

EQUIPO CIRÚXICO E IMPRUDENCIA PROFESIONAL (COMENTARIO DA SENTENCIA DA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LEÓN NÚM. 6/2002 (SECC. 3ª), DE 9 DE XANEIRO (REF. ARANZADI 2002/95604))

VIRXILIO RODRÍGUEZ VÁZQUEZ

*Becario de Investigación da Área de Dereito Penal
Universidade de Vigo*

SUMARIO. 1. Resumo da sentenza. 2. Comentario da sentenza. 2.1. Introducción. 2.2. A estrutura do delicto imprudente. 2.3. Imprudencia profesional e imprudencia do profesional. 2.4. A delimitación de responsabilidades penais no traballo en equipo. 3. Conclusión.

1. RESUMO DA SENTENCIA.

A Sección 3ª da Audiencia Provincial de León¹, en Sentencia de 09-01-2002 coñece do seguinte caso que paso a expor brevemente:

¹ Transcripción literal da Sentencia (Ref. Aranzadi 2002/95604):

En León, a nueve de enero de dos mil dos.

VISTOS ante el Tribunal de esta Sección Tercera, en grado de apelación, los autos del Procedimiento Abreviado N° 377/98, procedentes del Juzgado de lo Penal n° 1 de León, siendo apelantes Ramiro G. L., representado por la Procuradora Dª. Isabel M. A. y defendido por el Letrado D. Angel Alejandro S. B. y Manuel M. R., representado por el Procurador D. Germán F. N. y defendido por el letrado D. Santiago G. U., y como apelados el Ministerio Fiscal, Luisa Teresa F., representada por el Procurador D. Tadeo M. F. y dirigida por el Letrado D. José María D. S., Delfina G. G. y Estrella F. M., representadas por el Procurador D. Tadeo M. F. y defendidas por el letrado D. Miguel F. de S., Celia M. A., Luis Eduardo P. M. y Francisco Ramón R. G., y Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. AGUSTIN-PEDRO LOBEJON MARTINEZ.

O suxeito R.G.L. preséntase no Hospital Camiño de Santiago de Ponferrada cunhas lesións producidas por unha caída. Neste hospital vai ser intervido cirúrxicamente, de urxencia. A operación practicada califícase técnicamente como unha “nefrectomía dereita”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha dieciocho de abril de 2001, el juzgado de lo Penal dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor siguiente: “FALLO: Que debo CONDENAR Y CONDENO a Manuel M. R., como autor responsable de una falta de lesiones por imprudencia leve, ya definida, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de treinta días de multa en cuotas diarias de 1.000 ptas., con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día por cada dos cuotas impagadas, y a que indemnice, y subsidiariamente el INSALUD, a Ramiro G. L. en 2.228.374 ptas por lesiones y 8.727.700 ptas por secuela; y debo absolverlo y absuelvo del delito de lesiones imprudentes, del que fue objeto de acusación; y debo absolver y absuelvo a Luis Eduardo P. M., Francisco Ramón R. G., Delfina G. G., María Luisa F. C., Estrella F. M. y Celia M. A., del delito de lesiones imprudentes del que fueron objeto de acusación.

El condenado abonará la una séptima parte de las costas, incluida igual proporción de las causadas por la acusación particular, declarándose de oficio las costas restantes”.

SEGUNDO: Notificada dicha resolución, por la parte apelante se interpuso recurso que fue admitido, dándose traslado a las demás partes por un plazo común de diez días, impugnándose el recurso por el Ministerio Fiscal y, después de los trámites oportunos, se remitió todo lo actuado a esta Sección Tercera, habiéndose fijado para deliberación el día de anteaer.

HECHOS PROBADOS

UNICO: Se acepta el relato fáctico de la sentencia impugnada, que es del tenor literal siguiente: «se declara expresamente probado que el día 11 de enero de 1994, Ramiro G. L., nacido el 2 de julio de 1953, a consecuencia de las lesiones que presentaba por una caída sufrida mientras practicaba la caza, fue intervenido quirúrgicamente de urgencia en el Hospital Camino de Santiago de Ponferrada, cuyo titular es el Insalud, practicándosele una nefrectomía derecha. En dicha intervención participaron según su respectiva especialización, Manuel M. R., como urólogo de guardia y cirujano jefe del equipo quirúrgico, Luis Eduardo P. M. en calidad de urólogo, Francisco Ramón R. G. como cirujano general y de aparato digestivo, si bien se retiró de la operación una vez comprobado que no había daños en otros órganos fuera del riñón, Delfina G. G., que intervino primeramente como enfermera instrumentista y posteriormente circulante, Estrella F. M. como enfermera circulante, las cuales se ausentaron a las 15 horas por cambio de turno siendo sustituidas en la función de circulante María Luisa F. C., y Celia M. A. como enfermera instrumentista. Teniendo todos ellos dependencia laboral funcional del Insalud. Con posterioridad a la operación, el denunciante empezó a sentir molestias que desembocaron en la detección, por medio de una radiografía realizada el 10 de agosto de 1994, de un cuerpo extraño que podría corresponder a una gasa o compresa quirúrgica. Dicho cuerpo extraño fue extraído mediante otra operación quirúrgica practicada en el Complejo Hospitalario de León, el 18 de agosto de 1994, resultando ser una gasa o compresa quirúrgica, la cual había sido olvidada en el cuerpo de Ramiro G. en la operación practicada el 11 de enero de 1994, operación en la que se emplearon abundantes gasas y compresas dadas las características de la lesión que sangraba abundantemente.

Las enfermeras circulantes Delfina G. G., Estrella F. M. y María Luisa F. C., que intervinieron en el recuento inicial o final de las gasas y compresas, no advirtieron en ningún momento la falta de una y, María Luisa, dio el recuento como correcto, haciéndolo constar en la correspondiente hoja de registro, y ello pese a que evidentemente no lo era, si bien no ha podido ser determinado quién de ellas se equivocó en el conteo. Manuel M. R., mayor de edad y sin antecedentes penales, como jefe del equipo quirúrgico, tampoco observó al revisar el campo operatorio la gasa o compresa y, confiado en la comunicación de la enfermera, procedió a cerrar el cuerpo del paciente, sin adoptar mayores precauciones, pese a lo complicado de la intervención, y sin apercebirse, por falta de control básico, del notorio defecto de coordinación y comunicación habido entre las enfermeras.

Como consecuencia de las lesiones sufridas el perjudicado estuvo incapacitado funcionalmente y precisó asistencia facultativa por 285 días, estando 27 hospitalizado, y quedándole como secuelas:

Nesa intervención vai actuar un equipo médico-cirúrxico composto polos seguintes suxeitos: En primeiro lugar, M.M.R. en calidade de urólogo de garda e cirurxán xefe do equipo. En segundo lugar, L.E.P.M. en calidade de urólogo. En terceiro lugar, F.R.R.G. como cirurxán xeral e do aparato dixestivo. En cuarto lugar, D.G.G., nun momento inicial como enfermeira instrumentista e posteriormente como circulante. En quinto lugar, E.F.M. como enfermeira circulante. En sexto lugar M.L.F.C. tamén como enfermeira circulante e en sétimo lugar C.M.A. como enfermeira instrumentista.

Aparece probado que F.R.R.G. o especialista en aparato dixestivo ó comprobar que non estaba danado ningún órgano que correspondese a súa especialidade xa que logo se retirou da operación.

Outro dato de interese é que no transcurso da operación tivo lugar un cambio de quen- da que afectou únicamente ó persoal de enfermería que formaba parte do equipo. Foron substituídas a primeira enfermeira circulante e a instrumentista por outras dúas.

As enfermeiras circulantes (lembremos que interviron de xeito escaleirado un total de tres) non se apercebiron no reconto das gasas e compresas utilizadas dunha diferen- cia numérica entre as iniciais e as finais, dando como bo o cálculo e facéndoo constar na “folla de rexistro”.

O cirurxán xefe, non se decatou ó revisa-lo campo operatorio da presenza dunha gasa ou compresa no interior do corpo do paciente e confiando na comunicación da enfermeira procedeu a pecha-la ferida.

Trala operación e despois de seis meses, detectóuselle radiográficamente ó paciente, un obxecto estrano no interior do corpo que podería corresponder a unha gasa ou compresa. Foi sometido a unha nova intervención cirúrxica na que se confirmou a sospeita, proce- déndose á retirada da gasa.

Por mor das lesións sufridas, o perxudicado estivo incapacitado funcionalmente e pre- cisou asistencia facultativa durante 285 días, 27 deles hospitalizado, e sufrindo secuelas físicas de certa importancia.

Por este feitos o Xulgado do Penal nº 1 de León condenou a M.M.R., cirurxán xefe, como autor responsable dunha falta de lesións por unha imprudencia leve e absolveu ó resto dos integrantes do equipo cirúrxico.

a) Eventraciones abdominales múltiples con incarceration de asas, que le incapacita para trabajos que exijan esfuerzo intenso. Como consecuencia de ello, pero también de las secuelas resultantes de la primera lesión, por Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Ponferrada el 2 de octubre de 1996, se declaró a Ramiro G. L. afecto de una “incapacidad permanente total”. b) Resección de 70 cm de intestino delgado».

Presentouse recurso de apelación por parte do condenado solicitando a libre absolución e por parte do prexudicado solicitando a condena de tódolos imputados por un delito de lesións por imprudencia profesional.

2. COMENTARIO DA SENTENCIA.

2.1. Introducción.

Dun tempo a esta parte conséntase un aumento considerable do interese amosado polos cidadáns en todo o relacionado coa existencia de responsabilidades ó médico por actuacións imprudentes, sendo ademais a vía penal a máis empregada polos prexudicados para tentar satisfacer-las súas pretensións, referidas en moitos casos á obtención dunha cantidade económica “resarcitoria” do dano sufrido.

As causas deste incremento das denuncias contra o persoal médico sanitario son de diversa índole. Xunto ás de carácter estritamente legal, derivadas da entrada en vigor da Lei Reguladora da Xurisdicción Contencioso-Administrativa (Lei 29/1998, de 13 de xullo)², atopámonos con causas científico-médicas como a práctica dunha medicina máis eficaz pero tamén máis agresiva, con maiores riscos para o paciente e fundamentalmente socioeconómicas, concretadas no desenvolvemento socio-cultural da poboación cunha mellor organización na defensa dos seus dereitos.

O persoal médico reacciona ante este aumento de demandas cunha práctica, convertida xa en fenómeno médico coñecido co nome de medicina defensiva. Consiste en someter ó paciente a unha serie de probas médicas (analíticas, exames, radiografías...) en moitos casos posiblemente innecesarias, coa finalidade de salvar responsabilidades por un posible erro futuro.

Pero a resposta do persoal sanitario non se esgota aquí. Os profesionais da medicina, no seu descargo, poñen de manifesto a carencia de medios e recursos cos que contan, o que dá pé a que en moitos casos os tratamentos sexan insuficientes ou nalgúns casos inexistentes.

² Art. 2. e) : “ A responsabilidade patrimonial das Administracións Públicas, calquera que sexa a natureza da actividade ou o tipo de relación da que se derive, non podendo ser demandadas aquelas por este motivo ante as ordes xurisdiccionais civil e social”. O prexudicado só ten unha vía para reclama-las súas pretensións, a Contencioso-administrativa...ou ben, se existen danos persoais, a vía penal. Fronte á lentitude da primeira a segunda, permite chegar ós mesmos resultados e ademais con celeridade, razón que leva os prexudicados a optar por esta última.

Neste contexto preguntámonos polo papel do Dereito Penal. Entendido cunha finalidade eminentemente preventiva³, a norma penal estará destinada, neste ámbito concreto, a tentar aminora-lo número de negligencias imputables á acción persoal do médico, sobre todo cando estas conductas infrinxen gravemente o deber de coidado e producen resultados especialmente lesivos. Esta semella sé-la razón de que o lexislador de 1995 castigue a comisión imprudente de delitos de lesións, homicidio, lesións ó feto, aborto, entre outros, e que contemple para estes delitos a cualificación de imprudencia profesional.

No ámbito médico sanitario reproducense, incluso poderíamos dicir, increméntanse, os problemas que plantexa a aplicación práctica da teoría do delito imprudente. Sen dúbida, este é un campo dentro do territorio do Dereito Penal onde os pronunciamentos xudiciais sobre a materia teñen unha importancia destacada, xa que é a xurisprudencia⁴ a que progresivamente vén dotando de contido expresións como “culpa profesional ou do profesional”, “deber de coidado”, “*lex artis*” e outras.

Aprovéitase esta sentenza da AP de León para abordar en primeiro lugar, nunha exposición resumida, cal é a estrutura do delito imprudente manexada pola xurisprudencia española en tempos recentes. Este achádego permitirá estudar en segundo lugar dous aspectos que teñen un especial interese no ámbito médico sanitario e que son obxecto de pronunciamento na sentenza analizada: A diferenza entre imprudencia profesional e do profesional e a delimitación de responsabilidades penais no traballo en equipo.

2.2. A estrutura do delito imprudente.

A AP de León remítese á STS 1904/2001, de 23 de outubro, para amosa-la estrutura do delito imprudente esixida pola xurisprudencia.

En primeiro lugar é necesaria a demostración da existencia dunha acción ou omisión por parte dun suxeito e a afirmación do seu desvalor máis o desvalor do resultado.

O desvalor da acción virá dado polo feito de que esa acción infrinxa unha norma de coidado, ou nun sentido máis amplo, pola infracción do deber de coidado. A sentenza citada entende o deber de coidado cun contido dobre: deber de adverti-lo risco creado pola acción ou omisión, o que lóxicamente esixe previsibilidade do mesmo, xa que sen concurrencia de previsibilidade obxectiva non cabe a existencia de deber de coidado, e deber de evitar que o risco advertido se concrete nunha efectiva lesión⁵.

³ Instrumento motivador e polo tanto condicionador das conductas do home, para tentar evitar a comisión de feitos delictivos.

⁴ As veces seguindo á doutrina científica e outras na súa contra.

⁵ O que un sector da doutrina denomina “deber de coidado externo””, vid. Rodríguez Montañés, T., voz “imprudencia”, en Luzón Peña, D. M. (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Granada, Comares, 2002, p. 793-799.

O desvalor do resultado implica que se produza un resultado a consecuencia da acción, pero non basta con calquera resultado, senon que ha de ser típico, é dicir, debe tratarse dalgún dos contemplados no Código Penal de xeito expreso. Co gallo deste último requisito xurisprudencial é conveniente facer referencia á evolución que co CP de 1995 experimentou o sistema de incriminación do delicto imprudente. Pasouse dun sistema de incriminación da imprudencia aberto, imperante no ACP a un sistema de incriminación da imprudencia pechado, presente no CP vixente. O sistema actual supón unha restricción da punibilidade das condutas imprudentes, acorde co principio de *ultima ratio* e co carácter fragmentario do Dereito Penal.⁶ Aínda que esa modificación ten vantaxes e inconvenientes, nos que agora non podemos entrar, as consecuencias non son de notoria importancia para o ámbito médico, tendo en conta que os feitos imprudentes normalmente cometidos no mesmo (contra a vida, a integridade física...) seguen tipificándose con independencia do cambio de sistema.⁷

Aínda que no extracto da STS recollido pola AP de León non se diga expresamente, é necesario engadir que o desvalor do resultado require a presenza dun nexo causal que o conecte coa acción: “relación de causalidade”. Será preciso, ademais, que o resultado típico, relacionado causalmente coa acción infractora dunha norma de coidado, se poida imputar obxectivamente a esta última, é dicir, ó comportamento descoidado: “relación de imputación obxectiva.”

A parte subxectiva do tipo, relativa ó aspecto subxectivo-psicolóxico da conduta do individuo, caracterizaráse no delicto imprudente pola ausencia de dolo respecto ó resultado cometido e no seu lugar, pola presenza de imprudencia, consciente ou inconsciente.

O elemento referencial, que define á conduta imprudente é a norma de coidado, nun sentido amplo o deber de coidado, e a constatación da súa infracción. Será preciso defini-la norma de coidado e compara-la conduta realizada efectivamente polo suxeito con aquela conduta ideal que resultaría de obrar conforme á devandita norma de coidado para escla-recer se estamos ou non diante dunha imprudencia.

Con estas premisas a SAP refírese a dúas cuestións de interese que imos comentar por separado nos seguintes apartados. Por unha banda a distinción entre a imprudencia profesional e a imprudencia do profesional; e a delimitación de responsabilidades penais no traballo en equipo por outra.

⁶ De Vicente Remesal, J., “Criterios jurisprudenciales sobre la imprudencia profesional en el ámbito sanitario”, *Controversia*, núm 1 (segunda época), 2000, p. 91

⁷ De Vicente Remesal, J., “Criterios jurisprudenciales sobre...” Cit. P. 91

2.3. Imprudencia profesional e imprudencia do profesional.

A AP de León afirma que a conducta de M.M.R, urólogo de garda e cirurxán xefe do equipo cirúrxico segundo os feitos probados, “é susceptible de incardinarse no ámbito das meras contravencións, porque á vista das circunstancias concurrentes, entre as que cabe destacar a urxencia da intervención, a súa complexidade e a imperfecta comunicación dentro do equipo, o seu comportamento foi inadecuado a determinadas esixencias ordinarias e medios.” Noutra parte califica esa conducta de descoidada ó dicir que “hai un auténtico descoido” e que debeu comproba-lo estado do campo operatorio, cerciorándose do non abandono do material, o que omitiu.” Remata calificando esa imprudencia como constitutiva dunha “infracción livián”, confirmando a sentenza de instancia na que se considera a M.M.R responsable dunha falta de lesións por imprudencia leve do art. 621.3 C.P.⁸, condenándoo a unha pena de trinta días de multa en cuotas diarias de 1.000 ptas. e indemnizacións de 2.228.374 ptas por lesións e 8.727.700 ptas. por secuela.

A parte prexudicada presenta un recurso de apelación, solicitando que se condene a M.M.R. por un delito de lesións cometido por imprudencia profesional, resultando de aplicación o art. 152.1 e 3 C.P.⁹. Neste artigo distínguense tres marcos penais, escaleirados en función de como fosen calificadas as lesións da vítima, sendo a pena mínima o arresto de sete fins de semana e a máxima a prisión de tres anos. Engadírase a pena de inhabilitación profesional para o exercicio da profesión médica por un período que oscilaría entre un e catro anos. A AP de León denega esta petición baseándose na teoría da distinción entre imprudencia profesional e imprudencia do profesional, asentada na xurisprudencia do TS que di: “Debe ser obxecto de distinción o que se viña sinalando como culpa profesional (no que a impericia atopa o seu fundamento causal na ignorancia ou defectuosa execución do acto requerido profesionalmente) e a culpa do profesional (que non é máis que a imprudencia común cometida polo profesional no exercicio da súa arte, profesión ou oficio)”. Continúa a dicir: “No presente caso, no que non hai unha transgresión dos deberes da técnica cirúrxica, senon un auténtico descoido que a calquera lle pode ocorrer, eso si, situado no eido da actividade médica, non pode ser valorado máis que como imprudencia sen que a cualificación profesional afecte a tal valoración.”

⁸ “Los que por imprudencia leve causaren lesión constitutiva de delito, serán castigados con pena de multa de quince a treinta días”

⁹ “1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado:

1º Con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana si se tratare de las lesiones del art. 147.1.

2º Con la pena de prisión de uno a tres años si se tratare de las lesiones del art. 149.

3º Con la pena de prisión de seis meses a dos años si se tratare de las lesiones del art. 150.

3. Cuando las lesiones fueren cometidas por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a cuatro años.”

Polo tanto o elemento fundamentador da distinción que leva a cabo a AP de León é a natureza da norma de coidado. Esta norma de coidado formará parte da *lex artis* rectora da actividade profesional cando sexa de carácter técnico, cando defina deberes da técnica médica que han ser executados polo médico. Polo contrario, cando esa norma non sexa técnica devén en norma de coidado común, cuxa infracción está ó alcance de calquera e non só do profesional.

Parte da doutrina critica este razonamento do TS así HAVA GARCÍA sinala que “o *quid* da cuestión radica en si realmente resulta razoable e factible realiza-la distinción entre <<culpa profesional>> e <<culpa do profesional>>, o cal implica plantexarse como fai GÓMEZ DE LINARES o seguinte interrogante: ¿Pode un profesional infrinxir deberes de coidado no exercicio da súa profesión, infracción aquela que é causante dun resultado de morte ou lesións de gravidade e non considerarse infrinxidas as regras de actuación da profesión de que se trata? Tal pregunta semella que debe ser contestada negativamente.” “Non existen diferencias entre a denominada culpa profesional e a do profesional; tal distinción, en definitiva, resulta artificiosa.”¹⁰

De calquera xeito, hai que advertir que a AP de León califica a conduta de M.R.M. como unha falta de lesións por imprudencia leve, polo que non cabería a cualificación de imprudencia profesional en ningún caso, porque a imprudencia profesional é considerada como un *plus* respecto á imprudencia grave, tal e como se configura no actual CP (o artigo 621 CP non recolle a cualificación por imprudencia profesional nin prevé a pena de inhabilitación profesional) e tal como é aplicada polos tribunais de xustiza. Pódese sinalar que “na aplicación do CP vixente, son escasísimos os casos en que, no ámbito médico, se condena á pena de inhabilitación profesional. Débese, por unha parte, a que, nos casos de imprudencia grave constitutiva de delito faise unha interpretación moi restrictiva da imprudencia profesional, considerándoa únicamente como <<imprudencia do profesional>>. Por outra parte, cando a imprudencia grave é constitutiva de falta, non hai maior problema, porque o artigo 621 non prevé a pena de inhabilitación profesional”.¹¹

2.4. A delimitación de responsabilidades penais no traballo en equipo.

A segunda cuestión de interese que se suscita nesta sentenza ven dada pola especial forma en que se levan a cabo os feitos. Lembremos que R.G.L é intervido cirúrxicamente por un equipo médico no que chegaron a participar un total de sete persoas.

A realización do traballo en equipo no ámbito médico sanitario presenta indubidables vantaxes dende o punto de vista médico-científico. Agora ben, xorden unha serie de difi-

¹⁰ Hava García, E., *La imprudencia médica*, Valencia, Tirant lo blanch, 2001, p. 30-31

¹¹ De Vicente Remesal, J., “Criterios jurisprudenciales sobre...” Cit. P. 112

cultades xurídicas que se poñen de manifesto no momento de determinar, se é o caso, as responsabilidades en que incorren os diferentes membros do equipo médico cando do seu comportamento se deriva un resultado típico.

A dificultade esencial, que plantexa a SAP será determina-las normas de coidado que lle corresponde observar a cada un dos integrantes do equipo (conforme ás funcións que cumpren), se foron infrinxidas ou non, e en caso afirmativo, se o resultado lesivo se pode imputar obxectivamente a ese comportamento descoidado.

No fundamento terceiro da SAP de León que nos ocupa, o acusado apelante propugna a súa libre absolución alegando unha “teórica incorrecta aplicación da doutrina xurisprudencial e lexislación que conforman a *lex artis ad hoc* en relación cos principios de confianza e división do traballo no ámbito da responsabilidade médica.” Acode, pois, a estes dous principios que a dogmática penal ten atopado e postulado para conqueralo a separación de responsabilidades dos que interveñen nunha actividade como é a cirúrxica que se desenvolve en equipo. O principio de confianza, trasladado a este campo dende o ámbito de aplicación do dereito da circulación, onde expresamente se recoñece, supón a estes efectos que o cirurxán xefe, en principio, pode confiar en que os seus colaboradores (anestesista, cardiólogo, ATS...) se comportarán diligentemente. Pola súa parte, o principio de división do traballo en equipo impúxose como necesidade e consecuencia, a un tempo, do propio progreso científico e da especialización. Permite unha distribución razoable do traballo e a concentración de cada membro do equipo nas súas tarefas específicas. Pero tamén é fonte de perigos en temas relativos á falta de coidado dalgún dos intervenientes, erros de comunicación entre eles ou deficiencias de coordinación do propio equipo cirúrxico.

No proceso de concreción de responsabilidades, cando o traballo se realiza en equipo, como xa dixemos anteriormente, haberá que concreta-las funcións que corresponden a cada un dos membros e así achegarse á determinación da norma de coidado que cada un deles debe ou debeu respectar. Agora ben, esa tarefa de concreción require un paso previo: A análise de dous modelos de organización do equipo de traballo, vertical e horizontal. Veráse como a diferente organización ten repercusións na delimitación da influencia ou incidencia dos principios citados á hora de precisa-la norma de coidado.

a) A división horizontal do traballo caracterízase pola existencia dunha relación de igualdade entre os membros do equipo cirúrxico. Non se aplica un principio xerárquico. Un exemplo paradigmático dentro do ámbito médico sanitario sería o da relación existente entre cirurxán e anestesia.

Pártese aquí, da plena autonomía de cada membro no desenvolvemento das súas funcións, sen que exista, en principio, un deber de control ou supervisión duns sobre outros.

Nesta orde de cousas aplícase con forza indubidable o principio de confianza, que vai neutralizar así o suposto deber de coidado (de vixilancia e control) que se pretende atribuír a un dos compoñentes do equipo, o cirurxán xefe, sobre os outros.

Como regra xeral, nunha relación de traballo presidida por un principio de igualdade (de competencias, funcións e cualificacións) non xurdirá ese deber de control ou vixilancia das conductas alleas, o que algúns autores chaman “deber secundario de coidado.”¹²

b) Na organización vertical do traballo aparece o principio de xerarquía como criterio básico para entende-la distribución de funcións no seo do equipo. Neste caso, o exemplo paradigmático sería o da relación entre cirurxán xefe e equipo de enfermeiras na realización dunha operación nun quirófano.

Neste contexto será necesario, novamente, delimita-las funcións que corresponden a cada un dos membros do equipo, pero as conclusións non coincidirán coas anteriores.

O persoal de enfermería terá autonomía funcional e competencial nas actividades que lles son propias e en consecuencia a súa responsabilidade no exercicio desas funcións será persoal e indelegable. Tamén operará o principio de confianza, de tal xeito que o cirurxán xefe, en boa lóxica, poderá confiar no persoal auxiliar e no feito de que a súa asistencia na intervención, en relación ás tarefas que lles son propias ós profesionais de enfermería, será correcta e coidadosa.

Agora ben, a delimitación da responsabilidade penal na división vertical do traballo plantexa, segundo DE VICENTE REMESAL tres cuestións peculiares:

“1ª) A determinación dos deberes de coidado das enfermeiras, de acordo cos seus cometidos específicos.

2ª) O alcance do principio de confianza nas relacións entre cirurxáns e enfermeiras.

3ª) As especiais fontes de perigo que concorren na división do traballo vertical e os deberes de coidado que lle corresponde cumprir ó cirurxán xefe para neutralizalas.”¹³

Neste caso da AP de León o cirurxán xefe procede a pecha-la ferida deixando abandonada no corpo do paciente unha das compresas utilizadas ó longo da operación, despois de que a enfermeira circulante dése o reconto de compresas e gasas por bo.

¹² Salvo supostos excepcionais. É dicir, cando existan circunstancias no caso concreto que leven a advertir que un dos compoñentes do equipo pode crear ou superar o risco permitido, por exemplo, cando o anestesista se ausenta do quirófano sen adoptar ningunha medida de precaución, xorde para o cirurxán xefe un deber de control destinado a neutralizar os riscos que se deriven desa conducta allea.

¹³ De Vicente Remesal, J., “Criterios jurisprudenciales sobre...” Cit. P. 101

“As enfermeiras circulantes D.G.G., E.F.F. e M.L.F.C., que interviñeron no reconto xa inicial xa final das gasas e compresas, non advertiron en ningún momento a falta dunha; M.L.F.C., a última que participou como enfermeira circulante, deu o reconto como correcto, facéndoo constar na correspondente folla de rexistro.(...) O xefe do equipo cirúrxico M.M.R. tampouco observou, ó revisa-lo campo operatorio, a gasa ou compresa e, confiando na comunicación da enfermeira, procedeu a pecha-lo corpo do paciente.”

Tendo en conta a existencia das follas de rexistro, así como as funcións que son propias das enfermeiras circulantes (que están encargadas do reconto de gasas e compresas) “mantén BARREIRO que os supostos de esquecemento de corpos estranos deben solucionarse afirmando a responsabilidade do profesional circulante que participe na intervención, na medida en que é competencia exclusiva deste persoal o control dos materiais e instrumentos que se utilizan durante a operación.”¹⁴

Sen embargo, a solución adoptada nesta e noutras sentencias, condena unicamente ó cirurxán xefe. Así a AP de León conclúe:

“No caso examinado, a diferenza doutros nos que puido ser casual o feito de deixar gasas, o cirurxán xefe do equipo, máxime ante o trasvase de persoal no caso da intervención, con independencia das funcións propias desas persoas e aínda cando fose necesaria a axuda doutro facultativo para o peche da ferida cirúrxica, debeu comproba-lo estado do campo operatorio, cerciorándose do non abandono do material, o que omitiu.”

Entende que o cirurxán xefe vulnera un deber de coidado propio relacionado co feito mesmo de deixa-la compresa no interior do paciente, xa que el é o encargado directo e máximo da operación cirúrxica, e el ten o pleno dominio do feito, na súa totalidade, xa que é o competente para actuar no campo operatorio, podendo retirar calquera corpo estrano. A SAP de León vai máis alá ó dicir que aínda sendo necesaria a axuda doutro facultativo para o peche da ferida, o cirurxán xefe era o que tiña o deber de comproba-lo estado do campo operatorio e non outro membro do equipo.

Nesta liña, parte da doutrina entende que a actividade auxiliar, aquela que desenvolven as enfermeiras para axudar ás accións propias do médico, tarefas tales como reconto de gasas e compresas utilizadas, é unha asistencia marxinal, indirecta e mecánica, o cal condiciona a súa responsabilidade. Se ben é certo, esta afirmación haberá que matizala en función do contexto onde esa actividade se leve a cabo.

Ademais, a AP de León entende que o cirurxán xefe tamén vulnera un deber de coidado secundario, é dicir, un deber de vixilancia e control do persoal sanitario auxiliar que está

¹⁴ Vid. Hava García, E., *La imprudencia médica*. Cit. P. 83

integrado no equipo cirúrxico. Nos feitos probados afirmase que o acusado actuou “sen control básico”, sen decatarse do “notorio defecto de coordinación e comunicación existente entre as enfermeiras”. O deber de cumprir con tales normas de coidado maniféstase de xeito evidente neste caso pola circunstancia de que ó longo da operación chegasen a participar un total de tres enfermeiras circulantes como consecuencia dun cambio de quenda. Neste mesmo sentido pronúnciase parte da doutrina entendendo que o xefe do equipo cirúrxico ten a obriga de neutraliza-las fontes de perigo que concorren respecto do persoal auxiliar e sexan orixinados pola infracción dos seus deberes de vixilancia e control.

Outra cuestión susceptible de debate, que me limito a apuntar, sería se ademais de esixirlle responsabilidade penal ó cirurxán xefe pola súa conducta tamén cabería calificar a acción das enfermeiras como imprudente e esixirlle tamén a estas responsabilidade penal por este feito, relacionando conceptos de autoría e participación imprudentes. A AP de León absolve ás enfermeiras circulantes por unha cuestión de proba médica que impide identificar á enfermeira que se equivocou nas contas das gasas e compresas. Así di: “A solicitude de condena formulada pola acusación particular contra as tres enfermeiras circulantes, ante as substitucións por cambio de quenda e, ó final, a indeterminación do momento no que se produciu o suposto salto numérico no reconto das gasas e compresas, tarefa que compete a aquelas profesionais, é improcedente dirixirlles un reproche indiscriminado cando o Dereito Penal é culpabilístico e a actividade probatoria non permite precisar cal das tres persoas cometeu tal erro no cómputo do material téxtil aplicado no abdome do intervido.”

3. CONCLUSIÓN.

No estudio e construción dogmático da estrutura da imprudencia o achegamento á realidade práctica adquire, quizáis, máis importancia neste que noutros eidos do Dereito Penal. As nocións de risco permitido, de profesional, de confianza, de traballo en equipo, de impericia e negligencia... esixirán “baixar” ata as actividades concretas desenvolvidas polo home e ir descubrindo e identificando nestas cada un daqueles conceptos.

Mais a busca débese centrar nun punto: O deber de coidado e a súa fonte, a norma de coidado. Sen dúbida, en determinadas actividades profesionais, como por exemplo a médico sanitaria, a definición dos seus contidos tórnase en aventura de inmersión, en descubrimento doutra ciencia. É aquí necesaria a aproximación real, práctica á profesión e ó propio profesional.