

Facilita obtener la historia clínica

## La vía penal, la más 'barata' y dañina

La ley de tasas no grava la querrela criminal, haciéndola más atractiva. Las condenas son escasas, pero la imputación penal alarma al médico.

**DIARIO MEDICO.** Soledad Valle. Madrid | soledad.valle@unidadeditorial.es | 15/07/2013 00:00

---

Es un disparo a quemarropa, del que huyen muchos abogados. Rafael Martín Bueno es uno de ellos. Defiende a pacientes en reclamaciones contra médicos y colabora en la asociación víctimas de negligencias sanitarias (Avinesa). Intervino en el juicio por la muerte del cantautor Enrique Morente en la vía penal, que, finalmente, no prosperó, aunque la demanda civil sigue su proceso. "Es lo que te puede pasar en la vía penal, que, como nos ocurrió, el médico forense encargado de hacer la pericial a instancia judicial fue un psiquiatra, no especialista en la patología del paciente".

Martín Bueno encuentra un inconveniente en lo que la mayoría de abogados y pacientes ven un beneficio, esto es, que en la jurisdicción criminal el juez encargue un informe pericial al médico forense, sin coste para la parte.

Pero lo cierto es que la vía penal está ganando atractivos por sus ventajas procesales. No hay que pagar una primera pericial médica del proceso, porque la encarga el juez al médico forense, y tampoco hay tasas judiciales. De modo que presentar una querrela contra el médico ante la sospecha de una mala praxis sale casi gratis, a pesar de que las posibilidades de que prospere, de que incluso llegue a juicio, son escasas.

Carlos Hernández, abogado del Colegio de Médicos de Madrid, explica que "la muy discutida ley de tasas ha hecho que los procesos civiles y contenciosos estén gravados con una tasa inicial, de considerable importe económico, y, en cambio, los procesos penales no".

También por este camino es más fácil recabar la historia clínica del paciente. Julio César Galán, abogado experto en Derecho Sanitario, se declara "contrario a la vía penal"; y afirma que "las negativas de las gerencias de los hospitales a dar la historia clínica al paciente cuando la solicita para iniciar una demanda lleva a preferir la reclamación en la vía penal". La mayoría de los abogados expertos en Derecho sanitario coinciden en este punto, excepto Martín Bueno que tampoco ve esta posibilidad como una ventaja. "Es más sencillo abrir unas diligencias preliminares para obtener la historia clínica, sabiendo que tardarán uno o dos meses y, entonces, presentar la reclamación por vía Civil, que es la que prefiero".

### **Cuestiones éticas**

En definitiva, el abogado de Avinesa cuestiona que sea ético hacer pasar por imputado en un juicio a un médico cuya culpa no está clara. Y es que sobre lo que sí están de acuerdo los letrados, también Martín Bueno, es que los juicios penales acaparan una mayor atención mediática y también atemorizan más al médico. En consecuencia, puede existir una mayor predisposición de las partes a negociar. Hay un daño evidente para el facultativo en estos procesos, aunque el resultado sea absolutorio.

Son pocos los juicios a médicos por mala praxis que llegan a la vía penal y, de los que llegan, el 74 por ciento terminan en absolución, según apunta Javier Moreno Alemán, socio abogado de Asjusa-Letramed. Pero que esto no confunda: los jueces instruyen procedimientos por actuaciones médicas con sospechas de criminalidad y muchos terminan archivándose, es decir, no llegan a juicio. En el procedimiento de instrucción es cuando se reúne tanto la pericial forense como la historia clínica, con la que, según aseguran varios abogados, los demandantes continúan reclamando en otras jurisdicciones, porque, incluso aunque haya juicio absolutorio en lo penal, esto no anula la posibilidad de recurrir por otros caminos. Es el fenómeno de la gratuidad de la vía penal.

Pero, ¿cuándo una mala praxis conlleva una condena penal? La respuesta es que rara vez, pero ocurre.

Antonio del Moral, magistrado de la Sala Penal del Tribunal Supremo, apunta la necesidad de que la mala praxis produzca un resultado lesivo, que constituya un delito y además que exista culpa. "Si la culpa o imprudencia puede calificarse de grave estaremos ante un delito. Si no, si es culpa leve, podría ser una falta, que es también responsabilidad penal, pero mucho más exigua". Además, el magistrado advierte de que estas premisas "se modulan desde el punto de vista probatorio". Aclara que "así como en civil la prueba se valora con otros criterios más flexibles, en penal se exige que todos los elementos queden plenamente probados y, en caso de duda, se impone la absolución". Los elementos probatorios a los que se refiere Del Moral son que haya existido esa imprudencia, que sea grave y que el daño delictivo haya sido ocasionado por esa imprudencia achacable al autor.

### **Sin que quepa duda**

En definitiva, el demandante tiene que demostrar fehacientemente la relación de causalidad directa entre la actuación médica y el daño que se reclama.

La exigencia extrema no sorprende, pues las penas asociadas a estos delitos pueden llevar a la inhabilitación del profesional e, incluso, a penas de cárcel.

De modo que si la vía penal termina con escasas condenas por su exigencia en la relación de causalidad entre la actuación médica y el daño y, además, plantea ciertos dilemas éticos, el incentivo fundamental de este camino se reduce a una ventaja económica y de obtención de pruebas.

Partiendo de que esta tendencia no beneficia, en último término, a ninguno de los implicados, ni médicos, ni demandantes, ni sistema judicial, Hernández, abogado de Madrid, apuesta por modificaciones legislativas y la promoción de la mediación, como soluciones.

## **Ventajas e inconvenientes de la vía penal**

---

### **Ventajas:**

1. No hay que abonar tasas, ni depósitos a diferencia de lo que ocurre en las jurisdicciones civil y contenciosa-administrativa.
2. Hacerse con un informe pericial sin coste. El juzgado penal solicita al médico forense un informe sobre la praxis empleada por los profesionales imputados. Es un dictamen gratuito, ya que no hay que abonar los honorarios al forense algo que sí ocurre con las periciales.
3. El acceso a la historia clínica es más sencillo. El juzgado de instrucción manda una orden al centro hospitalario para recabar toda la documentación y éste no se puede negar a obedecer.
4. En el caso de que se archive la querrela, lo que ocurre en muchos procesos, el demandante puede acudir a otras jurisdicciones, además, con la documentación adquirida en la instrucción penal.
5. La mayor fuerza coactiva y coercitiva del proceso penal en el momento de plantear una negociación.

### **Inconvenientes:**

1. El archivo de la causa penal puede servir de argumento para las las reclamación que se presenten en otras vías.
2. Crea una alarma muchas veces innecesaria.

## **"La vía penal representa sólo un 2% de reclamaciones por daño"**

---

Si la comparamos con otras jurisdicciones, tenemos el reflejo cuantitativo de la escasa representatividad de la vía penal en las reclamaciones por mala praxis sanitaria: "Sólo un 2 por ciento del total", según apunta Javier Moreno Alemán, abogado socio de la firma Asjusa-Letramed, que lleva los servicios jurídicos de Zurich, en sus contratos de seguros con las distintas Administraciones. "Entre 2011 y 2012 las sentencias penales representaron el 3,75 por ciento del total de las sentencias recaídas y de éstas el 74 por ciento resultaron absolutorias, con lo cual el riesgo real de condena en vía penal es muy escaso".

A pesar de eso, Moreno Alemán reconoce que los últimos cambios legislativos han hecho "ganar atractivo" a este camino. Admite que "la viabilidad de una querrela es muy limitada, pues el Derecho Penal está reservado para aquellas conductas más graves, que en el ámbito sanitario son excepcionales". Añade que el archivo de una demanda en la vía penal puede perjudicar otros caminos de reclamación.

## Absoluciones...

---

- El Juzgado de lo Penal número 4 de Valencia [absolvió a un otorrinolaringólogo](#) de la querrela presentada por la familia de un paciente que falleció después de una septoplastia para corregir la deformidad del tabique nasal. Los hechos ocurrieron en 2007, cuando el paciente, de 61 años y con dificultad respiratoria, decidió someterse a la intervención, que transcurrió sin problemas. Pero, ya en su casa, se levantó con mareos y fue trasladado a urgencias del hospital donde le vieron dos orificios en la lámina cribosa por donde se habría filtrado aire al cerebro. La familia argumentó que la septoplastia fue la responsable de la perforación por donde entró el aire al cerebro. El juez no encuentra reproche a la actuación médica, y razona que "la mera sospecha no puede llevar a una condena penal".
- El Juzgado de Instrucción número 52 de Madrid decidió archivar la [querrela presentada por la familia del cantaor Enrique Morente](#) contra el cirujano Enrique Moreno y los médicos que intervinieron al artista en la Clínica La Luz de Madrid, en la que falleció. La decisión del tribunal fue recogida en un auto de 79 páginas, que ponía fin a dos años y medio de instrucción del caso, y en argumentaba no encontrar "indicios penales" para abrir un juicio. A pesar de eso, el auto recoge que "es un dato cierto que el consentimiento de la primera cirugía no contenía información escrita alguna acerca de los tratamientos alternativos a la cirugía por los que el paciente podría haber optado si ese hubiese sido su deseo", pero esta cuestión no genera responsabilidad penal.
- La Audiencia Provincial de Ciudad Real, en un juicio con jurado popular, absolvió a un médico de un delito por omisión de socorro. La querrela fue presentada por los padres de un joven que falleció a pocos metros de la puerta de un hospital de Ciudad Real sin llegar a ser atendido por el médico de urgencias de ese centro, imputado en el caso, porque éste rechazó abandonar su puesto y acudir en auxilio del enfermo. La sentencia de la Audiencia reconoce que el acusado "no realizó una negativa expresa a llevar a cabo la asistencia sanitaria que se le pedía porque [...] ofreció la alternativa de llamar al 112, urgencias extrahospitalarias". De la decisión judicial se desprende que el médico de urgencias no tiene que asistir emergencias externas.

