

-\*-

SENTÈNCIA 12-05 DE 26 D'ABRIL DE 2005

Ponent M.I.: Sr. Josep Lluís VÀZQUEZ SOTELO

#### **ANTECEDENTS DE FET**

**I.-RESULTANT:** Que en data 15 de novembre de 2004, el Tribunal de Corts, en la causa 139-3/00 pronuncià sentència que conté la següent part dispositiva: "FALLEM: Que hem d'absoldre i absolem l'acusat LLUÍS ANTONI G.S. del delictes major de lesions per imprudència i del delictes menor pels que venia acusat per l'acusació particular, declarant d'ofici les despeses processals causades."

**II.-RESULTANT:** Que el pronunciament absolutori de la sentència tingué com antecedent de fet la següent declaració de fets provats: "vers les 08:45 hores del dia 4 de juliol de 1997 l'acusat Lluís Antoni G.S., nascut el dia 18 de juny de 1951 i sense antecedents penals, metge especialista en traumatologia, practicà una intervenció quirúrgica a l'Hospital Nostra Senyora de Meritxell al senyor Jesús M.R., pacient de l'acusat i a qui li havia diagnosticada una ciàtica hiperalgèsica per hèrnia discal extruïda L5-S1. La intervenció quirúrgica consistia en practicar al pacient una discectomia L5-S1 i l'acusat va decidir primerament, practicar una exploració radiològica directa mitjançant la injecció al raquis de contrast radiològic per mielografies. Per fer-ho, l'acusat va demanar contrast per fer una mielografia, demanda que la infermera instrumentista senyora Rosa Maria C. va comunicar a la infermera circulat senyora Carme F. qui va anar a cercar el contrast a una sala adjacent al quiròfan, agafant-lo de dins de l'armari on es guardaven junt amb altres medicaments i material sanitari, prenent un contrast iodat iònic anomenat Uro-Angiografín, en lloc d'un contrast iodat no iònic anomenat Omnitrast-240, i lliurant-lo a la infermera instrumentista, la qual va carregar el contrast en una xeringa que lliurà a l'acusat

qui va procedir a injectar-lo intratecalment al pacient Sr. M.R..

Vers les 12:00 hores, un cop ja finalitzada la intervenció quirúrgica i quan el pacient Sr. M.R. es trobava a la sala de reanimació, va iniciar un quadre d'aracnoiditis química amb dèficit medul·lar ascendent i afectació cerebral derivada de l'administració intratecal de contrast radiològic iodat iònic, produint-se una infecció respiratòria que va evolucionar vers una severa pneumònia polimicrobiana, havent-se de practicar al pacient una traqueotomia i havent de romandre a la UCI fins el dia 11 d'agost de 1997 en que fou traslladat a planta, essent donat d'alta hospitalària el dia 29 d'agost de 1997.

El senyor Jesús M.R. ha patit seqüeles consistents en una disminució de la capacitat vital respiratòria, artrosi interapofissària L5-S1 i fibrosi epidural anterior esquerra amb compromís de l'arrel S1 esquerra; lumbociatalgia esquerra de topografia S1 amb marcada reducció de la mobilitat lumbar abolició del reflex aquilí, alteració de la marxa i parestèsies a al vora externa del peu esquerre, síndrome de la cua de cavall de tipus sensitiv, parestesis-disestesies perineo-perianales i impotència sexual, així com canvia d'osteoporosis a raquis, amb falcaments a D9 i D12, afavorits per la teràpia corticoidea."

**III.-RESULTANT:** Que contra la referida sentència s'interposà recurs davant d'aquesta Sala Penal pel perjudicat Jesús M.R., mostrant el seu desacord amb la sentència per les següent raons, que el propi recurrent resumeix en les pg. 7-9 del seu recurs:

1) el Dr. Lluís G.S. sol·licità un contrast i l'injectà en la medul·la de Jesús M.R., sense comprovar el que la infermera instrumentista li havia carregat en la xeringa, el qual poc després d'acabar la intervenció patí una aracnoïditis, que a la vegada li provocà una insuficiència respiratòria, pneumònia polimicrobiana, que requerí la realització d'una traqueotomia, tractament amb corticoides, etc., segons consta degudament documentat en la causa (informe medico-forense de 3 de novembre de 2003).

2) A conseqüència de dita intervenció en Jesús M.R. restà 59 dies a l'hospital, dels quals 39 dies estigué a l'UCI, quan en realitat, per una intervenció d'aquest

tipus, amb una adequada praxis mèdica, el pacient hauria d'estar solament entre 5 i 7 dies (segons han declarat els perits en el judici oral). Com a conseqüència resultaren pel Jesús M.R. greus seqüeles que són descrites en dit escrit (ITT des del 4 de juliol de 1997 fins el 26 de febrer de 1999; IPP, del 52% amb una incidència laboral important de 6/7; "pretium doloris": 6/7; "perjudici estètic": 1,5/7).

3) Pel recurrent ha quedat provat que el Dr. Lluís G.S. injectà dins la medul·la de Jesús M.R. un contrast que no era el que li corresponia i que la pràctica d'una mielografia era del tot excepcional, a pesar del qual la sentència absol al Dr. G.S. per entendre que la "lex artis" correctament aplicada no obligava a comprovar si els productes que al metge li són entregats pels seus auxiliars s'ajusten al sol·licitat, ja que de ser així s'arribaria a l'absurd d'exigir a tot cirurgià comprovar si l'instrumental que utilitza ha estat degudament esterilitzat.

4) Afegeix el recurrent que el metge no sol·licità un contrast concret per fer la mielografia, sinó que sol·licità un contrast i com sigui que la mielografia és una prova excepcional (fins el punt de que el Dr. M. fa més de quinze anys que no la practica), aquesta excepcionalitat de la prova exigia al metge extremar més les normes de precaució. Sosté el recurrent que seria totalment absurd que un cirurgià no respongués del que injecta en la medul·la d'un pacient i, en canvi, per exemple, un cuiner pot ser condemnat per no haver controlat la temperatura de l'oli que tenia al foc i que provocà un incendi, ço que, a més a més, estaria en contra de la igualtat de tots els ciutadans davant la llei.

Amb fonament en els raonaments que resumidament queden exposats, i que en l'escrit del recurs s'exposen amb major extensió, el recurrent conclou sol·licitant que sigui estimat el seu recurs i es dicti sentència per la qual es condemni al Dr. Lluís G.S. com autor responsable penalment d'un delictes major de lesions per imprudència de l'art. 197 del Codi Penal, endemés dels pronunciaments sobre la responsabilitat, segons les pretensions formulades en la causa.

**IV.-RESULTANT:** Que al recurs del perjudicat Jesús M.R. formulà oposició la defensa de l'acusat, Lluís G.S., basant-se resumidament, en les següents al·legacions:

1) La responsabilitat penal és personal. El principi de culpabilitat (per dolo o culpa) i d'imputació objectiva requereixen que l'acció o omissió tipificada en el Codi Penal pugui imputar-se a una persona concreta i determinada, havent d'aportar-se la prova corresponent per l'acusació i no per la defensa; no existeix en l'ordenament penal i processal andorrà cap tergiversació del "onus probandi" que permeti establir una presumpció de culpabilitat respecte de la persona sospitosa i que aquesta hagi de destruir, en matèria de responsabilitat juga sempre la presumpció d'innocència, fins i tot el "in dubio pro reo", que impedeix l'existència de cap presumpció en contra del reu; no ha estat la prova a favor de l'actuació del Dr. G.S. sinó la manca de prova en la seva contra la que ha permès dictar la sentència absolutòria; el treball del recurrent no hauria d'haver-se limitat a destruir les proves que permeten afirmar que una conducta fou correcta sinó que havia d'aportar les proves que permeten afirmar que l'actuació del processat fou incorrecta.

2) Efectivament, el propi processat ha afirmat en tot moment que "va demanar un contrast per fer una mielografia"; testimonis com el Dr. F. declararen que el que encarregà el Dr. G.S. "ell ho tenia molt clar i l'anestesista també"; convé recordar que s'estava operant en l'esquena, en un camp operatori de pocs centímetres quadrats, es trobaven el cirurgià, l'altre traumatòleg que assistia al Dr. G.S., el Dr. F., i la infermera instrumentista Rosa Maria C.", a més de l'anestesista i de la infermera circulat (a la que no se li ha pogut prendre declaració), que és la que anà a buscar els instruments o productes necessaris i que obeeix les ordres de la infermera instrumentista; ha quedat provat que tots els que es trobaven en el camp operatori sabien perfectament que anaven a procedir a realitzar una mielografia i tots tenien la capacitat necessària per saber el que anaven a fer i el contrast que s'anava a injectar al pacient serviria per veure on estava el problema, contrast que ha de poder ser absorbit directament sense contenir molècules tòxiques; ha quedat també provat que la pràctica mèdica consisteix en que el cirurgià sol·liciti "un contrast per mielografia" i tots els presents en el camp quirúrgic estaven convençuts de

que el que el cirurgià injectava en la columna vertebral del pacient era el contrast per mielografia; tots els metges, professionals i experts, han declarat que "es tracta d'una qüestió de confiança en l'equip quirúrgic" i tots han deixat ben clar que si bé el cirurgià és l'últim responsable de la operació, la realitat és que un cirurgià no pot dedicar-se a examinar si la pinça que li facilita l'instrumentista està esterilitzada o no ho està ni tampoc si l'agulla per la punció lumbar que li entrega conté o no el producte que ha estat sol·licitat;

3) Tots els experts i els propis metges declaren que en la situació en que es trobava el Dr. G.S. era lògic procedir a efectuar una mielografia intraoperatoria, que no és freqüent ja que la més usual és la "preoperatoria", per la qual pràctica el procedent és sol·licitar "un contrast per mielografia" i que els metges que es troben en el camp operatori no veuen més que la xeringa, carregada amb el producte sol·licitat; i, encertadament, la sentència considera correcta aquesta pràctica, actuant el metge com normalment ho farien els demás cirurgians, essent la normalitat d'aquell procedir mèdic el que portà a la absolució acordada per la sentència.

4) El sol fet de que tots els cirurgians considerin que l'ordre que ells haurien donat i acostumaven a donar quan tenien que realitzar aquestes pràctiques era sol·licitar "un contrast per mielografia", demostra que era l'actuació adequada més enllà de que aquestes proves siguin més o menys excepcionals. Per altra part, si la Direcció de l'Hospital havia decidit retirar del quiròfan els contrastos existents, tots els metges han declarat que a ells no se'ls hi havia comunicat.

5) Per la defensa del processat (recorregut en aquest tràmit), no procedeix establir responsabilitat civil derivada del delictes, sense que això impedeixi a que puguin reclamar les indemnitzacions i rescabament que corresponguin per la via del procés civil, ja que si hi ha hagut algun error i aquest és imputable al sistema hospitalari, encara que no al metge, sembla que hauria de ser indemnitzat. Subsidiàriament, dóna per reproduïdes les observacions realitzades en les sessions del judici oral.

Conclou sol·licitant la desestimació del recurs i la confirmació de l'absolució acordada per la sentència.

**V.-RESULTANT:** Que al recurs també formulà oposició la companyia d'assegurances LEPANTO S.A. refusant els arguments de la impugnació amb les següents alegacions:

1) la sentència recorreguda és ajustada a dret. La "qüestió clau", segons la sentència, radica en la manera en que el Dr. Lluís G.S. va indicar al personal de infermeria que l'assistia el producte que necessitava per practicar l'exploració radiològica, no discutint-se ni la correcció del diagnòstic ni la indicació de la intervenció quirúrgica ni la decisió de practicar una mielografia. Partint d'aquesta acceptació el metge cirurgià sol·licità el producte que era necessari i si injectà en la medul·la del pacient un contrast que no era l'adequat fou perquè una de les persones assistents de l'equip li carrega la xeringa amb un producte diferent del que ell havia sol·licitat.

2) Tal com en resulta de les proves practicades en el judici oral el cirurgià processat sol·licità "un contrast per fer una mielografia", indicació suficient per que el personal assistent entregués el producte idoni. En l'escrit s'examinen a continuació detalladament les declaracions del Dr. Sergi F., que participava en l'operació i que precisà els fets amb tots els detalls a preguntes del Sr. President del Tribunal.

3) També el perit judicial Dr. H., en la primera sessió del judici oral, explicà que "dient un contrast per mielografies és suficient per la identificació" afegint que "el personal d'infermeria ha de saber que hi ha dos tipus de contrast" i que "la infermera hauria de tenir els coneixements per saber quin tipus de contrast cal", punts de vista que foren confirmats per la resta dels traumatòlegs que declararen.

4) Per consegüent, entén la part que ha quedat suficientment provat en autes que el processat sol·licità a la infermera instrumentista un contrast per a realitzar una mielografia, expressió suficient per que la infermera sàpiga quin tipus de contrast havia d'entregar, ja que té o ha de tenir els coneixements suficients per saber quin tipus de contrast és idoni per a realitzar la mielografia de les característiques de l'operació que s'estava preparant.

Com a conseqüència, el Dr. Lluís G.S. no ha incorregut en cap acció penalment reprotxable; el recurs contra la sentència ha de ser desestimat i la sentència confirmada en el sentit de ratificar l'absolució del citat processat.

**VI.-RESULTANT:** Que la representació del Centre Hospitalari andorrà (CHA) comparegué mitjançant un escrit d'al·legacions limitades a la reclamació per responsabilitat civil, "no pronunciant-se respecte de la qüestió penal suscitada". I en quant a la pretensió rescabadora el CHA manifestà la seva oposició a les pretensions del recurrent per a que el Centre fos declarat responsable civil subsidiari del Dr. Lluís G.S. per les conseqüències danyoses dels fets d'autes. D'acord amb el que va sostenir en el tràmit de conclusions, el citat doctor, en la data dels fets, no era assalariat o empleat del Centre Hospitalari, exercint la seva professió de manera lliberal, com a metge extern al Centre, sent remunerat directament pel client o per la Caixa andorrana de Seguretat social (CASS), limitant-se en la seva relació amb el Centre Hospitalari a la utilització del material sanitari i elements hospitalaris que es posen a la seva disposició, així com el personal sanitari, que és dirigit pel facultatiu, del qual rep les corresponents instruccions.

L'Hospital (CHA) es limità a subministrar la infraestructura necessària per a que el Dr. G.S. pogués realitzar la intervenció quirúrgica al pacient Jesús M.R., actuant en tot moment en qualitat de metge privat respecte d'aquell pacient, sense que existís cap vinculació laboral entre aquell i el Centre Hospitalari. Per a més extensió de les seves al·legacions es remet a l'escrit de conclusions provisionals presentat en la causa. En aquells termes deixà formulada la seva oposició al recurs.

**VII.-RESULTANT:** Que oportunament comparegué davant aquesta Sala el representant del Ministeri Fiscal el qual formulà oposició al recurs sol·licitant la confirmació de la sentència recorreguda per ser ajustada a dret, recolzant la seva petició en les següents al·legacions:

1) De la prova practicada en el judici oral no se'n desprèn una actitud negligent o contrària a la "lex artis" per part del processat Lluís G.S. quan practicà la intervenció a Jesús M.R., sorgint el problema al proveir la infermera instrumentista al cirurgià la xeringa amb una agulla específica per a realitzar la punció en la medul·la carregada amb un contrast equivocat.

2) La prova testifical practicada -especialment la del Dr. Sergi F.- posà de manifest que el Dr. G.S. diguè a les persones que col·laboraren amb ell per a practicar la intervenció que anava a procedir a practicar una mielografia, sol·licitant a la infermera instrumentista un contrast per a aquell efecte. D'igual manera els metges traumatòlegs que compareguren en el judici oral (Dr. M., Dr. HA. i Dr. S.) han declarat que tots els presents enteneren bé el que s'anava a fer per a lo qual se sol·licitava el contrast adequat per a realitzar la mielografia.

3) La prova pericial forense del Dr. Emili H. posa de manifest que el diagnostic mèdic realitzat per l'acusat Dr. G.S. i la pràctica de la intervenció no eren incorrectes, afirmant que la infermera instrumentista (com també la infermera circulant) havien de tenir els coneixements necessaris per saber el tipus de contrast que s'havia de carregar en la xeringa d'acord amb el demanat pel metge, cosa que es sabuda per una infermera amb experiència i que el personal d'infermeria té la obligació de saber.

4) Analitza el Ministeri Fiscal, en el seu escrit el resultat d'altres proves practicades en el judici oral, singularment la de la infermera instrumentista Rosa M C., infermera del Centre Hospitalari des del 1984 i infermera instrumentista en el mateix Centre des del 1989, la qual reconegué que sabia en que consistia la mielografia i que davant una petició concreta, si existeixen diferents tipus de contrast, ella pregunta quin és exactament el que se li demana.

Conclou que l'actuació del metge acusat s'ha ajustat a la correcta pràctica mèdica i que la sentència és ajustada a dret, cosa per la qual demana la seva confirmació, sense que hi hagi lloc a exigir la responsabilitat civil en aquest procés.

**VIII.-RESULTANT:** Que, per últim, comparegué la Caixa Andorrana de Seguretat Social (CASS), formulant recurs d'apel·lació contra la sentència, fent seus els fonaments i consideracions del recurs d'apel·lació de l'acusació particular del perjudicat Jesús M.R., escrit al qual seguí l'Aute d'aquesta Sala de 2 de febrer de 2005 per el que, entre altres acords, es disposà la inadmissió del recurs de la CASS per haver-se formulat fora del termini establert (segons es raona en el primer Considerant d'aquella interlocutoria).



**IX.-RESULTANT:** Que, substanciat el recurs segons els tràmits establerts en el vigent Codi de Procediment Penal, s'assenyalà dia i hora per a la Vista del recurs, sessió en la qual informaren pèl seu ordre en recolzament de les seves pretensions, la representació del recurrent Jesús M.R., el Ministeri Fiscal, la defensa de l'acusat Lluís G.S., la representació de la cia. LEPANTO SA, així com la representació del Centre Hospitalari Andorra (CHA), insistint tots els informadors en les pretensions ja avançades en els seus escrits, per al que resumiren les al·legacions, quedant a continuació la causa conclosa i vista per a sentència.

Sobre la premissa fàctica referida al principi i atenent als fonaments del recurs i a les al·legacions formulades per les parts, la present sentència es fonamenta en els següents,

#### **FONAMENTS DE DRET**

**I.-CONSIDERANT:** Que l'estudi de la sentència impugnada i dels escrits de recurs i d'oposició formulats per les parts, permeten establir els fets que són acceptats per totes les parts i sobre els quals no es discuteix.:

a) Entre aquests fets està, en primer lloc, el diagnòstic d'hèrnia discal realitzat al pacient Jesús M.R. pel metge acusat Lluís Antoni G.S., especialista en traumatologia del Centre Hospitalari d'Andorra Nostra Senyora de Meritxell, el qual li diagnosticà una "hèrnia discal extruïda L5-S1".

b) Tampoc ha estat discutida la correcció de la intervenció quirúrgica aconsellada pel metge, consistent en practicar al pacient una discectomia L5-S1 i que per a la seva realització, al no trobar l'hèrnia durant el curs de la intervenció, era necessari o convenient practicar una exploració radiològica directa mitjançant una mielografia ço que exigia injectar en el raquis del pacient un contrast adequat per a la realització de la referida prova.

c) També és un fet establert en la sentència i admès per totes les parts que, amb la indicada finalitat, el metge especialista en traumatologia demanà aquell contrast a "la infermera instrumentista" de l'equip que anava a realitzar la operació (La Sra. Rosa M C.), la

qual a la seva vegada ho sol·licità a "la infermera circulant" (la Sra. Carme F.), que fou a buscar-lo a una sala adjunta al quiròfan, prenent-lo d'un armari on es guardaven els contrastos juntament amb altres medicaments i material sanitari, entregant-lo a la infermera instrumentista la qual carregà la xeringa amb el contrast entregant-lo al cirurgià, el qual procedí a injectar-lo al pacient Jesús M.R.

d) També és un fet no discutit que la confusió patida per la infermera consistí en que en l'armari on anà a buscar el contrast demanat, hi havia un contrast iodat iònic anomenat "Omnitrac-240", agafant el primer en lloc del segon que era l'adequat per a la prova a realitzar.

e) Està igualment acceptat que, una vegada finalitzada la intervenció quirúrgica, quan el pacient es trobava en la sala de reanimació, inicià un quadre d'aracnoiditis química amb dèficit medul·lar ascendent i afectació cerebral, produint-se una severa pneumònia polimicrobiana que obligà a practicar al pacient una traqueotomia, amb les conseqüències i seqüeles que apareixen descrites en la sentència i consten en els informes pericials mèdics.

**II.-CONSIDERANT:** Que en la seqüència de fets establerts en la sentència, hi ha un punt crític i crucial en ordre a la correcta aplicació de la *lex artis* i, per tant, en ordre a la responsabilitat. Aquesta és la petició del contrast per a realitzar una mielografia que el processat, com a cirurgià responsable de la intervenció, realitzà a la infermera instrumentista, la qual a la seva vegada trasllada la petició a la infermera circulant, que és la que pateix la confusió entregant a la instrumentista un contrast no adequat, la qual el carrega en la xeringa que entrega al cirurgià per a la seva injecció en la medul·la del pacient. És en aquesta breu cadena de fets on es produeix l'error humà que materialment cal atribuir a la infermera circulant i a la manca de verificació per part de la infermera instrumentista, les conseqüències de tot plegat foren tan greus per al pacient. En relació amb aquell error i en el pla jurídic es plantegen diverses qüestions:

a) Si el metge responsable de la intervenció podia sol·licitar a la infermera instrumentista que li portés la xeringa adequada (de punta molt fina) carregat amb el contrast apropiat per a realitzar la mielografia o si,

pel contrari, era deure del metge anar personalment a buscar la xeringa i el contrast malgrat que per a fer això hagués d'abandonar per uns instants la intervenció.

b) Si el metge tenia el deure d'indicar a la instrumentista la marca o la referència precisa del contrast que li sol·licitava.

c) Si la instrumentista podia a la seva vegada delegar la execució de la petició en la infermera circulant.

d) Si la infermera actuà correctament al carregar la xeringa amb el contrast sense assegurar-se si era o no l'adequat per a la prova a realitzar, segons la indicació rebuda

e) Si el cirurgià, abans d'injectar el contrast en la medul·la, tenia el deure d'assegurar-se si era el que corresponia i havia sol·licitat a la infermera instrumentista.

f) Si per l'exterior de la xeringa podia distingir-se si el contrast que s'hi havia carregat era el que corresponia.

**III.-CONSIDERANT:** Que, per a respondre a les preguntes anteriors és precís, des del punt de vista mèdic, prendre en consideració que la intervenció d'hèrnia discal és de les que es realitzen "en equip" el metge cirurgià, responsable de la operació, assistit per altres metges ajudants, l'anestesista i les infermeres . Entre les infermeres la instrumentista té unes comeses auxiliars pròpies i específiques per a preparar "l'instrumental" que s'ha de realitzar per a la operació (d'aquí el nom que rep), havent-se d'entendre el terme "instruments" en sentit ampli, cosa per la qual s'ha d'incloure no solament els aparells o eines que ha de tenir preparades per a la seva utilització per part dels cirurgians, sinó també els productes farmacèutics que s'hagin d'utilitzar en la intervenció. Aquestes funcions o comeses acostumen a estar establerts en els reglaments o protocols d'actuació dels equips mèdics. I els equips mèdics funcionen sota la confiança recíproca entre tots els seus integrants sobre el compliment precís de les seves funcions. La sentència es refereix, en el segon considerant, al protocol que formalment existia en el Centre Hospitalari (de 1994), segons declarà la cap del Servei de farmàcia de l'Hospital, encara que valorant les manifestacions que al respecte han realitzat els metges traumatòlegs de l'hospital, Drs. F., M., HA. i S. (aquest

Cap del servei de Radiologia), que practicaven intervencions com la que en el cas d'autes realitzà el Dr. G.S., cap d'ells coneixia la existència del citat protocol. La sentència assenyala que, en tot cas, si el referit protocol és del 26 d'octubre de 1994, aportat als autes, en ell no hi consten normes ni criteris sobre la obtenció de contrastos.

Des del punt de vista processal, és necessari tenir en compte que la sentència absolgué al metge processat com a responsable de la imprudència professional mèdica, sense pronunciar-se sobre la eventual responsabilitat que en quant a l'error o confusió patida hagués pogut agafar a la infermera instrumentista i a la infermera circulat, ja que ni en la instrucció ni en el judici l'acció penal no n'apareix dirigida contra elles.

**IV.-CONSIDERANT:** Que la sentència considera provat que el Dr. G.S. sol·licità a la infermera instrumentista que li portés "un contrast per fer una mielografia", sense especificar nom comercial del producte ni indicar si el contrast havia de ser iònic o no, tal com declarà en el judici oral el propi acusat. La sentència valora especialment el testimoni del Dr. Sergi F. cirurgià ajudant del processat Dr. G.S. quan es practicà la intervenció, el qual manifestà que el cirurgià els digué que anava a realitzar una mielografia i que l'anestesista comentà que l'agulla havia de ser el més fina possible. Segons el Dr. F. "tots entengueren que s'anava a practicar una mielografia" i recorda que l'acusat sol·licità una agulla de punció lumbar per punxar la medul·la, dada que acaba de deixar ben clar que anava a realitzar una mielografia punxant la medul·la del pacient.

També considera la sentència provat que, a l'igual que en la majoria de les intervencions fetes per altres traumatòlegs de l'hospital en la mateixa època (4 de juliol de 1997), el contrast no estava preseleccionat i preparat en el quiròfan sinó emmagatzemat en la sala adjunta juntament amb altres fàrmacs, sala en la qual existien dos tipus de contrast, un iònic (utilitzat en cirurgia general i digestiva) i altre no iònic (utilitzat en traumatologia). Entre els dos contrastos la infermera circulat patí la confusió portant a la infermera instrumentista el contrast que no corresponia, la qual a la seva vegada traslladà l'error al metge cirurgià.

La sentència raona encertadament que la "indicació (feta pel cirurgià) de que sol·licitava un contrast per a realitzar una mielografia" havia de considerar-se suficient. Es fonamenta en l'informe pericial efectuat pel perit judicial en la primera sessió del judici oral, segons el qual la infermera circulant i el personal d'infermeria en general, han de tenir els coneixements suficients per a saber quin tipus de contrast s'ha de subministrar al cirurgià, considerant que "la petició d'un contrast per a practicar una mielografia és suficientment indicatiu" per a que el personal d'infermeria sapigui el tipus de contrast que ha de subministrar.

D'altra part, l'informe pericial mèdic ressalta que "la densitat dels dos contrastes, el iònic i el no iònic, és similar, de manera que no és fàcilment apreciable per a qui ho injecta diferenciar (a través de la xeringa entre un i altre contrast", cosa que té interès en quant a la impossibilitat o dificultat del metge cirurgià de sortir en aquell moment de l'error transmès per la infermera instrumentista.

La sentència considera que les proves practicades no acrediten que el metge cirurgià hagi incorregut en una infracció de la normopraxis de suficient entitat com per a considerar-lo responsable d'una imprudència professional. A l'haver de sol·licitar el contrast en el curs de la intervenció quirúrgica, la *lex artis* no obligava al cirurgià a anar personalment a buscar el contrast ni a comprovar personalment si el producte sol·licitat al personal auxiliar (i concretament a la infermera instrumentista) s'ajustava exactament al sol·licitat, ja que aquesta imposició, a més a més d'estar en contra de la confiança recíproca de tots els integrants de l'equip sobre el compliment puntual dels seus deures, obligaria al cirurgià a haver d'abandonar momentàniament la intervenció que està realitzant i conduiria a l'absurd d'obligar-lo a comprovar si l'instrumental que li entreguen ha estat convenientment esterilitzat.

**V.- CONSIDERANT:** Que com ja s'ha dit, contemplats els fets dintre l'òrbita del procés penal és necessari tenir en compte abans que res que la acusació ha estat dirigida contra el metge cirurgià Dr. G.S., sense que s'hagin portat al procés ni la infermera instrumentista (Rosa M C.) ni la infermera circulant (Carme F.), quan

els fets que la sentència declara provats -no impugnats per les parts- acrediten que l'error qui el patí inicialment fou la infermera circulat, al prendre el contrast que no era el que havia estat sol·licitat pel metge cirurgià responsable de la operació i tampoc l'adequat per a realitzar la mielografia, la qual traslladà l'error a la infermera instrumentista, que ometé realitzar la comprovació de si el que li entregava la circulat era precisament allò que el metge cirurgià li havia demanat a ella i no un contrast diferent i no adequat per a aquella finalitat. Malgrat ser aquelles infermeres les responsable inicials de la confusió del contrast (sent membres de l'equip mèdic que realitzà la intervenció), el cert és que contra elles no n'apareix dirigit el procés penal cosa per la qual ha de quedar al marge qualsevol conseqüència punible que pogués derivar-se en aquesta causa, tot i podent-se ser autors materials de l'error mèdic.

**VI.-CONSIDERANT:** Que el recurs ha estat interposat en nom del perjudicat Jesús M.R., aixecant-se contra la sentència del Tribunal de Corts per a que sigui revocada i substituïda per una altra en la que es condemni el metge cirurgià com a responsable d'un imprudència professional de naturalesa penal amb conseqüències jurídiques en l'àmbit penal (sancionadores) i en l'àmbit civil (rescabaladores). El recurs planteja en el fons un problema de tan difícil solució com és distingir entre la culpa o imprudència penal i la culpa o imprudència civil. Si és una qüestió de difícil solució en el pla teòric encara ho pot ser més en la seva aplicació pràctica als casos concrets. En la doctrina moderna el concepte de culpa penal acostuma a vincular-se a la "infracció d'un deure de cura" concepció que té el seu fonament en la famosa definició del paràgraf 276 del Codi Civil alemany (BGB), segons la qual "obra imprudentment el que no presta atenció a la cura exigida", d'on es passà a definir que "obra imprudentment el que infringeix un deure de cura que l'incumbeix personalment, havent pogut preveure el resultat", definició en la qual entren els dos elements constitutius de la infracció: la infracció d'una norma o deure de cura i la previsibilitat del resultat. De tota manera, en la dogmàtica moderna del Dret Penal s'ha passat (especialment a partir de la concepció finalista del delict) a prescindir de la imprudència com una espècie de culpabilitat per a

incloure-la dintre de la tipicitat, com a una forma de realització del tipus penal. L'evolució ha continuat en el sentit de substituir la infracció del deure de cura per la imputació objectiva del resultat i eliminar la dita antigament culpa conscient, refontant-la dintre del dolo eventual, com ha fet alguna jurisprudència europea, relegant la imprudència al que es va dir culpa inconscient. Els nous plantejaments doctrinals han repercutit en la regulació positiva de la imprudència punible, suprimint-se d'alguns Codis Penals els tipus oberts. Així es pot veure en el vigent Codi Penal andorrà que en l'art. 197 (pel quin s'ha acusat en aquest procés) estableix un tipus obert partint d'un previ concepte d'imprudència o negligència que es dona per establert ("el qui per imprudència o negligència causi lesions..."), precepte que es correspon amb els dels Codis Penals espanyols anteriors al vigent de 1995, que mantenien el sistema de *numerus apertus*. Front a aquest criteri legislatiu que podem considerar tradicional, l'art. 12 del vigent CP espanyol disposa ara que "les accions o omissions imprudents solament es castigaran quan expressament ho disposi la Llei". La mateixa disposició ha adoptat per al futur el legislador andorrà, perquè en l'art. 13 del pròxim codi Penal es disposa ara sobre "incriminació de la imprudència". "les infraccions previstes a la llei són doloses, llevat de les que són definides expressament com a imprudents", afegint en el segon paràgraf: "les accions o les omissions imprudents només es castiguen quan la Llei ho disposi expressament", redacció en la qual és patent la influència directa i immediata del CP espanyol. El nou mètode legislatiu sense dubte servirà per a superar el vell problema derivat dels tipus oberts de la imprudència punible.

**VII.-CONSIDERANT:** Que hi ha acord en la doctrina i en la jurisprudència en acceptar que la responsabilitat per culpa civil té un camp d'acció molt més ampli que la responsabilitat basada en culpa penal i que quan desapareix aquesta última responsabilitat no sempre cessa la primera. Tot delictes de lesió o de resultat suposa un fet civilment reprotxable les conseqüències lesives o danyoses del qual han de ser rescabades amb independència que, a més a més, pugui correspondre l'aplicació d'una pena o sanció, trobant-se la línia diferencial entre els il·lícits solament civils i els il·lícits punibles (obligant ambdós en tot cas a

rescabalar) en la gravetat del deure de cura exigible. La important conseqüència que immediatament es deriva d'aquest plantejament és que si desapareix la tipicitat penal o si no concorren els pressupòsits necessaris per a la punició en el cas concret, no per això el fet il·lícit es converteix en lícit, sinó que les conseqüències rescabaladores que se'n deriven poden ser exigides en el procés civil corresponent. Aquesta doctrina, encara que pugui semblar nova, té el seu fonament en l'antiquíssima "*lex Aquilia*", que obligà a reparar tot dany derivat de qualsevol gènere de culpa o negligència (*in legis Aquilia in levissima culpa venit*). Aplicada aquesta doctrina al cas concret, en aquest procés penal es tracta de determinar si el metge cirurgià Dr. Lluís G.S., en la realització de la intervenció d'hèrnia discal al pacient Jesús M.R. ha incorregut en una infracció de les normes de cura, representades per la normopraxis mèdica o *lex artis ad hoc*, de suficient gravetat com per a considerar-lo autor d'un delictes d'imprudència professional (o, en el seu cas, d'una falta) cosa per la qual hagi de ser sancionat penalment. A aquesta qüestió la sentència ha contestat negativament, absolutent al metge acusat, per les diverses raons que fonamenten la sentència, que han quedat examinades i que són assumides en la sentència d'aquesta Sala. La resposta s'ha de considerar encertada, ja que l'error de carregar la xeringa amb un contrast que no era el sol·licitat ni l'adequat, no fou un error del cirurgià sinó de les infermeres de l'equip mèdic, al que el cirurgià realitzà la petició, dintre del repartiment de funcions pròpies de quan es treballa en equip. Però l'absolució del metge acusat no perjudica ni la hipotètica responsabilitat penal en que haguessin pogut incórrer les infermeres materialment autores de l'error ni el dret del pacient a ser compensat i indemnitzat en tot cas de les greus lesions i seqüeles sofertes. Com es diu en l'escrit de defensa del metge i com també es diu en la sentència, el ple rescabament del pacient pot sol·licitar-se i obtenir-se incoant el corresponent procés civil, on el concepte de "culpa" i el de "responsabilitat hospitalària" és molt més ampli amb les manifestacions modernes de responsabilitat derivada de generar el risc, o inherent al benefici que es rep (*eius cómoda eius damna*) o fins i tot la dita "culpa virtual", objectiva o quasi-objectiva, que obliga a reparar i indemnitzar a qui entra en un Hospital per a restablir la seva salut i en



surt amb unes condicions tan lamentables com les de Jesús M.R.

**VIII.-CONSIDERANT:** Que de l'exposat se'n dedueix la procedència d'absoldre l'acusat del delictes major de l'article 197 del CP andorrà per el que ha estat acusat, així com del delictes menor de l'art. 311 del mateix text punitiu ("el qui per la seva conducta manifestament temerària creï un perill concret per a la vida o la integritat física de les persones...") la inaplicabilitat del qual al present cas ha raonat encertadament la sentència, per quant el tipus descriu un delictes de risc o perill mentre que en el cas que es jutja es parteix d'un greu resultat lesiu produït.

**IX.-CONSIDERANT:** Que per tot el que antecedeix procedeix confirmar la sentència impugnada i malgrat la desestimació del recurs, en atenció a les circumstàncies que concorren, la Sala considera procedent no condemnar en les costes del recurs al recurrent, deixant obertes les accions civils i demés que procedeixin per a exigir el rescabament i indemnització de les lesions i danys soferts, a exercitar davant la jurisdicció i en el procés que correspongui.

Vistes la Constitució, El Codi Penal, el Codi de Procediment Penal, la jurisprudència d'aplicació, i altres fonts del Dret del Principat d'Andorra,

La Sala Penal del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra,

#### **D E C I D I M**

**1.-** Desestimar el recurs d'apel·lació interposat per la representació de Jesús M.R., contra la sentència dictada en la causa 139-3/00 que ha donat lloc a la formació del present Rotlle 01/05.

**2.-** Confirmar la sentència dictada pel Tribunal de Corts en data 15 de novembre de 2004, que absolgué al processat Lluís G.S. dels delictes pels quals estava acusat.

**3.-** Reservar expressament al perjudicat Jesús M.R. les accions que l'assisteixin per a reclamar el seu rescabament i indemnització per les lesions, danys i

perjudicis soferts a causa dels fets que donaren lloc a la formació de la causa.

**4.-** Declarar d'ofici les despeses processals causades pel recurs.

**5.-** Retornar la Causa al M. Iltre. Tribunal de Corts, amb certificació de la present Sentència, per al seu compliment i execució.

Així, per aquesta nostra sentència, definitivament jutjant, ho manem i signem.