

De la responsabilidad médica

(S. 10 de marzo de 1959)

JUAN DEL ROSAL

Catedrático de Derecho penal de la Facultad de
Derecho de Madrid, Abogado de los I. C. de Abo-
gados de Madrid, Barcelona y otros

SUMARIO: 1.º Relación circunstanciada del hecho.—2.º Sentencia de la Audiencia provincial.—3.º Impugnación por la parte recurrente.—4.º Breve análisis de la sentencia dictada por la Sala Segunda del T. S.; a) Fundamentos facticios del comportamiento culposo; b) Inexistencia de la justificación de la actividad profesional; c) Incumplimiento de la *lex artis*; d) Falta de error científico.

1.º *Relación circunstanciada del hecho*

Los «hechos probados» dicen así: «Que A. M. R., de treinta y ocho años, casado, cerrajero, beneficiario del Seguro de Enfermedad y que no había padecido ninguna enfermedad ni molestia en sus órganos génito-urinaris, por consejo de su médico de cabecera, el Dr. D. M. J. B., se personó el día 15 de mayo del pasado año 1956 en las Oficinas de la entidad aseguradora (M. N. S. A.) sita en la V. R. de esta capital, en las que manifestó al procesado, Dr. D. An. G. P. habersele reproducido la hernia padecida y operada anteriormente por el Dr. V. ante cuya manifestación el procesado Dr. G. se limitó a mirarle la cicatriz que presentaba en su abdomen, palpar la región de la misma y comunicarle que a efectos de ser operado se personase el 4 de julio siguiente en la Residencia Sanitaria «S. D.» de esta misma ciudad, llegado cuyo día y personado que fué en la mencionada Residencia Sanitaria, en ésta se le manifestó que por encontrarse en M. el procesado, Dr. G., volviera, para ser operado por éste, el día 10 del mismo mes de julio, como así hizo, en cuyo día quedó hospitalizado, sin que durante ese día ni el siguiente, hasta las seis de la tarde de este último día, en que fué llamado para ser operado, se le visitara médicamente, se le hiciera análisis alguno, ni de orina ni de sangre, se le reconociera el corazón ni se le explorasen los pulmones, ni tan siquiera se le tomase la temperatura, ni se adoptase, en suma, medida alguna para comprobar el estado de su organismo en dicha fecha; que una vez en el quirófano el mencionado enfermo, se le practicó por el propio cirujano ope-

rador, el procesado Dr. G., la anestesia raquídea o local, que no le privó de sus sentidos de la vista y el oído, ni de la facultad de darse cuenta de lo que acontecía a su alrededor; que así anestesiado, se procedió por el procesado Dr. G. asistido, como ayudante, por su hijo, el también doctor en Medicina Dr. A. G. S., a llevar a cabo la operación de hernia inguinal por él diagnosticada al enfermo y a cuya sola práctica se había expresamente sometido; mas abierta que fué la cavidad abdominal, el procesado Dr. G., so pretexto de haber observado una supuesta masa tumoral a su parecer reveladora de la existencia de un sarcoma de pene, llevó a cabo el cercenamiento, de raíz, del miembro viril del enfermo M. R., sin que para ello requiriese el que le fuera hecha la oportuna biopsia que le confirmara su diagnóstico precoz, y sin que obtuviera del paciente o de sus familiares, mujer o hermano, que sabía se encontraban en dicho momento en la mencionada Residencia Sanitaria, el correspondiente consentimiento o autorización para la amputación de un miembro tan importante del cuerpo humano, de resultados de la cual había de quedar impotente, tanto más cuanto que, como el propio procesado reconoció en el acto de la vista del juicio oral, pudo limitar su intervención quirúrgica a la práctica de la operación primitivamente diagnosticada, de hernia inguinal, y dejar el acometer la del supuesto sarcoma de pene para un momento o fecha ulterior por tratarse de campos operatorios distintos aunque próximos, no ser necesaria la del supuesto sarcoma de pene para verificar la operación diagnosticada y no correr, de momento, peligro de vida el enfermo mientras no se le abriera esa supuesta masa tumoral, que, esto aparte, y a pesar de que el propio procesado reconoce que el sarcoma de pene es un caso clínico rarísimo, hasta el punto de que en su larga vida profesional no había tenido ocasión de enfrentarse con ninguno, se resolvió a operarlo, como queda dicho y según él mismo manifiesta, fiando su existencia al diagnóstico precoz que en tan críticos momentos hiciera, y verificada que fué su extirpación no conservó el miembro cercenado afectado por el mencionado supuesto sarcoma para que del mismo se hubiera hecho una biopsia postoperatoria que comprobase, en su caso, la existencia de aquél, no comunicó ni al enfermo ni a sus familiares antes aludidos, ni a sus compañeros médicos el haber realizado esta última operación, digo intervención, ni le aplicó a la herida que le produjera el corte del pene, afectado por supuesto sarcoma, radioterapia alguna; que amputado que le fué dicho miembro, el enfermo M. R. sufrió una retención de orina por consecuencia de la operación del procesado llevada a cabo, que puso en inminente peligro de vida, hasta el punto de que en el mes de octubre siguiente precisó ser urgentemente intervenido de nuevo por presentar una estenosis interna del orificio uretral, intervención que le fué practicada por el Dr. G. A. en la Clínica de la C. R. de esta ciudad, en la segunda quincena del citado mes, la que le ocasionó al enfermo M. R. unos gastos, que satisfizo, por un valor total de 2.846,27 pesetas, y, finalmente que, a partir de esta última operación, el intervenido M. R. goza de un estado de salud bueno sin que se haya presentado en él síntoma alguno revelador de haber padecido en su vida sarcoma de pene; habiendo quedado impotente, por consecuencia de la que le practicara el procesado so pretexto de la supuesta existencia de aquél.»

2.º *Sentencia de la Audiencia provincial.*

«Que en la expresada sentencia se estimó que los hechos declarados probados eran legalmente constitutivos de un delito de imprudencia temeraria del párrafo primero del artículo 565 del Código Penal, en relación con el número primero del 420 de dicho Código, del que era responsable criminalmente en concepto de autor el procesado A. G. O., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y contiene el siguiente pronunciamiento. FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado A. G. P., en concepto de autor responsable criminalmente de un delito de imprudencia temeraria, a la pena de seis meses y un día de prisión menor, con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas; y a que por vía de indemnización de perjuicios abone al ofendido A. M. R. la suma de ciento cincuenta y dos mil ochocientas cuarenta y seis pesetas con veintiséis céntimos. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado por el Instructor que declaró solvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene.»

3.º *Impugnación por la parte recurrente*

«Que el presente recurso interpuesto por la presentación del procesado A. G. P. por infracción de Ley se apoya en el siguiente: *Motivo Unico.* Al amparo del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señalándose como infringidos: por indebida aplicación los artículos 565 y número primero del artículo 420 del Código Penal, y por la inaplicación el número 11 del artículo 8.º del mismo cuerpo legal. La imprudencia punible requiere para ser apreciada la existencia de un mal efectivo y concreto, penalmente relevante, una acción u omisión voluntaria no maliciosa y una relación de causalidad entre ambos extremos, y dados los hechos que la sentencia declara probados se halla ausente aquel resultado penalmente típico, ya que el procesado, doctor en Cirugía, al realizar la intervención de un sarcoma de pene que puso en evidencia la operación iniciada de hernia inguinal no produjo herida, golpe, ni maltrato al enfermo, elementos del tipo de lesiones según su configuración legal, sino que diagnosticado aquel mal y en interés de la salud del enfermo, es decir, con ánimo curativo, lo extirpó, sin que las omisiones que como tales recoge el Resultando de hechos probados de la sentencia sean determinantes de la intervención de un mal inexistente, extremo éste que, por otra parte tampoco afirma la resolución recurrida, por lo que el procesado, poseedor de un título que le faculta para el ejercicio de su profesión obró en el legítimo ejercicio de un oficio a tenor del número 11 del artículo 8.º del Código Penal que señala como infringido por inaplicación, como por aplicación indebida del artículo 565 en relación con el 420, número primero, todos ellos del Código Penal.

4.º *Breve análisis de la sentencia dictada por la Sala Segunda del T. S.*

La simple contemplación de la relación circunstanciada del hecho nos evidencia nítidamente los elementos fácticos, en los cuales se apoya un reproche, de momento, a título culposo. Pues obsérvese, valga de ejemplo, que:

a) *Fundamentos facticios del comportamiento culposo*

Sin necesidad de abundar en detalles basta, a efectos de captar la base del delito culposo, entresacar los pasajes siguientes:

1.º Que por de pronto el paciente no padecía ninguna enfermedad, ni molestias en sus órganos génito-uritarios. Lo cual nos da a entender que no era previsible, dentro de los límites médicos, que tuviera tumor o cualquier cosa parecida.

2.º Que sólo se trataba de la reproducción de la hernia, anteriormente operada, cómo se diagnosticó por el doctor.

3.º Que durante la estancia hospitalaria, ni antes ni después, se le trató como médicamente se exige, de acuerdo con la *lex artis* en casos anteoperatorios.

4.º Ni tan siquiera se le tomó la temperatura, con lo que fué al quirófano sin dato alguno respecto a su estado actual.

5.º Que una vez en la mesa de operaciones se le practicó la citada operación, que si bien está el campo operatorio cercano al del miembro viril, sin embargo, existe la suficiente distancia como para no confundirlos.

6.º Que la presencia «de un supuesto sarcoma de pene», que dió como consecuencia la amputación del mismo, se efectuó sin emplear ninguno de los comprobantes, ni antes ni después del corte, y máxime cuando incluso se ha dicho por el procesado que no era *necesaria* tamaña operación.

7.º Que, finalmente, *no* se obtuvo el consentimiento ni de la víctima, que oía y veía todo, ni tampoco de sus familiares que estaban en la clínica. Y para colmo de males el supuesto sarcoma de pene «es un caso clínico rarísimo, hasta el punto que en su larga vida profesional no había tenido ocasión de enfrentarse con ninguno».

b) *Inexistencia de la justificación de la actividad profesional*

Sabido es cómo en el número once del artículo octavo (causas eximentes el C. p. vigente enumera tres clases de exención de responsabilidad criminal, cuales son las siguientes: a) Obrar en cumplimiento de un deber; b) En el ejercicio legítimo de un derecho; y c) en el ejercicio legítimo de un oficio o cargo.

Pues bien; el motivo de casación aduce el quebrantamiento de éste precepto y, por consecuencia, al no haberlo efectuado la infracción por aplicación indebida del artículo 565 en relación con el número 1.º del artículo 420, todos del texto penal vigente (1).

El primero de los «considerandos» está enfilado, por supuesto, a desmontar la interpretación de esta eximente, en la forma explanada por el recurrente, puesto que la *ratio-legis* del número 11 del artículo 8 y la doctrina jurisprudencial y hasta una valoración humana del caso en cuestión nos aleja a las claras de la colación de este precepto. Veámoslo.

«Que la defensa del motivo único de este recurso, amplia y doctamente desarrollada con el estudio minucioso de varias teorías jurídicas acerca de

(1) Queda en pie la discusión sobre tipificación en el número 1.º del 420, que aquí no se toca.

la irresponsabilidad criminal del cirujano por los actos ejecutados durante el curso de alguna operación quirúrgica, tiende a demostrar la potestad libérrima del mismo en sus actuaciones curativas sobre el cuerpo del enfermo, sin que a su juicio precise atender a otras normas reguladoras de su proceder o capaces de ponerle límites, que las impuestas por los dictados de su conciencia profesional, pero doctrina que a su vez gira en torno a la interpretación más acertada de la circunstancia 11 del artículo 8.º del Código Punitivo, de cuyo texto no puede prescindirse a la hora de resolver tan delicado problema con preferencia a los pareceres de dichos tratadistas, compatibles por cierto entre sí en los extremos más esenciales, hasta el punto de que si el precepto libera de las consecuencias penales del dolo y de la culpa lo es en tanto aparezca «legítimo» el ejercicio de esa noble parte de la Medicina, llamada Cirugía, que con su progreso actual constituye para la Humanidad una fuente de beneficios incalculables mientras se acomode a las reglas más elementales de la Deontología médica, pues cuando al practicarla se aparte alguien de la observancia del deber, puede desembocar en verdaderos delitos contra las personas, y más aún en manifestaciones inequívocas de la imprudencia punible».

Y efectivamente, el razonamiento recoge no sólo la reiterada jurisprudencia respecto a la citada eximente, sino que revalorizando, una vez más, el vocablo «legítimo» puntualiza cabalmente los módulos, nacidos del saber médico y de los deberes deontológicos que limitan la actividad profesional. Es decir, que el ejercicio médico es, entre otras muchas, una actividad estatalmente reconocida, dirigida a la salud y bienestar del cuerpo humano o de su mundo psíquico, ora se canaliza en pro de fines investigativos, compatibles con la dignidad humana. Cualquier actividad médica, injustificable a tenor de la *lex artis* o que contradiga las reglas surgidas de la práctica de los deberes profesionales, queda en desamparo de la circunstancia indicada, puesto que el legislador indica taxativamente el límite, por fuera del cual queda expuesta al reproche disciplinario o punitivo, consistente en que el ejercicio sea *legítimo*, lo cual quiere decir, que discorra por dentro de ce las normas que sujetan y limitan su uso (S. 4 diciembre 1942).

La limitación objetiva, referida, de una parte, al saber médico; de otro lado, a los deberes profesionales, ajusta y recorta el ejercicio profesional, el cual se justifica no sólo por ser una actividad amparada por el Estado, sino antes bien, por la naturaleza y funciones que desempeña, velar por la salud física y psíquica de la persona. Esto por lo que se refiere a la justificación de la actividad profesional, que en el caso de autos y con la simple lectura de los «hechos probados» se ve cuán lejos se halla el comportamiento médico, del realmente exigido, de acuerdo con el impetrado por el estado del saber médico y por las exigencias deontológicas. Ya que aquél obliga insoslayablemente a poner en práctica una serie de reconocimientos, análisis, exploraciones, en fin de cuentas, comprobaciones de la salud del que se opera y diagnóstico cerciorado de que padece tal o cual enfermedad que inexcusablemente requiere la intervención quirúrgica.

En el supuesto actual no se observa por ninguna parte, habida la narración de la resultancia de hechos, que se pusieran en juego los conocimientos y técnicas deparadas actualmente por la ciencia médica, pues ni

siquiera se le tomó la temperatura. Pero es que además, en la sala de operaciones, de igual modo no se guarda la profesional postura que demanda la técnica quirúrgica, puesto que ni antes ni después se comprueba mediante la biopsia, si efectivamente era un tumor canceroso.

Buscar refugio en la «conciencia profesional» cuando la actividad del mismo se desliza por unos cauces contrarios a los más elementales deberes, extraídos de los dictados de la Cirugía supone, o una importancia supina o ligereza por parte del profesional. Sólo una creencia, racionalmente alimentada, instalada en un error del profesional, puede liberar de cualquier reproche disciplinario o penal, siempre y cuando que se cumplan los mandatos ordenados por la *lex artis* del saber médico. Aquí se registra una tremenda ligereza en el curso del suceso que da como resultado un efecto dañoso para el paciente. Y este evento pudo evitarse con sólo aplicar, que se diría *finalísticamente*, una conducta prudente, de cautela y previsión, enlazada, claro está, a las reglas objetivas del saber y a las no menos imperativas de la deontología profesional.

De otra parte, la justificación estampada en la circunstancia indicada no sólo se funda en el ejercicio legítimo de una actividad profesional, sino que, por ser dirigida contra un «objeto» de valor absoluto, cual es la persona humana, requiere, por tanto, que no se humille ninguno de los excelsos atributos, como su dignidad y libertad. Y de aquí que consuetudinariamente se exija el consentimiento del paciente o el de sus parientes, pues sólo en situaciones especiales basta la simple presunción para intervenir sobre el sujeto. Axiológicamente la acción médica está supeditada al consentimiento del enfermo, pues de lo contrario se quebrantaría el orden de los principios con una disposición instrumental, amparada en el derecho de una profesión.

La legitimidad de la actividad médica está apoyada de un lado, en el reconocimiento de ella por el Estado y por las funciones y finalidades que cumple. Y de otra parte, por el consentimiento del paciente, que lo otorga siempre que se desempeñe conforme a la *lex artis*.

c) Incumplimiento de la «*lex artis*».

En el segundo de los «considerandos» la sentencia argumenta en sede del incumplimiento de los deberes colegiados de la *lex artis*. Y así se lee: «Que el relato de los hechos probados comienza por presentar al Dr. G. como cirujano poco previsor, según revela el prescindir de todo conocimiento del organismo del enfermo a quien había de operar, a fin de cerciorarse previamente de si se hallaba en condiciones de someterlo a los peligros ocultos propios de las intervenciones más o menos graves; describe después desde su origen la génesis de aquel impulso irreflexivo que le llevará a cercenar de raíz el miembro sexual del operado, cuando a simple vista creyó observar un sarcoma respecto del cual no tuvo hasta entonces la más ligera referencia; añaden que el operador no intentó explorar la conformidad de los familiares presentes en el sanatorio, allegados a la víctima, según sabía, aunque, claro está, fuera del recinto del quirófano donde operaba, ni tampoco pretendió contar con el consejo posible de algún otro facultativo si se encontrase dispuesto en la Residencia Sanatorial; continúan con las afirmaciones de que le cupo ultimar la operación de hernia sin acudir a tan

extrema medida de la cual era «dable prescindir» por de pronto, ya que de momento no corría peligro la vida del operado, y exponen finalmente que tras de ocultar por entonces cuanto sucedió hasta que fué descubierto más tarde, se abstuvo de retener el órgano amputado en el que existía la prueba decisiva de lo acertado o desacertado del diagnóstico, así como de la procedencia o imprudencia de la amputación».

He aquí un diseño por demás ilustrativo de un comportamiento, reñido, a todas luces, con las exigencias impuestas a los cirujanos por el saber quirúrgico. Ni por un solo momento acude en busca de los conocimientos instrumentales que pudieran justificar la intervención quirúrgica. Es más, como un testimonio irrecusable de su comportamiento, se oculta, según los hechos, la amputación, dando lugar con ello a poner en grave peligro la vida del paciente.

d) *Falta de error científico*

Todavía el debate queda siempre abierto cuando versa la intervención sobre un conocimiento equivocado del caso en cuestión, cosa que por desgracia no sucede aquí. La lectura del «considerando tercero» argumenta sobre la base de la vehemente sospecha de la falta de tumor canceroso, sobre todo, cuando la pieza no se conservó para su biopsia correspondiente. Y además, dado el escaso casuismo al respecto, hace presumir que sólo fué un «pretexto»—así describen los hechos—para asirse a una exculpación, a todas luces inexistente.

«Que la primera consecuencia extraída de los hechos conforme quedan descritos, consiste en presumir existen escasísimas probabilidades respecto de la realidad de aquella masa tumoral motivadora de la extirpación del pene, y menos todavía de que si existió revistiese carácter canceroso para exigir se operase con urgencia, pues por grande que fuera la despreocupación del operador con largos años de experiencia profesional, que acababa de mutilar a un hombre en circunstancias tan normales con la responsabilidad consiguiente a esa extraña conducta, no se concibe por inverosímil se desprendiese inadvertidamente de lo que podía significar la justificación plena de su proceder, y la manera de sincerarse ante la víctima en estado de ánimo bien fácil de calcular, frente a quien tanto interesaba al reo presentarse como benefactor; pero de todas suertes es lo cierto que no se trata de imponer castigo al error científico en que el procesado aparezca incurso, cuando hombres al fin los técnicos de la Medicina se hallan sujetos a las mismas equivocaciones posibles de los demás cultivadores de las distintas ramas del deber, y de ahí que para llegar a la conclusión condenatoria por imprudencia no sea indispensable contar con la prueba completa o con la afirmación categórica dentro de los hechos de la sentencia conducentes a proclamar de manera absoluta hasta qué punto resultare estéril aquel sacrificio, ni si fué producto exclusivo de una lamentable ligereza.»

En los considerandos siguientes se matiza agudamente los distintos planos en que viene montada la eximente citada, conforme ya se dijo anteriormente. Y a la par se perfilan los rasgos de un comportamiento culposo. Basta con la simple transcripción de ellos. Dicen así:

Que la impresión puramente subjetiva sobre la certeza del cáncer, ob-

tenida de una simple observación visual sin antecedentes patológicos conocidos, sólo autorizaría al cercenamiento instantáneo del órgano respectivo, en casos de gravedad extrema e intervención inaplazable, donde la demora ponga riesgo seguro e inmediato la vida del presunto enfermo, porque de no ser así, la más elemental cautela impone la espera hasta efectuar las comprobaciones necesarias de que disponga la Ciencia médica, contar con la autorización expresa de la persona interesada mayor de edad y en la plenitud de juicio, como dueña de su integridad corporal, e incluso recabar el concurso de otros facultativos en busca de garantías de acierto, por lo que al no seguir el procesado esa conducta recomendable para el médico y al alcance de toda inteligencia médica, sino que por el contrario se precipitó a efectuar aquella cruel mutilación, eludible al menos de momento, para desprenderse después del órgano contaminado, cual si fuese un despojo inútil, sin intentar siquiera permitir antes la oportuna biopsia post-operatoria, vino a incurrir de manera evidente en la imprudencia temeraria que sanciona el párrafo primero del artículo 565 del Código Penal, tanto más, cuanto que el culpable operaba hasta entonces en zona distinta aunque próxima del cuerpo humano, lo que le consentía concluir la operación de hernia, única que solicitara de él la víctima de este suceso.»

«Que a virtud de las anteriores razones de tipo jurídico estricto, debe declararse la improcedencia del recurso interpuesto, el cual también va contra el sentido inspirador de la Deontología merecedora asimismo de tenerse en cuenta, pues señala la infracción de deberes de carácter moral que en trances análogos hubiese respetado la generalidad de los especialistas, muchos de ellos meritísimos que por prudentes prestigian más todavía su profesión.» (2).

(2) Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Díaz Plá.