

**JDO. DE LO PENAL N. 3
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00289/2019

S E N T E N C I A N U M 2 8 9 / 1 9

En Palma de Mallorca a 23 de Septiembre de 2019

Vistos por Fernando Ruiz-Rico Alcaide, Juez del Juzgado de lo Penal número tres de Palma de Mallorca, la presente causa número 278/18, procedente del Juzgado de Instrucción número 9 de Palma (D. Previas nº 995/16), seguida por un delito de lesiones por imprudencia grave del artículo 152.1.3º del Código Penal, contra ██████████ con DNI ██████████, mayor de edad, sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa y cuyos datos obran en la causa, representado por el/la Procurador/a Sr/a. ██████████ y defendido por el/la Letrado Sr/a. ██████████, y SEGUROS ██████████ como responsable civil directo del referido acusado, representada por el/la Procurador/a Sr/a. ██████████ y defendida por el/la Letrado Sr/a. ██████████ contra SERVICIOS ██████████ SLU, como responsable civil subsidiario, representado por el/la Procurador/a Sr/a. ██████████ y defendido por el/la Letrado Sr/a. ██████████, y como aseguradora responsable directa del anterior, la entidad ██████████ representado por el/la Procurador/a Sr/a. ██████████ y defendido por el/la Letrado Sr/a. ██████████, actuando como acusación particular ██████████ representado por el/la Procurador/a Sr/a. ██████████ y defendido por el/la Letrado Sr/a. ██████████, siendo parte el Ministerio Fiscal, representado por la Sra. ██████████, y teniendo en consideración los siguientes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La presente causa fue incoada en virtud de denuncia del perjudicado con fecha 7 de junio de 2016. Practicada la correspondiente investigación judicial dio el Juzgado traslado al Ministerio Fiscal y acusación particular, que solicitaron la apertura del Juicio Oral y formularon acusación; abierto el Juicio Oral, se dio traslado a la defensa y eventuales responsables civiles, que presentaron sus escritos de calificación provisional, tras lo cual el Juzgado elevó las actuaciones a este Juzgado para su enjuiciamiento.

SEGUNDO.- Recibidas las actuaciones en este Juzgado, tras una suspensión se señaló definitivamente día para "audiencia preliminar" donde las defensas solicitaron que en este proceso no se tuviera por ejercitada la acción civil, dado que la misma ya lo estaba siendo en otro proceso civil, que,

suspendido por **prejudicialidad penal**, estaba pendiente de sentencia. Se desestimó la petición, dejando las defensas protesta.

Y se convocó a las partes para la vista oral para el 19 de marzo de 2019. Llegado el día se acordó la suspensión, solicitada por la acusación particular, con protesta de las defensas, por la incomparecencia de uno de sus peritos. Y se señaló la nueva vista para los días 18, 19 y 20 de septiembre de 2019, acto que definitivamente tuvo lugar en forma oral y pública, con la asistencia del Ministerio Fiscal y Letrados defensores y acusado, practicándose las pruebas y dándose cumplimiento a todas las formas legales.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito de lesiones por imprudencia grave del artículo 152.1.3º del Código Penal, considerando al acusado responsable en concepto de autor, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando una pena de prisión de un año, más accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de odontólogo durante dos años. El acusado, conjunta y solidariamente con SEGUROS [REDACTED] y con la responsabilidad subsidiaria de SERVICIOS [REDACTED] SLU y [REDACTED], deberá indemnizar a [REDACTED] en 4.691,70 euros por las lesiones y en 51.169,04 euros por las secuelas, aplicando además un 16% de factor de corrección. Y costas.

La acusación particular, constituida por [REDACTED], calificó los hechos también como un delito de lesiones por imprudencia grave del artículo 152.1 del Código Penal, solicitando una pena de prisión de dos años, más accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de odontólogo durante cuatro años. También solicitó una indemnización por daño personal de 124.157,45 euros y los intereses moratorios que para el caso de las aseguradoras serían los del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro. Y costas.

CUARTO.- Las defensas solicitaron la libre absolución.

QUINTO.- En la tramitación del proceso se han observado, en lo sustancial, todas las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

Se declara probado que el acusado, [REDACTED], con DNI [REDACTED], mayor de edad, sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa de la que no ha sido privado, es médico odontólogo y el 12 de julio de 2013 estaba

asegurado por la compañía SEGUROS [REDACTED] y era trabajador de SERVICIOS [REDACTED] SLU, asegurada por la compañía [REDACTED]. El día 12 de julio de 2013 el acusado procedió a extraer al denunciante, [REDACTED], de 31 años entonces, los cuatro cordales, para posteriormente ser sometido a un tratamiento de ortodoncia con la Dra. [REDACTED].

Con motivo de esta intervención se lesionó el nervio lingual del paciente, próximo al cordal 4.8, aunque no se ha constatado si la lesión ha consistido en una sección o en una contusión del nervio.

La realización de un TC previo a la intervención no está protocolizada, tampoco lo está el uso de protector del nervio lingual durante el acto quirúrgico; práctica que además es discutida y discutible en el sector de odontología.

Tampoco se ha constatado en qué momento de la intervención se produjo la lesión, existiendo diferentes motivos que ninguno puede ser descartado: a) por la anestesia, b) por compresión, c) fibrosis, d) la extracción del cordal 4.8 o del quiste, h) haciendo el curetaje del alveolo, o f) por el edema posterior a la intervención.

El perjudicado ha interpuesto demanda ante la jurisdicción civil, para reclamación de daños y perjuicios, procedimiento que se está suspendido a la espera de la resolución de las presentes diligencias.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter previo, antes de analizar la actuación del odontólogo, el acusado Dr. [REDACTED], y su relación con la lesión del nervio lingual del Sr. Vidal Fuentes, que fue sometido el 12 de julio de 2013 a una intervención quirúrgica consistente en la extracción de los cuatro cordales (muelas del juicio) en la Clínica [REDACTED], consideró necesario realizar algunas consideraciones sobre la naturaleza de la infracción penal denunciada, y, en concreto, sobre la imprudencia con relación a la actividad sanitaria. Haré mención, asimismo, a algunos precedentes sobre complicaciones durante la extracción dental.

El tipo penal en cuestión viene en el artículo 152 del Código Penal, que al tiempo de los hechos (redacción anterior a la reforma operada por la LO 1/2015) decía así:

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

1.º Con la pena de prisión de tres a seis meses, si se tratare de las lesiones del artículo 147.1.

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

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

2. Cuando los hechos referidos en este artículo se hayan cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o del derecho a la tenencia y porte de armas por término de uno a cuatro años.

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.”

Conforme establece la STS de 25 de septiembre de 2000 es doctrina (manifestada, entre otras, sentencias de 17.12.79, 4 y 26.2, 20.2, 22.4.80, 18.1 y 13.1.82, 2.10.84, 14.5 y 13.12.85, 27.2.86, 26.4 y 8.5.88, 12.11 y 7.12.90, 7.5 y 1.7.91, 26.3.94 y 22.9.95) la que enseña que en la imprudencia punible deben concurrir los siguientes elementos: A) Un comportamiento activo u omisivo voluntario, sin intención de provocar el resultado lesivo originado -ausencia de dolo directo- ni aceptación de tal resultado, en el caso de haber sido previsto -ausencia de dolo eventual-. B) Previsibilidad del peligro originado o del aumento del riesgo ocasionado por el comportamiento del acusado, y falta de permisión social de tal peligro o tal aumento de riesgo. Dicho elemento de previsibilidad se suele calificar en la jurisprudencia de psicológico o subjetivo e implica la posibilidad de conocer las consecuencias lesivas y dañosas del comportamiento del inculpado, y por tanto también de las circunstancias concurrentes con tal conducta y de los mecanismos que del comportamiento y las circunstancias pueden desencadenar los resultados lesivos.

En relación con las clases de imprudencia, el Código Penal, al tiempo de los hechos, distinguía a estos efectos entre la grave, única que podía ser delito (artículo 152) y la leve, que solo podía constituir falta (artículo 621.3). Con la entrada en vigor de la LO 1/2015 se introdujo la imprudencia menos grave y, además, se despenalizó la falta, respecto de la que, en todo caso, habrá de estarse a lo dispuesto en la disposición transitoria cuarta de la referida Ley. La diferenciación entre la grave y la leve se encuentra en la mayor o menor relevancia, en definitiva, en la mayor o menor probabilidad de que, independientemente del resultado efectivamente producido, comportándose de esa manera, se siga un resultado típico, de modo que la distinción entre uno y otro grado de imprudencia es principalmente cuantitativo, habiendo declarado la Sala Segunda que “el criterio fundamental para distinguir entre ambas clases de imprudencia ha de estar en la mayor o menor intensidad o importancia del deber de cuidado infringido” (STS 966/2003 de 4 de julio).

Con relación a la imprudencia médica la sentencia del Tribunal Supremo número 1188/1997 de 3 de octubre, recuerda que ese Alto Tribunal ya en su sentencia de 29 de febrero de 1996, tiene declarado que "la exigencia de responsabilidad al médico presenta siempre graves dificultades porque la ciencia que profesan es inexacta por definición, confluyen en ella factores y variables totalmente imprevisibles que provocan serias dudas sobre la causa determinante del daño, y a ello se añade la necesaria libertad del médico que nunca debe caer en audacia o aventura. La relatividad científica del arte médico (los criterios inamovibles de hoy dejan de serlo mañana), la libertad en la medida expuesta, y el escaso papel que juega la previsibilidad, son notas que caracterizan la actuación de estos profesionales.- La profesión en sí misma no constituye en materia de imprudencia un elemento agravatorio ni cualificativo -no quita ni pone imprudencia, se ha dicho-, pero sí puede influir, y de hecho influye, para determinar no pocas veces la culpa o para graduar su intensidad. La primera modalidad surge cuando se produjere muerte o lesiones a consecuencia de impericia o negligencia profesional, equivalente al desconocimiento inadmisibles de aquello que profesionalmente ha de saberse; esta "imprudencia profesional", caracterizada por la transgresión de deberes de la técnica médica, por evidente inepticia, constituye un subtipo agravado caracterizado por un "plus" de culpa y no una cualificación por la condición profesional del sujeto, de suerte que a su lado conviven las modalidades comunes de imprudencia, la "culpa profesional sin impericia" en las categorías de temeraria y de simple, por el orden de su respectiva gravedad" (v. sentencia de 8 de junio de 1994). Sigue diciendo la sentencia que "existe ya un cuerpo de doctrina jurisprudencial extenso y pormenorizado respecto a la llamada imprudencia médica. En este sentido, hay que recordar lo siguiente:

- 1) Que, por regla general, el error en el diagnóstico no es tipificable como infracción penal, salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable.
- 2) Queda también fuera del ámbito penal por la misma razón, la falta de pericia cuando ésta no sea de naturaleza extraordinaria o excepcional.
- 3) Que la determinación de la responsabilidad médica ha de hacerse en contemplación de las situaciones concretas y específicas sometidas al enjuiciamiento penal huyendo de todo tipo de generalizaciones.- Por ello y expresando una vez más la alta consideración que la Medicina y la clase médica merecen por la transcendencia individual y social de su tarea y los sacrificios, muchas veces inmensos, que su correcto ejercicio imponen, hay que poner de relieve que la imprudencia nace cuando el tratamiento médico o quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendidas las circunstancias del lugar,

tiempo, personas, naturaleza de la lesión o enfermedad, que olvidando la "lex artis" conduzcan a resultados lesivos para las personas".

En base a la doctrina anterior, la jurisprudencia ha considerado grave imprudencia supuestos de olvido de las más elementales normas de previsión y cuidado y, en este sentido, ha calificado como imprudencia temeraria la intervención, por error inexcusable, en lugares o extremidades en las que el paciente no estaba enfermo. Así, por ejemplo, la STS de 26 de febrero de 2001 que señala que "el hacer de los acusados fue manifiesta y gravemente negligente al no tomar la más mínima precaución respecto a identificar y preparar la rodilla que debía ser operada, para lo que hubiera sido suficiente consultar el historial clínico de la paciente que estaba a su inmediata disposición. Esta omisión de las más elementales normas de cuidado que son exigibles a toda persona profesionalmente dedicada al ejercicio de la cirugía se ubica con toda claridad en el ámbito de la temeridad".

Más concretamente en referencia a la lesión de nervios durante una actuación médica, que es lo que parece que ha ocurrido en el caso concreto, la AP de Islas Baleares (sección 2ª) número 84/2016 de 31 de marzo, resuelve un supuesto en el que un traumatólogo, durante la intervención una fractura, secciona el nervio interóseo posterior próximo. En este caso, la Sala califica la conducta como gravemente negligente pero no solo por la sección del nervio; dice que "lejos de tratarse de un acto aislado, el resultado lesivo responde a un cúmulo de omisiones culposas continuadas en el tiempo que suponen una muy negligente práctica médica antes, durante y después de la intervención". Dice asimismo que "la imprudencia grave viene constituida por la concurrencia de tres hechos imprudentes imputables al acusado en el tratamiento médico dispensado al perjudicado: 1.- No procedió a la intervención quirúrgica inmediata de la lesión que presentaba. La intervención constituía el único tratamiento adecuado de la fractura teniendo en cuenta la edad del menor y el ángulo de la fractura. Cuando por fin se realizó la intervención las condiciones eran de mayor complejidad, con mayores riesgos que si se hubiera operado en el primer momento. 2.- Seccionó el nervio durante la operación por no haber adoptado las medidas de seguridad y control que le eran exigibles. 3.- Tras comprobar la sección del nervio no intentó ninguna medida para recuperar el nervio en la medida de lo posible o para paliar las consecuencias de dicha sección".

Y en cuanto a supuestos concretos de lesión de nervio lingual durante la extracción de cordales y sobre las pruebas preoperatorias para tal caso, la base de datos consultada nos ofrece al menos tres supuestos. En todos ellos el pronunciamiento es favorable al especialista.

El primero es resuelto por la AP de Toledo (sección 2ª) sentencia número 191/2002 de 4 de diciembre, donde en el seno

de una apelación frente a una sentencia de un juicio de faltas por imprudencia leve, señala que "no se puede acreditar que la Dra. Carla actuara de forma negligente, ni siquiera resulta acreditada la causa concreta de la lesión del nervio lingual, de forma que tampoco puede determinarse cuál fue el comportamiento descuidado que pudo suponer la vulneración de las normas de cuidado del ámbito de la actividad desarrollada por la denunciada". Confirma la absolución en primera instancia.

El segundo es resuelto por la AP de Las Palmas (sección 1ª) en sentencia número 188/2019 de 5 de junio. También se produce una lesión del nervio y la Sala acoge la tesis defendida por el Sr. Forense y la mayor parte de los peritos, de que "no existe sociedad científica que indique acerca de la procedencia de efectuar un TAC como medida diagnóstica para realizar la exodoncia de un cordal, concluyendo que la parestesia diagnosticada a la denunciante es un efecto ciertamente inevitable en tanto que la infiltración se realiza a ciegas", considerando por otra parte como suficiente la realización con carácter previo de una "ortopantomografía".

Y el último, resuelto por la AP de Madrid (sección 5ª) en auto número 3636/2008 de 17 de octubre. Se discute el sobreseimiento del especialista y la Sala lo confirma, con apoyo de la pericial forense, puesto que "la presencia de dicha lesión nerviosa puede ocurrir y de hecho sucede en la práctica clínica y no existir criterios de mala praxis o negligencia médica de la misma, debido a que es una complicación, en ciertos casos, inevitables e impredecible". Finalmente, donde si son más frecuentes las sentencias sobre este tipo de complicaciones es en la jurisdicción civil, donde las resoluciones se dan en diversos sentidos, pero generalmente las de condena se producen por defectos o ausencia de información suministrada al paciente. Por ejemplo, las SAP de Valencia (sección 8ª) número 271/17 de 30 de octubre y la SAP de León (sección 3ª) número 248/2007 de 7 de noviembre; en este último caso la lesión de nervio lingual derecho se produce a causa de la anestesia.

SEGUNDO.- De igual modo, el examen de la actuación del acusado exige contextualizarla previamente y analizar las circunstancias en las que tiene lugar, para después detenernos en las periciales médicas, fundamentales en este tipo de procesos.

En este sentido, se ha constatado, pues no es un hecho discutido, que el Sr. [REDACTED] solicitó tratamiento de ortodoncia a la Dra. [REDACTED], quién previo al tratamiento le indicó la extracción de los cuatro cordales puesto que "estaban semi-incluidos y presentaban caries". Según dijo también la Dra. [REDACTED], era conveniente extraerlos antes de la ortodoncia para evitar infecciones durante el tratamiento y porque después sería más difícil extraerlos. Y lo derivó al acusado, al odontólogo Dr. [REDACTED], porque es el

cirujano de la clínica que lo hace "habitualmente". Según dijo en un año hacía unas tres mil extracciones.

El "histórico de visitas", aportado por la propia acusación particular en su escrito de denuncia (folios 18 a 28) confirma un dato que niega el perjudicado: que antes de la extracción de los cordales, el acusado vio al perjudicado en varias ocasiones. Antes del 12 de julio de 2013, fecha en la que se produce la intervención, constan 6 "visitas". De esta misma documentación se ha podido constatar que la intervención fue programada en primer término para el 16 de noviembre de 2012, y, finalmente, se hizo el 12 de julio del año siguiente. Se desconoce el motivo del retraso.

Según dijo el acusado, en el preoperatorio se hizo un "seguimiento clínico", anamnesis y una "ortopantomografía" (radiografía completa de toda la boca). La ortopantomografía consta al folio 64. Según dijo también en los dos cordales inferiores 4.8 y 3.8 había quistes "paradentales"; circunstancia que comunicó al paciente. Sin embargo, no consta en ninguna visita médica ni hay informe al respecto. Decidió que se extrajeran todos los cordales, junto con los quistes, en una misma intervención porque era más cómodo para el paciente y, según dijo, el paciente estaba de acuerdo.

Se ha aportado un "consentimiento informado" donde se hace constar la "falta de sensibilidad parcial o total del nervio lingual, temporal o definitiva" como una de las complicaciones "estadísticamente más frecuentes". Según el perjudicado, no leyó el documento y, además, el acusado no le informó verbalmente; sin embargo, el formulario aparece suscrito por el paciente, y firmado por él mismo, cuya letra y firma reconoce. El consentimiento informado, por el contrario, no habla en concreto de los riesgos de la anestesia (dice "riesgo inherente asociado a la misma") y nada dice ni en concreto ni en general de los quistes, y si su extracción puede presentar algún riesgo.

La intervención tiene lugar el 12 de julio de 2013. **Resulta increíble pero no se ha aportado por ninguna parte (y eso que existen dos procesos sobre la misma intervención) el informe o la hoja de la intervención.** Por lo que de la intervención solo sabemos lo que el acusado contó, habiendo algunos datos que fueron confirmados por el anestesista, presente durante la intervención. En concreto, que el abordaje del paciente fue decúbito supino, incorporado unos 30 o 40 grados. Con anestesia local y sedación. Utilizó un "periostótomo", que es un instrumento romo que se utiliza para separar la mucosa del cordal, y después procedió a la extracción. No se utilizó bisturí puesto que los cordales estaban erupcionados. Con el mismo "periostótomo" sacó los quistes y no hizo fuerza excesiva ni encontró particular resistencia. Después controló la hemostasia y suturó el alveolo que deja el diente. Utilizó la misma técnica en todos los cordales, particularmente en los

dos inferiores. Y no hubo ninguna incidencia durante la cirugía.

También sabemos, y porque lo dijo el acusado, que durante la extracción del cordal 4.8 no se puso ninguna protección del nervio lingual, según dijo, porque está "contraindicado" dado que al buscar el nervio o al protegerlo también puede ser dañado.

El anestesista [REDACTED], confirmó los siguientes datos: que la sedación la puso él y el acusado la anestesia local; que el abordaje fue el "habitual", en situación decúbito supino con una elevación de la cabeza de 30 o 40 grados; y que no ocurrió ningún incidente. Finalmente, que los instrumentos utilizados no los recordaba, pero eran los "habituales".

Si durante la intervención se seccionó o se "tocó" el nervio lingual, y el acusado fue consciente de ello, es una circunstancia que no pudo pasar desapercibida para el anestesista, y éste no solo no lo advirtió, sino que además dijo en juicio que no le llamó la atención "nada" de esta cirugía y que, tras la reanimación del paciente, su servicio le dio el alta. Por este motivo, junto con el dato reconocido por los peritos de la imposibilidad de localizar el referido nervio, no puede estimarse acreditado que el acusado tras la intervención le dijera al paciente que "le había tocado el nervio".

En cuanto al postoperatorio, consta la primera visita el 15 de julio (tres días después de la intervención) donde, en la "hoja de visitas" se hace constar "revisión ... herida ok, próximo día quitar puntos", sin ninguna referencia al "toque" al nervio lingual. Hay otra revisión el 22 de julio, aunque no se hace constar nada.

Ya en la siguiente visita, el 19 de agosto, un mes después de la intervención, aparece la primera referencia a la lesión del nervio; se dice "parestesia en lingual, recomiendo visita en 2 meses para valorar". No obstante, el paciente comienza el tratamiento en la misma clínica, según dijo, porque lo tenía ya pagado.

Finalmente, la última visita al acusado fue el 10 de octubre de 2013 donde se hace constar "control, persiste hipoestesia y perdida de gusto". Según dijo el acusado, la siguiente noticia que tuvo del paciente fue con la demanda y con la querrela.

Después el denunciante acude el 23 de abril de 2015 al maxilofacial, [REDACTED], que le confirma la lesión y estima que es "definitiva". Le explicó al paciente que la lesión pudo haber tenido su origen en la extracción de los cordales de julio de 2013. Y según dijo no recomendó microcirugía puesto que no está indicado ni el resultado es uniforme, "puede que tengas más problemas que dejándolo".

Aparte de la extracción de los cordales, no hay ninguna otra concausa acreditada y todos los peritos sitúan el origen de la lesión en aquella intervención. Aunque ninguno, y en parte por la falta de información de la historia clínica, pudo determinar cuál fue el factor determinante de la lesión. Habiéndose señalado al menos los siguientes: a) por la anestesia, b) por compresión, c) fibrosis, d) la extracción del cordal 4.8 o del quiste, h) haciendo el curetaje del alveolo, o f) por el edema posterior a la intervención.

Tampoco se ha podido constatar si la lesión consistió en una sección del nervio o simplemente en una contusión. Según se dijo hay una prueba objetiva y "barata" que puede determinar si existe sección del nervio y es la prueba de los "potenciales evocados", que no consta que se haya hecho. Aparte, la forma en que aparece la sintomatología -aparece la anestesia al mes-, introduce más dudas al respecto, dado que, según dijeron todos los peritos, si hay sección el paciente tuvo que haber perdido la sensibilidad desde el mismo día de la intervención.

TERCERO.- En el examen de las periciales es necesario tener en cuenta varias consideraciones que estimamos fundamentales.

La primera es que, aunque se ha criticado la actuación del acusado en muchos de aspectos (por ejemplo, falta de información al paciente, ausencia de historia clínica, falta de capacitación, falta de diligencia en la extracción o el tiempo esperado en el diagnóstico de la lesión, que ha impedido la regeneración del nervio), solo se examinará la actuación del acusado, y la parte de las periciales que se refieran a ello, sobre el acto quirúrgico. Pues, como acertadamente señaló la defensa del acusado, extender más allá el objeto del proceso, generará al encausado una indefensión insalvable dado que los dos escritos de acusación critican del denunciado solo su actuación "durante la maniobra quirúrgica", considerando que "no tomó las precauciones necesarias para evitar afectar al nervio lingual".

Y la segunda es que las conclusiones de los peritos, y en parte por la falta de datos de la historia clínica, no son objetivas; según se dijo eran "suposiciones", puesto que no conocían realmente lo que había pasado, qué técnica quirúrgica utilizó el acusado, qué instrumentos y, en definitiva, qué produjo la lesión. No obstante, dos peritos, de los siete escuchados, consideraron que el acusado infringió la lex artis ad hoc en lo que respecta a la intervención quirúrgica. En concreto, la Sra. Forense consideró que debió hacerse un TC previo a la intervención, y la Sra. [REDACTED] estimó que tuvo que haberse protegido el nervio lingual durante la intervención.

Sobre el primero de los reproches, salvo la Sra. Forense, todos los peritos, incluidos los propuestos por la acusación

particular, estaban de acuerdo en que la prueba preoperatoria es la "ortopantomografía". La Sra. Forense dijo que tuvo que haberse confirmado previamente la ubicación del cordal por técnicas de 3D con TC. Así hubiera tenido más seguridad, puesto que de esta forma se conoce el grado de inclusión, raíces, desviaciones, "giroversiones", etc. Los demás técnicos fueron especialmente contundentes: ni se hace, ni lo han hecho nunca (salvo en casos especiales que no es el caso), no está indicado para este caso y la prueba, además, no sirve puesto que los cordales estaban ya "erupcionados". Y hay un riesgo añadido, que son las reacciones al contraste. La prueba "gold" de esta cirugía, según dijeron, era la "ortopantomografía", que sí consta hecha (folio 64).

Si convenimos que la "lex artis" ha de entenderse como aquellas técnicas o procedimientos aplicables a situaciones semejantes, parece aventurado considerar que el acusado no se ajustó a ella, pues la prueba complementaria en cuestión no estaba ni indicada ni formaba parte de ningún protocolo de actuación, aunque pueda ser cierto que algunos especialistas la consideren "conveniente".

Lo mismo ocurre con la protección del nervio lingual durante la actuación quirúrgica. Pese a que la defiende la Sra. [REDACTED], no consta que esté protocolizada y ningún perito de los escuchados en juicio, incluida la Sra. Forense, apoyan esta conclusión. Se dijo que estaba en desuso, incluso que está contraindicado ya que con el protector se puede también dañar el nervio. Además, como acertadamente dijo el perito Prof. Prados Frutos, el protector, en caso de estimarse necesario y útil, hubiera protegido el nervio durante la extracción y no en otras fases de la intervención (como anestesia o edema posterior), donde también se ha podido causar la lesión.

Por tanto, ninguna de las dos cuestiones que se reprochan al acusado, y que son objeto de este proceso, respecto de las que se dice que tuvo que hacer (TC y protección del nervio) y no hizo, no forman parte de ningún protocolo o procedimientos aplicable. Y podemos convenir que es razonable excluir de estas técnicas o procedimientos aquellas opiniones concretas, que puedan ser seguidas incluso por un gran número de médicos, pero sobre las cuales la opinión científica está dividida, como así se puso de manifiesto en la vista con referencia a la protección del nervio durante la intervención; se dijo que era una cuestión "discutida y discutible".

En definitiva, ni los peritos ni las pruebas objetivas practicadas en este juicio permiten saber qué lesión concreta tiene el paciente (sección o contusión) y cuál fue la causa de la misma, por lo que no puede llegarse a la certeza, y a la certeza que exige una sentencia penal, sobre cuál fue el comportamiento descuidado del especialista que provocó la lesión.

Es preciso señalar también que la responsabilidad del especialista ha de ser contemplada teniendo en cuenta que la complicación examinada puede que fuera inevitable si se parte de alguna de las causas antes expuestas (por ejemplo, la lesión por la anestesia o el edema posterior), lo que podría excluir de entrada la imprudencia penal, pues se ha dicho que uno de los elementos de la imprudencia punible es la "evitabilidad". Después, la lesión de nervios es un riesgo que, según dijeron todos los peritos incluida la Sra. Forense, puede ocurrir, y de hecho ocurre, y que puede suceder, aunque se haya obrado correctamente, sin infracción de normas de cuidado. De ahí que figure en el consentimiento informado como una de las posibles complicaciones.

A estas consideraciones hay que añadir que, en el caso concreto, las conclusiones a las que llega la Sra. Forense y la Sra. [REDACTED] (infracción de la "lex artis" por ausencia de TC y no protección del nervio) fueron rebatidas, y con solvencia, por los demás peritos. Lo que, en definitiva, nos lleva a concluir que la falta de acierto del acusado no es penalmente relevante, debiendo recordar que no toda imprudencia es punible, pues de ser así dejaríamos sin contenido el artículo 1.902 del Código Civil que regula la imprudencia civil, en el seno de la cual ha de enjuiciarse la actuación del acusado, particularmente la ausencia de historia clínica y la información suministrada al paciente.

Por lo que queda pendiente lo que pueda resolver el juez de instancia sobre la acción civil ya interpuesta.

CUARTO.- Dado el sentido de la sentencia, conforme al artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el 123 del Código Penal, se declaran las costas de oficio.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que debo **ABSOLVER Y ABSUELVO** a [REDACTED] del delito de lesiones por imprudencia grave por el que venía siendo denunciado, declarando las costas de oficio.

Firme que sea esta sentencia, remítase testimonio al Juzgado de Primera Instancia número 13 de Palma de Mallorca, para los efectos que sean procedentes en el Juicio Ordinario 511/2016

Notifíquese la presente resolución a las partes previniéndoles de que contra la misma podrán interponer ante este Juzgado, recurso de apelación en el plazo de diez días ante la Iltma. Audiencia Provincial.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgado y de la que se unirá certificación a la causa de su razón la pronuncio, mando y firmo.



PUBLICACION. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Iltmo. Sr. Magistrado-Juez que la ha dictado constituido en audiencia pública, en el día de la fecha. Doy Fe.