



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

XDO. DE INSTRUCCIÓN N. 3 SANTIAGO DE COMPOSTELA

-

RUA VIENA S/N, 3ª PLANTA.- POLIG. FONTEIÑAS.- SANTIAGO DE COMPOSTELA

Teléfono: [REDACTED] Fax: [REDACTED]

Equipo/usuario: [REDACTED]

Modelo: 425000

DPA DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0000002 /2016

N.I.G: 15078 43 2 2015 0013971

Delito/Delito Leve: PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

Denunciante/Querellante: ASOC. PLATAF. AFECT. POR HEPATITE C ASOC. PLATAF. AFECT. POR HEPATITE C, UNION CONSUMIDORES DE GALICIA

Procurador/a: RANIERO FERNANDEZ PEREZ, SUSANA CABANAS PRADA

Abogado: ,

Contra: FELIX [REDACTED], CAROLINA [REDACTED]

Procurador/a: ,

Abogado: LETRADO DE LA COMUNIDAD, LETRADO DE LA COMUNIDAD

A U T O

En Santiago de Compostela, a 25 de Noviembre de 2019.

HECHOS

ÚNICO.- Las presentes actuaciones se incoaron en virtud de denuncia presentada por el MF contra Don Félix [REDACTED] [REDACTED] (Director de Asistencia Sanitaria del SERGAS) y Doña Carolina [REDACTED] [REDACTED] (Subdirectora Xeral de Farmacia del SERGAS), como presuntos responsables de varios "delitos de homicidio por imprudencia grave profesional y prevaricación de los tipificados en los artículos 142.1-3 y 404 del Código Penal", según reza la fundamentación jurídica de la denuncia.

En fecha 4 de febrero de 2016 se admite a trámite dicha denuncia por un presunto delito de prevaricación y se acuerda la toma de declaración en calidad de investigados de ambos denunciados, la cual tuvo lugar el pasado 28 de abril de 2016. A resultas de dicha declaración, el MF presentó en fecha 2 de mayo de 2016 nuevo escrito en el que solicita del Juzgado de instrucción "que delimite de forma clara el objeto de la investigación, partiendo de los hechos denunciados, y sin limitar dicho objeto de instrucción, no pronunciándose sobre la misma...". En fecha 5 de septiembre de 2016, el Ministerio Fiscal presenta nuevo escrito solicitando que se resuelva la petición efectuada el pasado 2 de mayo "al objeto de concretar la imputación e impulsar la tramitación del procedimiento".

En fecha 22 de diciembre de 2016, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santiago de Compostela dicta Auto

acordando "que se tenga por dirigido el procedimiento frente a los denunciados por un delito de homicidio imprudente respecto de los pacientes 1 a 5 y 7 según la numeración de la denuncia...". Pues bien, así conformado el objeto de la presente investigación, se han ido practicando a lo largo de la misma numerosas diligencias, la última de las cuales, consistente en la elaboración de un informe pericial ampliatorio por parte del IMELGA, tuvo entrada en este Juzgado en fecha 8 de octubre de 2019. De este modo, y ya agotado el plazo de la presente instrucción, el pasado 15 de octubre de 2019 dictó diligencia de ordenación por la LAJ dando cuenta del susodicho informe, quedando desde tal fecha las actuaciones sobre la mesa para resolver.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Según lo previsto en el art. 299 y 777 de la LEcrim. el objeto de la instrucción es la práctica de aquellas diligencias que se estimen necesarias para el esclarecimiento de hechos que poseen relevancia penal, recabando todos los datos, vestigios e informaciones que resulten necesarios para su averiguación y para la identificación de sus presuntos responsables. Del mismo modo, según lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 779, apartado 1º: "Practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante Auto alguna de las siguientes resoluciones:

1ª) Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o *no aparece debidamente 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 archivo."

SEGUNDO.- Pues bien, a la vista del contenido de las actuaciones obrantes en el presente procedimiento se concluye que debe procederse al sobreseimiento provisional y al archivo de las mismas, ya que no resulta debidamente justificada la perpetración de los delitos que han motivado la incoación de las presentes.

En primer lugar, el objeto de la investigación aparece descrito en el HECHO SEGUNDO de la denuncia que dio origen a las presentes diligencias. Según se dice en el mismo, los denunciados "*...tramitaron con retraso injustificado, dilatando la toma de decisiones, y la puesta en marcha de los mecanismos de contratación y financiación de la compra de dicha medicación, eludiendo dar respuesta a las peticiones formuladas por los facultativos en relación a pacientes que se encontraban en estado grave y sin otra alternativa terapéutica, infringiendo los compromisos establecidos en las*



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

instrucciones por ellos elaborados, hasta el punto de poner en grave riesgo la vida de los pacientes, con resultado de muerte en alguno de los supuestos". A continuación, en el HECHO CUARTO (en realidad debiera ser TERCERO), añade: "El Director Xeral de Asistencia Sanitaria Félix [REDACTED], incumpliendo la legalidad tanto presupuestaria como en materia de contratación, lejos de realizar una retención de crédito para atender la necesidad de gasto..., resuelve, delegando la responsabilidad de forma irregular en los centros de gestión integrada, fraccionarlo en contratos menores..."; y concluye: "De donde se desprende que el retraso en las peticiones y suministro de SOFOSBUVIR obedecieron a razones de tipo presupuestario del SERGAS, y no de contenido médico o clínico, posponiendo la toma de decisiones".

En síntesis, lo que sostiene el MF, haciendo propia la denuncia presentada por la Asociación Batas Blancas, es que los investigados habrían demorado injustificadamente la toma de decisiones relativas a la contratación de fármacos prescritos por los médicos que atendían a diversos pacientes afectados por hepatitis C, incumpliendo los procedimientos y/o protocolos sanitarios prestablecidos a tal fin, anteponiendo razones de tipo presupuestario respecto de la salud de los propios pacientes, con el consiguiente riesgo para la vida de los mismos, algunos de los cuales han fallecido.

Así fijados los hechos, corresponde acto seguido encuadrar los mismos en algún tipo delictivo, al menos indiciariamente. En el escrito de la denuncia se aludía en concreto a un posible delito de prevaricación y a un posible delito de homicidio por imprudencia profesional grave. Pues bien, las numerosas diligencias de investigación practicadas no permiten sustentar tal imputación con la seriedad y fundamento mínimamente consistente para justificar el impulso del procedimiento por los cauces del abreviado.

Así, en cuanto al delito de prevaricación administrativa (art. 404 CP) debe de tenerse en cuenta que, tal como indican las sentencias de la Sala 2ª del TS de 18 de mayo de 1999 y de 9 de julio de 1999, una resolución ilegal no es, sólo por ser ilegal, una resolución injusta. La injusticia supone un "plus" de contradicción con la norma que es lo que justifica la intervención del derecho penal. La jurisprudencia de la Sala 2ª del TS ha considerado (Sentencias de 20 de mayo de 1995, 1 de abril de 1996, 23 de abril de 1997 y 27 de enero de 1998) que únicamente cabe reputar injusta una resolución administrativa, a efectos de incardinarla en el tipo de prevaricación, cuando la ilegalidad sea "evidente, patente, flagrante y clamorosa", incluso "grosera" se dice en la Sentencia de 9 de julio de 1999, rectificándose así una doctrina anterior excesivamente extensiva en la conceptualización de lo injusto administrativo. Ese ejercicio arbitrario del poder se produce, dicen las Sentencias de la Sala 2ª del TS de

23 de mayo de 1998 y 4 de diciembre de 1998, "cuando el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico a los que están sujetos tanto los poderes públicos como los ciudadanos según el artículo 9.1 del texto Constitucional, sino pura y simplemente de su capricho, de su voluntad convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión del mejor derecho (si la resolución ha de reconocerlo a uno u otro ciudadano) o del interés colectivo (si es éste que está en juego) se pone el elemento objetivo de la prevaricación". Y como elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas", que elimina del tipo tanto la comisión por culpa como por dolo eventual, se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

Como señala la Sentencia del TS de 12-12-2001, con cita de la de 9 de junio de 1998, "el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos límites en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona...". En la misma línea, el Tribunal Supremo tiene establecido, en sus recientes sentencias de 18 julio 2005, 28 abril 2005 y 29 septiembre 2004, que: *"El principio de intervención mínima exige que el sistema penal de control social sólo pueda actuar frente a agresiones graves de los principios informadores de la actuación de la Administración, no contra meras irregularidades e ilegalidades que encontrarán su mecanismo de control en el orden contencioso-administrativo, sino aquéllas que vulneran patentemente los principios de actuación básica de la Administración. El sistema penal tiene, en consecuencia, un carácter fragmentario y es la última ratio sancionadora y es por ello que el derecho penal no sanciona todas las conductas contrarias a derecho ni las que lesionan el bien jurídico, sino tan sólo las modalidades de agresión más peligrosas, ya que su finalidad es atender a la defensa social que surge no de la simple infracción de la legalidad administrativa, lo que daría un sentido formalista al delito de prevaricación, sino la transgresión o incumplimiento de la normativa administrativa que incida de forma significativa en*



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTITIA

los administrados y en la comunidad, con perjuicio potencial o efectivo en los intereses de ambos o de la causa pública".

Entrando ya a analizar más en concreto los elementos que configuran el delito de prevaricación, sus características y elementos pueden condensarse en los siguientes, según Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002: "a) El *bien jurídico protegido* que ha de servir de punto referencial de la norma, está constituido inicialmente por el interés del Estado en el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública, punto éste en el que han de tenerse en cuenta los artículos 103 y 106 de la CE en cuanto sirven de plataforma a todas las actuaciones administrativas, estableciendo la obligación de tal Administración de servir con objetividad a los intereses generales con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho. Este bien jurídico protegido que tiene un carácter general puede ampliarse puntualmente, en cada caso concreto, al daño o perjuicio sufrido por los particulares como consecuencia de la acción prevaricadora. b) No obstante ello, el carácter fragmentario del Derecho Penal y la consideración de la sanción punitiva como "último ratio" del Derecho, que se plasma en el principio de "*intervención mínima*", debe impedir que cualquier desviación de la actividad administrativa respecto a sus fines caiga en el área penal, sino sólo aquellas que por reunir claramente los elementos típicos de las figuras penales, merezcan el reproche de la sanción penal, o dicho de otro modo, no toda infracción de la legalidad administrativa es constitutiva de este delito sino que es necesario el elemento añadido de la "*injusticia*" del acto que ha de apreciarse tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo. Esta "*injusticia*" de la resolución puede provenir, bien de la infracción de normas sustantivas o procesales, bien de la falta de competencia para dictarla, y han de consistir en infracciones "*palmarias, manifiestas y evidentes*" para quien las comete, siendo en este punto necesario distinguir, desde el punto de vista subjetivo, que la medición de lo palmario o evidente debe hacerse con arreglo a la cultura, conocimientos o posibles asesoramientos que posea o pueda poseer el sujeto activo de la acción. c) Este delito, según exige el propio precepto que le tipifica, tiene naturaleza de "*delicta propria*" o especial en cuanto sólo puede ser cometido por un círculo concreto de personas, las que reúnan la condición de funcionarios públicos según los términos definitorios del artículo 119 del Código Penal de 1973 y 24.2 del vigente. Además, a esta condición de funcionario hay que añadir la exigencia de tener el sujeto facultades decisorias, aunque sea por delegación, en el sentido de poder dictar actos administrativos u otras resoluciones que afecten a los administrados. d) Esta infracción sólo puede cometerse mediante una *actuación positiva* no siendo posible la comisión por omisión (diferencia sustantiva con el delito de desobediencia) y ello deriva de la propia literalidad del

precepto cuando emplea el vocablo "dictarse". En cuanto a lo que debe entenderse por "resolución" ha de considerarse principalmente como tal un acto administrativo que suponga una declaración de voluntad, de contenido decisorio no meramente ejecutorio de una decisión de la que tal acto traiga causa y que además "afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos puramente políticos". e) Finalmente, (...) se exige que el funcionario obre "a sabiendas" de lo injusto, lo que entraña una forma de dolo reforzado que viene interpretándose en el sentido de que el sujeto comisor ha de tener una clara consciencia de la arbitrariedad, dolo o intención que ha de probarse, como elemento subjetivo del tipo, más allá de toda duda razonable". Cabe añadir que según constante doctrina legal en el Código Penal de 1995, que suprimió la modalidad culposa de este delito, no cabe considerar posible su comisión mediante dolo eventual, incompatible con la expresión «a sabiendas» que emplea el precepto (SSTS 23/10/2000 y 3/06/2002).

Más en concreto, la *prevaricación por omisión* ha sido admitida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en los supuestos en los que es imperativo que el funcionario dicte la resolución que corresponda, cuya omisión comporta idénticos efectos que una denegación y produce una palmaria vulneración de derechos fundamentales para el ciudadano; ha de tratarse de una resolución de carácter decisorio, quedando excluidos de este concepto y, por tanto, son atípicos los actos administrativos que no tengan carácter decisorio, como son los actos de trámite (STS 23-01-1998 y 12-02-1999).

TERCERO.- Pues bien, la proyección de tal doctrina al presente supuesto no deja lugar a dudas sobre el archivo de la causa al no constar la concurrencia de los elementos que conforman el mentado tipo penal de la prevaricación y ello por la sencilla razón de que ninguno de los investigados ostentaba competencia alguna respecto de la contratación de los medicamentos destinados a repeler los efectos de la hepatitis C y menos aún para decidir la administración de tales medicamentos a los pacientes. En efecto, ni el Sr. ██████ en su condición de Director de Asistencia Sanitaria del SERGAS ni la Sra. ██████ en su condición de Subdirectora de Farmacia poseían competencia alguna en materia de contratación de medicamentos y menos aún en materia presupuestaria. Es por ello por lo que las imputaciones que frente a ellos se han realizado en la denuncia de haber incumplido "la legalidad tanto presupuestaria como en materia de contratación al no realizar una retención de crédito para atender la necesidad de gasto..." y de que "tramitaron con retraso injustificado, dilatando la toma de decisiones y la puesta en marcha de los mecanismos de contratación y financiación de la compra de medicación..." carece de sustento inculpatario alguno desde el momento en que se está atribuyendo a los investigados, en su condición de



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

funcionarios públicos, el incumplimiento doloso e intencionado de obligaciones o deberes que legalmente no les competen.

En efecto, las competencias de ambos investigados aparecen descritas con meridiana claridad en el Decreto 43/2013 de 21 de febrero dimanante de la Consellería de Sanidade y por el cual se establece la estructura orgánica del SERGAS. Así, por lo que se refiere al Director de Asistencia Sanitaria, cargo que a la fecha de los hechos era desempeñado por el Sr. [REDACTED], el artículo 9 de dicho Decreto 43/2013 establece:

"1. La Dirección General de Asistencia Sanitaria es el órgano responsable de la coordinación asistencial de las estructuras de gestión integrada y de los centros y servicios de financiación pública.

2. Le corresponden las siguientes funciones:

a) La definición de programas y objetivos asistenciales de las entidades, organismos, estructuras y centros sanitarios, en el marco de la planificación sanitaria elaborada por la Consellería de Sanidad y, especialmente, de la Estrategia Sergas 2014 y del Plan de prioridades sanitarias.

b) La coordinación, control y evaluación de las actividades asistenciales de los centros sanitarios.

c) El desarrollo de la función de compra de servicios sanitarios y sociosanitarios, la determinación y evaluación de objetivos de carácter asistencial que deben cumplir los centros a través de las fórmulas que en cada momento se determinen y aquellas otras funciones relacionadas y necesarias para conseguir estos objetivos.

d) El establecimiento de las directrices de carácter general y el seguimiento de las actividades asistenciales desarrolladas por las estructuras de gestión integrada, organismos y centros del Sistema público de salud de Galicia mediante la suscripción de los oportunos acuerdos de gestión.

e) El análisis de las necesidades de concertación de centros y servicios, así como la propuesta de suscripción de los correspondientes conciertos y su seguimiento y control.

f) La promoción de la integración y la coordinación de todos los dispositivos y recursos, fomentando las actuaciones multidisciplinares de los diferentes ámbitos o niveles, para garantizar la continuidad asistencial.

g) El impulso de la efectividad y de la eficiencia en los procesos asistenciales.

h) La actualización y la transformación organizativa y funcional de los centros y estructuras de gestión integrada de cara a mejorar los niveles de efectividad, calidad, seguridad y eficiencia.

3. Para el cumplimiento de sus funciones, cuenta con la siguiente estructura:

a) La Subdirección General de Planificación y Programación Asistencial.

b) La Subdirección General de Evaluación Asistencial y Garantías.

c) La Subdirección General de Ordenación Asistencial e Innovación Organizativa.

d) La Subdirección General de Farmacia.

4. Se adscribe a la Dirección General de Asistencia Sanitaria del Servicio Gallego de Salud la Oficina de Coordinación de Trasplantes, con las funciones previstas en la Orden de 8 de junio de 1992, la Comisión Gallega de Bioética, la Comisión Gallega de Cuidados Paliativos y la Comisión Gallega de Estrategia contra el Dolor.

5. Están adscritas a la Consellería de Sanidad, a través de la Dirección General de Asistencia Sanitaria del Servicio Gallego de Salud, la Fundación Pública de Urgencias Sanitarias-061, la Fundación Pública Centro de Transfusión de Galicia, la Fundación Pública Gallega de Medicina Xenómica y la Fundación Pública Instituto Galego de Oftalmoloxía-INGO.

6. La Dirección General de Asistencia Sanitaria será la responsable de coordinar la implantación de la Estrategia gallega de atención a la cronicidad y la Estrategia gallega contra el cáncer”.

Por su parte, la otra investigada, Sra. [REDACTED], que ostentaba a la fecha de los hechos la Subdirección General de Farmacia que, como vimos, aparece integrada en la Dirección de Asistencia Sanitaria del SERGAS, ostentaba las competencias que se explicitan en el artículo 13 del mentado Decreto en los siguientes términos:

“Artículo 13. La Subdirección General de Farmacia

1. Es el órgano encargado de la ejecución de la legislación sobre productos farmacéuticos así como del desarrollo y de la coordinación de la política autonómica en relación con la prestación farmacéutica, en los términos de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de las medicinas y productos sanitarios, y con base en lo establecido en los planes estratégicos de política farmacéutica vigentes para el Sistema nacional de salud.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

2. Le corresponde igualmente el planteamiento al órgano competente de la Consellería de Sanidad de las propuestas de creación de servicios de farmacia y depósitos de medicamentos, así como las propuestas de inspección de actividades en materia de farmacia; el desarrollo de programas orientados a la racionalización y calidad del empleo de los recursos farmacoterapéuticos en los servicios sanitarios y en la prestación sociosanitaria, con criterios de efectividad, seguridad, equidad y coste, así como de impulsar programas de formación e información a profesionales y ciudadanos, en los términos previstos en la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia; el planteamiento de las propuestas normativas en materia de prestación farmacéutica y de productos dietéticos, así como el desarrollo y seguimiento de la prestación farmacéutica, el análisis del consumo de recursos farmacoterapéuticos en el Sistema público de salud de Galicia y en los centros de atención residencial conveniados, las correspondientes evaluaciones y seguimiento presupuestario y el desarrollo de estrategias de control del gasto farmacéutico, en coordinación con otros órganos del Servicio Gallego de Salud.

3. Se adscriben a la Subdirección General de Farmacia la Comisión Autónoma Central de Farmacia y Terapéutica, la Comisión autonómica central para el seguimiento del concierto para la prestación farmacéutica con las oficinas de farmacia, los comités asesores de la utilización terapéutica de la hormona del crecimiento, de la esclerosis múltiple, del tratamiento de pacientes con déficit de alfa-1-antitripsina y cuantas comisiones se decidan crear referentes a medicamentos destinados a patologías concretas.

Asimismo, quedan adscritos también a la Subdirección General de Farmacia el Centro de Información Farmacoterapéutica, la Unidad de Apoyo a la Prescripción y el Centro de Farmacovigilancia de Galicia.

4. Para el desarrollo de sus funciones, contará con las siguientes unidades con nivel orgánico de servicio:

3.1. Servicio de Gestión de la Prestación Farmacéutica.

Le corresponde la realización de las siguientes funciones:

a) La gestión, coordinación y evaluación de la prestación farmacéutica y los productos dietéticos en el Sistema público de salud de Galicia y en los centros de atención residencial conveniados, así como del concierto de prestación farmacéutica con las oficinas de farmacia.

b) El análisis y seguimiento del gasto farmacéutico y la elaboración de la propuesta de presupuesto destinado a la cobertura farmacoterapéutica de los usuarios del Servicio Gallego de Salud en las estructuras de Gestión Integrada; el

diseño, desarrollo y gestión de los sistemas de información de la prestación y consumo farmacéutico, su mantenimiento y actualización y, en general, aquellas otras funciones que, dentro de su ámbito, le sean asignadas.

3.2. Servicio de Uso Racional del Medicamento y Atención Farmacéutica.

Le corresponde la realización de las siguientes funciones:

a) A planificación, desarrollo, coordinación y evaluación de programas y medidas dirigidas al uso racional de medicamentos y productos sanitarios, así como la gestión y coordinación de la homologación sanitaria y de la atención farmacéutica en las estructuras de gestión integrada.

b) La coordinación de los comités y comisiones de farmacia y terapéutica adscritas a nivel central y a las estructuras de gestión integrada, con el fin de establecer protocolos y guías terapéuticas acordadas con base en principios de eficiencia y equidad.

c) La coordinación del Centro de Información Farmacoterapéutica para la evaluación de nuevos medicamentos y la formación e información a los profesionales sanitarios, así como la coordinación de la unidad de apoyo a la prescripción como ayuda al profesional para facilitar las mejores prácticas de prescripción y buen uso de los medicamentos y, en general, aquellas otras funciones que, dentro de su ámbito, le sean asignadas.

3.3. Servicio de Calidad y Seguridad de Medicamentos y Productos Sanitarios.

Le corresponde la realización de las siguientes funciones:

a) La coordinación del Centro de Farmacovigilancia y de la vigilancia de productos sanitarios para desarrollar e impulsar programas dirigidos a la prevención y detección de riesgos relacionados con la utilización de productos farmacéuticos. También le corresponde la gestión de la Red gallega de alerta sobre riesgos relacionados con los medicamentos y productos sanitarios de uso humano, así como de los defectos de calidad detectados nos mismos.

b) La propuesta de acciones inspectoras relacionadas con el cumplimiento de normas, buenas prácticas y control de calidad de medicamentos y productos sanitarios, y en materia de publicidad y promoción de los mismos y en materia de control de falsificaciones y medicamentos ilegales.

c) La implantación de medidas destinadas a garantizar y controlar el abastecimiento y la trazabilidad de medicamentos y productos sanitarios y el establecimiento de las condiciones de acceso y utilización de los mismos conforme a la normativa vigente y, en general, aquellas otras que, dentro de su ámbito, le sean asignadas".



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Como vemos pues, de la simple lectura de tales preceptos se desprende que ni la Dirección de Asistencia Sanitaria ni la Subdirección General de Farmacia que se integra en dicha Dirección, ostentan competencia alguna para decidir la contratación de los medicamentos destinados a paliar los efectos de la hepatitis C y menos aún capacidad para diseñar presupuestos o compromisos de gasto en tal sentido o con tal finalidad. Y ello es así porque tales competencias exceden del ámbito de responsabilidad de tales organismos y trascienden a su ámbito competencial de ahí que el artículo 4 del Decreto 43/2013 reserve para la propia Presidencia del SERGAS la facultad de actuar como órgano de contratación en este ámbito, si bien es cierto que, a su vez, dicha Presidencia ha delegado tal competencia en otros órganos como son la Dirección Xeral de Recursos Económicos y la Xerencia de Xestión Integrada. Son éstos los órganos competentes para decidir, cada uno dentro de su propio ámbito competencial, en materia de contratación y de ejecución presupuestaria en lo que respecta a la compra y suministro de medicamentos, entre ellos lógicamente los destinados a paliar los efectos de la hepatitis C.

Por tanto, careciendo los investigados de competencia en este ámbito de contratación no puede en modo alguno reputarse prevaricador el incumplimiento a sabiendas de una obligación que no les incumbe, lo que excluye la posibilidad de aplicar el tipo previsto en el artículo 404 del CP.

CUARTO.- Sostiene igualmente el Ministerio Fiscal y las acusaciones personadas que ha habido por parte de los investigados un retraso o demora en la tramitación de los expedientes para autorización de tales medicamentos (SOFOSBUVIR y DECLATASVIR) de uso compasivo y fuera de ficha técnica de tal modo que -añaden- esas demoras han tenido incidencia en la agravación del estado de los pacientes afectados por el virus de la hepatitis C, algunos de los cuales habrían fallecido incluso por tal motivo, concretamente los pacientes 1 a 5 y 7, según la numeración de la denuncia, que se corresponden con: [REDACTED]

[REDACTED]. Constituye ésta la imputación principal realizada a los investigados que, de hallarse acreditada, pudiera ser constitutiva de un delito de homicidio en su modalidad de comisión por omisión a título de dolo, del artículo 138 del CP por cada una de las muertes producidas, y alternativamente, del tipo imprudente del artículo 142.1 del mismo texto legal.

Así las cosas, conviene recordar en primer lugar que el artículo 43 de la Constitución no reconoce propiamente un derecho a la salud sino un derecho a la protección de la salud, lo cual es lógico pues, más que ante un derecho fundamental de inmediata exigencia, nos hallamos, como bien ha

puntualizado el TS, ante una "obligación de medio" que conmina a los poderes públicos a diseñar, planificar y orientar toda su actuación en orden a tratar de llevar a cabo toda una serie de actividades que tengan por fin principal el mantenimiento, restablecimiento y la mejora de la salud de los ciudadanos, sin que ello comporte una obligación de que tal resultado sea siempre logrado, pues es obvio que tal objetivo no siempre puede alcanzarse. En definitiva, nos hallamos ante una "obligación de medio", no de "resultado". Dicho lo cual, para analizar si nos hallamos o no ante un delito de homicidio en comisión por omisión, hemos de partir de lo dispuesto en el artículo 11 del CP que establece que: *"Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:*

a) *Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.*

b) *Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente".*

Precisamente al interpretar dicho precepto, la STS 459/2013, de 28 de mayo sostiene que: *"Tiene declarado esta Sala, como son exponentes las Sentencias 64/2012, de 27 de enero y de 28 de enero de 1994, que la estructura del delito de comisión por omisión se integra por los tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: a) una situación típica; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propio y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo. Se añade que en los delitos de omisión el dolo se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción no actúa. En el caso de los delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan su obligación de impedir la producción del resultado. Por el contrario, no forma parte del dolo la conciencia del deber de actuar que surge de la posición de garante. En consecuencia, habrá que apreciar culpa respecto de la omisión cuando el omitente, por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción jurídicamente debida. Y en la Sentencia 363/2007, de 28 de marzo, se declara que los elementos fácticos que permiten la aplicación del artículo 11 del Código Penal son los siguientes: a) Que se haya producido un resultado, de*



lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley b) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el art. 11 CP exigiendo que la evitación del resultado equivalga a su causación, c) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate, d) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado, e) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente".

QUINTO.- Pues bien, si aplicamos lo dicho al caso de autos hemos de concluir que no concurren los requisitos expuestos que permitan apreciar la comisión por omisión de un delito de homicidio. Es incuestionable que se ha producido el fallecimiento de algunos pacientes, pero ello no basta para atribuir penalmente su causación a la acción u omisión de los investigados. Ha de existir una mínima base indiciaria que permita atribuir a los mismos tal resultado. En concreto, el MF alude a "imprudencia profesional grave", pero no precisa en cada caso, respecto de cada paciente, qué acto imprudente ha generado tan nefasto resultado. Es más, ninguno de los dos investigados atendían "profesionalmente" a los pacientes por lo que mal puede hablarse de "imprudencia grave profesional". El Ministerio Fiscal alude también a un retraso intencionado en la toma de decisiones como posible causa de los fallecimientos, al anteponer intereses presupuestarios a la salud de los enfermos, pero resulta que, a la vista de la documental obrante en autos, ninguno de los dos investigados posee competencia presupuestaria alguna, ni siquiera de contratación tal y como ya se expuso sobradamente en el fundamento jurídico precedente. Según se desprende del Protocolo sanitario aprobado a tal fin, a la Subdirectora de Farmacia le compete dar traslado a la Comisión de Hepatitis C de las peticiones de fármacos que realizan los Hospitales y, una vez que dicha Comisión emite dictamen, el Director de Asistencia Sanitaria resuelve en el sentido indicado por dicha Comisión. No consta que el Director de asistencia sanitaria hubiere resuelto alguna vez en sentido contrario al indicado por la citada Comisión de expertos, a quienes la normativa administrativa atribuye la función de valorar si clínicamente el medicamento está o no indicado para el paciente de que se trata. Podremos estar más o menos de acuerdo con el procedimiento o protocolo establecido -cuestión de política administrativa que trasciende el ámbito penal- pero no se atisba en el diseño del mismo acto alguno de "imprudencia profesional grave" como desencadenante causal de la muerte de los pacientes. Es más, del informe remitido por la Agencia Española del Medicamento de fecha 30/11/2018 que ha tenido

entrada en este Juzgado el pasado 5 de marzo de 2019 y que obra en autos, se desprende que el procedimiento diseñado por el SERGAS para garantizar el acceso de los pacientes a los nuevos medicamentos antivirales de la hepatitis C es muy similar al aplicado en otras Comunidades autónomas. En dicho informe se constata que durante los años 2013-2014, conforme a la propuesta efectuada por GILEAD, titular de la patente que legitimaba la comercialización de Sofosbuvir bajo la denominación comercial de Sovaldi, de forma orientativa, y conforme a los criterios y exigencias el laboratorio titular de la patente, se estimó que a Galicia le corresponderían alrededor de 18 pacientes dentro de la propuesta de GILEAD. Pues bien, según la Agencia referida, en dicho período se autorizaron en Galicia un total de 17 tratamientos con sofosbuvir y 37 tratamientos con declatasvir. Y, en total, la cifra final de pacientes que accedieron a dichos medicamentos por uso compasivo entre 2013 y 2014 fueron 521 en toda Galicia. Lo dicho se trae a colación porque no podemos ser ajenos al marco y contexto en el que nos hallamos pues ello resulta relevante para valorar el alcance o relevancia penal de los hechos que aquí se imputan. En efecto, a la fecha de los hechos los nuevos tratamientos antivirales aludidos ni siquiera se hallaban plenamente admitidos por la Agencia Europea del Medicamento de modo que su acceso en tal tesitura solo podría hacerse de modo extraordinario como uso compasivo para aquellos pacientes en una situación de especial gravedad debiendo ceñirse además las autoridades sanitarias correspondientes a las exigencias del titular de la patente, en este caso GILEAD, único laboratorio que fabricaba tales medicamentos. En fin, nos hallamos ante unos medicamentos que se hallaban todavía en fase casi experimental y con unos resultados que todavía eran inciertos, de ahí la necesidad de que las autoridades sanitarias diseñasen mecanismos o procedimientos destinados a precisar con sumo cuidado aquellos casos en los que estaría indicado la aplicación de tales medicamentos. Y es que en España, en fecha 3 de enero de 2014, cuando el fármaco no era aún un medicamento autorizado, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios elaboró un "Programa de acceso mediante uso compasivo de los nuevos medicamentos para el tratamiento de la hepatitis crónica", con el fin de permitir el acceso a medicamentos no autorizados a pacientes que se encuentran en determinadas situaciones contempladas en el mismo. No obstante, el 16 de enero de 2014 la Comisión Europea emitió ya una autorización de comercialización válida en toda la Unión Europea para el medicamento de Sovaldi, lo que supuso lógicamente la autorización en nuestro país y desde tal fecha no cabe ya llevar a cabo un uso compasivo del medicamento, pues esta figura únicamente puede ser utilizada para los medicamentos no autorizados.

En puridad, si lo que se pretende es imputar a los investigados un delito de homicidio, no sería en este caso por



imprudencia "grave profesional" sino en comisión por omisión. En efecto, en caso de existir una demora intencionada en la resolución del procedimiento administrativo de contratación de fármacos ello supondría la creación de una situación de riesgo para los pacientes que, de consumarse, podría comportar responsabilidad penal dada la posición de garantes de los investigados. Ahora bien, para realizar una imputación de esta índole es necesario averiguar, en primer lugar, si ha existido o no demora injustificada en la toma de tal decisión y, en segundo lugar, si tal retraso ha incidido causalmente en el fallecimiento de los pacientes. De no concurrir tales requisitos no podemos decir que exista base indiciaria suficiente para poder imputar a los denunciados un delito de homicidio. Lo dicho no es mera elucubración sino que se halla contrastado en datos objetivos que resultan de la prueba documental obrante en autos. En concreto, en la historia clínica correspondiente a uno de los pacientes, concretamente a **Don ██████████ ██████████ ██████████**, pese a que la denuncia alude a un retraso en el suministro del tratamiento contra la hepatitis que padecía, omite en cambio añadir que, según consta en la susodicha historia clínica, *el fallecimiento del mismo se debe a causas no relacionadas con la citada dolencia*, según afirma el facultativo que le atendió. Y otro tanto sucede con el resto de los pacientes fallecidos pues así se desprende del exhaustivo informe pericial emitido por el médico forense ██████████ ██████████ ██████████ ██████████ ██████████ en fecha 28 de febrero de 2019, posteriormente ampliado por otro de fecha 3 de octubre de 2019.

Partiendo de dichos informes periciales y de la prueba documental obrante en autos no podemos decir que concurra en este caso una demora o dilación intencionada o negligente en la aplicación del Protocolo sanitario diseñado para decidir si el antiviral referido estaba o indicado respecto de los pacientes fallecidos, y menos aún que tal dilación, en caso de existir, haya tenido incidencia causal en el fallecimiento de los pacientes.

Así, siguiendo el orden expuesto en la denuncia, en lo que respecta a ██████████ ██████████ ██████████, consta en autos que en fecha 28 de abril de 2014 la Directora de Procesos Asistenciales de la Xerencia de Xestión Integrada de Santiago de Compostela Doña Ana Souto remite un correo electrónico a la Subdirección Xeral de Farmacia "comunicando" que iniciarían el tratamiento con sofosbuvir en tres pacientes entre los cuales se hallaba el Sr. ██████████ ██████████. Debemos recordar en este punto, como ya se dijo más arriba, que la Xerencia de Xestión Integrada tenía la competencia de decidir la contratación de tales medicamentos en su ámbito sanitario por la vía urgente que le habilitaba la Instrucción 4/2010 que en su apartado 4 autorizaba a la dirección del centro sanitario la compra de tales medicamentos en casos de excepcional urgencia. Por tanto, en vista de tal posibilidad resulta comprensible que el Director de Asistencia

Sanitaria Sr. [REDACTED], para despejar cualquier duda, el mismo día 28 de abril de 2014 requiriese a Doña [REDACTED] [REDACTED] por e-mail para que aclarase si en efecto se iba a aplicar respecto del Sr. [REDACTED] [REDACTED] la vía urgente de suministro del medicamento habilitada por la Instrucción aludida y la Sra. [REDACTED] contesta afirmativamente el mismo día. Ante tal afirmación es lógico que tanto el Director de Asistencia Sanitaria como la Subdirectora Xeral de Farmacia no considerasen necesario dar traslado a la Comisión de Hepatitis C la valoración de dicho tratamiento, pues daban por supuesto que la propia dirección del hospital iba a proceder a su compra y suministro por la vía urgente antes indicada. De hecho, si analizamos la historia clínica del paciente a la que alude el médico forense en su informe, se constata que ya en fecha 3 de abril de 2014, antes del aludido correo electrónico, el doctor que atendía a este paciente (Dr. [REDACTED]) anota lo siguiente: "Me informan de dirección de la aceptación para el tratamiento con sofosbuvir", lo que cohonesta con lo expuesto anteriormente en el sentido que ya la dirección del hospital había decidido la aplicación urgente sin necesidad de intervención de la Comisión de Hepatitis C. Es más, en esta misma historia clínica consta una anotación de 28 de abril de 2014 de un correo electrónico emitido por la Dirección de Procesos Asistenciales de Santiago con destino a [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] con el siguiente tenor literal: *"Adjuntamos caso de paciente en el que iniciaremos tratamiento con sofosbuvir de acuerdo con la vía urgente y excepcional contemplada en la Instrucción 4/2010"*. Dicho tenor literal resulta claro e incuestionable y de él se desprende con meridiana claridad que nos hallamos, no ante un requerimiento a la Subdirección Xeral de Farmacia para que ponga en funcionamiento el protocolo ante la Subcomisión de la Hepatitis C sino que simplemente se le "comunica" que la propia Dirección aludida va a adquirir el medicamento por la vía urgente indicada. Tal conclusión ha sido además ratificada con la declaración testifical prestada por la propia Directora de Procesos Asistenciales de Santiago Doña [REDACTED] [REDACTED]. Siendo así las cosas, es legítimo pensar que los investigados Sr. [REDACTED] y Sra. [REDACTED] [REDACTED] tuvieran la firme convicción de que su intervención en este caso ya no era necesaria al haberse aplicado por la Xerencia Integrada el procedimiento alternativo y excepcional de contratación previsto en la aludida Instrucción. A pesar de ello, y analizando más a fondo la referida historia clínica del paciente, podemos comprobar que el hecho de que no se le hubiere suministrado finalmente el aludido antiviral vino motivado por otras incidencias que son ajenas a la voluntad de los investigados. En efecto, no debemos olvidar que ambos investigados no podían autorizar la adquisición de dichos antivirales sin contar previamente con el dictamen favorable de los especialistas médicos que atendían al paciente, y este dictamen sufrió también alteraciones. Prueba de ello es que el tratamiento que se proponía para el Sr. [REDACTED] [REDACTED] inicialmente era la llamada "triple vírica" consistente en la



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

aplicación de sofosbuvir, ribavirina e interferón; sin embargo, en un nuevo correo electrónico posterior de fecha 25 de junio de 2014 los especialistas que atienden al paciente cambian de criterio y sustituyen la anterior propuesta farmacológica por otra consistente en la aplicación de sofosbuvir y daclatasvir. Estos cambios evidentemente también generaron demoras en la decisión de adquirir tales medicamentos que no pueden ser achacadas a los investigados pues se trata de alteraciones en el tratamiento pautadas e impuestas por los especialistas médicos que los investigados no podían desde luego cuestionar ni alterar. A esta incidencia hay que añadir otra, y es que en marzo de 2014, concretamente en fecha 19 de marzo de 2014, el laboratorio GILEAD establece unas condiciones determinadas para autorizar el uso compasivo de sofosbuvir durante un máximo de 24 semanas y a esas condiciones debían necesariamente adaptarse los centros sanitarios pues de lo contrario GILEAD, titular de la patente, no autorizaba el uso de su antiviral. Pues bien, si analizamos de nuevo la historia clínica el Sr. ██████████, podemos comprobar que en fecha 1/07/2014 llega por vez primera a la Subdirección de Farmacia un informe del Dr. ██████████ donde solicita efectivamente el tratamiento antiviral respecto del Sr. ██████████ para uso compasivo conforme a los criterios exigidos por el referido laboratorio. Inmediatamente la Subdirectora Sra. ██████████ pone en marcha el protocolo establecido para tal caso y da traslado de tal petición a los especialistas que integran la Subcomisión de Hepatitis C. A partir de ahí, alguno de los integrantes de la Subcomisión, todos ellos médicos especialistas en el tratamiento de la Hepatitis C, solicita a la Subdirección de Farmacia una ampliación de la información obrante sobre el paciente. La Subdirección tramita dicha petición y el informe ampliatorio solicitado se presenta en fecha 9 de julio de 2014 en la referida Subdirección Xeral que inmediatamente da traslado del mismo a los evaluadores de la Subcomisión que, a la vista del mismo, informan favorablemente la petición de aplicación de sofosbuvir en los términos interesados por el Dr. ██████████ de modo que en fecha 11 de julio de 2014, el Sr. ██████████ notifica a la Xerencia de Xestión Integrada de Santiago que el paciente Sr. ██████████ cumple, según los expertos que integran la aludida Subcomisión, los criterios para iniciar terapia con sofosbuvir. Por tanto, en puridad, desde que la petición del tratamiento tuvo entrada en la Subdirección Xeral de Farmacia (1/07/2014) hasta que se autoriza el mismo por la Subcomisión de Hepatitis C (11/07/2014) apenas transcurren diez días, por lo que no se atisba dilación o demora que resulte relevante en este caso.

En segundo lugar, respecto de ██████████ ██████████ ██████████, en este paciente, si analizamos el historial clínico del mismo, vemos que han existido dos peticiones de tratamiento diferente dirigidas a la Subdirección de Farmacia. La primera tuvo lugar en fecha 5 de junio de 2014 en que la Directora de Procesos

Asistenciales del CHUS remite correo electrónico a la citada Subdirección solicitando tratamiento con "sofosbuvir y declatasvir" para determinados pacientes entre los que se encontraba el citado Sr. [REDACTED]. A dicho correo contesta la Subdirección de Farmacia, cargo que ostentaba la investigada Sra. [REDACTED], donde le pide a [REDACTED] que revise tales peticiones para comprobar que cumplen los nuevos requisitos exigidos por el laboratorio GILEAD a los que ya nos hemos referido anteriormente. Pues bien, a esta petición responde [REDACTED] con otro correo de fecha 2 de septiembre en que, literalmente, afirma que: "*non cumple criterios de inclusión no programa especial previo ao financiamento*"; es decir, que el Sr. [REDACTED] no cumplía los criterios exigidos por el laboratorio GILEAD para poder acceder al tratamiento referido. Y prueba de ello es que, en fecha 3 de noviembre de 2014, según consta en la historia clínica del paciente, se cursa a la Subdirección de Farmacia una nueva petición de tratamiento pero esta vez con "*sofosbuvir y ribavirina*", es decir, un tratamiento distinto al de la primera solicitud, lo que acredita una vez más que el paciente no cumplía los criterios para sofosbuvir y declatasvir tal y como inicialmente se había solicitado por la Directora de Procesos Asistenciales. Pues bien, esta segunda solicitud, que ya cumple los criterios exigidos, fue tramitada diligentemente por la Subdirectora de Farmacia que, tras remitirla a los expertos integrantes de la Subcomisión de Hepatitis C, ésta emite resolución favorable en fecha 1 de diciembre de 2014, menos de un mes desde que la solicitud tuvo entrada en la Subdirección de Farmacia.

En lo que respecta a la paciente [REDACTED], partiendo una vez más del examen de su historia clínica, podemos comprobar que la primera vez que tiene entrada en la Subdirección de Farmacia la solicitud de tratamiento para esta paciente tuvo lugar el pasado 12 de noviembre de 2014 y la contestación en términos favorables por parte de la Subcomisión tuvo lugar en fecha 17 de noviembre de 2014, es decir, apenas cinco días después, por lo que no se atisba demora alguna. Es cierto que en fecha 1 de abril de 2014 consta anotada en el curso clínico de la paciente una anotación de la Dra. [REDACTED] en los siguientes términos: "Planteo solicitud de SOF+DAACL por uso compasivo, dado el alto riesgo de descompensación hepático y riesgo elevado". Pero es que tal planteamiento o solicitud no tuvo entrada en la Subdirección de Farmacia. La primera solicitud que, en tal sentido, tuvo entrada en la Subdirección de Farmacia tuvo lugar en fecha 12 de noviembre de 2014 y a partir de ese momento su tramitación por la Sra. [REDACTED] fue extremadamente diligente. Lo que está claro es que no puede hacerse responsable a esta funcionaria de las anotaciones clínicas que se realizan en la historia clínica de los pacientes pero que luego no se convierten en peticiones formales a través del conducto administrativo reglamentario



pues es obvio que no puede la Subdirectora de Farmacia ser conectora de todas y cada una de las anotaciones que los especialistas que atienden a los pacientes realizan en su historia clínica.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

En lo que respecta a los pacientes [REDACTED] y [REDACTED], en ambos casos las solicitudes para tratamiento con los nuevos fármacos (sofosbuvir y declatasvir) tuvo entrada en la Subdirección de Farmacia en fecha 20 de mayo de 2014 y, a pesar de que no venían acompañadas del preceptivo informe médico que justificaba la necesidad de tal tratamiento, la Subdirectora de Farmacia dio curso a tales solicitudes que fueron acogidas favorablemente por dictamen de la Comisión de Hepatitis C en fecha 2 de junio de 2014. Por tanto, desde que la investigada Sra. [REDACTED] tiene conocimiento de las solicitudes hasta que las tramita y recibe resolución de la Subcomisión de Hepatitis C apenas han transcurrido quince días.

Por último, respecto del paciente [REDACTED], si examinamos la historia clínica de este paciente vemos que en fecha 11 de febrero de 2013 el especialista que atiende al paciente solicita tratamiento de triple terapia con TELEPREVIR+RIBAVIRINA+PEGIFN. Así pues, en ningún momento se solicitó tratamiento con el nuevo medicamento "sofosbuvir", que es lo que realmente ha motivado el presente procedimiento. A pesar de ello, hemos de constatar que tal petición llegó a conocimiento de la Sra. [REDACTED] en fecha 26 de marzo de 2013 e inmediatamente, la Subdirectora de Farmacia pone en funcionamiento el protocolo correspondiente y da traslado de tal petición a los tres especialistas que conforman la Comisión de la Hepatitis C de los cuales, dos contestan informando favorablemente el tratamiento de la triple terapia al considerar que este paciente cumple los criterios, pero el tercero informa en sentido negativo al entender que no cumple los citados criterios médicos. Estos informes tienen entrada en la Subdirección de Farmacia en fecha 30 de abril de 2013 y en vista de ello, la Sra. [REDACTED] trata de que los especialistas de la Subcomisión se pongan de acuerdo pero no lo logra dado que uno de ellos insiste en que el paciente no cumple los criterios y así lo hace ver en un nuevo informe de fecha 30 de mayo de 2013 que consta en la historia clínica del paciente. En vista de esa falta de acuerdo entre los integrantes de la Subcomisión, la Sra. [REDACTED] acude a evaluadores externos, en este caso al Dr. [REDACTED] la Dra. [REDACTED] y el Dr. [REDACTED] que informan esta vez en sentido favorable de forma unánime por lo que en fecha 7 de junio de 2013 se notifica el dictamen favorable de la Subcomisión aprobando el tratamiento con triple terapia del paciente.

Por otra parte, y para dar respuesta a todos los casos planteados, consta en autos que, en fecha 12 de julio de 2016

tuvo entrada en este Juzgado escrito de ampliación de denuncia formulado por la "Asociación Plataforma de Afectados pola Hepatite C" donde denunciaba presuntos retrasos en el suministro de los fármacos aludidos a tres nuevos pacientes:

██████████, ██████████ y ██████████. Obviamente la resolución dictada por la Audiencia Provincial no tuvo en cuenta dichos pacientes por la simple razón de que ninguno de ellos ha fallecido. Pero es que, si examinamos los expedientes relativos a estos tres pacientes que figuran incorporados a la Pieza Documental n° 1, se descarta cualquier posible actuación dilatoria o negligente por parte de los investigados. Así, en el caso de ██████████ la solicitud de tratamiento con SOFOSBUVIR tuvo entrada en la Subdirección de Farmacia en fecha 23/02/2015 y la resolución favorable de la Subcomisión de Hepatitis C es de fecha 4 de marzo de 2015. En el caso de ██████████, la solicitud tuvo entrada en la Subdirección de Farmacia en fecha 27 de enero de 2015 y se resuelve en sentido favorable en fecha 3 de febrero de 2015. Y en el caso de Eduarda Castrege, la solicitud tiene fecha de entrada 12 de enero de 2015 y el 20 de enero de ese mismo año ya se disponía de dictamen favorable emitido por la Subcomisión de Hepatitis C. Es decir, en los tres pacientes aludidos, se tardó menos de un mes en resolver la solicitud presentada, por lo que no se atisba a comprender qué dilación o demora podemos imputar a los investigados en la presente causa.

SEXTO.- Como vemos pues, en todos los casos antes aludidos en que efectivamente se produjo el fallecimiento de tales pacientes, no existen indicios de que éste haya venido motivado por la desidia o imprudencia de los investigados que se han limitado, dentro de su ámbito competencial, a actuar con la debida celeridad y diligencia en la tramitación de tales peticiones de tratamiento médico, careciendo ellos de capacidad para decidir la contratación de tales medicamentos sin previamente obtener el informe o dictamen favorable de los especialistas integrantes de la Subcomisión de la Hepatitis C que realmente eran los encargados de verificar que cada paciente en concreto reunía los requisitos exigidos para hacerse acreedor de tales tratamientos antivirales a los que, hasta el pasado 16 de enero de 2014 solo podía accederse por uso compasivo dado que se trataba de fármacos que, hasta tal fecha, ni siquiera estaban autorizados, de ahí la razón de que por parte de las autoridades sanitarias se diseñase un protocolo o programa de acceso dotado de ciertos filtros o cautelas para verificar que realmente el paciente cumplía los criterios necesarios para poder ser beneficiario, con ciertas garantías de seguridad, de tales tratamientos que, insisto, hasta tal fecha todavía se hallaban en fase experimental. Es esa la razón de la creación de la Comisión de la Hepatitis C integrada por una serie de expertos médicos que previamente debían emitir su dictamen una vez analizado el historial médico de cada paciente candidato a recibir los nuevos



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

fármacos. En definitiva, nos hallamos ante una decisión estrictamente médica en la que ni el Sr. [REDACTED] ni la Sra. [REDACTED] tenían intervención alguna, por lo que no puede hacerseles responsables de ello.

Pero es que no podemos obviar un último argumento que no por ello es menos importante, y es el argumento de la "causalidad". En efecto, no es posible que hagamos responsables de las muertes de estos pacientes a dos personas que carecen de competencia en la materia pues la decisión de suministrar o no los nuevos fármacos a los citados pacientes se sustenta exclusivamente en criterios médicos que ninguno de los investigados puede alterar al carecer no solo de los conocimientos necesarios sino también de las competencias oportunas tal y como ya se ha dejado expuesto al inicio de la presente resolución. Por tanto, no ostentando ninguno de los investigados una posición de garante desde el punto de vista del Derecho Penal y no habiendo incumplido ningún deber legal de actuar, no es posible imputarles la comisión de un delito de homicidio tal y como se pretende.

Y, además, tampoco concurre el requisito de la "causalidad", pues no podemos concluir sin ningún género de dudas que, de haberse aplicado a los citados pacientes los nuevos fármacos, se habría evitado su fallecimiento. Y ello es así porque, si analizamos el exhaustivo informe que ha sido emitido por el IMELGA y que obra en autos, la conclusión que del mismo se extrae es que el fallecimiento de los pacientes se produjo por causas ajenas al suministro de los nuevos fármacos. En efecto, de la lectura del citado informe forense podemos inferir que los nuevos tratamientos antivirales tantas veces mencionados lo que conseguían era una eficacia muy alta a la hora de eliminar el virus de la hepatitis C, pero ello no quiere decir que los pacientes se curaran. Dicho de otra manera: la enfermedad de la hepatitis C afecta de tal forma a los pacientes que genera secuelas en órganos vitales cuya recuperación no lograban los nuevos fármacos, de tal modo que era perfectamente posible que, aun en pacientes a los que se les hubiera suministrado los nuevos fármacos y, por tanto, se hubiera eliminado el virus, sin embargo les sobreviniera igualmente la muerte por las graves secuelas que ya arrastraban tras años de afectación del virus de la hepatitis C, secuelas que -insisto- los nuevos fármacos no podían curar. Así lo afirma con meridiana claridad el médico forense en la página 11 de su informe de fecha 28 de febrero de 2019 cuando sostiene que: *"En los pacientes con una cirrosis hepática en el momento de iniciar el tratamiento antiviral, la curación virológica de la infección no es equivalente a la curación de la enfermedad.."*, de ahí que concluya en la página 20 del informe (conclusión 8) que: *"8.-El hecho que desaparezca la hepatitis C, no supone que desaparezcan también las graves alteraciones hepáticas que ésta produjo. Este es un concepto clave para entender la fisiopatología de las causas de muerte*

que se estudian. Si en un paciente con hepatitis C se llega a una cirrosis y/o un carcinoma hepatocelular, el tratamiento con los antivirales de acción directa podrá conseguir una respuesta viral sostenida y curar la hepatitis C. Lo que nunca conseguirán será la curación de la cirrosis o del carcinoma hepatocelular, pudiendo llegar a fallecer por las complicaciones de estas enfermedades secundarias". Y esto es lo que, cabalmente, ha acontecido en este caso con el fallecimiento de los pacientes antes aludidos. Así, en el caso concreto de [REDACTED], el médico forense, tras estudiar minuciosamente su historial clínico, concluye que: "La causa de la muerte de este paciente no guarda mucha relación de causalidad con su patología de base y, por lo tanto, la administración del tratamiento con antivirales de acción directa unos meses antes de su administración, muy probablemente no hubiesen podido evitar el resultado final que tuvo". Respecto de [REDACTED], concluye el forense que: "El cuadro clínico de este paciente producido por el cuadro séptico abdominal era tan grave que la administración del tratamiento con antivirales de acción directa unos pocos meses antes de su administración, no hubiesen podido evitar el resultado final que tuvo". Respecto de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] concluye el forense que: "El cuadro clínico de esta paciente era tan grave que la administración del tratamiento con antivirales de acción directa unos meses antes de su administración, no hubiesen podido evitar el resultado final que tuvo". En relación a [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], concluye el forense que: "El cuadro clínico de este paciente ocasionado por el rechazo crónico ductopénico era tan grave, que la administración del tratamiento con antivirales de acción directa unos pocos meses antes de su administración, no hubiesen podido evitar el resultado final que tuvo". Respecto de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] concluye el forense que: "El cuadro clínico de este paciente era tan grave, que la administración del tratamiento con antivirales de acción directa unos meses antes de su administración, muy probablemente no hubiesen podido evitar el resultado final que tuvo". Finalmente, respecto de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], concluye el forense que: "El cuadro clínico de este paciente producido por el cuadro obstrucción abdominal era tan grave, que la administración del tratamiento con antivirales de acción directa unos pocos meses antes de su administración, no hubiesen podido evitar el resultado final que tuvo."

En conclusión, a la vista de lo expuesto, no podemos afirmar que la muerte o fallecimiento de tales pacientes sea imputable causalmente a los investigados a título de comisión por omisión, ni en su vertiente dolosa ni por imprudencia, pues no solo carecen de la posición de garante sino que además el fallecimiento sobrevino por causas ajenas a su pretendida demora, omisión o dilación en la tramitación de las peticiones o solicitudes de aplicación de los nuevos fármacos tantas veces aludidos a lo largo de la presente resolución.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

Es por ello por lo que, ante la carencia de indicios inculpativos, se impone el sobreseimiento provisional y archivo de las presentes diligencias por aplicación de lo dispuesto en el art. 779 en relación con el art. 641.1, ambos de la LECRIM, y ello en la línea ya apuntada en su día por el Auto de fecha 29 de abril de 2015 dictado por la Sala Segunda del TS (Recurso 20119/2015) que, en un supuesto muy similar al que aquí nos ocupa, ni siquiera admitió a trámite la querrela formulada. Sin perjuicio de remitirme a los razonamientos expuestos en la meritada resolución del Alto Tribunal, sí creo oportuno reproducir aquí el siguiente párrafo: *"Esta Sala es sensible a la inquietud y desasosiego que los afectados por el virus de la hepatitis C, así como sus familiares, están sufriendo, pero debe recordarse que el sistema de justicia penal en una sociedad democrática tiene una naturaleza excepcional y fragmentaria, de última ratio, respecto de las conductas que puedan considerarse como delictivas, las que quedan delimitadas por la tipicidad de las acciones que se definen como delitos en el C. Penal, por lo tanto ni el sistema de justicia penal, ni más concretamente el C. Penal, puede convertirse ni en un mero instrumento de política criminal ni en la primera respuesta ante decisiones por retrasos en la actuación gubernamental aunque sean temas tan sensibles como la salud de los ciudadanos, porque ello supondría vertebrar el Derecho Penal alrededor de las ideas de totalidad y omnicomprensibilidad y por tanto en primera ratio y no en la última, como ya dijo esta Sala en el auto de 28 de Julio del 2000, Causa Especial 1420/2000"*.

En atención a lo expuesto;

PARTE DISPOSITIVA

SE DECRETA EL SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL DE LA PRESENTE CAUSA, procediéndose al archivo de estas actuaciones.

Notifíquese, en su caso, la presente resolución por el Letrado de la Administración de Justicia a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la presente causa. Conforme se establece en el art 636 de la L.E.Criminal, comuníquese este auto, en su caso, a la/s víctima/s del delito, en la dirección de correo electrónico y, en su defecto, por correo ordinario a la dirección postal o domicilio que hubieran designado en la solicitud prevista en el artículo 5.1.m) de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del delito, y podrán recurrirlo dentro del plazo de veinte días aunque no se hubieran mostrado como parte en la causa.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante interposición de **RECURSO DE REFORMA** y subsidiario de **APELACIÓN** dentro de los **TRES DÍAS**

siguientes a su notificación o **RECURSO DE APELACIÓN** directo dentro de los **CINCO DÍAS** siguientes a su notificación.

Así lo manda y firma D. ANDRES LAGO LOURO, MAGISTRADO-JUEZ del XDO. DE INSTRUCCIÓN N. 3 de SANTIAGO DE COMPOSTELA. Doy fe.

EL/LA MAGISTRADO-JUEZ EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA