

Cumplir un protocolo no lleva consigo la absolución penal"

Los protocolos médicos operan en los dictámenes periciales como guías fundamentales, pero no vinculan jurídicamente al juez. Alberto Jorge Barreiro, presidente de la Sección XV de la Audiencia de Madrid, explica que cumplirlos no garantiza la absolución del médico en la vía penal.

Nuria Siles 21/10/2008

"El problema de la imprudencia médica es que no existe una reglamentación sobre la forma de diagnosticar y operar, lo que ha dado lugar desde hace unos quince años a que se aporten en los procedimientos penales los llamados protocolos médicos", según Alberto Jorge Barreiro, presidente de la Sección XV de la Audiencia Provincial de Madrid.

El magistrado ha explicado en el XV Congreso Nacional de Derecho Sanitario que dichos protocolos, aunque "en la práctica operan como unas guías fundamentales para aplicar o no la infracción del deber objetivo de cuidado", no tienen vinculación jurídica para el juez.

"El hecho de cumplir un protocolo no lleva consigo la exclusión del riesgo ilícito ni la absolución en la vía penal". El problema es que "a veces no está claro el protocolo y los peritos se contradicen en cuanto a cuál es el más correcto. Se trata de algo que ocurre en la práctica; por ejemplo, en cirugía de láser existen peritos que dicen en juicio que lo correcto es operar primero un ojo y luego el otro, y hay otros que dicen que con arreglo a los protocolos es mejor operar los dos conjuntamente".

Problemas que se plantean

En su intervención Barreiro se ha referido a una serie de problemas que se plantean en la práctica judicial diaria. Uno de ellos deriva de la posibilidad de que un jefe de servicio imponga a sus subordinados un determinado protocolo que contenga un riesgo superior al legalmente autorizado y con cuya aplicación un residente o un jefe de sección, por ejemplo, no estén de acuerdo. "En ese caso la persona que lo impone tiene en principio una responsabilidad mayor que la subordinada, que posiblemente en el ámbito penal quedaría exenta".

Otro de los problemas con el que se encuentran los jueces está relacionado con la llamada libertad terapéutica. "A veces hay protocolos que son muy avanzados y conllevan un riesgo muy elevado.

En estos supuestos el juez ha de ponderar el riesgo implícito de la enfermedad y la posibilidad de neutralizar ese riesgo con técnicas quirúrgicas o diagnósticos que no sean tan agresivas.

Además, debe compulsar si el exceso de riesgo es compensado por la eficacia de la intervención, de tal forma que en los casos en los que haya procedimientos menos agresivos y que no generen un riesgo elevado nunca podrán admitirse, en base a la libertad de método, técnicas que impliquen un riesgo que se considere penalmente ilícito".

El magistrado ha recordado que para que intervenga la jurisdicción penal el riesgo ilícito originado tiene que ser muy elevado, pero no siempre genera en la práctica una infracción penal. En este punto hay que tener en cuenta el criterio de la inevitabilidad del resultado, que tiene gran importancia en las imprudencias médicas, de tal modo que si el resultado era inevitable, fácilmente la sentencia será de carácter absolutorio. Aquí los profesionales del derecho se dividen en dos: un sector mayoritario que dice que para condenar en estos casos hay que acreditar al 90 ó 100 por cien de probabilidad que el enfermo se hubiera curado con la intervención correcta del médico, y otro que considera suficiente con que el facultativo incremente el porcentaje de riesgo en perjuicio del paciente.

En el supuesto de que se trate de imprudencias en cadena de distintos profesionales, hay que analizar individualmente las conductas y atribuir a cada una de ellas las consecuencias que le corresponda.

Cuando hay concurrencia de culpas del médico y el paciente, los casos se resuelven analizando el riesgo que ha generado el facultativo interviniendo incorrectamente y el del enfermo por no seguir el tratamiento.

Además, se ha referido a la imprudencia común y la profesional, que es un tipo penal agravado. En este punto se preguntaba: ¿qué es más grave, la imprudencia común de un médico que confunde una pierna con otra al operar, o que incurra en un fallo estrictamente técnico al realizar una intervención?

Imparcialidad 'vs' falta de especialización

Los peritos oficiales gozan de mayor imparcialidad en sus dictámenes y por ello los jueces los prefieren. Sin embargo, hay que tener presente que no siempre cuentan con la especialización necesaria para informar sobre temas médicos. En ocasiones, especialistas en Traumatología informan sobre un tema de Ginecología. En este contexto, cabe preguntarse hasta qué punto debe primar siempre el dictamen pericial oficial sobre el particular. Según el magistrado Alberto Jorge Barreiro, "los peritos oficiales parten de una posición de mayor objetividad e imparcialidad, por lo que, de entrada, en la práctica los jueces tenemos una mayor tendencia a dejarnos llevar por sus dictámenes". No obstante, "eso no quiere decir que un buen informe particular pueda ser más correcto y convenza a un juez o tribunal, sobre todo hoy día en que hay careos de los peritos en juicio. Es muy interesante

que los particulares cuestionen los peritajes oficiales porque el debate es más rico y se llega más al fondo de la verdad". Barreiro reconoce que "uno de los grandes problemas que existe es la elaboración de un peritaje especializado porque es más complejo de hacer y no hay peritos especializados suficientes en la clínica médico-forense de Madrid".

Diario Médico