

La responsabilidad civil y penal de los médicos (especial referencia a los anestesiistas) *

Enrique Ruiz Vadillo

Vocal del Tribunal Constitucional

Ex presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de Justicia

El Derecho ha de hacer realidad los valores esenciales de la Comunidad a la que sirve: Justicia, Igualdad, Libertad, Pluralidad, Solidaridad, dentro de un clima de seguridad y certeza que es una de las primerísimas exigencias de todo el Ordenamiento jurídico, como expresó hace años el profesor Elías Díaz.

Y hay que decir, aun lamentándolo mucho, que hoy falta seguridad en el campo de la actividad de los Médicos y en general de la clase sanitaria, y falta certeza en varios aspectos, como enseguida vamos a tratar de exponer.

Todo ha cambiado, y si nos fijamos bien, la mutación social es positiva porque el ciudadano frente a la Educación, la Sanidad, la Justicia, que son aspectos de su vida extraordinariamente importantes con el Consumo y la Seguridad ciudadana, ha tomado una postura crítica que puede producir consecuencias muy favorables para la convivencia. Nunca los jueces hemos estado más en las primeras páginas de los periódicos, radios y televisiones que hoy. Las críticas son siempre buenas si el soporte sobre el que actúan es verdadero.

Hoy se habla de la rebelión de los pacientes. Acaso todos hemos contribuido de alguna manera a ello por no clarificar a tiempo y en debida forma los problemas.

De alguna manera estamos en una especie de círculo vicioso: aparecen nuevas técnicas, supersofisticadas, de diagnóstico: las resonancias magnéticas, los *scanner*, se producen avances espectaculares en todos los campos y también en el campo de la anestesiología y como consecuencia de todo ello llegamos a pensar que

estamos en presencia de una Ciencia y de unos profesionales que todo lo pueden curar, que en nada pueden fracasar y, por desgracia, no es así, entre otras cosas porque la muerte termina siempre por llegar.

Frente a ello, los médicos se defienden y nace esa expresión tan alarmante y peligrosa, pero absolutamente lógica, de la llamada Medicina defensiva.

Y frente a ello, sin autoridad desde luego pero sí desde la experiencia judicial de tantos años, les quiero enviar un mensaje esperanzador: no hay en el campo médico responsabilidad alguna por los errores de diagnóstico o de tratamiento salvo que sean tan burdos e inexplicables que ningún profesional medio hubiera incurrido en ellos, y que la responsabilidad sólo nacerá, como en el caso de los Jueces, Funcionarios y tantos otros profesionales, cuando se trate de supuestos de abandono de la actividad sin justificación alguna o de imprudencias absolutamente injustificadas, como enseguida vamos a ver.

No es bueno ni debiera ser hacedero que tras un "fracaso" médico o quirúrgico (inevitable porque la Ciencia Médica no es infalible, juega siempre con factores imposibles de prever y con multitud de imponderables que los Médicos y Cirujanos son los primeros en desear su eliminación, hoy por hoy imposible) se inicie una búsqueda incesante de responsabilidades, especialmente dirigidas a obtener un resarcimiento económico. Y, por supuesto, no es bueno para los pacientes, que somos real o potencialmente todos, por lo que también enseguida trataremos de decir.

En este sentido me gustaría citar unos testimonios de la más alta autoridad; el del Profesor Marañón, en el campo de la Medicina, y el de los profesores Antón Oneca y Jiménez Asua, en el ámbito del Derecho. No es

* Este trabajo corresponde a la transcripción de la conferencia impartida por el autor en la Academia de Ciencias Médicas de Cataluña y Baleares el día 7 de noviembre de 1994.

posible, venían a decir, coincidiendo en la preocupación, que detrás de cada acto médico o quirúrgico esté preparada la reacción del Ordenamiento jurídico para exigir unas u otras responsabilidades.

En este orden de cosas me gustaría intercalar unas breves consideraciones generales: al Médico le pedimos todo y que todo salga bien: en materia de genética y de manipulación de genes, transfusiones de sangre con los problemas que acarrearán, cirugía transexual, esterilizaciones, que salve vidas cuando se producen huelgas de hambre, que decida qué ha de hacer cuando por razones religiosas se niega por los familiares más próximos la imprescindible transfusión de sangre (en el caso de los testigos de Jehová, por ejemplo) y que ayude a morir con dignidad (resolviendo todos los problemas que la eutanasia presenta, en los que ahora no vamos a entrar). Y todo lo que haga y lo que no haga se quiere someter al examen microscópico de la crítica social y jurídica. Se quiere que todo se cure y que todo salga bien (lo que muchas veces se conoce *ex post facto*) y esto es absolutamente imposible.

Responsabilidad civil

Para su determinación hemos de partir del llamado acto médico, que ha de tener estas características: profesionalidad, ejecución típica, finalidad sanitaria y, por último, licitud, todo ello envuelto en la observancia de la *lex artis ad hoc*.

La proyección de la actividad médica es amplísima: curación, ayuda al parto, tratamientos profilácticos, diagnósticos, mitigación del dolor, mejora del aspecto físico. Y todo ello o parte de ello realizado por un equipo de profesionales que a veces actúan de manera vertical (con subordinación y dependencia jerárquica médica o quirúrgica) u horizontal, por ejemplo, según el criterio más generalizado, en el caso de los anestesiólogos respecto de los cirujanos.

Las reclamaciones se multiplican; en los Estados Unidos de América, en 1991, 80.000 médicos fueron objeto de reclamación, más del 10% en Francia, en España ocurre otro tanto. En cualquier caso habría que distinguir entre la Medicina intra y extrahospitalaria.

No podemos olvidar que en el campo de la Medicina, tanto si se trata de una relación contractual como extracontractual, sobre cuya diferencia habría mucho que hablar, se está en presencia de una obligación de medios, no de resultados. No se garantiza el resultado del tratamiento o de la intervención, sino de medios:

poner al servicio de la curación o del no empeoramiento cuanto sea posible.

Pero hay datos muy importantes. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo no hay en el ámbito de las relaciones médico-paciente ni responsabilidad objetiva ni cuasiobjetiva, ni tampoco la inversión de la carga de la prueba que rige en otros sectores (cfr. art. 1.902 CC).

Para que haya responsabilidad es necesario: 1.º) Un acto médico imprudente (y no se olvide que el diagnóstico y la terapia, salvo excepciones, es siempre un dato aleatorio). 2.º) Un daño consistente en la pérdida de la vida o en la pérdida o alteraciones anatómicas o funcionales de una parte del cuerpo (en la actualidad se habla también de las lesiones psicológicas: el *stress*, la inquietud, el insomnio, etc.) y 3.º) Una relación de causalidad: el resultado dañoso ha de ser consecuencia eficiente del comportamiento médico imprudente.

Si la sociedad quiere una responsabilidad sin culpa en estos casos, es decir, incluyendo el caso fortuito y la fuerza mayor, es imprescindible la creación de un seguro obligatorio que no podría correr a cargo de los profesionales de la medicina, sino de la sociedad misma o, en su caso, de los centros hospitalarios. Veamos unos ejemplos:

- A consecuencia de una aneugrana, el paciente queda tetrapléjico (Resolución del Consejo de Estado francés de 9 de abril de 1993).

- Cirugía de los aneurismas y disecciones de la aorta torácica: además de una mortalidad quirúrgica elevada (entre el 10 y el 15%), existe un riesgo conocido de paraplejía que oscila entre el 10 y el 60%, dependiendo del tipo de lesión y de su localización. Y así un muy largo etcétera.

Y no caben más que dos opciones: estas operaciones no se realizan pese a las expectativas favorables que puedan existir, o si se hacen (tras la correspondiente información a la que más adelante haremos referencia), no hay indemnización o ésta ha de correr a cargo de la propia sociedad.

Y hay que repetir una vez más: si el acto médico fue conforme a la *lex artis ad hoc* no hay responsabilidad de ningún género. La STS La de 11 de marzo de 1991 dice que se entiende por tal aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la Medicina, que tiene en cuenta

las específicas características de su autor (por consiguiente de la especialidad o superespecialidad), la complejidad del acto, la trascendencia vital o no para el paciente y, en su caso, la influencia de factores endógenos, entre ellos la propia organización hospitalaria. Por ello es imprescindible individualizar las responsabilidades atendiendo a todas las circunstancias concurrentes.

Deber de información al paciente

Esta exigencia es esencial y en ella debe ponerse especialmente el acento: 1) Ha de informarse según las circunstancias (edad, cultura, estado psíquico, etc.); 2) Obtener el consentimiento, explicando, en líneas generales, las probabilidades de éxito, total o parcial y las consecuencias del "fracaso", es decir, complicaciones permanentes o transitorias, etc., y 3) Algo que se olvida y nosotros comprendemos las dificultades, la información *ex post facto*, dato este que podría atenuar o incluso resolver muchos problemas. ¿Por qué no "salió" bien la operación o el tratamiento? En muchas ocasiones por circunstancias imprevisibles; qué se hizo para evitar las consecuencias lesivas y, cuando se detecte el error humano, afrontar las consecuencias a través de un seguro del que no tenemos tiempo de hablar, pero que, según mis noticias, en Cataluña funciona mucho mejor que en otras partes.

Esto es lo que ha de crear, cuanto antes mejor, un clima de seguridad y tranquilidad indispensable en la clase médica. No se puede estar pensando cada vez que se actúa en las responsabilidades en que se puede estar incurriendo.

Que no se arrepienta la sociedad del camino emprendido: disminución de vocaciones en ciertas especialidades médicas: cirugía cardiovascular, obstetricia, anestesiología, etc., paralización de iniciativas en beneficio del paciente por temor a lo que pueda suceder, supresión de riesgos (aunque pudieran originar positividad) porque así se evitan responsabilidades.

Vamos a terminar este capítulo con cuatro ejemplos tomados de la jurisprudencia de la Sala Civil del TS:

- STS La de 25 de abril de 1994: Un supuesto de vasectomía que produjo problemas por falta de información al paciente. En este caso la esterilización del varón se frustró por la recanalización de los conductos deferentes no habiendo comprobado, como pudo y debió hacerse (e informarse al vasectomizado) después de la operación el éxito a través de un análisis zoospéptico, que no se hizo. Se declaró la responsabilidad civil.

- STS 1.º de 1 de junio de 1994: Se reclama una indemnización por una madre para su hijo que padece desde su nacimiento, el 29 de junio de 1987, una tetraparesia espástica diagnosticada el 3 de noviembre del mismo año y otra indemnización para sí por el daño moral, por no haberse practicado cesárea a su debido tiempo siendo como era, según la demandante, un parto de alto riesgo por su poca talla y escaso peso. El TS insiste en que en éste como en los demás casos se trata de una obligación de medios y no de resultado y en que ha de aplicarse una responsabilidad civil (en este caso extracontractual) culpabilística, porque se actúa sobre un organismo vivo, de reacciones y sensibilidades imprevisibles, máxime cuando se actúa con una pluralidad de medicamentos y de medios quirúrgicos, en una inevitable interacción, sin que pueda existir inversión de la carga de la prueba. Se absuelve.

- STS La de 7 de junio de 1994: La actora fue intervenida quirúrgicamente por el médico demandado, especialista en traumatología, para extirpar un lipoma en la pierna izquierda, que, tras la correspondiente biopsia postoperatoria, resultó ser un liposarcoma. A las 72 horas de la intervención se agravó el estado de la paciente, detectándose una infección en la herida por la bacteria *clostridium perfringens*, que precisó tratamiento quirúrgico de desbridamiento y limpieza. Se alegaba carencia de información previa, lo que no era cierto y se absolvió.

- STS La de 29 de marzo de 1994: En un supuesto de extirpación de un riñón en el que se absuelve al facultativo demandado se vuelve a insistir en que es necesario acreditar la culpa del cirujano y en que no hay inversión de la carga de la prueba en razón a los argumentos a los que ya antes nos hemos referido.

Responsabilidad penal

Generalmente, y ello es absolutamente comprensible, la mayor preocupación se cierne con el fantasma de la responsabilidad penal que puede llevar aparejada la sanción de privación de libertad.

Todo cuanto hemos dicho respecto de la responsabilidad civil es trasladable a la que ahora estamos examinando. Evidentemente, dentro de una especie de estructura común de las responsabilidades culposas (imprudencia o negligencia), las penales son las que ocupan el más alto nivel.

565 CP) y simple, y en este último caso puede existir o no infracción reglamentaria (art. 586 bis CP).

En todo caso debemos recordar lo siguiente:

1) Que la imprudencia temeraria es el actuar con el más absoluto desprecio a las más elementales normas de cuidado y atención en función de las circunstancias concurrentes.

2) El error de diagnóstico o de terapia no constituye delito salvo que la equivocación sea burda e inexplicable, es decir, absurda en el sentido de que ningún profesional hubiera actuado así (STS 2: 22 de diciembre de 1986, 13 de noviembre 1992 y 28 de octubre 1994).

3) El examen de la conducta ha de hacerse caso por caso, de manera individualizada y pormenorizada, contemplando al medio normal (salvo los supuestos de especialización) y al enfermo también normal o medio.

4) El tema del instrumental, de las camas, de la alimentación del enfermo quedan al margen, en principio, de la responsabilidad del facultativo salvo que por cualquier circunstancia hubiera por parte de éste una obligación de control, por ejemplo, respecto de un electrobisturí, que generalmente no existe. Hay que partir del principio de confianza de unos y otros especialistas y de todos los servicios generales del hospital.

5) Tampoco habrá responsabilidad penal si, aun localizada alguna actuación imprudente, falta la relación de causalidad al estimarse que el resultado final (una gangrena gaseosa) se hubiera producido pese a haberse actuado con una mayor diligencia y cuidado (STS 28 de octubre de 1994).

Indemnizaciones

Llegado el momento en que se ha producido un resultado adverso y es procedente decretar la correspondiente indemnización, nace en los médicos, y en general en todos los obligados a un pago de estas características, un nuevo factor de preocupación y muy importante: ¿Cuánto tendré que pagar? ¿En concepto de capital, de renta vitalicia o a través de un sistema mixto?

No sabiendo de antemano, ni por aproximación, las cuantías indemnizatorias, las dificultades de concertar un seguro de responsabilidad civil son muchas y a veces insuperables. El caso de los Estados Unidos de América nos tiene que hacer reflexionar.

Por esta razón estimamos esencial, en este orden de cosas, la definitiva construcción de unas Tablas o Baremos Indemnizatorios, y hay que reconocer el positivo esfuerzo realizado por la Dirección General de Seguros,

que permita a todos, a los obligados al pago, a los receptores de las indemnizaciones y a las propias Compañías de Seguros, actuar con una certeza o seguridad que en la actualidad, lamentablemente, falta pese al rectísimo actuar de mis compañeros jueces y magistrados porque, al carecer de un punto de partida, todo queda a su libre arbitrio, que es muy difícil, por no decir imposible, de llevar a cabo. En mi modesta opinión se falta en estos casos al principio constitucional de certeza o seguridad jurídica, al que ya me referí, y también al de igualdad que proclaman respectivamente los artículos 9.3 y 14 de nuestra Ley Fundamental. Recuerdo en este sentido al Presidente de la Organización Médica Colegial, Dr. Fornés, al Dr. Borobia, a los profesores Sánchez Calero, De Ángel y Sotomayor, a los especialistas Milagros Sanz Parrilla, Joaquín Alarcón y a D. Félix Mansilla, que tanto y tan bien ha trabajado en este orden de cosas.

Es evidente que las Tablas han de estar bien construidas, y muy bien analizadas sus ventajas y sus inconvenientes. Hay que oír a todos y reflexionar antes de determinar su carácter vinculante para que la proporcionalidad, que es, en definitiva, justicia, impere en ellas. De esta manera, las Entidades de Seguros podrán llevar a cabo sus cálculos actuariales, el ofrecimiento cuando el evento se produzca podrá estar lleno de sensatez y de equilibrio y correspondientemente, con su oportuno asesoramiento jurídico del Abogado, una de las piezas esenciales de un Estado de Derecho, podrá aceptar la propuesta o rechazarla o hacer una contrapropuesta, siempre dentro de la racionalidad y del sentido común en cuanto expresión de unos criterios expresados por la Ley a través de Tablas Indemnizatorias donde los jueces tengan una discrecionalidad, que en mi modesta opinión debiera ser de un 10 a un 15%, procediéndose también a la búsqueda de soluciones respecto de los grandes inválidos, donde los problemas se multiplican. Pero en la actualidad existen ya estudios muy serios a través de los cuales podrían fijarse unos determinados baremos que incluso, como sucede en las incapacidades laborales, pudieran, en determinados casos, ser sometidas a revisión, por ejemplo a los cinco años de concedidas indemnizaciones, fijando la ley en qué casos habría de optarse por un capital, por una renta vitalicia y cuando por un sistema mixto de capital y renta, así como las garantías a tomar para la efectividad de las indemnizaciones respecto de los obligados al pago y de aquellos que las reciben si el destinatario es un menor o un incapaz.

Recientemente tuve el honor y la inmensa satisfacción de acudir invitado a la República Argentina y, aparte las intervenciones que tuve en La Plata, en la preciosa Ciudad de Buenos Aires me reuní con un grupo de Juristas (Abogados, Jueces y Fiscales) y de Especialistas en el sector Seguros y di una Conferencia seguida de coloquio, del que deduje que el problema era idéntico y los deseos de solucionarlo eran también comunes.

Los anestesiistas

Acaso pregunten Vds.: Se ha venido a hablar de los problemas de los anestesiistas y tan sólo ha habido unas breves anotaciones respecto de los mismos. Lo que sucede es que realmente no hay demasiadas especificidades. De todas maneras vamos a dedicar unas palabras finales a estos especialistas con remisión a dos trabajos muy recientes, uno del Magistrado, amigo y compañero José Manuel Martínez-Pereda y otro de quien ahora se honra en hablarles (Rev. Actualidad Penal, n° 15 y 27, de 1994).

En ellos se ha creado un complemento de psicosis, especialmente referida al tema de las pruebas de alergia. A mi juicio, hablo por supuesto en mi nombre, como siempre, y expongo mis modestos puntos de vista, sólo habrá que hacer las correspondientes pruebas cuando las normas de la *lex artis ad hoc* lo impongan. Por ejemplo, el paciente denuncia ciertas anomalías, expresa ciertas manifestaciones de hipersensibilidad a determinadas sustancias o fármacos. En ese caso, también por ejemplo, el enfermo refiere una reacción desusada cuando hace unos meses se puso una pomada de penicilina o le fue inyectada una determinada sustancia. Es obvio que estos datos ha de tenerlos en cuenta el facultativo. La STS 1 de 17 de junio de 1989 contempla un supuesto de "shock anafiláctico", es decir, una impresionabilidad exagerada del organismo a la acción de ciertas sustancias orgánicas: el paciente era alérgico a la penicilina. Es más, conviene evitar la prueba constante de nuevos medicamentos, pues la primera toma de uno de ellos puede dar lugar a un nuevo tipo de sensibilización.

Si estas precauciones se toman y se actúa como en cada caso corresponda, dentro de la relatividad de la Ciencia médica, ninguna responsabilidad nacerá para el facultativo.

Hay que tener en cuenta que el Anestesiólogo o Anestesiista actúa con autonomía (es una colaboración horizontal) del Cirujano, si no estoy equivocado, y que el 53% de los casos de responsabilidad de los anestesis-

tas corresponden a imprudencias temerarias, teniendo en cuenta que las consecuencias de un actuar poco diligente de estos especialistas comporta, en general, unas consecuencias gravísimas.

Si se examinan con atención las condenas, éstas nacen, en un porcentaje muy alto, de abandonar el quirófano durante la operación (el 26,66%) Y otro idéntico de no apercibirse, pudiendo y debiendo hacerlo, del peligro de la anestesia respecto del paciente, el 20% de no comprobación del grupo sanguíneo, cuando también pudo hacerse y sólo el 6,66% del resto de causas.

Acaso, y hablo sin conocimiento de causa, convendría precisar más, cuando ello sea necesario, el campo de cada uno de los facultativos intervinientes: anestesiista, sin más, transfusor y animador. Por ejemplo, qué hacer respecto de las llamadas Salas de despertar, donde ha de vigilarse y atender al recién intervenido quirúrgicamente en el peligroso instante de la recuperación de la conciencia y del conocimiento. ¿Quién ha de estar atento a las correspondientes evoluciones en esa Sala? ¿Cuánto tiempo debe transcurrir?

En mi modesta opinión, será bueno que cedan estas inquietudes que a nadie favorecen, y menos que a nadie y en concreto a los pacientes. Los fallos en el diagnóstico o en la terapia no pueden originar responsabilidades salvo que sean burdos. En un trabajo de la doctora Echave, después de hablar de la sobredosis en los supuestos de anestesia regional (dosis total inyectada excesiva, error en el lugar, inyección intravascular, en zona muy vascularizada, epidural con reacción inesperada y rápida) se refiere a las reacciones alérgicas y dice: las reacciones anafilácticas y alérgicas son raras pero comportan un riesgo imprevisible. En general, se relaciona con los anestésicos próximos al éter pero es difícil diferenciar cuándo se produce la reacción por causa del anestésico o por el metilparabeno. ¿Cómo va a ser posible que dentro de estos imponderables, que escapan del especialista avezado y prudente, se exijan responsabilidades?

Es imprudencia simple el que el Médico anestesiista, al producirse un fallo mecánico en las instalaciones para el suministro de oxígeno, no preste atención a los indicadores, lo que originó muy graves lesiones ya que ha quedado sumido en un estado de vida puramente vegetativo (STS 2.º 19 julio 1982).

Es imprudencia temeraria la conducta del anestesiista que abandonó el ala del quirófano donde se inter-

venía a un paciente no monitorizado por lo que pasó inadvertido el fallo de oxigenación cerebral (STS 2.º 7 julio 1993).

Lo es también el hecho de dejar al paciente en una sala contigua al quirófano en espera del despertar del enfermo anestesiado, a pesar de que no se produce su recuperación, pese a lo cual quedó abandonado y falleció (STS 4 septiembre 1991).

E igualmente lo es respecto del Director del centro hospitalario al autorizar la realización de simultáneas intervenciones a un mismo médico anestesista (STS 4 septiembre 1991).

Estoy convencido de que estas preocupaciones e inquietudes naturales y legítimas desaparecerán pronto.

Todos, la organización sanitaria, en general, los Centros hospitalarios, públicos y privados, la Clase Médica y también la sociedad toda debiéramos reflexionar y analizar por qué se ha producido la situación que ahora lamentamos y cuáles son las fórmulas de corrección. También los Medios de Comunicación.

A mi juicio debemos cumplimentar nuestras obligaciones profesionales y sociales cada vez mejor:

En el campo de la medicina y de la cirugía informar bien, dentro de unos ciertos parámetros y obtener el

consentimiento por escrito y, siendo posible, con dos testigos sin tachas legales.

Explicar al paciente o a sus familiares por qué sucedió el evento que no se deseaba, y si hubo un fallo, reconocerlo.

No podemos olvidar que, en la actualidad, las imprudencias penales constitutivas de falta, que son la mayor parte, sólo se persiguen a instancia del perjudicado o de sus herederos y que el perdón extingue la acción penal o la pena.

Estoy convencido de la gran categoría científica, técnica y humana de los Médicos y de sus colaboradores, a los que desde esta tribuna quiero rendir el homenaje de admiración y respeto por su trabajo tan difícil, en tantas ocasiones, tan ingrato y sin embargo tan esencial para todos.

A cuantos forman la noble colectividad de la Medicina hemos de vedas como lo que son: Mujeres y Hombres que ponen su Ciencia, su Técnica y su Ilusión por hacer el bien a los demás. ¡Cuántos millones de actos médicos se realizan! Las imprudencias que se denuncian hoy son pocas en relación a aquéllas y de ellas muchas menos las que se sancionan.