



Roj: **AAP O 681/2019 - ECLI: ES:APO:2019:681A**

Id Cendoj: **33044370032019200278**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **3**

Fecha: **09/10/2019**

Nº de Recurso: **598/2019**

Nº de Resolución: **588/2019**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER RODRIGUEZ LUENGOS**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION TERCERA OVIEDO

AUTO: 00588/2019

-

PLAZA EDUARDO GOTA LOSADA

Teléfono: 985968771/8772/8773 Correo electrónico:

Equipo/usuario: MAG Modelo: 662000

N.I.G.: 33044 43 2 2018 0000531

RT APELACION AUTOS 0000598 /2019

Juzgado procedencia: JUZGADO DE INSTRUCCION. N.1 de OVIEDO

Procedimiento de origen: DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0000162 /2018 Delito: DELITO SIN ESPECIFICAR

Recurrente: Amparo , Celso

Procurador/a: D/Dª ENCARNACION LOSA PEREZ-CURIEL, ENCARNACION LOSA PEREZ-CURIEL Abogado/a: D/ Dª MANUEL VICENTE VALLINA RODRIGUEZ, MANUEL VICENTE VALLINA RODRIGUEZ

Recurrido: Eloy , Enrique , Celsa , Coral , Everardo , Diana , MINISTERIO FISCAL Procurador/a: D/ Dª ANTONIO ALVAREZ ARIAS DE VELASCO, RAFAEL COBIAN GIL-DELGADO , ANTONIO ALVAREZ ARIAS DE VELASCO , MARIA DEL PILAR TUERO ALLER , ANTONIO ALVAREZ ARIAS DE VELASCO , MARIA DOLORES SANCHEZ MENENDEZ ,

Abogado/a: D/Dª MANUEL ALONSO NIÑO, JULIO CESAR GALAN CORTES, ANA GARCIA BOTO , IGNACIO ALVAREZ-BUYLLA FERNANDEZ , MIGUEL ANGEL IGLESIAS ORDOÑEZ ,

AUTO Nº 588/19

ILMOS./AS. SRES./SRAS

Presidente/a

Dª ANA MARIA ALVAREZ RODRIGUEZ

Magistrados

D. FRANCISCO JAVIER RODRIGUEZ SANTOCILDES

D. FRANCISCO JAVIER RODRIGUEZ LUENGOS

En OVIEDO, a nueve de octubre de dos mil diecinueve.



ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por el Juzgado de Instrucción N° 1 de Oviedo, con fecha 9 de mayo de 2019, en sus Diligencias Previas n° 162/18, se dictó Auto acordando el sobreseimiento Provisional y archivo de las actuaciones.
2. Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Celso , y Amparo .
3. Remitido el asunto a esta Audiencia y repartido a esta Sección Tercera, se formó Rollo de Apelación n° 598/19, pasando para resolver al Ponente, **Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER RODRIGUEZ LUENGOS**.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El art. 779 de la LECrim dispone: 1. Practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones: 1.º Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo. 2.ª Si reputare falta el hecho que hubiere dado lugar a la formación de las diligencias, mandará remitir lo actuado al Juez competente, cuando no le corresponda su enjuiciamiento. 3.ª Si el hecho estuviese atribuido a la jurisdicción militar, se inhibirá a favor del órgano competente. Si todos los imputados fuesen menores de edad penal, se dará traslado de lo actuado al Fiscal de Menores para que inicie los trámites de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor. 4.ª Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el artículo 775. 5.ª Si, en cualquier momento anterior, el imputado asistido de su abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y estos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los artículos 800 y 801.

Para interpretar y aplicar este precepto conforme a los principios que inspiran el proceso penal y conforme a la finalidad de cada una de las fases procesales del Procedimiento Abreviado debe ponerse en relación con el contenido propio de las diligencias a practicar en la fase de instrucción que, de acuerdo con el vigente art. 777 de la LECrim, son aquellas "necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento" y que deben ser las mínimas e imprescindibles para poder adoptar con un mínimo y suficiente sustento fáctico alguna de las resoluciones previstas en el art. 779.1 de la LECrim.

SEGUNDO.- En los supuestos de negligencias médicas, el Código Penal exige que un resultado sea causado por la imprudencia profesional de otro u otros.

La imprudencia, en cualquiera de sus grados, ya sea delito o delito leve, se asienta en tres pilares básicos: a) El primario de la acción u omisión llevada a efecto con inobservancia de normas, diligencias o reglas de cautela, requerido por las circunstancias; b) La realidad del evento perjudicial; y c) Nexo causal indubitado entre la acción u omisión ejecutada y el daño concreto ocasionado, de modo que, de haberse observado el deber de cuidado exigible, la lesión del bien jurídico protegido se hubiera evitado, exigiéndose, por tanto previsibilidad y evitabilidad.

Aplicados tales parámetros al ejercicio de la profesión médica y al hecho objeto de las presentes actuaciones, en cuanto pudiera verse afectado por esa tipicidad culposa, había de valorarse la labor médica en su justa dimensión, en la medida en que las conductas enjuiciadas se desarrollan en el ámbito de la "lex artis" cuya correcta observancia se ha cuestionado. En esa relación de causalidad es necesario que, en principio y en abstracto, sea valorado qué incidencia puede tener un comportamiento en el resultado producido, esto es, si tal conducta ha generado un riesgo inadmisibles, ha incrementado innecesariamente la existencia del mismo, o si, por el contrario, el riesgo que ha generado es tolerable, admitido o incluso necesario, de forma que no se puedan imputar las consecuencias lesivas para un bien jurídico del riesgo inherente a la acción desarrollada, es decir, antes de cuestionar una posible imputación subjetiva, es necesario llevar a cabo un juicio de imputación objetiva que permita reconocer o no la existencia de una acción típicamente antijurídica, que permita considerar la relevancia jurídico - penal de tal nexos causal, relevancia que ha de determinarse desde el plano de la tipicidad, desde el sentido del tipo, el cual a su vez se refiere a condiciones del resultado



generalmente apropiadas o adecuadas desde el punto de vista de la experiencia, lo que es aplicable tanto a los delitos dolosos como a los culposos.

Es la Medicina la que establece y define la "lex artis" y la "lex artis ad hoc", siguiendo estándares aceptados en el propio ejercicio de la profesión y teniendo en cuenta las circunstancias y condiciones de la ciencia y la concreta situación del paciente, así como la existencia de la llamada "libertad clínica", que obliga al médico a tomar decisiones que pueden ser discutibles, pero que deben considerarse prudentes entre tanto no existan elementos de los que quepa inferir lo contrario. Debe tenerse en cuenta que la ciencia médica no es una ciencia exacta, sino que la exigencia de responsabilidad presenta siempre grandes dificultades porque su ciencia es inexacta por definición. Concurren en ella factores y variables imprevisibles que pueden provocar serias dudas sobre las causas determinantes del daño, a lo que debe de añadirse la libertad del médico que nunca debe de caer en audacia o aventura. Más allá de puntuales deficiencias técnicas o científicas, salvo que se trate de supuestos cualificados, ha de ponerse el acento de la imprudencia en el comportamiento específico del profesional que, pudiendo evitar con una diligencia exigible a un médico normal - la diligencia medida por sus conocimientos y preparación - el resultado lesivo o mortal para una persona, no pone a su contribución una actuación impulsada a contrarrestar las patologías existentes con mayor o menor acierto, si ese arco de posibilidades está abierto a la actuación ordinaria de un profesional de la medicina. Es decir, en cualquier caso, la determinación de la responsabilidad médica debe llevarse a cabo en atención a las situaciones concretas y específicas sometidas al enjuiciamiento penal, abandonando todo tipo de generalizaciones, teniendo en cuenta que, en principio, carece de relevancia penal el error de diagnóstico o de tratamiento salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable, ya sea por conductas descuidadas de las que resulte un proceder irreflexivo, derive de la falta de adopción de cautelas de generalizado uso o de la ausencia de pruebas, investigaciones o verificaciones precisas como imprescindibles para seguir el curso en el estado del paciente, aunque entonces el reproche de culpabilidad viene dado, en estos casos no tanto por el error, si lo hubiere, sino por la dejación, el abandono, la negligencia y el descuido de la atención que aquél requiere.

TERCERO.- Pues bien, sentado lo anterior, en el caso que nos ocupa, examinado lo actuado hay que concluir, visto lo declarado por los testigos, el personal médico y sanitario que participaron en la segunda intervención, y de cuyas declaraciones no hemos de dudar en tanto que no encontramos motivo espurio para hacerlo, y en tanto que sus afirmaciones encuentran apoyo en las fotografías aportadas a la causa así como en lo informado razonadamente por algunos de los peritos que lo han hecho en esta fase con conocimientos y preparación más que suficiente para ello, que existen serios indicios de algunos de los hechos en que se sustenta el recurso interpuesto: a) que en la primera intervención se dejaron dos compresas olvidadas en el interior del paciente; b) que el alta hospitalaria fue precoz c) que las compresas olvidadas fueron el caldo de cultivo perfecto para que anidara en ellas y colonizara el hongo del mucor, lo que produjo un debilitamiento de las paredes de la aorta y provocó la aparición del pseudoaneurisma, hongo éste contagiado en el quirófano en esa primera intervención; y d) que cuando se decide la segunda intervención el radiólogo diagnosticó únicamente la existencia de un hematoma, no de un pseudoaneurisma, lo cual supuso que la intervención quirúrgica hubiera sido planteada de forma incorrecta.

Ahora bien, ello no conlleva estar de acuerdo con su conclusión, la de que la causa ha de continuar por los trámites del procedimiento abreviado, ya que no puede afirmarse que el olvido de las compresas, favorecedoras del hongo del mucor que debilitó la pared de la aorta y provocó la aparición de un pseudoaneurisma, fuera la causa que provocara la muerte del paciente, su muerte fue debida a que la segunda intervención que le fue realizada fue incorrecta, como lo fue el recuento de las compresas en la primera intervención.

Así se dice por los peritos Carlos Jesús y Carlos Miguel, llegando el primero de ellos a afirmar que de haberse realizado la intervención correcta el paciente hubiera sobrevivido.

Y fue incorrecta esa segunda intervención porque el radiólogo diagnosticó al paciente un hematoma cuando en realidad tenía un pseudoaneurisma, por lo que dichos peritos afirman que la actuación del personal médico fue la adecuada, es más otro perito Luis Francisco señala que esa segunda intervención fue terrible y que el Doctor Enrique hizo lo que pudo.

En definitiva, no hay relación de causalidad entre el olvido de las compresas en el paciente y el fallecimiento de éste en la segunda operación, que si se produjo fue, no por una incorrecta realización de la misma sino por una incorrecta planificación como consecuencia de un error de diagnóstico del radiólogo, el cual es explicable, según aclara la perito Eugenia, ya que el hematoma era mucho mayor que el pseudoaneurisma.

Por ello, y dado que no está suficientemente justificada la perpetración del hecho delictivo origen de la presente causa, es obligada y correcta la decisión de sobreseer provisionalmente y archivarla, no siendo procedente su continuación, con los consiguientes perjuicios económicos y personales que conllevaría para los investigados, pena de banquillo, cuando existe como es el caso un pronóstico, fundado, por lo expuesto, de inviabilidad de la



condena por insuficiencia del material probatorio con que se cuenta, como tampoco lo sería el sobreseimiento libre y archivo de la misma, ya que, teniendo el efecto de cosa juzgada, o sea equivalente a una sentencia absolutoria, sólo podría dictarse lógicamente con moderación cuando se tiene total certeza y absoluta de lo sucedido, siendo más prudente el provisional.

Por tanto, ha de desestimarse el recurso hecho valer y confirmar el Auto apelado.

Y ello, sin perjuicio claro está, de la responsabilidad patrimonial, por daños y perjuicios, a reclamar por los recurrentes ante la jurisdicción civil o contencioso - administrativa, que se haya podido derivar de los actos médicos que, por erróneos o incorrectos, hayan producido el luctuoso resultado de la muerte de su familiar.

CUARTO.- Siendo de desestimar el recurso, a los recurrentes han de imponérseles las costas del mismo, art. 240 de la LECrim.

PARTE DISPOSITIVA

La Sala ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación de Amparo , que actúa en su nombre y en el de sus hijos menores; Adrian ; Amadeo , Julia ; Justa ; y Celso , contra el Auto dictado por el Juzgado de Instrucción Núm. 1 de Oviedo, con fecha 9 de mayo de 2019, que se confirma en todos sus extremos, imponiendo las costas del recurso a los apelantes.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Remítase testimonio de esta resolución al Juzgado de origen dejando certificación en el Rollo de Sala.

Así, por este su Auto, contra el que no cabe recurso alguno, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados de la Sala, doy fe.