidar que el acto que la origina, hecha abstracción del daño, puede ser algo tan simple en el que puede incurrir el más prudente de los hombres.

Al jurista corresponde, por tanto, elaborar los cauces de esa responsabilidad, librándose de todo apasionamiento o visceralidad, que no son precisamente los atributos del Derecho y mucho menos de la Justicia. Una reacción o reivindicación instintiva puede ser comprendida, y generalmente es aceptada por la comunidad humana, pero esa reacción no siempre coincide con la frialdad del Derecho donde ya el aforismo latino señala que nadie puede ser juez en su propia causa.

Como hombre primero y como Juez después, siempre he sentido preocupación sobre donde debe encontrarse el límite de la responsabilidad por culpa. Si debe ser extensiva o restrictiva. La elección de cada una de esas alternativas nos lleva a consecuencias evidentemente poco aceptables. Si es extensiva estaremos coartando y constriñendo el ejercicio de las actividades humanas, poniendo un freno al desarrollo científico y a la creatividad. Si es restrictiva acabaremos permitiendo la negligencia y la incuria en el ejercicio de los cometidos profesionales con menosprecio de las víctimas de esas irresponsabilidades. Y obsérvese que digo en general de los cometidos profesionales, porque, aun cuando el objeto del trabajo sea la responsabilidad médica, no se puede en ningún caso olvidar que intrínsecamente tan irresponsable es el acto del trabajador manual menos cualificado, que el de un médico. Claro es que las consecuencias son más graves cuando el acto fallido es del médico. Pero, ¿es que la gravedad de la imprudencia debe valorarse en función del resultado?

Ahí reside el primer escollo de este tipo de responsabilidad, donde, como en toda, el primer reproche no debe ser por el resultado, sino por el acto en virtud del cual se origina. Tengamos siempre en cuenta que el resultado producido, quien menos lo ha querido es el autor natural del mismo, y si algún reproche merece, es por haber actuado violando las reglas de la pericia o diligencia que su profesión le exigía. En este sentido es forzoso equiparar la imprudencia del médico y la de cualquier otro profesional menos cualificado. Tan imprudente es el acto del médico que en una operación cercena el riñón sano, como el del fontanero que realiza mal una conexión del desagüe. Ambos han actuado vulnerando la *lex artis*, claro es que con la diferencia de que el error médico tiene unas consecuencias mucho más graves para la integridad humana. Pero esas consecuencias, como se dijo, en modo alguno eran queridas ni deseadas. Cosa en lo que coinciden ambos errores de dichos profesionales. Sin embargo, lo que también es evidente es que la diligencia exigida debe aumentar en función del riesgo que cada actividad genera.

EL CONCEPTO DE CULPA O IMPRUDENCIA

Concepción subjetiva y objetiva

Lo anterior nos ha servido coloquialmente de introducción hacia la problemática jurídica de la imprudencia, donde trataremos de precisar su concepto en general para más tarde adentrarnos en la específica cuestión de la imprudencia profesional, y concretamente la médica.

No es fácil a priori dar un concepto de culpa, y la cuestión se complica más cuando la manifestaciones de aquella son diversas, pues ya en principio, siguiendo el criterio legal, habremos de distinguir entre culpa civil y culpa penal.

La culpa en realidad no es una figura que podamos considerar un delito típico o un hecho civil ilícito sin más. En realidad viene a ser una manifestación de la culpabilidad responsable en contraposición a la forma dolosa. Si el dolo lo podemos a priori calificar de intencionalidad directa, la culpa queda reservada para aquellos resultados que el agente no tenía intención de causar, pero que se producen por su falta de diligencia o previsibilidad.

La posición clásica considera la culpa como la omisión de la diligencia exigible al agente. Esa falta de diligencia viene a ser la nota distintiva de la culpa, donde sus elementos esenciales serían la **previsibilidad** y la medida de la **diligencia exigible**. Y así CASTAN¹ define en sentido estricto la culpa o negligencia como, “la omisión de la diligencia exigible en las relaciones sociales, mediante cuya aplicación podría haberse evitado un resultado contrario a derecho y no querido”. Para que haya negligencia basta con que el resultado haya sido previsto como posible o hubiese tenido que ser previsto.

Pero frente a esa teoría espiritualista de la responsabilidad, se ha alzado modernamente la concepción de la responsabilidad objetiva, en la que se sustituye el punto de vista interno de la culpabilidad por el punto de vista externo de la simple causalidad. Así se llega también a la denominada teoría del riesgo, según la cual, el que hace nacer para otro un riesgo debe responder del daño que causa, aunque no medie culpa de su parte. Se habla entonces de una “culpa social” o culpa sin culpabilidad². Esta culpa social atiende a las consecuencias nocivas de una conducta y prescinde en gran medida de la diligencia del responsable (responsabilidad objetiva).

El Código Civil español, en su artículo 1.902, se inspira en la culpa como falta de la diligencia exigible. Sigue por tanto la teoría clásica subjetiva de la responsabilidad por culpa. Veremos, sin embargo, como la doctrina más moderna se inclina por la denominada culpa social o culpa sin culpabilidad, que atiende a las consecuencias nocivas de una conducta, prescindiendo en gran medida de la diligencia del responsable.

Pero antes de adentrarnos en la denominada imprudencia civil, debemos hacer referencia a la importante distinción entre la culpa civil y la penal, de contornos no muy precisos en nuestro ordenamiento.

Culpa civil y penal

Tal vez la nota diferenciadora más importante es que la culpa penal es la que se encuentra tipificada en el Código Penal, siguiendo el principio *nullum crimen sine lege*. Como sabemos en el Código Penal solamente se recogen los ataques más graves para los derechos subjetivos, mientras que el ilícito civil tiene una proyección mucho más amplia. Como consecuencia de ello **la culpa civil exige una ilicitud mínima, basta una culpa levísima para responder, mientras que la culpa penal exige una mayor gravedad**. Como señala SANTOS BRIZ³ “es en la dimensión del sentimiento de reprobación donde se halla el índice de la culpa penal”.

Para CASTAN⁴ la penal lleva consigo un atentado que afecta al interés social y público o, lo que es igual, una violación en la esfera penal (actos punibles), mientras que la civil tan sólo contiene una violación de la ley civil (actos ilícitos civiles).

¹ J.Castán Tobeñas.- Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo I-Volumen II.

² José Luis Albácar López.- Código Civil.Doctrina y Jurisprudencia.

³ Jaime Santos Briz.- Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo VI.

⁴ J. Castán Tobeñas.- Op. Cit.

Conforme al principio de intervención mínima del Derecho Penal ya la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de Junio, había reducido considerablemente las dimensiones de la culpa penal en el Código entonces vigente, de tal manera que sólo la denominada imprudencia temeraria del anterior artículo 565 adquiriría la categoría de delito cuando se produjera un resultado que sería tal de ser producido dolosamente. A su vez esa reforma redujo también la extensión de los hechos constitutivos de falta penal a los que, de otro lado, se añadían especiales requisitos de procedibilidad.

Pero más trascendente fue la nueva concepción de la imprudencia en el nuevo Código de 1.995, hoy vigente, que en su artículo 12 opta por el sistema de cláusula específica para la incriminación de los delitos imprudentes. Abandona así el sistema de *numerus apertus* que se configuraba en los artículos 565, 586 bis y 600 del anterior Código, en favor del sistema de *numerus clausus*, que como señala MORALES PRATS⁵, viene a fortalecer *prima facie* el principio de legalidad y la seguridad jurídica. Siguiendo el principio de intervención mínima, el delito culposo viene así a constituir un *minus* con respecto al delito doloso. Es por ello que dicho artículo 12 señala que “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”. De otro lado, como más adelante veremos, el nuevo Código designa las categorías legales de imprudencia en grave y leve, conceptos con los que fija la intensidad y la gravedad con que ha sido infringido el deber objetivo de cuidado.

La imprudencia civil

A su vez dentro de la imprudencia civil habremos de distinguir entre la culpa contractual y la extracontractual, relativa aquella a los daños derivados del cumplimiento de un contrato (arts. 1.101 y ss. C.C.), y la segunda a los producidos al margen de cualquier relación consensual entre las partes a que se refiere el citado artículo 1.902 del Código Civil. En ambos supuestos, la indemnización de daños exige una conducta antijurídica causante de aquellos, bien por infringir lo acordado en contrato o bien por infringir el principio general *alterum non laedere*. Pese a que pueden existir supuestos donde es posible la confluencia de ambas culpas, en que el perjudicado podrá ejercitar su derecho de opción, la doctrina señala como diferencias substanciales las siguientes: A) El deber de indemnizar por infracción de contrato se desenvuelve dentro del ámbito de la preexistente relación, mientras que en la extracontractual la relación obligatoria surge por primera vez al producirse el daño. B) El plazo de prescripción es distinto, al corresponder quince años a la acción contractual (art. 1.964) y un año para la extracontractual (art. 1.968-2º). C) La responsabilidad contractual encuentra un límite indemnizatorio en el art. 1.107 (buena o mala fe, culpa o dolo), mientras que el 1.902 no establece límites para la extensión de la responsabilidad extracontractual. Existen otras diferencias procesales y probatorias de menor importancia a las que no es del caso hacer referencia en este momento donde lo único que se pretende es señalar la existencia de esas dos categorías de culpa.

Culpa extracontractual

Los presupuestos necesarios para el nacimiento de esta responsabilidad vienen a ser, la acción u omisión imprudente, la causación de un resultado dañoso y la relación de causalidad entre uno y otro. Claramente se vislumbra el carácter subjetivo del primero frente a la objetividad del segundo, pero vamos a ver como la objetivación de la responsabilidad ha sido la tendencia constante de la doctrina y jurisprudencia.

⁵ Fermin Morales Prats, en Comentarios al Nuevo Código Penal, de Quintero Olivares y otros, pág. 93.

En efecto la S.T.S. de 30-5-1.992 (RA 4832) señala que “La culpa extracontractual que originariamente se basó en el elemento subjetivo de la culpabilidad, ha evolucionado por las necesidades de los tiempos, la complejidad de las relaciones socioeconómicas, y avances industriales, con la aparición de nuevas tecnologías, que si bien pueden significar progreso, también aportan mayores riesgos, ya que, al aumentarse el potencial positivo, también sucede que se incrementa el negativo. En esta línea se ha ido hacia un sistema, sino de objetivación plena que la redacción del art. 1902 no autoriza, si cuasi-objetivo y que la doctrina de esta Sala ha venido acogiendo con la apertura que llevó a cabo la S. 10-7-1943; progresivamente se siguió avanzando pues partiéndose de la atenuación o inversión de la carga probatoria, se ha llegado a la objetivación de la responsabilidad, prescindiéndose de la culpabilidad, al contemplarse estados de riesgo creado, es decir no existente, pero que se aporta a la vida social por el hacer voluntario de determinada persona o entidad, lo que encuentra fundamento en justicia efectiva, al concentrar la responsabilidad en quien crea riesgo, pues los daños así ocasionados no deben de quedar indemnes y han de ser debida y necesariamente reparados con la adecuada tutela efectiva judicial (art. 24 de la Constitución)”.

Conforme a la teoría de la creación del riesgo, señala la S.T.S. de 15-10-1992 (RA 7822) “no es suficiente que el agente respete preceptos reglamentarios, sino que ha de exigírsele guardar cuantas prevenciones aconsejen las circunstancias del caso y, además, es unánime el criterio jurisprudencial conforme al cual se produce la inversión de la carga de la prueba”.

Precisando más el concepto moderno y la evolución jurisprudencial hacia el mismo, la S.T.S. de 25-2-1992, indica que “La culpa extracontractual sancionada en el art. 1.902 del Código Civil consiste no sólo en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar o elemental experiencia sino en el **actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar** -SS. 22-4, 17-7 y 7-12-1987 y 12-7-1989-; y ha declarado con reiteración esta Sala que, como dice la S. 16-10-1989 con cita de otras numerosas, la responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, aunque basada originariamente en el elemento subjetivo de la culpabilidad según la impone el art. 1902 del Código, ha ido evolucionando en la doctrina jurisprudencial a partir de la S. 10-7-1943 hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de actividades peligrosas, consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho, la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido por la actividad peligrosa, y es por ello por lo que se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, ora por el cauce de la **inversión o atenuación de la carga probatoria**, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de daño indemnizable, a no ser que el agente demuestre haber procedido con la diligencia debida a tenor de las circunstancias de lugar y tiempo, demostración que no se logrará con el mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias, ora **exigiendo una diligencia específica más alta que la administrativamente reglada**, entendiéndose que la simple observancia de tales disposiciones no basta para exonerar de responsabilidad **cuando las garantías para prevenir y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo**, revelando la ineficacia del fin perseguido y la insuficiencia del cuidado prestado”.

En este aspecto cobra también toda su importancia el problema de la **relación de causalidad**, o enlace preciso y directo entre la acción u omisión -causa- y el daño o perjuicio resultante -efecto-, donde la doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de la causalidad adecuada, que exige, para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; debiendo entenderse por consecuencia natural, aquella que propicia, entre el acto

inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados.

Y esa necesaria relación causal, viene a establecer unos límites a la teoría del riesgo, pues como señala la sentencia anteriormente citada, “no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetividad en la responsabilidad, o la inversión de la carga de la prueba, pues el cómo y el porqué se produjo el accidente, constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso”.

Y de otro lado bien precisa la de 28-5-1992 (RA 4499) el justo límite de esa responsabilidad cuasi objetiva cuando señala que “en nuestro ordenamiento no se prevé la objetivación absoluta de la responsabilidad extracontractual en términos tales que permita su atribución a quien no incurrió en culpa alguna, y menos aún en supuestos como el presente en que conste el desacierto, cuando no negligencia, de alguno de los perjudicados”. Pues como reitera la de 20-2-1992 (RA 1326) “la evolución objetiva operada en la doctrina de esta Sala, viene a través del principio de la “creación del riesgo” o de su equivalente “la inversión de la carga de la prueba”, no han llegado a eliminar totalmente el aspecto subjetivista o culposo con que fue redactado el art. 1.902 del Código Civil.

IMPRUDENCIA MEDICA

Culpa Civil: Contractual y Extracontractual

Veamos a continuación el reflejo que esos principios genéricos de la culpa civil tienen en la responsabilidad de médicos y personal facultativo.

Como señala SANTOS BRIZ⁶, el artículo 1.902 del Código Civil sirve, a falta de norma más específica, para declarar la responsabilidad civil que en el ejercicio de su respectiva profesión contraigan diversidad de profesionales, sin perjuicio de la existencia de reglamentaciones de orden interno y carácter administrativo que regulan la llamada responsabilidad disciplinaria o gubernativa, o, en su caso, de ser sometido al Código Penal, si el hecho de que se trate se halla tipificado como infracción penal. Normas que, por tanto, serán de aplicación a médicos y personal auxiliar.

El mismo autor señala que la responsabilidad civil del médico derivada de acto ilícito civil, presenta numerosas facetas: responsabilidad contractual y extracontractual; individual del facultativo o derivada de su actuación en equipo; responsabilidad a través de su actuación en clínicas o establecimientos similares y la derivada del manejo de aparatos o instrumentos peligrosos con fines curativos; responsabilidad de los médicos o de los establecimientos sanitarios por la actuación de sus auxiliares contemplada desde el punto de vista civil.

La regla general será la responsabilidad contractual de los médicos por vía de lo dispuesto en el artículo 1.101 del Código Civil que determina la indemnización de daños y perjuicios cuando incurrieren en dolo, negligencia o morosidad o de cualquier otro modo contravinieren el tenor de sus obligaciones. La extracontractual será la excepcional, ya que el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que existiendo obligación derivada de contrato no hay que acudir a los artículos 1.902 y 1.903, que

⁶ Op. cit.

rigen las obligaciones que nacen de culpa o negligencia sin existir pacto contravenido. Pero cuando el mismo hecho constituye incumplimiento de una obligación y al mismo tiempo acto ilícito, el perjudicado podrá elegir entre invocar el artículo 1.902 o las normas contractuales infringidas.

Responsabilidad extracontractual

Ya habíamos adelantado la complejidad que para el derecho ofrece la actividad médica, por lo que atendiendo a sus específicas peculiaridades habremos de atemperar aquellos principios a la misma, donde veremos que la corriente jurisprudencial atenúa considerablemente el rigor de la teoría del riesgo, más propia de otras actividades como la circulación, para centrarse en la clásica responsabilidad por culpa.

Como señala PENNEAU⁷ “la responsabilidad médica es actualmente el objeto de una evolución que inquieta al médico y conduce al jurista a reexaminar los elementos de solución que parecían firmemente definidos”

En un interesante trabajo sobre la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, JORGE-BARREIRO⁸, tras iniciarlo con la significativa expresión de que “la medicina es una de las profesiones cuyo ejercicio comporta, más que ninguna otra, el peligro de atentar contra la ley civil y penal”, señala como condicionamientos de esta especial problemática actual los siguientes: 1) El hecho de que el progreso científico lleva consigo nuevos riesgos; 2) La actividad médica actual se caracteriza por su complejidad; 3) Nuestros contemporáneos han abandonado con carácter general la tradicional actitud de resignación ante los errores e imprudencias en que puedan incurrir los médicos; 4) Importante cambio en la mentalidad de los destinatarios de los servicios médicos: mayor toma de conciencia de sus derechos por parte de los pacientes y de sus familiares.

Si a lo anterior se une la frecuencia de informaciones parciales y a veces no bien ponderadas de los medios de comunicación social, con asesoramientos jurídicos profesionalizados acrecentando el estímulo de enfermos y familiares a la reclamación judicial, bien podemos concluir en la frecuencia, cada vez mayor, con la que los médicos se ven forzados a comparecer ante los Tribunales de Justicia cuando se produce un resultado lesivo con su actuación profesional.

Como indica el autor últimamente citado, esta nueva panorámica ha llevado a que la clase médica tienda a practicar una Medicina defensiva, que cuestiona y pone en peligro el carácter arriesgado inherente a la actividad médica del cirujano así como la necesaria relación de confianza entre el médico y el paciente.

De ahí la gran importancia de que el Derecho arbitre y regule la forma de esa responsabilidad sobre la que, ciertamente, no existía una importante doctrina jurisprudencial hasta tiempos muy recientes.

La S.T.S. de 20-2-1992 (RA 1326) ya nos da una idea de la especialidad de la materia cuando pone un límite a la aplicación de la teoría del riesgo examinada, que como señala, y antes se indicó, no ha llegado a eliminar totalmente el aspecto subjetivo o culposo con que fue redactado el art. 1.902 del Código Civil. Y así declara que la teoría del riesgo se ha tenido en cuenta, casi con exclusividad, en el ámbito de la circulación de vehículos de motor, actividad que en nada se parece al ejercicio de la profesión sanitaria.

⁷ Penneau, J. - La responsabilité médicale

⁸ Agustín Jorge-Barreiro.- Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica.- Estudios Penales y Criminológicos XIV. 1.989-90.

La importancia de esta sentencia es que en su fundamento jurídico único expone el criterio sustentado por el Tribunal Supremo en la responsabilidad en la asistencia médico-sanitaria, que por su interés vale la pena transcribir. Dice así: “La obligación contractual o extracontractual del médico, o más en general, del profesional sanitario, **no es una obligación de resultado, sino una obligación de medios**; está obligado, no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia, y la denominada *lex artis ad hoc*; en la conducta de los profesionales sanitarios queda, en general, **descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva**; y finalmente, **tampoco en estos casos opera la inversión de la carga de la prueba**, admitida para otros supuestos quedando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo causal, así como la de la culpa, pues a la pura relación material o física ha de sumársele el reproche culpabilístico (SS. 13-7-1987, 12-7-1.988, 7-2, 12-2 y 6-11-1990).”

Vemos, pues, que es concluyente en el sentido de retraer esta responsabilidad a la tesis subjetiva de la culpa, con ese necesario reproche de culpabilidad, básico para la responsabilidad, y exclusión de los principios incardinados en el sistema cuasi objetivo. Viene a ser la concepción del artículo 1.902 del Código Civil.

Para calificar la culpa habrá de tenerse en cuenta la diligencia que dentro de la vida social puede ser exigida en la concreta situación a persona razonable y sensata, cualificada para el ejercicio profesional de la medicina o actividades curativas legítimas. La diligencia exigible no será la del común de individuos legos en la materia, sino la profesional que las circunstancias exijan presidida por la que se ha llamado *lex artis*.

Especial relevancia adquiere, pues, el término “**lex artis ad hoc**” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, recogido en las SS. 7-2 y 29-6-1990, 11-3-1991 y 23-3-1993, al decir “que la actuación de los médicos debe regirse por la denominada “*lex artis ad hoc*”, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional”, añadiendo la de 11-3-1991 citada que se entiende por “*lex artis ad hoc*” aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal requerida”.

Cabe señalar, siguiendo a MEZGER⁹ que el error o fallo técnico (infracción de la *lex artis*) es un concepto científico, a determinar por la ciencia médica, pero no entraña el concepto jurídico de imprudencia. En segundo lugar las reglas del arte médico no han de equipararse a las derivadas de una determinada escuela médica ni aluden a un estándar fijo de reglas médicas, sino aquellas que ya rigen como suficientemente probadas¹⁰. El que un médico incurra en un fallo en el tratamiento no implica que haya actuado imprudentemente. Será solo un indicio probatorio pero no supone todavía la concurrencia de una infracción del deber de cuidado. Hay que repetir que la medicina no forma parte de las ciencias exactas, intervienen con frecuencia elementos inaprensibles, se interfieren y sorprenden riesgos extraños de difícil previsibilidad (S.T.S. 29-3-1988).

El artículo 30 del Código deontológico ya indica que “El médico debe tener libertad absoluta para ordenar todo aquello que considere más apropiado en cada cir-

⁹ E. Mezger.- Über strafrechtliche Verantwortlichkeit für ärztliche Kunstfehler.- Zeitschr. F. Gerichtl. Medizin.

¹⁰ Jorge-Barreiro.- Op. cit.

cunstancia a fin de establecer el diagnóstico o la terapéutica adecuada; pero debe abstenerse de recomendar exploraciones y tratamientos innecesariamente onerosos o peligrosos”

La responsabilidad del médico, por tanto, ha de manifestarse a través de la negligencia omisiva de la aplicación de un medio, o más generalmente en una acción culpable. Y así se ha estimado en aquellos casos en que se logró establecer un nexo causal entre el acto tachado de culpable o negligente o la omisión de los cuidados indicados y el resultado dañoso, previsible y evitable; caso de las SS. 7-2-1973; 28-12-1979; 28-3-1983 y 12-2-1990. Cuando, por el contrario, no es posible establecer la relación de causalidad culpable, no hay responsabilidad sanitaria, así en SS. 26-5-1986, 13-7-1987; 12-2-1988y 7-2- y 6-11-1990. En definitiva la responsabilidad médica sólo llegará hasta donde el curso causal pueda ser dirigido y dominado por la voluntad. La interrupción del nexo causal por hechos procedentes del mismo perjudicado o fortuitos, excluirán la responsabilidad.

Valorando positivamente aquella actividad u omisión culpable la S.T.S. de 13-10-1992, confirmó la condena civil impuesta por lesiones producidas en el acto del alumbramiento al no proceder a realizar la maniobra adecuada que hubiera podido mejorar la distocia, como era la de extracción del brazo posterior para tratar la distocia del hombro. Y ello por no adoptarse todos los medios o realizarse todas las maniobras que la técnica recomendaba para tales casos y que pudieran haber conseguido un alumbramiento en el que el feto no hubiera sufrido las lesiones que padeció, evitables mediante la realización de aquellas maniobras aconsejadas por la técnica médica.

Igualmente estimó imprudencia en la pérdida de visión en un ojo como consecuencia de operación de sinusitis poliposa donde el historial clínico aconsejaba la adopción de medidas más complejas que las genéricas previstas antes de la operación, por lo que estima no existió caso fortuito. (S. 21-2-1992, RA 1419). Mientras que la de 23-3-1993 determinó la responsabilidad exclusiva del anestesista por anoxia cerebral en el curso de intervención quirúrgica por haberse practicado sin monitor (control de la actividad eléctrica del corazón) por lo que no se detectó la parada cardiaca en el momento de producirse. Se excluye la responsabilidad del cirujano en este caso porque el daño sufrido por el paciente tiene su origen en el incumplimiento de las reglas técnicas de otra especialidad.

Por el contrario se dictó sentencia absolutoria en un caso donde tuvo lugar la punción del nervio ciático al administrar una inyección en el cuadrante superior externo de la nalga, produciéndose ello por estar dicho nervio situado fuera del lugar en que anatómicamente era previsible su ubicación, circunstancia de la que el demandante no advirtió al demandado.

En esta materia cabe también destacar los casos de actuación en equipo, tan frecuentes en la práctica médica actual, y sobre todo en la cirugía. En tales casos serían de aplicación las previsiones del artículo 1.903 del Código Civil en orden a la determinación de la responsabilidad de los médicos por sus auxiliares o colaboradores, la de las clínicas u hospitales por la actuación de los médicos a su servicio.

IMPRUDENCIA PUNIBLE

Ya indicamos que la responsabilidad por culpa puede en algunos casos alcanzar el rango de delito o falta tipificados en el Código Penal. Como también apuntamos la diferencia entre una y otra, destacando el carácter subsidiario o de intervención mínima del Derecho Penal, así como la profunda reforma operada en esta materia por el Código

Penal de 1.995, sobre el que ciertamente en este momento aún no podemos contar con demasiada jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a su interpretación.

Las elaboraciones conceptuales sobre la culpa civil pueden valernos para la calificación penal, pero teniendo en cuenta que el reproche penal es siempre de mayor entidad. Requiere algo más que la levísima culpa de la imprudencia civil. Podemos por ello adelantar que en el caso de que la actividad médico-quirúrgica curativa tenga un resultado negativo (fracaso) no cabe afirmar sin más la tipicidad de la conducta del cirujano. Para ello sería preciso que el médico actuara sin la debida diligencia o con infracción del deber de cuidado, que viene a ser el desvalor de la acción.

En orden a los criterios para la concreción del deber de cuidado, como apunta JORGE-BARREIRO¹¹, habrá que acudir en primer lugar a cual sería la conducta que realizaría una persona inteligente y prudente en la situación del autor: habrá que tener en cuenta el modelo del “médico medio” prudente del grupo profesional al que pertenece el autor, y la situación real en la que interviene el médico.

Especial relevancia adquiere el tema de la **diagnosis**, que como señala CRESPI¹² su formulación es uno de los aspectos más delicados de la imprudencia profesional del médico, pues aquélla resulta de un conjunto de razonamientos e intuiciones difícilmente controlables. Con razón señala QUINTANO¹³ que decidir si el diagnóstico de un médico fue equivocado o si la operación se llevó a cabo con toda la diligencia y pericia debidas, resulta la más de las veces imposible, al menos en el grado de certidumbre que una condena criminal requiere. Criterio que ha conducido a nuestra jurisprudencia a considerar que los errores de diagnóstico quedan -por regla general- fuera del ámbito punible SS.T.S. 8-10-1963, 23-2-1979; 25-11-1980 y 8-6-1981). Sólo serán punibles aquellos errores de diagnóstico que cualitativa y cuantitativamente puedan ser calificados como inexcusables: médico que explora a una paciente embarazada de dos meses, con una exploración táctil del abdomen y el control del pulso, diagnostica la existencia de un cólico cuando en realidad se encontraba en situación límite con anemia aguda por hemorragia interna producida por rotura de trompa uterina en un embarazo tubárico, causante del inmediato fatal desenlace (S. 23-2-1979); el no diagnosticar a tiempo un cuadro clínico evidente de tétanos de 2º grado, estimando el médico que las quejas del paciente operado obedecían a una cuestión psíquica (S. 25-11-1980); el no haber diagnosticado en su momento la apendicitis aguda que padecía el paciente, que falleció por peritonitis sobrevenida como consecuencia de la demora en la intervención quirúrgica (S. 16-4-1970).

Modalidades de la imprudencia punible

A diferencia del Código anterior que distinguía entre imprudencia temeraria y la imprudencia simple con o sin infracción de reglamentos, el Código de 1995 designa las categorías legales de imprudencia en grave y leve. Opina MORALES PRATS¹⁴ que por imprudencia grave debe interpretarse la imprudencia temeraria, como manifestación más grave de la infracción de los deberes objetivos de cuidado; a su vez, por imprudencia leve, debe interpretarse la simple, criterio de menor gravedad en la infracción de las normas de cuidado que sólo adquiere rango de falta. No alude el nuevo Código, en cambio, a la infracción de reglamentos en la fijación de los criterios legales de imprudencia, lo que no dejaba de ser en la práctica un criterio perturbador.

¹¹ Jorge-Barreiro.- Op. cit

¹² A. Crespi.- La responsabilitá penale nel trattamento medico-chirurgico.

¹³ A. Quintano Ripollés.- Derecho Penal de la culpa.

¹⁴ Op. cit. pág. 98.

En los casos en que se tipifica una conducta imprudente, siguiendo, como se ha dicho, el principio de *numerus clausus*¹⁵, el Código Penal de 1.995, en principio, sólo incrimina los hechos cometidos por imprudencia grave (atribuyéndoles rango de delito), con la excepción de las faltas contempladas en el artículo 621.2 y 3 (relativas al homicidio y las lesiones), en las que se castiga la imprudencia leve. Estas faltas, así como la relativa a la falta de lesiones prevista en el artículo 147.2 por imprudencia grave, sólo serán perseguibles mediante la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal a tenor del artículo 621.6.

La imprudencia grave, o temeraria, es la de mayor entidad pudiendo ser equiparada a la culpa lata, que según SILVELA¹⁶ es la cometida por quien omite, respecto de sus acciones que pueden ocasionar daño a otro, aquel cuidado y diligencia, aquella atención que puede exigirse al menos cuidadoso, atento o diligente. Las SS.T.S. de 27-1-1992 y 4-2-1993 consideran que se caracteriza por la concurrencia de : A) una conducta no dolosa pero consciente y carente de la cautela exigible a cualquier individuo normal; B) un resultado lesivo causado por esa conducta; C) violación de una norma socio-cultural exigente en una actuación correcta previsora que garantice aquella cautela, y D) que la previsibilidad del evento sea notoria y acompañada de una omisión de las más elementales precauciones.

Frecuentemente doctrina y jurisprudencia manejan el baremo del “hombre menos diligente”, que en el campo de la medicina habrá que cambiar por el baremo del “médico menos diligente”.

Conjugando los conceptos jurisprudenciales habidos con anterioridad respecto a las dos categorías de imprudencia simple, podemos considerar con la nueva normativa que la imprudencia leve se caracteriza por la concurrencia de un leve descuido o falta de precaución en relación con un evento improbable, en que no hubiera incurrido un hombre medianamente precavido, cauto y previsor por lo desacostumbrado, pero que puede surgir en cualquier momento, si no se adoptan, según las circunstancias, medidas extraordinarias de prudencia y cautela, y consecuencia de esta omisión se produce un mal efectivo y concreto ligados entre sí de manera natural y lógica por la adecuada relación de causalidad.

La impericia o negligencia profesional

En el anterior Código, sobre la modalidad básica de la imprudencia temeraria (565-1º), se configuraba el subtipo agravado de la profesional causante de muerte o lesiones con los resultados previstos en los artículos 418 (mutilación miembro principal), 419 (miembro no principal o deformidad) o 421-2º (impotencia, esterilidad, pérdida miembros), a consecuencia de impericia o de negligencia profesional, previéndose para ella el grado máximo de la pena de prisión menor, que podrían ser elevadas en uno o dos grados, a juicio del Tribunal, cuando el mal causado hubiere sido de extrema gravedad.

No puede decirse que tal modalidad agravada haya desaparecido del nuevo Código, aunque sí ha sufrido una significativa modificación. Así, si el anterior Código determinaba un incremento de la pena privativa de libertad, el actual establece que la imprudencia profesional grave determinará la imposición de la pena de inhabilitación

¹⁵ El Código Penal sólo eleva a la categoría de delitos casos de imprudencia grave en relación con algunos tipos delictivos (cfr. arts. 142, 146, 152, 159-2, 267, 344, 358 y 367), y excepcionalmente en los delitos contra la vida y la integridad física casos de imprudencia leve (art. 621, 2 y 3).

¹⁶ L. Silvela.- El Derecho Penal estudiado en principios y en legislación vigente en España, II.

especial, con carácter acumulativo a la pena privativa de libertad. De este modo se prevé en el homicidio la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años (art. 142.3). Previsiones análogas se establecen con relación al aborto (art. 146-2º), lesiones (art. 152.3) y lesiones al feto (art. 158-2º).

Es por ello que la Jurisprudencia no debe desprenderse de la diferencia entre “imprudencia profesional” e imprudencia del profesional”. Ello quiere decir que la agravación, en el sentido contemplado por el nuevo Código, solo debe entenderse referida a la imprudencia profesional y no a la imprudencia del profesional. Esto es solo ha de entrar en funciones cuando el acto realizado por el agente en el ejercicio de su profesión revele una torpeza o descuido inexcusable en los que habitualmente hacen de esa actividad su modo de vivir. Así del tenor de la STS de 29-10-1994, se colige que el título profesional crea una presunción de competencia, que encuentra su negación en la impericia, expresión de la incapacidad técnica para el ejercicio de una determinada profesión; esa impericia puede encontrar su fundamento causal en la ignorancia o bien en la gravemente defectuosa ejecución del acto requerido profesionalmente. Por ello se distingue entre “culpa del profesional” y “culpa propiamente profesional”, siendo aquélla la imprudencia común cometida por un profesional y ésta la que descansa en una “impericia crasa” como las indicadas.