

XXXIV REUNIÓN ANUAL
SOCIEDAD GALLEGA DE OFTALMOLOGÍA

**CONSIDERACIONES ANTE UNA EVENTUAL
RECLAMACIÓN DEL PACIENTE**

JOSÉ LUIS GUTIÉRREZ ARANGUREN

A B O G A D O

Ourense, sábado 26 de enero de 2008

INTRODUCCION

“Cuando en 1.958 escribía Quintano Ripollés que la doctrina jurisprudencial era tan escasa en lo referente a la culpa médica , al punto de no poder hallarse un cuerpo de doctrina en la materia, tal afirmación debía tenerse por válida ya que a la sazón sólo se había producido un mínimo porcentaje de sentencias de casación; esta misma afirmación mantenida después no resulta ya aceptable El médico, el profesional escrupuloso, amenazado por una querrela, desorientado por el temor que se acrecienta a su buena fe, se presta fácilmente a pagar indemnizaciones y a renunciar a sus derechos aunque tal vez, en la mayoría de los supuestos, se produjera la absolución al no acreditarse imprudencia alguna punible. No debe olvidarse que el proceso penal, por mucho que se pretenda su contradicción e igualdad de armas procesales entre las partes intervinientes incluso desde su primer momento,

funciona como pena, porque la parte pasiva de la acusación no sólo puede ser condenada, sino que sufre las medidas cautelares” (LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO Y DEL SANITARIO, por José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, COLEX 1.990, págs. 39 y ss).

Ciertamente el autor apunta a la relativa tranquilidad que debe estar presente en el actuar profesional del médico y del personal sanitario en cuanto presume que en la mayoría de los supuestos incoados por denuncias o querellas contra ellos se dictarían pronunciamientos absolutorios por inexistencia de imprudencia punible o por no acreditación de la misma, y en tal sentido la Sala Segunda del **Tribunal Supremo**, en sentencia de **3 de Octubre de 1.997** destaca “*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 impone*”; no obstante dicha tranquilidad ha de ser relativa, pues el **Derecho Penal** se ha venido utilizando **como elemento de presión** contra el sanitario con único y bastardo afán lucrativo, y ello explica en buena medida la aparición en escena de la denominada **medicina defensiva**.

Afortunadamente he de precisar que en los últimos tiempos la vía penal ha dejado de ser preponderante, sin duda como consecuencia de la creación de una figura menos lacerante para el médico, cual es la de la **reclamación patrimonial vía contencioso-administrativa** cuando el servicio se presta para una Administración pública, o mediante el ejercicio de **acciones civiles** en los supuestos de que la prestación sanitaria sea de entidad privada.

Cuando un médico se enfrenta a una querella, su primer reproche apunta hacia el paciente ávido de dinero, y no deja de tener razón en muchas ocasiones cuando así opina; mucho más preocupante es, no obstante, el papel que vienen adoptando ciertos profesionales de la Medicina, dispuestos a realizar **peritaciones temerarias** sin cuyo concurso no llegarían a incoarse muchos de los procedimientos criminales que actualmente penden de resolución en nuestros Tribunales de Justicia.

Tampoco puedo silenciar la existencia de **profesionales del Derecho** dispuestos a presentar querellas o denuncias manifiestamente temerarias que suelen ir precedidas de cartas conminatorias tendentes a la obtención de una contraprestación económica so pena de iniciar procedimientos criminales contra quienes no atiendan tales peticiones, conscientes de que el empleo del vocablo “*criminal*” produce e infunde un evidente temor a sus destinatarios. En muchos supuestos, estos

comportamientos están orientados a conseguir o a preconstituir pruebas para un posterior pleito civil, obtenidas fuera de sus naturales cauces, lo que supone un manifiesto ejercicio abusivo del Derecho Penal, y por ello se hacen obligadas otras soluciones tendentes a poner fin a esta patológica relación médico-paciente, pero entretanto mi experiencia profesional en la materia me lleva a recomendar la **conveniencia de alterar el principio general** de no limitarse a esperar que sea el querellante quien pruebe la existencia de impericia o negligencia –que teóricamente es lo obligado-, **intentando probar la bondad de la concreta actuación médica** y la adecuación de la misma a la “*lex artis ad hoc*” mediante la aportación de informes periciales emitidos por especialistas en la materia de que se trate, complementados con historias clínicas de supuestos análogos y con citas bibliográficas, ello para evitar posibles interpretaciones de corporativismo que pudieran poner en cuestión la objetividad e imparcialidad de los peritos de la defensa. En este sentido, y a título de ejemplo, la **Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña**, en sentencia de 17 de Enero de 1.996, da cumplida respuesta a las objeciones de las acusaciones pública y particular, que habían puesto en tela de juicio la sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal por supuesta parcialidad y falta de objetividad en los informes de los peritos de la defensa, razonando al respecto: “*el recurso del Ministerio Fiscal acusa a los peritos de la defensa de ser claramente partidistas No aparecen razones para que el informe pericial sea partidista ... Algunas críticas que se dirigen a los informes periciales son totalmente inconsistentes, puesto que en lo concerniente a es una explicación con respaldo bibliográfico, como lo acredita la prueba documental aportada en el inicio del Juicio Otras opiniones de los peritos parecen avaladas por las historias clínicas que obran en autos Estas historias clínicas vienen a apoyar la respuesta negativa a tal cuestión*”.

LA IMPRUDENCIA PROFESIONAL

REGULACIÓN EN EL CODIGO PENAL DE 1.995

La sentencia del TS 2ª de 28 de junio de 1.999 proclama que **“la configuración de la imprudencia leve está vinculada por exclusión de las circunstancias definidoras de la culpa grave. En otras palabras, la levedad de la culpa viene determinada por la eliminación de la culpa grave. La distinción entre ambas se encuentra en una diferente exigencia de evitabilidad, pues mientras en la grave el autor evitaría la situación con la adopción de ciertas medidas esenciales de diligencia, en la leve, pese a que el desconocimiento del riesgo sigue siendo evitable, el autor sólo podría evitar la situación con medidas más complejas”**.

LA IMPRUDENCIA PROFESIONAL COMO DELITO

El **artículo 142**, a continuación de la figura dolosa, tipifica la categoría delictiva del **homicidio imprudente profesional** sancionándolo con la pena de **prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial** para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período **de tres a seis años**, cuando mediando imprudencia grave se causare la muerte de una persona.

El **artículo 146** sanciona a quién **“por imprudencia grave ocasionare un aborto”** con la pena de **prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses**, imponiendo además la pena de **inhabilitación especial** por tiempo **de uno a tres años** cuando el sujeto activo de tal conducta fuere profesional.

El **artículo 152.3**, en relación con el 152.1, impone a los profesionales la pena de **inhabilitación especial por tiempo de uno a cuatro años** cuando por imprudencia grave causaren **lesiones** a un tercero, **además, de sancionarlos con penas privativas de libertad cuya extensión y naturaleza se hace depender de la gravedad del resultado causado: prisión de tres a seis meses** si menoscaban la integridad corporal o la salud física o mental y precisan objetivamente para su sanidad **“además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico”** (no simple vigilancia o seguimiento); **prisión de uno a tres años** si se derivare pérdida o inutilidad de un

órgano o miembro principal, o de un sentido, o impotencia, o esterilidad, o grave deformidad o grave enfermedad somática o psíquica; **y prisión de seis meses a dos años** si el resultado consistiere en pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal, o en deformidad.

A mayor abundamiento, y con referencia a los tres anteriores apartados (homicidio, aborto o lesiones), el **artículo 57** del Código Penal, en su actual redacción tras la reforma introducida por la L.O. 14/1.999, de 9 de junio, permite a Jueces y Tribunales, “*atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente*”, acordar además la imposición de una o de varias de las siguientes **prohibiciones**:

- a) La de aproximación a la víctima, o a aquéllos de sus familiares u otras personas que el Juez determine.
- b) La de que se comuniquen con la víctima, o con aquéllos de sus familiares u otras personas que se determinen en la sentencia.
- c) La de volver al lugar en que se haya cometido el delito o de acudir a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

El **artículo 158** contempla la imposición de penas de **prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses, e inhabilitación especial por tiempo de seis meses a dos años** a quienes por imprudencia profesional causaren en un **feto** lesión o enfermedad “*que perjudique gravemente su normal desarrollo o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica*”.

El **artículo 196** proclama. “*El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonar los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior (multa de tres a doce meses, prisión de seis meses a dieciocho meses o prisión de seis meses a cuatro años), y con la **de inhabilitación especial ... por tiempo de seis meses a tres años***”.

El **artículo 367** sanciona con las penas inferiores en grado a las que corresponderían si se realizase con dolo a quienes incurran en imprudencia grave en los actos de **elaboración de sustancias nocivas o de suministro de las mismas**, de expendición de medicamentos deteriorados, de alteración de dosis de medicamentos que les priven total o parcialmente de su eficacia terapéutica, la

distribución, producción, comercialización o adulteración de productos alimentarios que pongan en peligro la salud de los consumidores, y la adulteración o envenenamiento de aguas potables o sustancias alimenticias destinadas al uso público o al consumo de una colectividad.

LA IMPRUDENCIA PROFESIONAL COMO FALTA

Artículo 621. 1: Imprudencia grave con resultado de lesiones no graves, que sanciona a quienes “*por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en el apartado 2 del artículo 147*” –es decir, lesiones que menoscaben la integridad corporal o la salud física o mental que requieran objetivamente para su sanidad, además de la primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico- cuando el hecho sea de menor gravedad atendidos el medio empleado o el resultado producido, con la pena de **multa** de uno a dos meses (**artículo 621.1**).

Artículo 621.2 y 3: Imprudencia leve con resultado de muerte o lesiones graves, que establece penas de **multa** de uno a dos meses cuando el resultado fuere de muerte, o de 10 a 30 días cuando lo fuere de lesión constitutiva de delito.

En los supuestos sancionados como falta, el propio **artículo 621.6** sigue exigiendo el **requisito de perseguibilidad de denuncia** de la persona agraviada o de su representante legal.

REQUISITOS DE LA IMPRUDENCIA PROFESIONAL INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

“*La imprudencia requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) una **acción u omisión voluntaria no maliciosa**; b) **infracción del deber de cuidado**; c) **creación de un riesgo prevenible y evitable**; d) un **resultado dañoso derivado, en adecuada relación de causalidad**, de aquella descuidada conducta (Cfr TS 2ª, ss 19 abril 1.926, 7 enero 1.935, 6 marzo 1.948, 28 junio 1.957, 19 junio 1.972 y 15 marzo 1.976)” (TS 2ª, s 3 octubre 1.997, LA LEY 1.997, 10257).*

“*El delito imprudente, desechando cualquier tipo de intencionalidad directa, indirecta o eventual, aunque no constituya en sí mismo un delito –o falta- de peligro, sí necesita en su inicio un **peligro potencial**, que luego se concreta cuando se produce un **resultado**; de ahí que, con independencia del cordón umbilical de la **causalidad**, el círculo de las acciones imprudentes queda cerrado cuando se aprecien estos tres elementos: falta de deber de cuidado, peligro latente en la*

actividad y resultado dañoso. La jurisprudencia y la doctrina han venido a determinar como **requisitos básicos** que deben acompañar a la figura jurídica de la imprudencia, en cualquiera de sus facetas los siguientes: a) la **previsión** o posibilidad de un **resultado dañoso**; b) que este resultado no sea querido por dicho sujeto; c) esta actuación ha de **infringir una norma de cuidado**; d) la causación de un resultado que constituya infracción legal, y e) finalmente, un enlace lógico entre la actividad inicial y ese resultado, que constituye el requisito de lo que se ha dado en llamar **relación de causalidad**' (TS 2ª, s 26 septiembre 1.997, LA LEY 1.997, 9933).

LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO

“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 hoy dejan de serlo mañana-, la libertad, en la medida expuesta, y el escaso papel que juega la previsibilidad, son notas que caracterizan la actuación de estos profesionales. La profesión en sí misma no constituye, en materia de imprudencia, un elemento agravatorio ni cualificativo, 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 produjere muerte o lesiones a consecuencia de **impericia o negligencia profesional, equivalente al desconocimiento de aquéllo 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 (Cfr TS 2ª, ss 8 junio 1.994 y 29 febrero 1.996)”** (TS 2ª, s 3 octubre 1.997, LA LEY 1.997, 10257).

ERROR EN EL DIAGNÓSTICO Y FALTA DE PERICIA

“La jurisprudencia, en lo relativo a la imprudencia médica, ha señalado: a) la **no incriminación, vía delito, del delito de imprudencia en función de un **simple error científico o del diagnóstico****

equivocado, salvo cuando por su propia categoría o entidad cualitativa o cuantitativa resulten de extrema gravedad; b) que **tampoco** se reputa como elemento constitutivo, sin más, de la imprudencia, el hecho de **carecer** el facultativo de una **pericia** que pueda considerarse **extraordinaria**; c) que no es posible en este campo hacer una formulación de generalizaciones aplicables a todos los supuestos, sino que es indispensable la individualizada reflexión sobre el supuesto concreto de que se trate; d) por consiguiente, más allá de puntuales deficiencias técnicas o científicas, salvo cuando se trate de supuestos cualificados, ha de ponerse el acento de la imprudencia en el comportamiento específico del profesional que pudiendo evitar con una diligencia exigible a un médico normal, diligencia media por sus conocimientos y preparación, el resultado lesivo o mortal para una persona, no pone a su contribución imputada a contrarrestar las patologías existentes con mayor o menor acierto si este arco de posibilidades está abierto a la actuación ordinaria de un profesional de la medicina” (TS 2ª, s 12 marzo 1.990, LA LEY 1.990-2, 1599).

GRADOS DE IMPRUDENCIA. DISTINCIÓN. CRITERIOS

Los médicos o los técnicos sanitarios incurrirán en conductas incardinables en la **imprudencia temeraria** “cuando en el tratamiento efectuado al paciente se incida en **conductas descuidadas** de las que resulte un **proceder irreflexivo, la falta de adopción de cautelas de generalizado uso o la ausencia de pruebas, investigaciones o verificaciones precisas como imprescindibles para seguir el curso en el estado del paciente, aunque entonces el reproche de culpabilidad viene dado en estos casos no tanto por el error, si lo hubiere, sino por la dejación, el abandono, la negligencia y el descuido**” (TS 2ª, s 14 febrero 1.991, LA LEY 1.991-2, 451); o cuando el médico actúe “con **olvido o menosprecio de las reglas técnicas o de la lex artis**” (TS 2ª, s 31 mayo 1.994, LA LEY 1.994, 3411); o cuando se elimina “la atención más absoluta, la no adopción de los **cuidados más elementales**” (AP Madrid, Secc. 2ª, s 31 enero 1.991, LA LEY 1.991, 715); o cuando se incurre en una “**notoria vulneración de la lex artis**” (TS 2ª, s 5 noviembre 1.990, LA LEY 1.990-1, 482). Existe imprudencia temeraria “cuando se introduce un **peligro que supera considerablemente el límite del riesgo permitido**” (TS 2ª, s 24 noviembre 1.989, LA LEY 1.989-2, 744); cuando se actúa con “**irreflexión, negligencia inexcusable y olvido de las precauciones que aconseja la más elemental prudencia**” (TS 2ª, s 23 febrero 1.990, LA LEY 1.990-2, 1145).

LA IMPRUDENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL

Esta modalidad negligente, cuyo perfil continúa siendo difícil de definir (en teoría sería la forma más leve de la imprudencia, pero en la práctica más depende de la voluntad de quien inicia el procedimiento judicial que de la mayor o menor gravedad de la conducta, y en ocasiones es la vía de salida residual tras un procedimiento criminal finalizado por Auto de archivo o por sentencia absolutoria), está regulada en el **artículo 1.902** del Código Civil, según el cual **“el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”**.

La única diferencia –además de la teórica recién indicada por razón de la mayor o menor gravedad- con la culpa penal estriba en las consecuencias personales no patrimoniales, pues mientras que en la esfera de lo criminal, además del aspecto económico, el facultativo querrellado o denunciado puede resultar condenado en los términos que se dejan reseñados (prisión, multa, inhabilitación, alejamiento, etc.), en sede civil únicamente se discuten indemnizaciones.

LA IMPRUDENCIA EN LA OFTALMOLOGÍA

Ciertamente no existen diferencias en esta materia con la Medicina globalmente considerada, de suerte que todas y cada una de las consideraciones hasta aquí expuestas son de plena aplicación a la especialidad que aquí nos contrae. Incluso puedo afirmar que son muy escasas las sentencias recogidas en los Tratados de la doctrina científica y en la Jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia –al menos en las publicaciones jurídicas que habitualmente consultamos- referidas a esta concreta materia, y en tal sentido, a efectos ilustrativos y para quien tenga interés en consultarlas, como anexo a la presente exposición acompaño todas las que figuran específicamente en la Base de Datos de Aranzadi.

INFORMACIÓN DEL FACULTATIVO AL PACIENTE

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Por **consentimiento** ha de entenderse “el **acuerdo de voluntades**” (CERRILLO), el “*encuentro de dos declaraciones de voluntad que, partiendo de dos sujetos diversos, se dirigen a un fin común y se unen*” (RUGGIERO) o “la **declaración de la conformidad de la voluntad de la persona consentidora con el acto voluntario de otro**” (KESSLER).

El consentimiento es un **acto jurídico**, y como tal ha de reunir unos **requisitos mínimos** regulados en los **artículos 1.261** y siguientes del **Código Civil** y de aplicación en el ámbito penal: **capacidad** (aptitud para realizar actos con trascendencia jurídica), **titularidad** (el que consiente ha de ser titular del bien jurídico o derecho del que dispone), **libertad, objeto, causa, forma** (para que pueda ser conocido por los demás y que la voluntad manifestada coincida con la interna) **y tiempo** (ha de concurrir en el momento de la realización de la acción).

“En el tratamiento médico-quirúrgico, al tener un fin curativo, la ratio iuris de la exigencia del consentimiento es la vinculación con los derechos de la personalidad que tiene una decisión sobre el destino del cuerpo humano. Aceptar o rechazar un tratamiento médico significa elegir entre un riesgo y otro riesgo, entre un sufrimiento y otro sufrimiento, y esa elección es rigurosamente personal En los supuestos en que resulte imposible que el interesado pueda dar su consentimiento y sea urgente intervenir para evitar la muerte o una pérdida grave probables, la práctica ha venido exigiendo el consentimiento de los familiares que conviven con el interesado Si el médico estimara que la voluntad de los familiares no es leal para con el enfermo y presenta motivaciones egoístas, debería deferir el posible conflicto de intereses al órgano jurisdiccional La actividad médica puede afectar también a la libertad religiosa o de conciencia del paciente. Varios Autos del Tribunal Supremo de 14 de Marzo de 1.979, 23 de Diciembre de 1.983 y 25 de Enero de 1.984 han abordado el tema y han declarado la justificación de la conducta del médico y del Juez autorizante sobre la base del estado de necesidad, la primacía del derecho a la vida y a la salud sobre la libertad religiosa y la libertad general y la consideración de que la vida no es sólo un bien personal, sino algo que se debe en gran parte a la familia y a la Comunidad Ciertamente en las condiciones indicadas por dicha jurisprudencia el facultativo no sería responsable de un delito contra la vida o contra la salud en el caso de resultado favorable, pero sí lo sería contra la libertad” (**DERECHO MÉDICO**, Volumen I, EDITORIAL

TECNOS, 1.986, páginas 287 y ss., por **LUIS MARTÍNEZ CALCERRADA**).

“La información del médico al paciente –en una razonable exégesis del art. 10 L. 14/1.986, de 25 de Abril (Ley General de Sanidad)- **ha de ser suficiente, 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 dado en llamar *lex artis ad hoc*. Por ello, en el caso, si existió información, consentimiento expreso del enfermo y de sus familiares más allegados, exposición previa de incidencias quirúrgicas, aceptación de las mismas por aquéllos y ausencia de quebranto de 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 por negligencia temeraria profesional, se cancela toda probabilidad de que prospere aquélla, aún cuando a través de la misma se exacerbe, hasta asignarle caracteres de requisito formal inalterable desnaturalizador de la relación de confianza que debe existir entre el facultativo y el paciente, la exigencia de una adecuada información como soporte del consentimiento prestado” (**TS 2ª, s 3 octubre 1.997** tanta veces citada).

Ley 41/2002, de 14 de Noviembre

Artículo 4. Derecho a la información asistencial:

“1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, **toda la información** disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, **toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada**. La información, que como regla general **se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica**, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, **se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades** y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”.

Artículo 8. Consentimiento informado :

“

1. **Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado**, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.

2. **El consentimiento será verbal por regla general**. Sin embargo, **se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.**

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.

5. **El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento**”.

Artículo 10. Condiciones de la información y consentimiento por escrito

“1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

*a) Las **consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.***

*b) Los **riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.***

*c) Los **riesgos probables en condiciones normales**, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.*

*d) **Las contraindicaciones.***

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente”.

En similares términos se pronuncian la **Ley 3/2.001, de 28 de Mayo**, de la Comunidad Autónoma Gallega, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, (**artículo 3**) y la **Ley 4/02, de 14 de Noviembre**, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (**artículo 18**).

Estando, pues, perfectamente delimitados los términos y los requisitos en que se debe recabar el consentimiento, únicamente se hace preciso poner de manifiesto que **en múltiples ocasiones las querellas** no sólo contienen imputaciones referidas a comportamientos negligentes –sean reales o no-, sino que además **achacan al facultativo la infracción de este deber de información**, lo que hace obligado a mi entender el tratar de acreditar tanto la adecuación de la conducta a la *lex artis* como la realidad y contenido de la propia información. Y como quiera que la mera aportación de la correspondiente hoja previamente impresa firmada por el paciente no es suficiente para el esclarecimiento de esta cuestión, mi recomendación pasa porque en el momento de recabar el consentimiento informado esté presente, además del propio cirujano, personal del centro hospitalario –de enfermería, ayudantes, anestesistas, etc.- que en tales supuestos pueda verificar que el

consentimiento se prestó tras una información suficiente, esclarecedora, veraz e inteligible.

ANEXO

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS PENALES DICTADAS EN SUPUESTOS CONCRETOS DE OFTALMOLOGÍA

Sentencia Audiencia Provincial núm. 389/2004 Barcelona
(Sección 8), de 22 abril. Recurso de Apelación núm. 16/2004.
Jurisdicción: Penal. Ponente: Sr. D. Jesús Navarro Morales.

FALTAS CONTRA LAS PERSONAS (CP/1995): Imprudencia leve causante de lesión constitutiva de delito: existencia: médico que permite el transcurso de tres meses antes de visitarle de nuevo un paciente al que sabe de la necesidad de practicarle la prueba de fondo de ojo para apreciar la existencia de un desprendimiento de retina.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- *Recurso del acusado Juan Antonio y de la aseguradora Winterthur*

I.-Los recurrentes interesan la revocación de la resolución condenatoria dictada en primera instancia alegando, como primer motivo de impugnación, que en la misma se ha incurrido en un error en la apreciación de la prueba. Aduce en su basamento que no es cierto, como se afirma en la sentencia, que el acusado, tras visitar al denunciante le convocase para nueva visita para tres meses después, sino que le convocó para el día siguiente, prescribiéndole un fármaco, TROPICAMIDA, que se utiliza para dilatar el fondo del ojo y poder efectuar los que se denomina un «fondo del ojo» y hacer un diagnóstico en concreto y diseñar el tratamiento. Añade a lo anterior que, pese a que el paciente mantiene lo contrario, no ha quedado probado que fuera el acusado quien cumplimentara la programación de visita, sino que esto último lo realizan las enfermeras. En consecuencia, sostiene que existirían versiones contradictorias y que, en esa tesitura, debe prevalecer el principio del in dubio pro reo.

El motivo no puede prosperar.

Como primera consideración en orden a la desestimación del motivo se ha de recordar, de entrada, que compete al Juez de instancia en base a lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim (LEG 1882\16) apreciar las pruebas practicadas en el juicio oral de acuerdo con el dictado de su conciencia y las conclusiones fácticas a las que así llegue habrán de reputarse correctas salvo cuando se demuestre un manifiesto error o cuando resulten incompletas, incongruentes o contradictorias. El Juzgador de primer grado es el que por su apreciación directa y personal de la actividad probatoria, está en mejores condiciones para obtener una valoración objetiva y crítica del hecho enjuiciado, sin que sea lícito sustituir su criterio por el legítimamente interesado y subjetivo de la parte, sin un serio fundamento.

En el caso de autos, analizada la valoración probatoria realizada por el Juez de Instancia, no puede sino concluirse que la misma es ajustada a la realidad de la prueba practicada en el plenario.

Del conjunto de esa prueba, deviene inconcuso que el denunciante Jose Antonio, derivado de urgencias por su médico de cabecera, fue visitado el mismo día 9 de septiembre de 1998 por el ambulatorio de la calle Numancia de esta ciudad por el médico oftalmólogo que viene acusado, Juan Antonio, por razón de no ver bien por el ojo derecho (así resulta probado a partir de lo declarado por los implicados y en base a lo consignado en el historial médico).

Deviene igualmente probado que, en el curso de esa visita médica, el acusado realizó su anamnesis, realizándole una prueba de agudeza visual, con el resultado de 0'2 en el ojo de

derecho (20% de visión) y de 0'7 en el izquierdo (70% de visión), prescribiéndole una sustancia que se llama Tropicamida (así resulta del contenido de la hoja de consulta extendida por el acusado ese día, y obrante al folio 57 de las actuaciones); sustancia esa que tiene como finalidad la dilatación del globo ocular al objeto de poder examinar el fondo del ojo, prueba esta que no le realizó en el curso de esa señalada visita por cuanto era el último paciente y no podía continuar la misma, necesitando para poder realizar esa concreta prueba precisaba que se aplicara ese fármaco en el ojo y se le dilatara este; dilatación que tardaría aproximadamente una hora (tal se deduce de lo declarado por el propio acusado en el acto del juicio).

Asimismo resulta probado que el paciente acudió a la nueva visita de ese facultativo el día 4 de diciembre de 1998, siéndole efectuada la prueba de fondo de ojo por otro oftalmólogo distinto – El Dr. Darío– quien le diagnosticó desprendimiento de retina en el ojo derecho, lo que motivo su urgente intervención quirúrgica, que no pudo evitar la pérdida de la función visual del ojo derecho (así se colige de lo declarado como testigo por el mentado Dr. Darío y del informe médico Forense obrante a los folios 86 a 88 y ratificado en el plenario por este último).

La discrepancia se cierne únicamente en torno al esencial extremo de si el acusado le dijo al paciente que acudiera a ser nuevamente visitado al día siguiente, cual afirma el acusado, o si le dijo que volviese a los 3 meses, como sostiene contrariamente el denunciante y como se mantiene también en la sentencia atacada, puesto que ésta residencia la imprudencia del acusado en el hecho de que permitiera transcurrir 3 meses antes de visitarle de nuevo, a sabiendas de la necesidad de practicar la prueba de fondo de ojo, de todo punto necesaria para apreciar si existía un desprendimiento de retina.

Existiría, por tanto, una inicial y aparente contradicción de versiones que, en principio, podría dotar de viabilidad al principio del in dubio pro reo, mas en el acervo probatorio encontramos – cual destaca el Juzgador de Instancia–, un elemento probatorio de singular valor, que es el carnet de programación de visitas aportado por el paciente y obrante al folio 97, que no ha sido impugnado de contrario y del cual resulta diáfano que, en efecto se la asignó como nueva visita la fecha del día 14 de diciembre de 1998, a las 15'15 horas.

Se aduce por el recurrente que él no realizó esa anotación en el carnet de visitas, que él no le dice el día a la Secretaria, sino que es Administración la que asigna el día en función del orden de programación.

Tal alegato no le eximirá de responsabilidad pues, aun siendo cierto que no ha resultado acreditado que fuera el acusado quien efectuase de su puño y letra esa anotación de fecha en el carnet del folio 97, no lo es menos que pugnaría con la más elemental lógica, por resultar absurdo, que un paciente que acude de urgencias a un oftalmólogo, con un problema de acentuada pérdida de visión, acuda a la nueva visita tres meses después, pese a que el médico le diga que acuda al día siguiente.

A la vista de esa anotación del carnet de programación de visitas y de lo manifestado por el testigo Dr. Darío, cuando afirmó en el plenario que «si al enfermero se le dice que ponga el día de mañana para visita, efectivamente, lo hace», lo razonable es deducir que la asignación de esa fecha a 3 meses vista se hizo, ya siguiendo las concretas instrucciones del acusado, cual sostiene el denunciante, ya por el propio personal de Administración, desentendiéndose por completo el acusado de la prontitud o de la lejanía de esa nueva visita; supuestos ambos dos en los que deviene responsable penalmente el acusado –aunque con distinto alcance, como luego se verá–, pues, en cualquier caso, estaba a su alcance dar concretas y explícitas instrucciones para que esa imprescindible prueba de fondo de ojo se practicara como máximo en el plazo de 48 horas, pero nunca pasados varios meses, como resaltan tanto el perito Médico Forense D. Clemente, como el propio Perito de la Defensa, D. Carlos Jesús. En este punto ha de resaltarse que el primero de dichos peritos, en la conclusión II de su dicho informe de los folios 86 a 88, dice claramente que en su conclusión II que «Si el médico que lo vio en el Ambulatorio de Numancia el día 9/9/98 le dijo que volviera al día siguiente, su actuación es ajustada a la lex artis. Si le indicó que volviera al los tres meses, su actuación no fue ajustada a la Lex artis».

Con base en las consideraciones que anteceden, este Tribunal, al igual que lo hacía el Juez, llega a la convicción de que el paciente no fue convocado por el Médico hoy acusado para el día siguiente, lo que entraña su responsabilidad penal y la desestimación del motivo que nos ocupa.

II.–Como segundo motivo y con carácter subsidiario, denuncia el apelante la infracción del art. 621.3 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), por inaplicación de la falta de lesiones por imprudencia. Basamenta su alegato el recurrente en que, de ser calificada de imprudente la conducta del apelante, se trataría en cualquier caso de una imprudencia leve, puesto que no habría quebrantado las precauciones más elementales o rudimentarias, propias estas de la imprudencia grave, constitutiva de delito.

En este punto se ha de recordar que, como señala el TS en su sentencia num. 1351/2002 de 19-07-2002 (RJ 2002\7676) (Pte: Jiménez Villarejo, José) «la gravedad de la culpa, o lo que es igual, de la imprudencia o negligencia, depende de la naturaleza del deber de cuidado que socialmente se impone para que el autor de la conducta advierta el riesgo que puede crear», precisando ese Alto Tribunal en su sentencia num. 1193/1994, de 8 de junio (RJ 1994\9347) (Pte: Moyna Ménguez, José Hermenegildo), que «La profesión en sí misma no constituyen en materia de imprudencia un elemento agravatorio ni cualificativo –no quita ni pone imprudencia se ha dicho–, pero si puede influir, y de hechos influyen para determinar no pocas veces la culpa o para graduar su intensidad. La primera modalidad surge cuando se produjere 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, constituyen un subtipo agravado caracterizado por un "plus" de culpa y no una calificación 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», precisando el mismo Tribunal Supremo que «la simple imprudencia o negligencia sin infracción de reglamento se caracteriza por dos notas, una positiva, que el infractor no haya agotado todas las posibilidades de evitar el hecho dañoso» (STS 2ª, S 22-4-1988 [RJ 1988\2847]. Pte: Vivas Marzal, Luis).

Proyectado ese cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre el caso de autos debe hacer prosperar el motivo alegado pues, como se apunta en el recurso y es convicción de este Tribunal, no ha quedado probado que el acusado, en cuanto profesional médico, omitiese la diligencia o cautela exigible a la persona menos cuidadosa, o, dicho de otro modo, que transgrediese de forma crasa las normas de lex artis exigibles al mismo, supuesto este en que si cabría predicar la existencia de imprudencia o negligencia graves, constitutiva de delito.

Se predica aquí la levedad de su imprudencia por la potísima razón de que, como ya se ha dejado dicho con anterioridad, no se aportado probanza por las partes acusadoras –que es a quienes incumbe el onus probandi en esa materia– de que el personal de Administración señalase la visita para el día 14 de diciembre siguiendo expresas instrucciones del acusado, supuesto este último en que si cabría imputarle una elemental vulneración de su normo-praxis. Ante esa patente falta de prueba –que hubiera sido fácilmente enmendable convocando a juicio como testigo a la enfermera en cuestión que hizo la anotación–, solo cabe reprochar al hoy acusado que no extremare su diligencia y no se cerciorare de que en efecto se le daba cita al paciente para el día siguiente; inobservancia esa que, desde luego no puede integrar la imprudencia profesional por la que viene condenado, pero que si es constitutiva de la falta del art. 621, 3º del Código Penal.

Por tal motivo, procede revocar la sentencia y condenarle como autor de esa señalada falta, a la pena de 30 días de multa, a razón de una cuota diaria de 15 euros; cuota esta que se entiende asumible por el acusado, atendida su titulación profesional y la presumible capacidad económica que la misma conlleva.

Auto Audiencia Provincial núm. 342/2005 Madrid (Sección 6), de 5 julio. Recurso de Apelación núm. 207/2005. ARP 2006\249.

Con relación a la imprudencia médica la sentencia del Tribunal Supremo nº 1188/1997 de 3 de octubre (RJ 1997\7169), recuerda que ese Alto Tribunal ya en su sentencia de 29-2-96 (RJ 1996\1339), tiene declarado 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 juega la previsibilidad, son notas que caracterizan la actuación de estos profesionales. La profesión en sí misma no constituye en materia de imprudencia un elemento agravatorio ni cualificativo –no quita ni pone imprudencia, se ha dicho–, 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 produjere 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» (v. sentencia de 8 de junio de 1994 [RJ 1994\9347]).

Continúa la citada sentencia del Tribunal Supremo nº 1188/1997 de 3 de octubre (RJ 1997\7169), (recordando la ese mismo Tribunal de 5 de julio de 1989 [RJ 1989\6091]) que «existe ya un cuerpo de doctrina jurisprudencial extenso y pormenorizado respecto a la llamada imprudencia médica. En este sentido, hay que recordar lo siguiente:

- 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 no 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. Por ello y expresando una vez más la alta consideración que la Medicina y la clase médica merecen por la transcendencia 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».

A tenor de lo dicho y no estando clara la causa por la que se produce el error refractivo, ni haber ningún indicio de la existencia de un error patente en la intervención quirúrgica practicada al recurrente, es por lo que la valoración del juez a quo necesariamente ha de ser compartido en esta segunda instancia. Además, en cualquier caso, no puede olvidarse que la imprudencia leve tipificada en el art. 621.2 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) constituye el último escalón de la negligencia criminal, que se diferencia de la culpa civil porque en aquélla el grado de previsibilidad y de la violación de la norma de cuidado por parte del agente causante del daño es mayor que en esta última, que se podría definir como culpa levísima. Dicha interpretación de las diferencias entre la culpa penal y la civil se ha de llevar a cabo en directa relación con la reiterada Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que proclama la intervención mínima a del Derecho Penal para la resolución de conflictos humanos, porque en caso contrario se estaría criminalizando conductas que no son encuadrables en el ámbito del derecho punitivo, atribuyéndosele a éste un carácter extensivo que es contrario al que le asigna un estado de derecho como el definido en nuestra vigente Constitución. En esto términos se ha de reseñar con la AP Pontevedra, sec. 4ª, S 19-07-2000 (JUR 2000\296620) «La responsabilidad criminal aunque sea a título de simple falta requiere. por exigencias del principio de culpabilidad que proclama el art. 5 del vigente Código Penal (RCL 1995\3170 y

RCL 1996, 777), la inexcusable concurrencia de una culpa, aunque sea leve (imprudencia leve). Ahora bien, esta culpa o imprudencia leve ha de ser en todo caso, de superior entidad y diferente calidad a la genéricamente sancionada en el art. 1902 del Código Civil (LEG 1889\27). Y ello porque de una parte no es posible la exacerbación del orden punitivo, al regir a estos efectos el principio de intervención mínima, que impone el reconocimiento indiscutible de que no toda culpa tiene relevancia penal –por lo que no toda imprudencia o negligencia, cualquiera fuese el resultado lesivo, debe ser inculpada, sin más, en el ámbito criminal–; y, porque, de otra parte, una interpretación extensiva del concepto de imprudencia simple o leve nos conduciría a dejar sin contenido el art. 1902 del Código Civil. Precepto que prevé como ilícito civil la responsabilidad nacida de culpa o negligencia no punible que, por su naturaleza no lleva consigo como sanción más que la reparación o indemnización de los daños y perjuicios causados por "culpa o negligencia".

No existen unos criterios claros, precisos seguros y fiables para diferenciar la culpa civil de la penal –el ilícito civil del penal–, salvo cuando, por el bien jurídico lesionado, la Ley, en una aplicación del ya referido principio de intervención mínima, ha sacado del ámbito penal determinados comportamientos (como sucede en materia de daños materiales). En los demás casos la imprudencia penal y la civil son ontológica o estructuralmente idénticas diferenciándose en la intensidad de la infracción del deber objetivo de cuidado y por ende de la omisión de la diligencia debida. Desde esta perspectiva ha de señalarse que solo las más groseras de las infracciones, la dejación de los más elementales deberes de cuidado o protección merecen la salva– guardia o protección del orden jurisdiccional penal».

Sentencia Audiencia Provincial Barcelona (Sección 10), de 27 mayo 1997. Procedimiento abreviado. Jurisdicción: Penal.

IMPRUDENCIA: elementos; TEMERARIA: SANITARIA: inexistencia: pérdida de visión en ojo de paciente a consecuencia de desprendimiento de retina por supuesto error en el diagnóstico; RELACION DE CAUSALIDAD: inexistencia. OMISION DEL DEBER DE SOCORRO: inexistencia: falta de situación de desamparo: la perjudicada fue inmediatamente atendida por un médico. FALSEDADES: EN DOCUMENTO OFICIAL: inexistencia: intercalación de notas en historial médico realizada por facultativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados no son legalmente constitutivos del delito de imprudencia temeraria profesional con resultado de lesiones, tipificado en el artículo 565, párrafos primero y segundo, del Código Penal derogado (RCL 1989\1352), vigente al tiempo de acontecer los hechos, ni de infracción criminal culposa alguna. **Son requisitos básicos del delito de imprudencia** (recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 febrero 1996 [RJ 1996\1339] citando, entre otras, las Sentencias del mismo Alto Tribunal de 27 octubre 1972 [RJ 1972\4458], 15 marzo 1976 [RJ 1976\1151] y 25 enero 1988 [RJ 1988\448]): **a)** una acción u omisión voluntaria no maliciosa; **b)** una infracción del deber de cuidado en la actividad de que se trate; **c)** la creación de un riesgo previsible y evitable, y **d)** la producción de un resultado dañoso, en adecuada relación de causalidad. Estos requisitos cabe predicarlos del delito de imprudencia temeraria previsto en el artículo 565 del anterior Código Penal, objeto de acusación, así como de las infracciones culposas del artículo 586 bis del mismo Código, y tanto uno como otras requieren, inexcusablemente, la realización de un resultado lesivo unido, por una relación de causalidad, a una conducta no dolosa, pero consciente.

Respecto del requisito de la relación de causalidad, en la antigua jurisprudencia predominó la teoría de la equivalencia de las condiciones, pasando después a adoptarse el criterio de causalidad adecuada, con una selección entre las posibles causas con el fin de establecer la eficiente, principal o adecuada, o la más relevante. Desde las Sentencias de 20 mayo 1981 (RJ 1981\2247) y 5 abril 1983 (RJ 1983\2242), se separan ya en distintos planos la relación causal y la llamada imputación objetiva, que mantenía la adecuación como uno de los criterios de

imputación objetiva, no el único, refiriéndose a la relevancia, a la realización del mismo peligro creado por la acción, al incremento o disminución del riesgo, o el fin de protección de la norma, todos ellos con el fin de acotar objetivamente el ámbito de la responsabilidad del agente llegándose a la formulación de la causalidad como el nexo causal que ha de concurrir entre acción y resultado para que éste pueda imputarse al autor como hecho propio y exige la comprobación de que el resultado típico es producto de la acción, pero exige además una relación específica que permita imputarle objetivamente al sujeto (Tribunal Supremo 13 octubre 1993 [RJ 1993\7380]).

La exigencia de la causalidad natural no se ve afectada por la teoría de la imputación objetiva a la que con frecuencia viene recurriendo la jurisprudencia, pues, como señala la Sentencia de 23 abril 1992 (RJ 1992\6783), los criterios que proporciona esta teoría no reemplazan sino que limitan la causalidad jurídicopenalmente relevante.

Así pues, la afirmación de que una acción ha causado un resultado no es más que un presupuesto, a partir del cual hay que precisar si esa causación del resultado es objetivamente imputable a la acción causal del sujeto. El juicio de imputación objetiva exige, pues, dos elementos: la existencia de la relación de causalidad natural entre acción y resultado y que el resultado sea expresión del riesgo creado y el fin de protección de la norma, de suerte que es objetivamente imputable un resultado que está dentro del ámbito de protección de la norma penal que el autor ha vulnerado mediante una acción creadora de riesgo o peligro jurídicamente desaprobado (Tribunal Supremo 15 enero 1991 y 29 enero 1993 [RJ 1993\215]).

La aplicación de la referida doctrina al caso de autos obliga a discernir si la conducta del acusado, en las concretas circunstancias contempladas, determinó la causación del resultado lesivo que presenta doña Florentina N. P., en las concretas circunstancias del hecho.

A tenor de lo actuado, resulta admisible la hipótesis, insinuada en el Auto de esta misma Sala de 15 septiembre 1995, de que la actuación del hoy acusado doctor P. pudiera no haber sido correcta, al incurrir en un error de diagnóstico de la lesión ocular que presentaba la paciente, no alcanzando a ver la grave lesión que padecía, pero este error de diagnóstico no basta para integrar una infracción criminal culposa, siendo preciso, además, que el resultado lesivo actualmente apreciado en doña Florentina N., una cuasi pérdida de la visión del ojo izquierdo, sea imputable a aquella actuación profesional del acusado. Y esta imputación no resulta de la prueba pericial del doctor P., no contradicha por pericial de contrario. Afirma el citado perito en su informe ratificado en el acto del juicio oral, en particular en sus conclusiones tercera y cuarta, que la intervención quirúrgica practicada a doña Florentina N. P. el día 15 de julio de 1994 fue satisfactoria no sólo desde el punto de vista anatómico sino también funcional, refiriéndose con ello a los resultados de reapiación de la retina desprendida y el logro de la recuperación de una Agudeza Visual en el ojo izquierdo del 0,5, extremo este que asimismo resulta acreditado por la documental médica obrante al folio 59 de las actuaciones, sin que el perito pueda explicarse el motivo por el que doña Florentina N. presenta una Agudeza Visual tan baja en el momento de su reconocimiento. Esta pericial y la documental obrante al folio 59 afirman que la intervención quirúrgica practicada el día 15 de julio de 1994 dio un buen resultado funcional, recuperación de una buena agudeza visual en el ojo izquierdo afectado por el desprendimiento de retina, luego no se explica, ni el Tribunal alcanzar a comprender el motivo de la actual mala agudeza visual que presenta doña Florentina N., que en modo alguno cabe imputar al plausible error de diagnóstico del acusado, atendido el buen resultado de la intervención quirúrgica, sin ulterior actuación del acusado.

Pero, a mayor abundamiento, ni siquiera aun admitiéndose la hipótesis del error de diagnóstico del acusado, éste pudo ser decisivo de un, asimismo hipotético, mal resultado funcional de la intervención quirúrgica a que fue sometida doña Florentina N. el día 15 de julio de 1995 pues, como ha afirmado el mismo perito doctor P., en la actualidad y a diferencia de lo que se venía considerando por la ciencia médica, en los casos de desprendimiento de retina la urgencia de la intervención quirúrgica es relativa, siendo hoy en día habitual que entre el diagnóstico y la intervención quirúrgica medie un tiempo de dos o tres semanas sin que por ello se aumente el riesgo de mayor agravamiento, y que durante el tiempo de espera la experiencia demuestra que el reposo previo influye poco porque, aun reposando el paciente, el desprendimiento puede

umentar. Y es hecho declarado probado, por admitido, que la intervención quirúrgica se practicó a los tres días de ser visitada doña Florentina N. por el acusado.

SEGUNDO.- La acusación particular imputa al acusado, alternativamente, un **delito de omisión del deber de socorro** del artículo 489 ter del anterior Código Penal. Este delito exige, entre otros requisitos, el subjetivo de la conciencia del desamparo de la víctima y la necesidad de auxilio, y este elemento culpabilístico no concurre en el caso de autos. Efectivamente, la Sala no puede dejar de compartir la tesis expuesta por el Ministerio Fiscal de la inexistencia del delito porque falta la situación de desamparo, ya que la perjudicada fue inmediatamente atendida por otro facultativo, y la conciencia de la necesidad del auxilio, ya que del propio diagnóstico efectuado por el acusado resulta su falta de conciencia de la situación de peligro grave para la paciente.

Finalmente, se formula acusación por un **delito de falsedad en documento oficial**, penado en el artículo 302 del anterior Código Penal (RCL 1973\2255 y NDL 5670), por considerar la acusación particular que el acusado Luis Alfonso P. H. alteró el historial médico de doña Florentina N. P., intercalando notas con el fin de justificar una inexistente actuación médica. La intercalación de notas por sí misma no puede integrar delito salvo que las anotaciones no correspondan a la verdad, extremo éste que no ha resultado probado. Al contrario, de las manifestaciones en el acto del juicio oral de la testigo doña Ana María M. resulta que doña Florentina N. fue convocada a nueva consulta por el acusado doctor P. para efectuarle un examen del fondo del ojo, advirtiéndola de que debería presentarse con suficiente antelación para serle administradas gotas para la dilatación de la pupila, sin que la paciente acudiera a esta segunda consulta, lo que justificaría las anotaciones «segunda vez» y «no vino» intercaladas en los renglones 21 a 26 del historial médico obrante al folio 53.

TERCERO.- Dada la absolución del acusado, no procede declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Institut Catalana de la Salut, debiendo declararse de oficio las costas procesales causadas.

Sentencia Audiencia Provincial núm. 429/2002 Madrid (Sección 6), de 18 julio. Recurso de Apelación núm. 176/2002. Jurisdicción: Penal. Ponente: Sr. D. Pedro Javier Rodríguez González-Palacios. JUR 2002\246036.

*LESIONES: Por imprudencia profesional: inexistencia Oftalmólogo acusado por la ceguera debida a retinopatía del prematuro: periodicidad adecuada de las revisiones, no constando que un intervalo menor entre ellas hubiese evitado el resultado. El Juzgado de lo Penal núm. 19 de Madrid absolvió a don Flaviano C. P. del delito de imprudencia temeraria por el que venía siendo acusado. Contra la anterior Resolución la acusación particular interpuso recurso de apelación. La Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Madrid **desestima** el recurso.*

TERCERO.- El comportamiento humano, criminalmente relevante, puede presentar, según la STS de 10 de Diciembre de 2001 (RJ 2002\6110), dos aspectos diferentes: un hacer algo, conducta activa, denominada "acción", que también podemos llamar "comisión", y un no hacer lo debido, en principio considerado como conducta pasiva, denominada "omisión".

Los delitos de omisión ofrecen dos modalidades: los delitos propios o puros de omisión y los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión.

La estructura del tipo objetivo del delito de comisión por omisión se integra por tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son:

a) Una situación típica.

b) Ausencia de la acción determinada que le era exigida.

c) Capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo. Por otra parte tampoco debe olvidarse que el juicio de previsibilidad objetiva debe llevarse a cabo colocándose el Juez en el lugar del sujeto en el momento del comienzo de la acción y teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente más las conocidas por el autor –saber ontológico– y la experiencia común de la época sobre los cursos causales así como el saber experimental excepcional del autor –saber nomológico– además, la determinación del cuidado objetivamente debido debe realizarse con un criterio normativo, siendo así que el cuidado objetivamente debido exige, en primer lugar, tener en cuenta todas las consecuencias objetivamente previsibles de la acción y sólo cuando la producción del resultado fuera objetivamente previsible, es decir, apareciera ex ante como una consecuencia no absolutamente improbable de la acción –causalidad adecuada–, será posible apreciar una inobservancia del cuidado objetivamente debido y la relación de causalidad estará comprendida en el tipo del delito de acción imprudente, y sólo estarán prohibidas aquellas acciones peligrosas de cuya realización se abstendría una persona inteligente y sensata, mientras que el ejercicio de las actividades profesionales está sometido asimismo a ciertas reglas técnicas –lex artis– que fijan el cuidado objetivamente debido en el desempeño de la profesión.

CUARTO.- Pues bien, aplicada la anterior doctrina al caso de autos **no se advierte en el caso la existencia de un delito imprudente**. Ya se ha mencionado que la parte recurrente sostiene para ello que, contrariamente a lo que mantuvo el acusado, en el primer reconocimiento que se hizo a la niña ya se le apreció una retinopatía en primer estadio y en el segundo de tales reconocimientos, que se llevó a cabo al mes siguiente, tal patología se encontraba en una fase avanzada, debiendo haberse efectuado esta exploración a la semana o a los quince días de la primera, por lo que considera, conforme a lo declarado por el Dr. A. en el acto del juicio, que falló la prevención. Sin embargo la juzgadora de instancia, a la vista de lo declarado por el acusado, quien alegó haber sufrido un error en cuanto a las fechas de los reconocimientos, y de lo consignado en el historial clínico llegó a la conclusión de que en el primer reconocimiento que se hizo a la niña, el 30 de Noviembre de 1994, no se le observó patología alguna y el 5 de Enero de 1995 fue cuando se le diagnosticó la retinopatía en primer estadio, llegó a la conclusión de que la periodicidad entre ambos reconocimientos fue correcta y no tuvo influencia en el vertiginoso desarrollo de la enfermedad. Y tal valoración de la prueba no parece arbitraria ni inverosímil pues hay que convenir que el error padecido por el acusado en las fechas de los reconocimientos a la menor resulta factible y, de otro lado, que no existen razones para dudar de la autenticidad del contenido del historial clínico aportado, por lo que la manipulación que del mismo aventura la parte recurrente resulta aventurada por cuanto no se asienta en prueba alguna. Pero es que además los informes médicos que obran en las actuaciones no permiten tampoco incriminar al acusado, pues frente a la opinión del Dr. A. de que las revisiones se hicieron tarde lo que impidió que pudiera atajarse la enfermedad, existe la del Médico Forense D. José Antonio M., quien expuso, entre otras consideraciones, que la frecuencia de los reconocimientos a practicar era controvertida; que no era seguro que un diagnóstico más precoz de la enfermedad hubiera impedido la ceguera, al tratarse de un caso de evolución galopante y destructivo, considerando correcto el tratamiento médico prestado a la perjudicada por el acusado. Por su parte el Dr. Del R., manifestó en su informe que, según los protocolos admitidos para establecer la probabilidad de fibroplasia grave, el riesgo de enfermedad en la menor era del 0% y, por tanto, la segunda exploración que se le hizo a ésta a las cuatro semanas de la primera, fue una decisión correcta. Y por último el Dr. F. también estimó correcta la periodicidad de las exploraciones que se le hicieron a la menor.

Hay que concluir pues afirmando que si bien concurría en el acusado la posición de garante en cuanto le incumbía prestar a la niña la atención médica que requería mediante las correspondientes revisiones oftalmológicas, en cambio no resulta acreditado que hubiera omitido la acción determinada que le era exigida, ni que el resultado acaecido sea concreción de una situación de peligro creada con una infracción del deber de cuidado por su parte que no consta debidamente que se haya producido, lo que ha de motivar el rechazo del recurso interpuesto y la confirmación de la sentencia recurrida.

RJ 1992\3174. Sentencia Tribunal Supremo núm. 898/1992 (Sala de lo Penal), de 21 abril. Recurso núm. 2751/1989.

Jurisdicción: Penal. Ponente: Sr. D. Gregorio García Ancos.

IMPRUDENCIA TEMERARIA: relación de causalidad: pérdida de ojo de paciente después de ser intervenido por oftalmólogo. Error de hecho en la apreciación de las pruebas. El T.S. declara no haber lugar al recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por la acusación particular Manuel R.O. contra la sentencia de la Audiencia que absolvió al procesado Luis J.G. del delito de imprudencia temeraria de que era acusado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- La acusación particular, como única parte recurrente, alega un primer motivo de casación basado procesalmente en el núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento y con fundamento sustantivo en la inaplicación del art. 565 Código Penal, en relación con el art. 420.2 del mismo texto, y ello por entender que en la acción del denunciado, y después absuelto, es de apreciar un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones muy graves.

Haciendo examen detenido de los hechos que la sentencia recurrida declara como probados, a los que necesariamente nos hemos de atener dada la vía casacional que se emplea, el problema enunciado en este motivo debe ser resuelto jurídicamente con fundamento en estas dos cuestiones; de un lado, si se puede o no apreciar en el hecho enjuiciado el requisito de causalidad entre acción y resultado; de otro, si, en todo caso, existe o no el elemento esencial, en cualquier acto imprudente, cual es la falta del cuidado necesario en la actividad que se juzga.

Para llegar a cualquier conclusión, y aun a fuerza de ser repetitivos, nos parece necesario, con carácter previo, hacer breve resumen de la indicada narración fáctica. Así tenemos:

-El acusado, como médico oftalmólogo, el día 15-9-1983 atendió en su consulta al ahora recurrente quien había recibido un impacto en el ojo derecho cuando desempeñaba su trabajo. Una vez examinado se le detectó una esquirla metálica en la córnea que fue extraída, sin apreciarse la existencia de ninguna otra lesión, por lo que se le dio el alta laboral.

-A los cuatro días, como el paciente continuara con «ciertas molestias», volvió a la misma consulta pero esta vez fue examinado por el médico sustituto al encontrarse el titular dado de baja, diagnosticándosele «queratitis postraumática», diagnóstico que fue también acompañado de alta laboral.

-El día 12 diciembre, el inculpado, ya en el ejercicio de sus funciones, volvió a prestar asistencia al lesionado, detectándole «una pústula conjuntival que no afectaba a los medios transparentes de ojo, ni a la visión».

-El 9-1-1984, el enfermo se hizo examinar en el Instituto Oftalmológico Nacional donde alegó las mismas molestias que se le observaron aunque agudizadas.

-El día 24 siguiente, **por indicación del procesado** fue examinado en el Instituto «Asepeyo» observándose gran turbidez vítrica y desprendimiento de retina «consecuencia de la aparición de un cuerpo extraño intraocular», que obligó a intervención quirúrgica que se hizo el 1 febrero y determinó, finalmente, la enucleación del ojo el día 21-9-1984.

SEGUNDO.- Como bien razona la sentencia recurrida, es dudosa la relación causal que puede existir entre la primera lesión ocular detectada y las gravísimas consecuencias que después se apreciaron, ya que la lesión intraocular no puede afirmarse, con la seguridad que estos casos requieren, tuviera su causa directa en el primer accidente laboral producido y no en otro

posterior, y ello lo podemos deducir de dos circunstancias que han de tenerse en cuenta: en primer lugar, el tiempo tan dilatado transcurrido entre el primer acto médico y la estirpación del ojo; en segundo término, y sobre todo, el hecho de que el lesionado pudo dedicarse a sus ocupaciones habituales hasta bastante después del primer diagnóstico.

Con independencia de ello, y aun suponiendo que existiera relación de causa a efecto entre la inicial lesión y sus finales consecuencias, lo que de forma alguna aparece demostrado es que el médico denunciado actuase fuera o al margen de lo que es normal y exigible a un facultativo de esta especialidad, ya que: a) las consultas o visitas realizadas sólo fueron prácticamente dos, y en ellas, después de la extracción del cuerpo «extraño» introducido en el ojo, ordenó el tratamiento adecuado al inicial diagnóstico; b) este diagnóstico fue contrastado por un Instituto dedicado a la especialidad que, aunque también pudo equivocarse, lo que sí nos muestra es la inexistencia de cualquier tipo de actuación imprudente por parte del facultativo sometido a enjuiciamiento. O, lo que es lo mismo, tal actuación no puede quedar incluida dentro del tipo delictivo que define el art. 565 del Código Penal, bien se entienda como imprudencia temeraria, bien como imprudencia simple con infracción de reglamentos, ni, incluso, como simple falta culposa.

Este primer motivo, por lo brevemente expuesto, debe ser desestimado.

TERCERO.- El segundo motivo se interpone al amparo del núm. 2.º del art. 849 por error de hecho en la apreciación de la prueba basado en unos concretos documentos.

Esta segunda alegación, que carece de un verdadero y adecuado desarrollo, no puede ser aceptada, ya que fueron precisamente los informes médicos que se señalan como base del pretendido error los que sirvieron a la Sala de instancia, junto con otras pruebas, para llegar a la conclusión absoluta que ahora se trata de impugnar. Es decir, esas pruebas documentales fueron valoradas debidamente en el conjunto probatorio con la lógica que le permite, de manera exclusiva y excluyente, el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Este segundo motivo debe también ser rechazado.