

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID
SECCION 17ª**

**ROLLO DE APELACION Nº: 404/06 RT
DILIGENCIAS PREVIAS Nº: 580/2003
JUZGADO DE INSTRUCCION Nº 3 DE LEGANÉS**

AUTO Nº 337/07

ILUSTRISIMOS SEÑORES MAGISTRADOS:

**Dª. MANUELA CARMENA CASTRILLO
D. RAMIRO VENTURA FACI
D. FERNANDO ORTEU CEBRIÁN (Ponente)**

En Madrid, a veintiséis de marzo de dos mil siete

HECHOS

PRIMERO.- En esta Sección se tramita Recurso de Apelación nº 404/06, interpuesto por la procurador de los Tribunales doña Elvira Ruiz Resa en nombre y representación procesal de doña **FABIOLA PESTAÑA LÓPEZ**, contra el auto de fecha 20 de septiembre de 2006, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Leganés en las diligencias arriba referenciadas, que acuerda decretar el sobreseimiento libre y el archivo del presente procedimiento.

SEGUNDO.- Contra dicho auto formuló recurso de apelación la representación procesal de la recurrente. Interpuesto en tiempo y forma y admitido a trámite, se dio traslado para alegaciones a las demás partes personadas, presentando escrito de impugnación a dicho recurso la representación procesal de don Andrés Bernardo Aranda y el Ministerio Fiscal. Elevadas las actuaciones a este Tribunal, no se estimó precisa la celebración de vista, quedando dispuesto para resolución.





El Ilustrísimo Señor Magistrado don Fernando Orteu Cebrián actuó como Ponente y expresa el parecer del Tribunal.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Interpuesta querrela criminal por la representación de Fabiola Pestaña López contra el doctor D. Juan Andrés Bernardo Aranda por la presunta comisión de un delito de homicidio mediando imprudencia profesional, se ha dictado por el Juzgado de instrucción número 3 de Leganés Auto, de fecha 20 de septiembre de 2006, que acuerda el sobreseimiento libre y archivo de la causa al entender que los hechos denunciados no son consecuencia directa de una actuación negligente del doctor Bernardo Aranda.

En la propia querrela se concretaba la sedación del paciente decidida por el querrellado como causa directa de la muerte, solicitándose que la querrela fuera analizada “por el Consejo Superior de Sanidad de la Comunidad de Madrid (formado por Ilustres representantes de la medicina) a fin de que determinen la existencia o no de imprudencia médica y la no indicación de sedar al paciente, causa directa de su posterior fallecimiento”, lo que así aconteció.

SEGUNDO.- Tres son los motivos que se articulan en el recurso de apelación interpuesto:

En el primero de los referidos motivos se denuncia “Injustificada denegación de informe médico a realizar por la Real Academia o el Ilustre Colegio de Médicos de Madrid”, exponiéndose los motivos que justifican tal aseveración, y que se concretan en que el Auto de archivo no tiene su base en el informe elaborado por el médico forense; que no consta que éste se ratificara en su informe y, por último, que el doctor Aranda está imputado en el Juzgado de Instrucción nº 7 de Leganés por una actuación, sino idéntica, sí similar a la ahora examinada.





En el segundo motivo se manifiesta la disconformidad de la recurrente con la denegación de la declaración de doña Mercedes Antolínez Díaz y cuya finalidad sería disipar las dudas que se dicen constan en la instrucción respecto de la situación de consciencia o inconsciencia del fallecido.

Y en tercer lugar, se denuncia error en la valoración de la prueba, denunciando que el informe elaborado por el doctor Jiménez Lendinez fue elaborado sin examinar la historia clínica del paciente.

En el suplico del recurso se solicita de este Tribunal la revocación del Auto de sobreseimiento y archivo dictado por el Juzgado de Instrucción requiriendo la emisión del informe médico por parte de la Academia de Medicina y Cirugía o, en su defecto, por el Ilustre Colegio de Médicos de Madrid.

TERCERO.- En primer lugar y en lo relativo a la denegación de práctica de diligencias, concretamente, de un lado, de requerimiento de elaboración de informe médico a realizar por la Real Academia o el Ilustre Colegio de Médicos de Madrid"; y, de otro, denegación de la declaración de doña Mercedes Antolinez Díaz, se ha de significar cómo en el suplico del recurso se solicita de este Tribunal únicamente que se ordene la emisión del informe médico por parte de la Real Academia de Medicina y Cirugía o, en su defecto, por el Ilustre Colegio de Médicos de Madrid, no conteniéndose petitum alguno respecto a la declaración testifical de D^a. Mercedes Antolinez Díaz, razón por la que, respecto a este concreto extremo, ninguna decisión se puede adoptar, si bien no puede dejar de hacerse notar cómo de la causa se deduce -y así lo refleja el Ministerio Fiscal acertadamente en su escrito de impugnación del recurso- la existencia de autorización familiar en relación con la sedación efectivamente aplicada.

En relación con la solicitud de emisión de informe médico a realizar por la Real Academia de Medicina y Cirugía o el Ilustre Colegio de Médicos de



Madrid, la misma ha de rechazarse recordando la naturaleza y finalidad de la fase procesal en que nos encontramos:

La naturaleza y finalidad de la fase de instrucción no es otra que ofrecer los elementos suficientes para que el Ministerio Fiscal y las partes acusadoras puedan fijar sus posiciones en los términos del artículo 780, lo que conlleva el que se han de haber practicado con anterioridad las diligencias esenciales e imprescindibles para determinar la naturaleza y circunstancias de los hechos, las personas intervinientes y el órgano competente para su enjuiciamiento.

No se puede pretender que en la fase de instrucción se practiquen diligencias de prueba indefinidas al objeto de acreditar plenamente, aunque sea de forma provisional (fuera de la fase de juicio oral), los hechos objeto de imputación, sino que, tal como dispone el artículo 777, solamente deben practicarse aquellas diligencias “necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho y las personas que en él hayan participado”, diligencias de instrucción que deben ser las mínimas e imprescindibles para poder adoptar con un mínimo y suficiente sustento fáctico alguna de las resoluciones previstas en el artículo 779.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sentado lo anterior, ha de entenderse que constando en las actuaciones diversos informes periciales emitidos por el Consejo Superior de Sanidad de la Comunidad de Madrid (formado por Ilustres representantes de la medicina), por los peritos tanto de querellante como querellado y, además, por la médico forense, disponiendo los autores de dichos informes de acceso a la historia clínica completa del paciente fallecido, ninguna necesidad existe de ordenar la elaboración de nuevo informe, pues constan datos más que suficientes a fin de constatar la existencia o no de indicios de criminalidad en los términos expuestos, esto es, de entidad mínima a fin de justificar el dictado de Auto de continuación del proceso por los trámites del procedimiento abreviado, conclusión que puede adoptarse o rechazarse perfectamente con los datos e informes obrantes en las actuaciones y entre los que se encuentran, no puede obviarse, tanto el emitido por el perito de la querellante como por el Consejo

Superior de Sanidad de la Comunidad de Madrid, informe éste solicitado ya en la propia querrella.

CUARTO.- En relación con la conclusión expuesta en el precedente fundamento no puede dejar de significarse como en el propio recurso se refiere expresamente, a fin de justificar el denunciado error en la valoración de la prueba pericial por el Juez Instructor, el informe pericial emitido, en el seno de las Diligencias Previas nº 661/05 seguidas en el Juzgado de Instrucción nº 7 de Leganés, por los miembros del Ilustre Colegio de Médicos de Madrid elaborando un dictamen en el que se procedió al estudio del historial clínico de 73 pacientes atendidos en el Servicio de Urgencias del Hospital Severo Ochoa, siendo objeto de tal pericia determinar si existía relación entre el tratamiento dado u omitido y el fallecimiento de los pacientes; así como si se apreciaba mala praxis médica.

Pues bien, habiendo tenido este mismo Tribunal ocasión de examinar el referido informe en el recurso de apelación nº 20/07, dimanante de las Diligencias Previas nº 661/05 seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº 7 de Leganés puede afirmarse que la transcripción realizada por la recurrente en su recurso tergiversa en un extremo trascendental el contenido de dicho informe.

Así, en el recurso se indica que en tres supuestos en que la sedación de pacientes estaba claramente contraindicada "*...los peritos judiciales estuvieron de acuerdo en considerar la existencia de mala praxis médica y relación causal entre la sedación y su fallecimiento*" (sic).

Por el contrario, y tal y como se hace constar con referencia expresa al referido informe en el Auto de este Tribunal de fecha 12 de febrero de 2007 dictado en el recurso nº 20/07 en las diligencias referidas, los peritos pertenecientes al Ilustre Colegio Médico de Madrid, en el informe emitido, concluyen respecto de los supuestos en los que no parecía existir duda alguna de que la sedación estaba contraindicada, la imposibilidad de afirmar o negar la relación causa-efecto del deceso con la sedación efectuada, exponiéndose ya en el referido Auto de esta Sala cómo "*...en materia de responsabilidad médica*



es requisito indispensable la existencia y acreditación de relación de causalidad entre la conducta descuidada e inobservante de la norma objetiva de cuidado, como originario y determinante del resultado lesivo sobrevenido (Sentencia de 14 de febrero de 1997 [RJ 1997\1357] entre otras)".

Sobre la anterior premisa, siendo imputada la causación de muerte por imprudencia médica, resulta necesario recordar las siguientes premisas doctrinales:

1.- En el Código vigente de 1995, con general aceptación de la doctrina científica, ha desaparecido, como se establece en el art. 12, la configuración genérica de la imprudencia («crimen culpae»), sustituida por tipificaciones concretas de la misma expresamente establecidas en la ley («crimina culposa») y ha desaparecido también la calificación tripartita del sistema derogado. Las nuevas categorías legales de imprudencia son la **grave**, la única que constituye delito y la **leve** que equivalen en lo esencial a las anteriormente denominadas temeraria y simple. Se diferencian básicamente entre sí en la mayor o menor intensidad del quebrantamiento del deber objetivo de cuidado que, como elemento normativo, sigue siendo la idea vertebral del concepto de imprudencia. La imprudencia grave requiere el olvido u omisión de los cuidados y atención más elementales **lo que se traduce, en el caso de la culpa médica profesional, en impericia inexplicable y fuera de lo corriente.**

2.- La STS 2252/2001, de 29 de noviembre (RJ 2002\1787) recuerda la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre los requisitos para estimar el concepto penalmente relevante de imprudencia, que se pueden resumir así:

- 1º) existencia de una acción u omisión, voluntaria pero no maliciosa;
- 2º) un elemento psicológico consistente en el poder o facultad del agente de poder conocer y prevenir un riesgo o peligro susceptible de determinar un daño;
- 3º) un factor normativo que consiste en la infracción de un deber objetivo de cuidado en el cumplimiento de reglas sociales establecidas para la protección



de bienes social o individualmente valorados, y que es la base de la antijuridicidad de la conducta imprudente;

4º) causación de un daño; y

5º) relación de causalidad entre la conducta descuidada e inobservante de la norma objetiva de cuidado, como originario y determinante del resultado lesivo sobrevenido (Sentencia de 14 de febrero de 1997 [RJ 1997\1357] entre otras).

6.- En relación con la imprudencia médica la STS 1188/1997, de 3 de octubre (RJ 1997\7169), con cita de la STS de 5 julio 1989 (RJ 1989\6091) recuerda 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:

1º) 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.

2º) Queda también fuera del ámbito penal por la misma razón, la falta de pericia cuando ésta sea de naturaleza extraordinaria o excepcional.

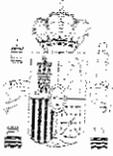
3º) Que la determinación de la responsabilidad médica ha de hacerse en contemplación de las situaciones concretas y específicas sometidas al enjuiciamiento penal huyendo de todo tipo de generalizaciones.

QUINTO.- En el presente supuesto, en el examen de la concurrencia o ausencia de la pretendida imprudencia grave como elemento definidor de la imprudencia constitutiva de delito, no puede sostenerse que el acusado olvidara u omitiera los cuidados y atención más elementales demostrando una impericia inexplicable y fuera de lo corriente, pues realizado un diagnóstico y aplicado un tratamiento, es la falta de respuesta al tratamiento lo que determina, a la vista de los síntomas y padecimientos presentados por el paciente, una sedación respecto de la cual no se puede concluir que fuera la causa directa del deceso del paciente.

Así, ninguna duda existe, a la vista de los informes periciales elaborados, de la existencia de diagnóstico y tratamiento previo a la sedación y asimismo, de la negación rotunda de existencia de relación de causalidad entre la aplicación de la sedación y el deceso del paciente.

El propio perito de la querellante -Doctor Cayón Sánchez- admite la existencia de diagnóstico y tratamiento, aceptando la aplicación de corticoides, aerosoles y broncodilatadores. En su informe, reconocida la existencia de diagnóstico y práctica de tratamiento diverso, hace hincapié, de un lado, en la ausencia de práctica de una radiografía que hubiera permitido diagnosticar una neumonía y, aplicado el tratamiento correspondiente a dicha enfermedad, obtener la recuperación del paciente, conclusión que no deja de ser una mera hipótesis formulada por referencia a un episodio similar al padecido por el fallecido en el Hospital Severo Ochoa y que ocurrió nueve meses antes en el Hospital de Alcorcón, hospital en el que -se dice- ingresado el paciente con un cuadro prácticamente idéntico al que presentaba al ingresar en el Hospital "Severo Ochoa", se practicó una radiografía que llevó a diagnosticar una neumonía y, aplicado el tratamiento correspondiente a dicha enfermedad, obtener la recuperación del paciente; y, de otro, en el hecho de que la sedación -si bien llega a afirmar que se aplicó con fines terapéuticos, concretamente para conseguir mayor confortabilidad del paciente-, resultaba desaconsejada *"en un paciente con EPOC e insuficiencia respiratoria grave, a excepción de que estén intubados y sometidos a ventilación mecánica"* .

Pues bien, en relación con ésta última afirmación del Dr. Cayón Sánchez, la misma ha de ponerse en relación con el contenido de los restantes informes. Así, en el elaborado por el Dr. Ledíndez se expone que, reconociendo tal contraindicación y excepción, en determinados supuestos la intubación y ventilación mecánica no supone más que un "encarnizamiento terapéutico" cuestionable y desaconsejado en situaciones extremas como las presentadas por el paciente fallecido -edad avanzada, mal grado funcional y comorbilidades-.



De ello se deduce que si con intubación y sometimiento a ventilación mecánica la sedación deja de estar contraindicada en los supuestos de EPOC, ninguna duda cabe que la ausencia de dicha intubación y ventilación mecánica a fin de evitar el referido "encarnizamiento terapéutico" relativiza la contraindicación, especialmente a la vista de que, como ha quedado expuesto, en ninguno de los informes médicos elaborados, ni siquiera en el de la querellante, se refiere como causa de la muerte la sedación realizada.

SEXO.- Resta por analizar la decisión previa de no hacer aquella radiografía que, en opinión del perito de la querellante, hubiera permitido diagnosticar una neumonía y, aplicado el tratamiento correcto, la curación del paciente.

Pues bien, lo expuesto no deja de ser sino una mera hipótesis que impide imputar negligencia alguna al querellado. En primer lugar, por cuanto no puede afirmarse en los términos que requiere la imputación de responsabilidad penal a un médico por fallecimiento de uno de sus pacientes y a la vista de la situación de reagudización de EPOC que presentaba el concreto paciente fallecido, que si se hubiera practicado una radiografía se hubiera diagnosticado necesariamente el padecimiento de una neumonía. La expuesta constituye una mera hipótesis carente de base científica alguna más allá de la comparación con un episodio pasado y haciendo una abstracción demasiado simple de las complicaciones presentadas por el paciente en el momento de su ingreso y que se hacen constar en la historia clínica y en los informes periciales realizados.

Y, en segundo lugar, por cuanto aceptando a los meros efectos dialécticos el padecimiento de la referida neumonía, igualmente adolece del necesario rigor científico aseverar que la aplicación del tratamiento adecuado para una neumonía hubiera dado resultado satisfactorio pues, por desgracia, no dejan de ser inusuales en nuestros días los fallecimientos por neumonía a pesar de la aplicación del correspondiente tratamiento, no pudiendo obviarse como, en el caso examinado, nose ha certificado influencia alguna de neumonía en la muerte del paciente.



Es por ello que la decisión de no practicar una radiografía -o la ausencia de decisión de su práctica-, no supone el olvido u omisión de cuidado y atención elemental y que quedó prestado con la práctica de las demás pruebas realizadas, debiendo negarse así la necesaria constancia de una impericia inexplicable y fuera de lo corriente.

En suma, prestada la asistencia y el cuidado más elementales -y que no concurrirían, por ejemplo, en el supuesto de que no constara diagnóstico alguno o, conociendo el diagnóstico, no se hubiera aplicado tratamiento.-, no puede sostenerse la concurrencia en el supuesto examinado de impericia inexplicable y fuera de lo corriente que permita calificar la imprudencia como constitutiva de delito, lo que lleva indudablemente a confirmar la decisión ahora impugnada, debiendo recordarse el contenido de la Sentencia 1188/1997 y en la que se expone que *"...expresando una vez más la alta consideración que la Medicina y la clase médica merecen por la trascendencia 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"*.

SÉPTIMO.- Se declaran de oficio las costas de esta instancia.

Por cuanto antecede,

PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda desestimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora de los Tribunales doña Elvira Ruiz Resa, en nombre y representación de doña **FABIOLA PESTAÑA LÓPEZ**, contra el auto de fecha 20 de septiembre de 2006, dictado por el Juzgado de Instrucción número 3 de los de Leganés, en Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado número 580/03, **que confirmamos en su integridad.**





Se declaran de oficio las costas de esta instancia, si las hubiere.

Notifíquese este auto al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas.

Contra este auto no cabe recurso ordinario.

Devuélvanse las actuaciones originales, con testimonio de la presente resolución, al Juzgado de procedencia, para su conocimiento y cumplimiento.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilustrísimos Magistrados integrantes de la Sección.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.

