



Roj: **SAP H 315/2014 - ECLI: ES:APH:2014:315**

Id Cendoj: **21041370022014100101**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Huelva**

Sección: **2**

Fecha: **28/04/2014**

Nº de Recurso: **405/2013**

Nº de Resolución: **51/2014**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **FRANCISCO JOSE MARTIN MAZUELOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial de Huelva

Sección Segunda

Nº Procedimiento: Recurso de Apelación Penal 405/2013

Autos de: PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 1/2012

Juzgado de origen: JUZGADO DE LO PENAL Nº 1º DE HUELVA

SENTENCIA NÚM. 51

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. FRANCISCO MARTÍN MAZUELOS

MAGISTRADOS:

D. FLORENTINO GREGORIO RUIZ YAMUZA

D. ANDRÉS BODEGA DE VAL

En la ciudad de Huelva , a veintiocho de abril dos mil catorce.

La Sección Segunda de esta Audiencia Provincial, compuesta por los Magistrados indicados, bajo la ponencia del Ilmo. Sr. D. FRANCISCO MARTÍN MAZUELOS, que la asume por discordancia del ponente inicialmente asignado, ha visto en grado de apelación el procedimiento abreviado núm. 1/2012 procedente del Juzgado de lo Penal número 1 de Huelva, en virtud de recursos interpuestos por los condenados Rafaela , Higinio , ZURICH EAPAÑA S.A. y SERVICIO ANDALUZ DE SALUD (estos dos últimos como responsables civiles), habiendo sido parte como apelados el Ministerio Fiscal, Norberto y Ariadna que ejercitaron la acusación particular.

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO.- Se aceptan los correspondientes de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Por el Juzgado de lo Penal indicado, con fecha 30 de julio de 2.013 se dictó sentencia , en las actuaciones a que se refiere el rollo de Sala cuyos hechos probados dicen así:

" A LA VISTA DE LAS PRUEBAS PRACTICADAS EN EL ACTO DEL JUICIO ORAL SE DECLARA PROBADO:

Que el día 24 de diciembre de 2005, sobre las 15.00 horas, la menor, de ocho años, Frida , hija de Don Norberto y de Doña Ariadna , acudió al servicio de urgencias del Hospital Manuel Louis por un dolor abdominal, acompañada por su madre. Cuando acudió al citado servicio de urgencias, la menor presentaba febrícula y dolor a la palpación abdominal en la fosa iliaca derecha y signos de irritación peritoneal. La menor no presentaba vómitos ni diarrea. Fue derivada al servicio de urgencias del Hospital Juan Ramón Jiménez de Huelva por una sospecha de apendicitis.



Que ese mismo día, sobre las 16.00 horas, la menor, acompañada de su madre Doña Ariadna , llegó al servicio de urgencias del Juan Ramón Jiménez de Huelva. Que al tiempo de ser atendida en el citado servicio, presentaba buen estado general, un cuadro de fiebre de 38,5°C, dolor referido al hemiabdomen inferior tanto en fosa iliaca derecha e izquierda. Que el facultativo que le atendió solicitó una radiografía y pruebas analíticas de sangre, bioquímica y estudios de coagulación. La analítica practicada puso de manifiesto una fórmula leucocitaria que sugería infección, acreditando un aumento de leucocitos.

Que sobre las 18.00 horas, la menor fue ingresada en el Servicio de Pediatría del Hospital Juan Ramón Jiménez de Huelva.

Que el acusado Abilio , mayor de edad y sin antecedentes penales, especialista en cirugía general y aparato digestivo, se encontraba de guardia en la Unidad de Cirugía, desarrollando una guardia de veinticuatro horas que había comenzado a las 09.00 horas de ese mismo día y que terminaba a las 09.00 horas del día 25 de diciembre de 2005.

Que el acusado, tras examinar a la menor y valorar el resultado de las pruebas practicadas, diagnosticó que sufría una apendicitis aguda, recomendando la realización de una apendicectomía, recomendación que fue aceptada por Doña Ariadna , quien prestó el oportuno consentimiento.

Que sobre las 19.30 horas, la menor fue trasladada a quirófano, donde tras los preparativos oportunos se inició la intervención.

A la vista de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, no resulta acreditado, sin embargo, que, previamente o durante el acto quirúrgico no se instaurara la antibioterapia profiláctica. De la prueba practicada en el acto del juicio oral no ha resultado acreditado que una vez en el interior de las instalaciones del quirófano, el acusado Abilio no diera instrucciones al personal auxiliar para que a la menor se le suministrara 500 mgs de mefoxitin, tal y como viene indicado con arreglo al protocolo del Hospital Juan Ramón Jiménez de Huelva para este tipo de actos operatorios.

Tras la intervención quirúrgica realizada, el acusado confirmó un diagnóstico de apendicitis flemonosa aguda catarral. Que la intervención se desarrolló sin incidencias, finalizando sobre las 20.30 horas, aproximadamente.

Que sobre las 22.45 horas, la menor fue trasladada a la planta de pediatría donde quedó ingresada bajo los cuidados del personal de planta y bajo el control directo de los cirujanos de guardia. Que para los días 24 y 25 de diciembre, el acusado Abilio pautó dieta absoluta, primperán, ranitidina, peralgán, nolotil y suero glucosado, sin tratamiento antibiótico.

Que sobre las 02,20 horas del día 25 de diciembre de 2005, Frida presentó 38,2º C, vomitó en una ocasión y se le suministró paracetamol.

Que a las 09.00 horas del día 25 de diciembre, el acusado Abilio terminó su guardia y fue relevado en la Unidad de cirugía por el acusado Higinio , mayor de edad y sin antecedentes penales. Que en el cambio de guardia, ambos mantuvieron una conversación en la que el primero contó al segundo que en la planta de pediatría había ingresada una niña que había sido intervenida de una apendicitis sin complicaciones.

Que el acusado Higinio estuvo de guardia desde las 09.00 horas del día 25 de diciembre hasta las 09.00 horas del día 26 de diciembre.

Que durante la mañana del día 25 de diciembre la menor presentó fiebre, hasta alcanzar 39°C. Que tenía pautado nolotil y paracetamol para el dolor y la fiebre. Que, a pesar de la analgesia pautada, la paciente se quejaba de fuerte, constante y continuado dolor abdominal. Que como no era normal el dolor que la menor transmitía tras una intervención simple de apéndice, el personal de la planta de pediatría se puso en contacto con el acusado Higinio para poder anticipar la medicación pautada para el dolor. Que el acusado no se personó en la planta y lo autorizó por teléfono. Que a la menor se le suministró nolotil a las 15.00 horas.

Que sobre las 17.00 horas, desde la habitación donde estaba ingresada la menor, se dio aviso al personal de planta porque Frida seguía padeciendo mucho dolor abdominal a pesar de los analgésicos. Que el personal de planta le aconsejó que se levantara para facilitar la evacuación de gases, llegando a tener una deposición diarreica. Que sobre las 19.30 horas alcanzó 38.2 ° C y se le suministró paracetamol. Que a las 21.30 horas alcanzó 38.1° C y seguía padeciendo mucho dolor abdominal, constante y continuado, por lo que se le vuelve a suministrar nolotil.

Que durante la madrugada del día 26 de diciembre de 2005, la menor tiene tres vómitos tipo posos de café y hace tres deposiciones importantes, marrones, líquidas y fétidas, al tiempo que sigue padeciendo mucho dolor abdominal. Que el personal de planta, en concreto, Casilda llamó al acusado Higinio exponiéndole la situación. Que sobre las 04.30 horas, aproximadamente, el acusado se personó en la planta de pediatría, examinó



el historial, se entrevistó con el personal auxiliar, que le confirmó las tres diarreas fétidas y los tres vómitos en posos de café, y tras ello, se dirigió a la habitación donde estaba ingresada la menor, la exploró, se entrevistó con su madre, confirmando su estado febril y el dolor abdominal intenso y continuo que no cesaba desde la mañana, a pesar del analgésico pautado, al tiempo que pudo apreciar un olor fétido intenso en la habitación.

Resulta igualmente acreditado que el acusado Higinio no acordó la práctica de pruebas complementarias, ni hemocultivos, ni analíticas, ni estudios radiológicos, ni pautó tratamiento antibiótico alguno, limitándose a realizar una interconsulta al servicio de pediatría, al sospechar de una posible gastroenteritis. Que por el personal de planta se dió aviso al servicio de pediatría.

Que en el servicio de pediatría se encontraba de guardia la acusada Rafaela, mayor de edad y sin antecedentes penales. Que la acusada había iniciado su guardia a las 09.00 horas del día 25 de diciembre y la terminaba a las 09.00 horas del día 26 de diciembre.

Que tras recibir aviso, en hora no determinada, la acusada Rafaela se personó en la planta, examinó el historial, se entrevistó con el personal auxiliar, que le confirmó las tres diarreas fétidas y los tres vómitos en posos de café, y tras ello se dirigió a la habitación donde estaba ingresada la menor, donde pudo comprobar que se quejaba de dolor abdominal y náuseas, haciendo constar en el historial que había presentado vómitos en varias ocasiones en las últimas horas y deposiciones líquidas, practicando la exploración de la menor y documentando que se encontraba consciente, orientada, dolorida, febril, con ruidos intestinales, y con abdomen blando y depresible.

Resulta igualmente acreditado que la acusada Rafaela tampoco acordó la práctica de pruebas complementarias, ni hemocultivos, ni analíticas, ni estudios radiológicos, ni pautó tratamiento antibiótico alguno, limitándose a ajustar los líquidos, no cuestionando las sospechas de una posible gastroenteritis expuestas por el cirujano Higinio, por entender que la menor estaba bajo control de la Unidad de Cirugía, a quien le correspondía hacer el diagnóstico.

No resulta acreditado que la acusada Rafaela y el acusado Higinio mantuvieron conversación alguna en la planta o por teléfono.

Tampoco resulta acreditado que antes de las 09.00 del día 26 de diciembre, hora de finalización de sus guardias, los acusados volvieran a visitar a la menor por iniciativa propia o por aviso del personal de planta.

Que a las 09.00 horas del día 26 de diciembre, el acusado Higinio terminó su guardia y fue relevado en la Unidad de cirugía por el acusado Santos, ya fallecido.

Durante la mañana del día 26 de diciembre, la menor presentaba mal estado general, estuvo nauseosa sin vómitos, con fuerte dolor abdominal, constante y continuo, realizando cinco deposiciones líquidas. Se le siguió suministrando nolutil y paracetamol. Aunque esa mañana fue examinada por el acusado Santos, éste no acordó la práctica de prueba complementaria alguna, no pidió ninguna analítica ni ecografía, ni pautó tratamiento antibiótico, manteniendo el tratamiento ya prescrito por entender que podía tratarse de una gastroenteritis aguda, que había sido diagnosticada por los cirujanos y pediatra que le habían precedido en la guardia.

Durante la tarde del día 26 de diciembre, la menor continuaba quejándose de dolor abdominal, controlado a ratos, pasando la noche quejumbrosa, requiriendo en varias ocasiones la administración de calmantes intravenosos, sufriendo sobre las 03.30 horas un nuevo episodio de dolor abdominal agudo, se le suministra nolutil, nuevamente, y por el personal auxiliar, sin previa autorización del cirujano de guardia al que no se da aviso, se le coloca una sonda rectal por vientre un poco timpanizado.

Que el día 27 de diciembre de 2013, sobre las 08.15 horas, cuando el servicio de enfermería pasa a tomar controles, la menor presentaba, nuevamente, un intenso dolor abdominal y en los miembros inferiores, frialdad acra, mal perfundida. Que el servicio de enfermería da aviso reiterado al cirujano de guardia y al servicio de pediatría. Sobre las 09.00 horas la menor es explorada por los facultativos de guardia quienes observan palidez intensa de piel, abdomen distendido, no palpable, ausencia de ruidos hipoaéreos y frialdad en las extremidades. Los citados facultativos solicitan de forma urgente un hemograma, una bioquímica, una ecografía abdominal y sangre para transfusión. Sobre las 10.00 horas la menor es trasladada a la Unidad de Cuidados Intensivos con muy mal estado general, taquicardia e hipotensión. La analítica de sangre confirma una disminución del número de leucocitos con desviación izquierda muy importante y presencia de granulaciones tóxicas. En la ecografía se visualiza abundante cantidad de líquido libre intraperitoneal y se le diagnostica una peritonitis supurativa difusa con gran cantidad de líquido libre. La menor es trasladada a quirófano para la realización de una intervención urgente y durante la misma realiza un vómito con importante cantidad de material fecaloideo, seguido de una parada cardiorrespiratoria. Que la reanimación se produce sin éxito, produciéndose el fallecimiento de la menor Frida a las 11.45 horas del día 27 de diciembre de 2005.



En la autopsia realizada se recoge que a la apertura de la cavidad abdominal se produce la salida de abundante líquido amarillento-verdoso de aspecto purulento y se diagnostica una peritonitis difusa con necrosis y hemorragia en región cecal como causa de la muerte.

Resulta igualmente acreditado que en el cultivo de pus abdominal extraído en la Unidad de Cuidados Intensivos y postmortem se aísla *escherichia coli*, *streptococcus constellatus* y *bacteroides fragilies*. Que en el cultivo de sangre extraído en la Unidad de Cuidados Intensivos se aísla *staphylococcus aureus* y *streptococcus constellatus*."

Y que termina con la parte dispositiva siguiente:

"A) QUE DEBO ABOLVER Y ABSUELVO AL ACUSADO *Abilio* de los hechos y del delito de homicidio por imprudencia grave profesional del que se le acusa, con todos los pronunciamientos favorables.

B) QUE DEBO CONDENAR Y CONDENO AL ACUSADO *Higinio* como autor penalmente responsable de UN DELITO DE HOMICIDIO POR IMPRUDENCIA GRAVE PROFESIONAL, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de

PRISIÓN DE UN AÑO Y SEIS MESES,

INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA,

INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE MEDICO POR TIEMPO DE TRES AÑOS Y COSTAS, POR MITAD, INCLUIDAS LAS DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR.

C) QUE DEBO CONDENAR Y CONDENO A LA ACUSADA *Rafaela* como autora penalmente responsable de UN DELITO DE HOMICIDIO POR IMPRUDENCIA GRAVE PROFESIONAL, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de

PRISIÓN DE UN AÑO Y SEIS MESES,

INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA,

INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE MEDICO POR TIEMPO DE TRES AÑOS, Y COSTAS, POR MITAD, INCLUIDAS LAS DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR

EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL , LOS ACUSADOS *Higinio* y *Rafaela* DEBERÁN INDEMNIZAR, CONJUNTA Y SOLIDARIAMENTE, A LOS PADRES DE *Frida* (*Norberto* y *Ariadna*) EN LA SUMA TOTAL DE DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000 €) POR EL DAÑO MORAL SUFRIDO.

SE DECLARA LA RESPONSABILIDAD CIVIL DIRECTA DE LA ENTIDAD ZURICH ESPAÑA S.A.

SE DECLARA LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL SERVICIO ANDALUZ DE SALUD."

TERCERO.- Contra la anterior se interpusieron recursos de apelación, que fueron admitidos en ambos efectos, y, previo traslado a las demás partes, se remitieron las actuaciones originales a esta Audiencia para la resolución del recurso.

II.- HECHOS PROBADOS

Se aceptan en esencia los de la sentencia apelada, salvo los siguientes párrafos o incisos:

1) " Tras la intervención quirúrgica realizada, el acusado confirmó un diagnóstico de apendicitis flemonosa catarral.", que se sustituye por : "Tras la intervención quirúrgica realizada, el cirujano consignó un diagnóstico de apéndice flemonoso."

2) "Que durante el día 25 de diciembre la menor presentó una temperatura fiebre, hasta alcanzar 39°C," , que se sustituye por "El día 25 de diciembre la menor presentó una temperatura alrededor de 38°C por la mañana, tarde y noche (incluyendo la madrugada del día 26), a excepción de una toma, de las nueve que se le hicieron, pasada la media tarde, que marcó 39°C."

3) Se suprimen los párrafos:

" Resulta igualmente acreditado que la acusada *Rafaela* tampoco acordó la práctica de pruebas complementarias, ni hemocultivos, ni analíticas, ni estudios radiológicos, ni pautó tratamiento antibiótico alguno, limitándose a ajustar los líquidos, no cuestionando las sospechas de una posible gastroenteritis expuestas por el



cirujano Higinio , por entender que la menor estaba bajo control de la Unidad de Cirugía, a quien le correspondía hacer el diagnóstico.

No resulta acreditado que la acusada Rafaela y el acusado Higinio mantuvieron conversación alguna en la planta o por teléfono.

Tampoco resulta acreditado que antes de las 09.00 del día 26 de diciembre, hora de finalización de sus guardias, los acusados volvieran a visitar a la menor por iniciativa propia o por aviso del personal de planta."

4) El inciso final , " *Que en el cultivo de sangre extraído en la Unidad de Cuidados Intensivos se aísla staphylococcus aureus y streptococcus constellatus.*" , se sustituye por: "*Un cultivo de sangre solicitado por la Unidad de Cuidados Intensivos registrado al número NUM000 dio resultado negativo y otro con el número NUM001 aisló Staphylococcus aureu, Streptococcus constellatus y Bacteroides fragilis*".

5) Se añade el siguiente párrafo: "*En el estudio anatómo-patológico del apéndice extirpado se apreció macroscópicamente que la superficie externa no presentaba alteraciones y, microscópicamente, componente inflamatorio agudo escaso en mucosa, con afectación del epitelio superficial, concluyendo que no se observa una apendicitis flemonosa establecida como tampoco fecalito, periapendicitis, parásitos ni signos de enfermedad inflamatoria intestinal*".

III- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Motivos.

Esencialmente, la condena se funda en que no llevaron a cabo los condenados ninguna actuación para realizar un diagnóstico acertado mediante pruebas complementarias para detectar un proceso infeccioso e instaurar un tratamiento antibiótico o quirúrgico. Invocan los recurrentes los resultados de la biopsia del apéndice y de la autopsia para sostener la imprevisibilidad de la afección que produjo el fallecimiento.

SEGUNDO.- Causa de la muerte y su relación con la extirpación del apéndice.

Ha de citarse al respecto el resultado de la autopsia (f. 24): "*En la zona correspondiente a apendicectomía previa se observa una sutura quirúrgica conservada, sin dehiscencia, con exudado fibrinoso en la superficie. En el ciego se aprecia un engrosamiento de configuración polipoidea, a nivel de la válvula ileo-cecal, con una mucosa de aspecto necrótico-hemorrágico.*" Concluyendo que la causa de la muerte fue

"-PERITONITIS DIFUSA

-NECROSIS Y HEMORRAGIA EN REGIÓN CECAL".

No es discutida dicha conclusión, pero sí su relación con la intervención quirúrgica, que es afirmada en el informe médico-forense con las expresiones "*es causa directa de la cirugía realizada*", "*complicación infecciosa de una cirugía abdominal*" y en el del Dr. Ovidio (f. 732) en estos últimos términos sin mayores explicaciones. En el acto del juicio, la médico forense consideró que la necrosis tiene origen vascular, deriva de una falta de aporte sanguíneo, y podía ser consecuencia secundaria a la infección dando a entender que ésta a su vez podría haber sido producida por una contaminación durante la intervención quirúrgica.

Por su parte el informe de la Dra. Montserrat , aportado por la acusación, se funda en la descripción microscópica del informe de autopsia que dice así: "*Presencia de material fibrinoleucocitario en superficie peritoneal de intestino delgado y grueso, con presencia de colonias bacterianas. Esta alteraciones están presentes en la zona de pared intestinal cecal correspondientes a cirugía previa (apendicectomía). En algunos puntos el infiltrado inflamatorio penetra en la pared muscular intestinal. En la mucosa del ciego, descrita macroscópicamente como engrosamiento polipoideo, la inflamación necrotizante afecta a toda la pared muscular y a la mucosa*". Aislar la frase de que las alteraciones están presentes en la zona de la apendicectomía parece que no es suficiente para concluir que ese fue el origen de la infección peritoneal, cuando la cicatriz estaba intacta, las alteraciones están generalizadas tanto en el intestino delgado como en el grueso y la afectación de toda la pared muscular es descrita en el engrosamiento polipoideo, a nivel de la válvula ileo-cecal, en la zona del ciego que se encuentra en el extremo opuesto respecto al apéndice (V. imagen al f. 789).

Los demás peritos insisten rotundamente en la falta de relación entre la apendicectomía y la necrosis, siendo esta última la causante de la muerte como generadora de la peritonitis (f. 787, Dr. Carlos Daniel , f. 758 DICTAMED, y 1.091 Dr. Alonso), por el paso de gérmenes desde dentro de la luz intestinal al peritoneo aun sin perforación como explican estos dos últimos.

El apéndice no estaba supurado ni perforado cuando fue extirpado. Conforme a su estudio anatómo-patológico macroscópico "*La superficie externa no presenta alteraciones*" y en el microscópico (f. 29) se aprecia



"componente inflamatorio agudo escaso en mucosa, con afectación del epitelio superficial" , concluyendo que "No se observa una apendicitis flemonosa establecida [por el cirujano, f. 60] como tampoco fecalito, periapendicitis, parásitos ni signos de enfermedad inflamatoria intestinal" . Por ello descartan una infección a consecuencia de la extirpación.

Todos los peritos coinciden en la extrema rareza de tal necrosis o tiflitis, más aun si el paciente no tiene afectado su sistema inmunitario, así como en su evolución de dentro hacia fuera de modo que en la intervención quirúrgica no podría haberse detectado. Y apuntan a la probabilidad de que ese (y no apendicitis) fuera el padecimiento real desde el principio (así Dr. Emilio , Dr. Carlos Daniel y Dr. Leopoldo en el juicio) que evolucionó hasta su desenlace.

TERCERO.- Error de diagnóstico .

La actuación inadecuada de los penalmente condenados es en definitiva la razón de la imputación que se les hace del resultado fatal, por no haber sabido detectar la infección, la peritonitis, cuando fueron avisados en la madrugada del 25 al 26 de diciembre. Considera el informe médico-forense " *Que ante la evolución tórpida [fiebre, vómitos y diarreas] que tuvo en el postoperatorio inmediato se debió iniciar algún procedimiento diagnóstico no agresivo: palpación abdominal, hemocultivos, analíticas, toma de tensión arterial, y de forma empírica instaurarle un tratamiento antibiótico* ". Conviene examinar esos extremos: La palpación fue realizada, y en ella se encontraron "Ruidos intestinales presentes, abdomen blando y depresible". El primer hemocultivo interesado el día del fallecimiento, de 5 días, informado el día 3 de enero, tras el fallecimiento, no dio resultado positivo (f. 30), sí el segundo informado el día 5 (f. 31). Es muy dudoso que una muestra de días antes pudiera haber dado lugar a algún hallazgo y que el resultado se hubiera obtenido a tiempo. Una analítica, a la vista de que ya la que se hizo al ingreso de la paciente antes de la intervención presentaba desviaciones (f. 49) y que la gastroenteritis produciría análogo resultado, tampoco habría dado información especialmente útil. La pertinencia del tratamiento antibiótico preventivo ha sido muy discutida, el mismo informe aportado por la acusación particular indica "En casos de apéndice normal, apendicitis aguda o gangrenosas, dosis única".

Por otro lado, la ausencia de un síntoma característico de la infección intraabdominal, el vientre "en tabla", duro a la palpación, hacía poco previsible su existencia en ese momento y la pertinencia de un tratamiento antibiótico. La presencia de diarreas no era signo distintivo de complicación quirúrgica ni de peritonitis. Tampoco presentaba al ser explorada fiebre alta.

CUARTO.- Conducta exigible.

En todo caso, se trataba de centrar qué debieron hacer ambos médicos (los médicos en realidad, ya que se acusó inicialmente a cuatro), eso que cualquier otro hubiera hecho sin duda; y no se prueba que la decisión de recabar pruebas diagnósticas y aplicar antibiótico sea protocolo necesario e indiscutido (el unido a los folios 415 y ss. no sugiere tal cosa) o regla general de actuación en un caso similar. De los condenados, cada uno además tiene una especialidad y un ámbito de intervención propio, sin que sea correcto imputar a todos una responsabilidad igual por el mero hecho de haber participado en algún momento, cuando no todos actúan en el mismo estado del proceso de atención de la paciente, ni la examinan el mismo número de veces, o con clara determinación de su titularidad como médico principal, por lo que no pueden ser considerados titulares de esa atención al mismo nivel.

Existen por ello otros argumentos a considerar. Una cosa es que el servicio en su conjunto haya sido incapaz de hallar la causa de la dolencia y poner remedio, partiendo de que la enfermedad, de haberse identificado, era sanable, y otra que los dos concretos facultativos que apelan fueran precisamente los que debían encontrar ese acertado diagnóstico y tratamiento, que sería obvio según la tesis de la acusación. Es sabido, además, que analizar en abstracto lo que pudo haberse hecho, *ex post facto*, es fácil; lo complejo es conocerlo en el momento y con los datos antecedentes de los que se dispone, en este caso siendo precedida la intervención de los recurrentes por una operación de cirugía que se desarrolló sin complicaciones, de lo que no se deduce de hecho que la paciente estuviera, tras ella, en situación de riesgo y debiera ser especialmente vigilada, inicio de un protocolo que conoce situaciones más graves, clasificadas como de superior necesidad de ese tipo de medicación. A lo que añadimos que los términos empleados en la sentencia criticada de que " *no se ha probado que no se administrara antibiótico* " durante la cirugía, llevan a concluir que los condenados debían partir de que sí se hizo porque era lo recomendable y esperable. En todo caso, ya hemos dicho que la prueba pericial revela que el apéndice no había alcanzado un grado de infección que calificara la enfermedad de apendicitis flemonosa, sino catarral, por lo que, con independencia de su denominación, objetivamente por los hallazgos de la autopsia no se puede afirmar que la infección se iniciara en la zona del apéndice, sino que tuvo otro origen probable, cosa poco frecuente. Y los médicos que sucesivamente examinaron a la paciente pudieron padecer una relativa oscuridad propiciada porque la menor no venía diagnosticada como afectada de infección difusa,



ni los síntomas daban para deducir ese único diagnóstico y descartar cualquier otro. Puede por eso no ser casual ni extraordinario que varios facultativos coincidieran en sus recomendaciones.

QUINTO.- Conclusiones jurídico-penales.

Debemos hacer hincapié en que no estamos juzgando la procedencia de compensar el desacierto de un conjunto de actuaciones médicas sino la responsabilidad criminal por negligencia de dos facultativos concretos por su actuación durante la madrugada del día 26 de diciembre de 2.005.

El delito imprudente en la actividad sanitaria exige en la estructura de su tipo: a) La inobservancia de los deberes objetivos de cuidado que impone la concreta actividad. b) La producción de muerte o lesiones. c) Una relación de causa a efecto entre la conducta del agente y el resultado dañoso producido. d) Imputación objetiva del resultado (S.T.S. de 3 de febrero de 1.997). Precisa el daño o perjuicio concreto, sobrevenido como consecuencia de aquella conducta negligente, en su doble vertiente de falta de previsión o "deber de saber" y la falta de cuidado o "deber de evitar", y que "entre la actuación negligente y el resultado dañoso ha de mediar la correspondiente relación de causalidad, de causa a efecto, lo que a su vez generará la responsabilidad cuando el reproche sea imputable a persona determinada" (S.T.S. de 14 de febrero de 1.991).

Para determinar la existencia de imprudencia punible ha de determinarse la relación de causalidad entre la acción u omisión del sujeto concreto y el resultado dañoso; puede haber existido una desatención incluso grosera, pero si el resultado no es atribuible a ella la conducta es indiferente para el derecho penal.

Por otro lado, según reiterada jurisprudencia, relativa a la imprudencia médica, no cabe incriminar como delito el simple error científico o diagnóstico equivocado, salvo cuando cualitativa o cuantitativamente resulte de extremada gravedad y siempre es preciso analizar puntualmente las circunstancias concurrentes en el caso de que se trate (SS.T.S de 3 de octubre de 1997 y núm. 782/2006, de 6 de julio).

En un supuesto bastante similar (paciente que acude a urgencias el 10 de septiembre de 2.003, nuevamente el 11 en que queda ingresada, con alta el 15 para reingresar por la tarde, falleciendo en la mañana del 16 a consecuencia de apendicitis aguda que degeneró en peritonitis, sin que los médicos se plantearan otro diagnóstico que el de gastroenteritis), la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid, bajo ponencia de la Ilma. Sra. Doña Ana María Ferrer García (hoy Magistrado de la Sala Segunda del T.S.), pronunció sentencia absolutoria cuya motivación central era que los vómitos, náuseas y fundamentalmente diarrea, propia de la gastroenteritis y poco frecuente en caso de apendicitis, con una cifra de leucocitos compatible con la gastroenteritis, no apuntan a un comportamiento omisivo del deber objetivo de cuidado, en relación con los especiales conocimientos que integran su "lex artis", que pueda tener trascendencia en la esfera penal.

En suma, lo que sí podemos afirmar es que la existencia de los hechos que determinarían responsabilidad penal es muy dudosa, y que en tales casos no puede solventarse la cuestión en favor de la punición. Hay dudas serias sobre la concurrencia de cierta omisión, que ésta sea vulneradora de las reglas básicas de la ciencia médica, y que guardara relación de causa a efecto entre el resultado ocurrido, por lo que en realidad no se trata de medir la entidad de un determinado descuido sino constatar que no se ha probado que lo hubiera.

No entendemos acreditado con la debida certeza, como es exigible para imponer una pena, que en la madrugada del día 26 la víctima presentara la sepsis que fue determinada como causa de la desgraciada muerte ni que se hubiera podido diagnosticar con una normal diligencia y atajar (análogamente a lo que expresa la S.T.S. de 10 de diciembre 2001 en un caso en que, diagnosticada faringitis, se produce el fallecimiento por sepsis fulminante).

La consecuencia es dictar sentencia absolutoria, sin que proceda pronunciamiento sobre responsabilidades civiles ni sea necesario examinar otros extremos del recurso.

SEXTO.- Costas.

No procede condena en costas a los absueltos, conforme al artículo 140 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y tampoco deben imponerse a la acusación particular en cuanto no se aprecia temeridad ni mala fe.

FALLO

Visto el resultado de la votación, la ley decide:

ESTIMAR los recursos interpuestos contra la sentencia dictada en el asunto a que se refiere el rollo de Sala por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal número 1 de Huelva, que se REVOCA para ABSOLVER a los recurrentes, sin pronunciar condena en costas, debiendo alzarse las medidas que frente a ellos se hubieran adoptado.



Remítanse las actuaciones originales al Juzgado de su procedencia, con certificación de la presente y despacho para su cumplimiento y efectos oportunos.

Así, por esta nuestra sentencia, contra la que no cabe recurso, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Conforme a lo dispuesto en los arts. 260.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 156 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al disentir del parecer mayoritario de la Sala, el Ilmo. Sr. **D. FLORENTINO GREGORIO RUIZ YAMUZA** formula el siguiente

VOTO PARTICULAR

Por el presente voto muestro mi disenso respecto de lo resuelto en la sentencia dictada por la Ilma. Sala en los siguientes términos:

PRIMERO .- De la redacción de los hechos probados .

Tras examinar con detenimiento la prueba practicada, considero que deberían ser aceptados, y tenerse por reproducidos, los hechos declarados probados en la resolución recurrida. A excepción del párrafo: " *No resulta acreditado que la acusada Rafaela y el acusado Higinio mantuvieran conversación alguna en la planta o por teléfono.* ", que se suprime.

SEGUNDO . De la sentencia de primera instancia y motivos de recurso .

2.1/ La sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal establece una serie de hechos que pueden resumirse como sigue:

a.- El 24.12.05, Abilio, médico especialista en cirugía general y aparato digestivo de guardia en el Hospital Juan Ramón Jiménez de Huelva, diagnostica de apendicitis aguda a la menor Frida, prescribiendo apendicectomía que el mismo practicó en la tarde del día 24, quedando la niña ingresada en el Hospital, pautándose dieta absoluta, primperán, ranitidina, perfalgán, nolotil y suero glucosado.

Sobre las 2'20 de la madrugada del 25.12.05, Frida presentó fiebre y vómito suministrándosele paracetamol.

b.- A las 9 horas del día 25.12.05, Higinio releva a Abilio, presentando la paciente fiebre y dolor durante aquella jornada, dolor que no remite pese a que se le suministra analgesia pautada por Higinio telefónicamente.

Sobre las 4 horas del 26.12.05 se dio aviso a Higinio porque la menor presentaba vómito en poso de café deposiciones líquidas, marrones y fétidas así como intenso dolor abdominal. Personado Higinio en la habitación de la Frida no acordó la práctica de hemocultivos, analíticas u otras pruebas complementarias y sí una interconsulta con pediatría.

La pediatra Rafaela reconoció a la menor, dando por buena la impresión diagnóstica de Higinio de que podía tratarse de una gastroenteritis.

c.- Durante el día 26.12.05 encontrándose de guardia el cirujano Santos, ya fallecido, la condición de la menor va empeorando sin que se realicen pruebas complementarias, desde la asunción de posible gastroenteritis, y continuando con la administración de analgésicos, entrando la paciente en una fase crítica el 27.12.05 que determina su ingreso en la unidad de cuidados intensivos donde fallece.

d.- La autopsia y análisis post-mortem determinaron que Frida falleció a causa de una peritonitis difusa con hemorragia en región cecal, hallándose en una muestra de pus abdominal *Escherichia coli*, *Streptococcus constellatus* y *Bacteroides fragilis*; y en sangre *Staphylococcus aureus* *Streptococcus constellatus*.

2.2/ Partiendo de esta secuencia de hechos el Juez de lo penal alcanza las siguientes conclusiones:

a.- En primer término, que no resulta posible determinar que en la intervención quirúrgica a la que se sometió a Frida el cirujano acusado y absuelto, Abilio, no ordenara la instauración de profilaxis antibiótica que está prevista en el protocolo hospitalario, siendo práctica habitual su aplicación en toda intervención quirúrgica, generalmente antes de la intervención en la denominada fase de inducción anestésica.

Establece el Juez de lo Penal que no es posible tener por acreditado que no se ordenara la profilaxis, así como tampoco tener por acreditado que la misma no se administrase; añadiendo que tampoco ha alcanzado el convencimiento de que su instauración hubiese evitado el cuadro subsiguiente, ya que su administración únicamente está indicada para reducir la aparición de infección en herida operatoria.

b.- En cambio la actuación de los médicos Higinio y Rafaela, sí debe ser considerada como negligencia. Estos facultativos al tratar a la menor finalmente fallecida, tras entrevistarse con la misma, con su madre



y tras comprobar la historia clínica y los registros de fiebre que presentaba la niña y el intenso dolor que refería, concluyeron que se encontraban ante una especie de gastroenteritis en cierto modo atípica o extraña y prescribieron únicamente analgésicos y antitérmicos a la menor.

Estima el Juez a quo que una correcta praxis exigía que, constando en el historial médico que no se había suministrado tratamiento antibiótico a la paciente, se realizaran pruebas complementarias que hubieran aportado la información básica sobre el proceso infeccioso en desarrollo permitiendo, en consecuencia instaurar la medicación antibiótica pertinente, que evitara que la infección progresase.

2.3/ En cuanto a los motivos de impugnación de la sentencia de primer grado, han de ser analizados por separado los diferentes recursos interpuestos contra la sentencia condenatoria.

2.3.1. Recurso de Higinio .

2.3.1.1 Infracción de normas y garantías procesales. En este epígrafe se incluyen una variada serie de motivos de recurso:

a.- Infracción del art. 24 de la Constitución Española por redacción de los hechos probados con predeterminación del fallo, infringiéndose asimismo lo dispuesto en el art. 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Realiza esta reflexión el apelante al hilo de la utilización de la forma verbal reflexiva " *limitándose* " en los hechos probados para describir la actitud de este facultativo al atender a Frida . La expresión en concreto es " *Ni pautó tratamiento antibiótico alguno, limitándose a realizar interconsulta con el servicio de pediatría .* "

Si bien consideramos que la utilización de esta concreta forma de redacción pudiera sugerir alguna similitud con el motivo casacional establecido en el núm. 1.º del art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (" *Cuando en la sentencia...se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo.* ") no estamos desde luego en el mismo caso. Lo que el legislador quiere evitar es que se describa una acción depredatoria expresamente como robo en los hechos probados o que, en este supuesto, se consignase en los mismos que los médicos actuaron de modo imprudente.

La expresión *limitándose* si bien puede ser sugestiva de una inacción sin agotamiento de todos los recursos terapéuticos disponible, es un término de uso muy común, compatible con la buena práctica en la redacción de los hechos probados en este caso, de carácter descriptivo y no necesariamente connotativo.

La S.T.S. de 23.10.01 aborda el quebrantamiento de forma que consiste en consignar como hecho probado un concepto jurídico que predetermina el fallo, defecto en el modo de redactar la sentencia contemplado en el 851.1, inciso tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El Alto Tribunal razona que no se ha incurrido en la instancia en el indicado quebrantamiento de forma por la inclusión del adjetivo " *grave* " en la calificación de la desatención atribuida a los dos acusados, habida cuenta de que dicho adjetivo figura en el art. 142.1 del Código Penal en la definición legal del delito de homicidio por imprudencia. Puede leerse en la calendada resolución "... *Es posible que la citada palabra hubiera debido ser evitada por el Tribunal de instancia al describir los hechos que había de enjuiciar y la intervención que en los mismos tuvieron los acusados, pero su inclusión no debe acarrear la nulidad de la sentencia a tenor de la interpretación constante y pacífica que esta Sala ha hecho del motivo de casación a que nos referimos. Porque, suprimido 'in mente' el calificativo impugnado como predeterminante, la gravedad de la desatención, si la hubo, se deduciría fácilmente del resto de los hechos probados, pues de ninguna otra forma podría ser calificada la falta de atención, por parte de los facultativos que estuviesen practicando una cesárea, a la pérdida de sangre y a la bajada de la tensión arterial de la paciente. El segundo motivo de casación de este recurso, que hemos examinado en primer término por obvias razones metodológicas, debe ser desestimado....* "

b.- Falta de citación de la concreta jurisprudencia aplicable al caso. Ciertamente, la sentencia combatida no realiza mención expresa a resolución alguna en concreto del Tribunal Supremo, conteniendo alusiones de tipo genérico a la misma, mas ello no alcanza a constituir ningún género de indefensión, puesto que el fundamento de la condena no es la interpretación jurisprudencial de determinados preceptos del Código Penal, sino un análisis concreto y pormenorizado de las circunstancias que se produjeron desde el día 24 al 27 ambos inclusive de 2005, en relación con el tratamiento recibido por Frida .

c.- Falta de análisis en conciencia y conforme a la sana crítica de la prueba practicada, con infracción de lo dispuesto en los arts. 142 y 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Tampoco puede acogerse este argumento. Como esta Sala ha tenido ocasión de reiterar, se presentan ciertos problemas técnicos de compatibilidad cuando se invocan, como motivos de recurso, la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en general y a la presunción de inocencia en particular, y error en la apreciación de la prueba. Alegación conjunta que, según la Jurisprudencia debe entenderse como incompatible (Cfr. S.T.S. de 28.11.1990 , con cita de las del mismo Tribunal de 07.05 y 12.12.1988 en la que puede leerse



lo siguiente: " ...Se ha dicho ya, con reiteración que, al invocarse la infracción de dicho principio constitucional, el estudio del mismo lleva implícito igualmente el del presunto error, y también que por lo general resulta incompatible la conjunta alegación de quebrantamiento del principio de presunción de inocencia y el 'error facti' en la apreciación de la prueba ya que denunciar un error es partir de la existencia de prueba inculpativa y sabido es que lo que realmente constituye la esencia del derecho a la presunción de inocencia, o verdad interina de inculpabilidad, es la constatación en la causa de una prueba de cargo, que pueda ser reputada suficiente y obtenida en forma regularmente procesal, y una vez verificado tal acreditamiento, no cabe sustituir al Tribunal sentenciador en su exclusiva valoración de la prueba, conforme al artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 117.3 de la Constitución Española ...")

Por otra parte, desde la muy conocida y citada sentencia del Tribunal Constitucional de 08.07.1981 , el principio de presunción de inocencia consagrado en el art. 24 de la Constitución Española , sólo actuara de referente para ajustar el ajuste al mismo de la sentencia criticada en tanto que resolución condenatoria en el ámbito penal cuando aquella carezca de todo sustento probatorio o, aún teniéndolo, la prueba hubiera sido obtenida con violación o infracción de derechos fundamentales. Por el contrario no debería ser invocada, en puridad, su vulneración, cuando conste allegado al proceso o causa, en mayor o menor medida, dicho aporte probatorio material, lo que hará, desde tal instante, que adolezca de virtualidad la invocación alusiva tantas veces relativas a la violación por inaplicación del principio, llevado a rango de derecho fundamental, de presunción de inocencia, pues en tales supuestos lo que realmente se debate no es otra cosa que la divergente valoración que la parte realiza sobre el contenido o resultado de la prueba practicada en cuanto se imputa al Juzgador una valoración que la prueba practicada en cuanto se imputa al Juzgador una valoración errónea sobre su contenido, lo que ninguna relación guarda con el principio de referencia; es decir que no cabe confundir presunción de inocencia con la disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador (Cfr. S. T. C. de 11.05.1983).

d.- Dilaciones indebidas. En este apartado sí asiste la razón al apelante, habiéndose además hecho mención expresa a tal circunstancia por el Juez de lo Penal, al dirigirse a las partes a la conclusión del juicio.

La cronología de la tramitación de la causa, con unos hechos que datan de diciembre de 2005 y no son enjuiciados hasta junio de 2013; habiéndose tardado por ejemplo más de un año en emitirse informe por el Instituto de Medicina Legal de Huelva (se libro oficio para ello el 06.02.06 y no se emite hasta el 17.05.07 , con paralizaciones de varios meses en la remisión de documentación requerida al Servicio Andaluz de Salud, y tardándose aproximadamente un año y medio en enjuiciar la causa desde que entra en el Juzgado de lo Penal (18.11.11 a 13.06.13).

Como este Tribunal acaba de precisar en sentencia dictada el 14.02.14 en el rollo de apelación 26/14 , la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas debe ser apreciada con independencia de las causas que generen el retraso en la tramitación del procedimiento, a no ser que éstas se correspondan en exclusiva con la actividad o falta de la misma por parte de los imputados o acusados. En este caso, por lo tanto, no hemos de entrar a indagar los diversos motivos que han concurrido para desembocar en la anormal duración del trámite del procedimiento (retraso en la elaboración de informes y remisión de documentación, o necesidad de guardar turnos de señalamientos), una vez constatado que tal circunstancia notablemente se ha producido.

Decíamos en nuestra sentencia " No comparte la Sala tal tesis que limitaría estrictamente y en perjuicio de reo la interpretación de las dilaciones indebidas restringiéndolas a los casos de falta de diligencia en al tramitación de las causas. Consideramos por el contrario que este supuesto que vendría a ser una especie de retraso estructural debe englobarse también en el concepto de dilación indebida a efectos de apreciar la atenuante, puesto que de otra suerte haría recaer en el reo el doble perjuicio de tener que esperar un tiempo anormalmente prolongado hasta que su causa se juzgue, teniendo además que soportar las consecuencias de un retraso por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia sin quedar a cubierto de la atenuante.... "

2.3.1.2 Infracción del art. 708 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Se alega por el recurrente que el interrogatorio del lltmo. Sr. Magistrado de lo Penal al acusado Higinio se prolongó por tiempo de unos catorce minutos, adoptándose una actitud más propia de una parte acusadora que de Juzgador.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido constante en conceptualizar la imparcialidad del Juzgador como una de las garantías fundamentales de un proceso justo, en resoluciones que vienen siendo objeto de reiterada cita por el Tribunal Supremo español como los casos Delcourt (17.01.1970), Piersack (01.10.1982), De Cubre (26.10.1984), Hauschildt (16.07.1987), Holm (25.11.1993), Sainte-Marie (16.12.1992), Saravia de Carvalho (22.04.1994), Castillo Algar (28-10-98) o Garrido Guerrero (02.03.00).

Del mismo modo, la propia jurisprudencia de la del Tribunal Supremo (Cfr. SS.T.S. de 05.07.07, 30.05.07, 22.10 y 24.09.04, 27.02.01, 21.12.1999 ó 16.10.1998, entre otras), recuerda que el derecho Constitucional a un proceso con todas las garantías exige que estén suficientemente aseguradas por el Ordenamiento Jurídico,



tanto la imparcialidad real de los Jueces como la confianza de los ciudadanos en dicha imparcialidad, por ser ésta una convicción absolutamente necesaria en una sociedad que descansa, por su propia naturaleza, en el libre y racional consentimiento que otorgan los ciudadanos a los poderes públicos.

El Tribunal Constitucional (por todas la Sentencia 145/1988), como no podía ser de otro modo, también ha proclamado que el desarrollo a un proceso con todas las garantías contemplado en el art. 24.2 de la Constitución Española comprende, según una dilatada jurisprudencia constitucional y el derecho a un Juez o Tribunal imparcial, reconocido en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10.12.1948, en el art. 6.1 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 04.11.1950 y en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16.12.1966. Este derecho a un juicio imparcial, y como presupuesto del mismo a un Juez o Tribunal imparcial, incluido en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, tiene un fundamento en el hecho de que la imparcialidad constituye el núcleo de la función a juzgar, pues sin ella no puede existir el proceso debido o juicio justo.

Más allá de estas consideraciones de carácter general, el tema objeto de debate en este recurso de apelación se concreta en la intervención judicial en el interrogatorio del acusado. En esta materia, también la producción jurisprudencial del Tribunal Supremo, sentencia de 05.07.07 , como la ya clásica doctrina del Tribunal Constitucional, sentencia 188/00, de la Sala 2ª de 10.07.00 , nos ofrecen unos claros parámetros interpretativos.

El Tribunal Constitucional estudia en la calendada resolución la problemática de la iniciativa probatoria adoptada de oficio, al margen de toda iniciativa de las acusaciones y su posible confrontación con el art. 24.2 de la Constitución Española en su vertiente de derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. En este punto se analiza por el Alto Tribunal si el órgano de enjuiciamiento al tomar la iniciativa en este campo probatorio, corre el riesgo de que tal actuación comporte un desplazamiento de la carga de la prueba que sobre las acusaciones gravita, que a su vez sitúe al órgano judicial ante la posibilidad de desconocer las garantías constitucionalizadas de imparcialidad objetiva del juzgador y el principio acusatorio.

En una sentencia que constituye una de las referencias en la materia en nuestro país el Tribunal Constitucional con cita a su vez de otra serie de resoluciones previas que inciden en la misma línea exegética (Cfr. SS.T.C. 157/1993, 47/1998, 106/1989, 180/1991, 136/1992, y 157/1993, entre otras) traza el marco imprescindible para el estudio de esta cuestión y específicamente disecciona el art. 729.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , a la luz de la doctrina constitucional en relación a la imparcialidad judicial.

Como se recordará existe en la Ley de Enjuiciamiento Criminal una secuencia de preceptos que establecen: Art. 728; que no se podrán practicar otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas . Art. 729.1 y 2 ; como excepción a lo anterior que el Juez o Tribunal podrá acordar de oficio careos o diligencias de prueba no propuestas por las partes y que considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación. Art. 730; podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral.

Las claves que descubre la sentencia 188/00 , que venimos comentando, pueden resumirse como sigue:

a/ Es reiterada jurisprudencia que el derecho a un proceso con todas las garantías integra, entre otros contenidos, la garantía de la imparcialidad del Juzgador que, en el ámbito del proceso penal, se presenta indisolublemente anudada a la preservación del principio acusatorio.

b/ En relación con la iniciativa probatoria de oficio, la garantía de la imparcialidad objetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa el Juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Lo que no significa que el Juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio. La excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el art. 729.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , no puede considerarse per se lesiva para los derechos constitucionales, pues sirve al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al Juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar sentencia.

c/ No obstante, es posible que se incurra utilización indebida de la facultad probatoria *ex officio judicis* prevista en el art. 729.2 ya mencionado, que pudiera llevar a desconocer las exigencias inherentes al principio acusatorio.

d/ Para determinar si en el ejercicio de la antedicha facultad de propuesta probatoria el Juez ha ultrapasado los límites del principio acusatorio, con quiebra de la imparcialidad judicial y, eventualmente, del derecho de defensa, es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto.



Por lo que hace a la producción jurisprudencial del Tribunal Supremo, la sentencia de 05.07.07, tras recordar que aunque el principio no aparece expresamente nominado como derecho fundamental en el art. 24 de la Constitución Española, es un principio fundamental del proceso penal inmanente en el referido artículo, aborda también específicamente el supuesto de iniciativa probatoria asumida por el órgano de enjuiciamiento, en relación fundamentalmente con el art. 708 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (precepto cuyo párrafo segundo prevé que *"El Presidente, por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren"*)

Centra su impugnación en el interrogatorio a que fue sometido el recurrente, los otros condenados y los testigos del hecho, por parte del Presidente del Tribunal que enjuició los hechos.

En esta ocasión, la Sala Segunda conoce en casación de un asunto en el que se le plantea por el recurrente, existiendo grabación videográfica del juicio oral, *"...que el Presidente del Tribunal, una vez terminado el interrogatorio realizado por las partes procesales a los comparecientes en el juicio oral, iniciaba un nuevo interrogatorio que excedía del contenido del art. 708 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para convertirlo en un interrogatorio de un Juez de instrucción..."*.

Podemos destacar algunas de las afirmaciones contenidas en esta resolución que tienen directa relación con el objeto del recurso que ahora estudiamos:

a/ La vigencia del principio acusatorio impone un órgano jurisdiccional imparcial ante un conflicto entre la acusación y la defensa, de manera que el órgano judicial no puede sustituir a las partes, sino presidir el debate y recepcionar la prueba que éstas han presentado.

b/ "La jurisprudencia de esta Sala, en interpretación de las exigencias del principio acusatorio haya propiciado una interpretación muy restringida de instituciones como el planteamiento de la tesis del art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o la aportación de testigos por el Tribunal del art. 729, con la finalidad de apuntalar la imparcialidad del Tribunal,..."

c/ El art. 708 de la Ley procesal ha de ser interpretado de manera armónica con el principio acusatorio y *"...su utilización ha de ser excepcional y referida a extremos sobre los que los testigos, peritos o imputados hayan declarado a las preguntas de las partes en el proceso, en relación con hechos aportados por ellas."*

La transposición de la anterior doctrina al supuesto concreto nos lleva a la conclusión de que el recurso no debe ser estimado, por más que no compartamos el desempeño del Sr. Juez de lo Penal, que notoriamente excedió el ámbito de su debida participación en el plenario, entrando en un interrogatorio tan largo y no limitado a la clarificación de algunos aspectos particulares.

No estamos, desde luego, en el caso de que se esté meramente puliendo una prueba de interrogatorio, pidiendo aclaración o incluso acordando de oficio una prueba complementaria, actuaciones que en todo caso y conforme al art. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pueden presentar incluso una vertiente pro reo. Pero habida cuenta del cúmulo de pruebas, tampoco el Tribunal de primer grado se encontraba ante una falta total de evidencia susceptible de destruir la presunción de inocencia.

En esa tesitura, con la actuación del Magistrado, aun siendo criticable, no se ha llenado la actuación más genuinamente correspondiente a la acusación cual es la de aportar prueba de cargo bastante. Si nos situamos ante la hipótesis de que el Magistrado se hubiera abstenido de preguntar obtenemos una doble respuesta, ponderando la veracidad de los testimonios vertidos en el plenario (incluido el prestado por Higinio respondiendo a las partes) y sobre todo la prueba de naturaleza documental, consideramos que igualmente se habría arribado a un pronunciamiento condenatorio.

Por lo tanto incluso si anulásemos el interrogatorio o se prescindiera de él por completo, el resto de la prueba alcanzaría igualmente para sostener el pronunciamiento de condena, siendo de ver que tampoco los fundamentos de derecho de la resolución de primer grado hacen expresa referencia a las declaraciones del acusado en juicio como base de la convicción del Juez respecto de su culpabilidad, sino que estudia conjuntamente la conducta de Higinio y Rafaela concluyendo que faltaron a la *lex artis* que la situación demandaba.

2.3.1.3/ Error en la valoración de la prueba. En este punto, sí compartimos por tanto el proceso analítico como las conclusiones del Sr. Juez de lo Penal. La concatenación de circunstancias que se produjo motivó que Frida fuera intervenida de apendicitis sin que conste la administración de profilaxis antibiótica, ni tampoco la trascendencia de esta omisión, en el caso de que hubiera concurrido, en el desarrollo de una ulterior sepsis que desembocase en la peritonitis causante del fallecimiento. Pero el aspecto sustancial o crucial es determinar si la actuación tanto de Higinio como de Rafaela careció de alguno de los elementos básicos en el tratamiento a la menor, falló al diagnosticar y no agotó las posibilidades terapéuticas que hubieran salvado su vida.



Consideramos que así fue. La presencia de intenso dolor abdominal, febrícula y fiebre que no ceden durante varias horas, en una paciente intervenida de apendicectomía, aunque pudieran ser síntomas que se corresponden con otras patologías como por ejemplo una gastroenteritis, habría requerido de comprobaciones complementarias.

La aparición de tales síntomas en el contexto de la operación previa obligaba a valorar la posibilidad de que un proceso infeccioso se estuviese produciendo, generando el cuadro de dolor y fiebre. Por lo tanto, se debió recurrir por parte de Higinio a la realización de pruebas de hemocultivos, analítica de sangre u otras, que fueron precisamente las primeras en realizarse antes de que la paciente ingresara en la Unidad de Cuidados Intensivos, pautadas por los médicos que entraron de guardia el día 27.12.05; es decir, hemograma, bioquímica y ecografía abdominal. También pudieron prescribir los antibióticos sin la realización de tales pruebas, pero sin duda el procedimiento ortodoxo hubiera sido descartar la presencia de la infección con la batería de pruebas y comprobaciones oportunas y, en este caso comprobada su existencia instaurar el Protocolo de Tratamiento Antimicrobiano (TA) en la Infección Intraabdominal (IIA), cuyo contenido obra en la causa a los folios 415 y ss.

En este aspecto el recurso de Higinio hace pormenorizada referencia a varios apartados.

A. No inclusión en los hechos probados de determinados aspectos y circunstancias esenciales relativos a la causa de la muerte. Pretende el apelante que la sentencia no ha ponderado debidamente el informe de autopsia obrante a los folios 24 y ss. de la causa y que determina que la peritonitis difusa no derivó de la intervención de apendicitis sino de un cuadro de necrosis cecal, anómalo, extraño e infrecuente. Toda vez que esta mención no se contiene en el relato de hechos probados, estima la parte que quedan cabos sueltos en la explicación de lo que sucediera, no valorándose debidamente la opinión al respecto de los anatomopatólogos que en juicio sostuvieron la rareza del cuadro y su difícil detección.

Efectivamente el informe de autopsia identifica la necrosis cecal como causa de la peritonitis difusa y a su vez desconecta éstas de la previa intervención de apendicitis. En el mismo sentido se producen los médicos Bernardo y Diana durante el juicio.

Pero la omisión a esta mención por parte de la sentencia de primer grado, no puede interpretarse en modo alguno como que la misma alcance una conclusión contraria a la que sostienen estos facultativos. Baste leer el penúltimo párrafo de los hechos probados de la sentencia para comprobar que estrictamente se atribuye la causa de la muerte a una peritonitis difusa con hemorragia en región cecal, y que en ningún apartado ni de los hechos probados ni luego en los razonamientos jurídicos de la sentencia, se relaciona ni la aparición del cuadro de apendicitis ni la intervención realizada por Abilio con la muerte de la niña. Antes al contrario, enfatiza la resolución objeto de recurso, con buen criterio, que la falta de buena praxis por parte de los médicos acusados consistió en el no agotamiento de las posibilidades diagnósticas de que disponían.

Ciertamente que el proceso de apendicitis catarral, de la apendicitis casi blanca puede ser de muy bajo perfil sintomatológico en cuanto que presenta mínimas alteraciones histológicas, y en verdad que estos facultativos desligan por completo la apendicitis con la ulterior peritonitis causada por una necrosis cecal, señalando lo poco frecuente de ésta y su difícil detección. Pero tampoco es menos cierto que existen otros informes en la causa que apuntan en sentido divergente.

Hagamos un somero repaso de las periciales realizadas en este procedimiento.

Por ejemplo, el informe de la médico forense (folios 112 y ss), relaciona de forma taxativa el proceso de peritonitis con la previa intervención de la apendicitis. Del mismo modo, el informe de la pediatra Marcelina (folios 85 y ss.) sostiene también la tesis contraria de la relación entre apendicectomía y peritonitis, precisando los hallazgos del informe de autopista. En el mismo, folio 25 de la causa, puede leerse lo siguiente, el subrayado es nuestro: "*A parato digestivo: Presencia de material fibrinoleucocitario en superficie peritoneal del intestino delgado y grueso con presencia de colonias bacterianas. Estas alteraciones están presentes en la zona de la pared intestinal cecal, correspondiente con la cirugía previa (apedicectomía). En algunos casos el punto de infiltrado inflamatorio penetra la pared muscular intestinal. En la mucosa del ciego, descrita macroscópicamente como engrosamiento polipoideo, la inflamación necrotizante afecta a toda la pared muscular y a la mucosa. En el peritoneo parietal, mesenterio y diafragma, se observa inflamación aguda necrotizante.*"

Basándose precisamente, y entre otros datos, en el informe de autopsia, la perito concluye que Frida falleció como consecuencia de una complicación infecciosa (peritonitis) de la intervención de apendicitis, sin que se utilizara profilaxis durante la intervención quirúrgica y sin que a partir de las 24 horas posteriores a la intervención, ante la sintomatología de la paciente, no se realizaran analítica ni estudios radiológicos (de abdomen y ecografía) que permitieran diagnosticar la patología. Afirmando que la realización de estas pruebas cuando se empezó a detectar la sintomatología de dolor abdominal progresivo e intenso y vómitos, hubiera



permitido detectar la presencia de infección postoperatoria y " *se hubiera podido iniciar el tratamiento a tiempo para evitar el fatal desenlace* " .

El informe de Alonso (folios 1081 y ss.), establece que la cirugía fue correcta y que la profilaxis en la fase quirúrgica con administración de antibióticos previstos en el protocolo (Cefotixina) tampoco habría sido definitiva para detener el proceso infeccioso que se produjo; podría haber disminuido la posibilidad de infección por Escherichia Colli, siendo desconocida su eficacia frente a al Streptococcus Constellatus, y resultando el Bacteroides Fragilis resistente a dicho medicamento. También apunta este perito que la necrosis de ciego, que estima causante de la peritonitis, cursa con "... *dolor abdominal en la fosa iliaca derecha, fiebre, diarrea, náuseas y vómitos ...*".

El perito, Ramón , en su informe a los folios 1095 y ss. de lo actuado, considera también que el proceder del cirujano que intervino a la menor fue correcto pero apunta que el control y tratamiento ofrecidos a la paciente en el postoperatorio no fue el adecuado; poniendo de manifiesto los hechos acaecidos que la actuación de los profesionales contuvo error que pudieron y debieron ser subsanados con antibioterapia continua. Concluye este perito que no es probable que la contaminación bacteriana proviniese del área de extirpación y sección del apéndice, con base del mismo y sutura indemnes, inclinándose más por la contaminación de la cavidad abdominal a través de la pared inflamada del ciego.

Contrariamente a lo que mantiene el anterior perito, el facultativo Ovidio (folios 711 y ss.) , sí concluye que nos encontramos ante una complicación infecciosa de una cirugía abdominal, apendicectomía, no teniendo por acreditado que se administrase profilaxis durante la intervención quirúrgica.

Por último el dictamen elaborado por varios médicos a instancia de Zurich (folios 755 y ss.) reitera la idea de la falta de profilaxis durante la intervención, que no relaciona con la ulterior infección, desconociendo la causa de aparición de la necrosis causante a su vez de la peritonitis.

En consecuencia, estamos en condiciones de afirmar que lo realmente importante, sea la peritonitis debida a la apendicitis o no, es que ningún facultativo puede afirmar que, habiéndose realizado las pruebas oportunas no se hubiera detectado la infección y logrado salvar la vida de la menor. En este sentido, el perito Juan Ramón en su informe obrante a los folios 349 y ss. de la causa, concluye que los controles vitales de la paciente no se registraron adecuadamente durante los tres días que permaneció ingresada en el hospital y hasta su muerte y que " *Los cirujanos y pediatras que la vieron no valoraron adecuadamente los signos y síntomas que presentaba la paciente ni solicitaron la práctica de analíticas y pruebas de imagen que habrían puesto de evidencia la peritonitis de forma precoz, lo que hubiera permitido la cirugía en el momento oportuno para que la paciente sobreviviera .* "

La peritonitis y la septicemia subsecuente, son procesos que pueden desencadenar una situación de extremo compromiso para la vida del paciente de manera extraordinariamente rápida y que demandan una detección precoz y un tratamiento inmediato que puede ir desde la terapia antibiótica a la intervención quirúrgica. La sintomatología comprende normalmente dolor abdominal, fiebre y vómitos aunque puede presentar otra clínica y las formas de diagnosis efectiva incluyen el examen físico, analítica de sangre, hemocultivos, tomografías computerizadas, radiografía e incluso extracción directa de líquido de la cavidad abdominal.

Resulta difícilmente explicable que ante la posibilidad no desdeñable en absoluto de que la paciente pudiese estar sufriendo un proceso de peritonitis, secundaria a la intervención quirúrgica o no, y habida cuenta de la gravedad extrema patología, caso de haberse desencadenado, tanto el cirujano como la pediatra acusados no considerasen agotar todas las posibilidades de diagnóstico sin esperar, fiando únicamente a su impresión de que podría tratarse de una gastroenteritis. Con ello se hizo correr a la menor un riesgo fatal, que podría haberse conjurado, así como le luctuoso resultado, si se hubiesen puesto en juego todos los recursos que la medicina actual pone al alcance de la mano de los facultativos. Precisamente para ello, entre otras cosas, queda la paciente ingresada en el postoperatorio para poder ser observada por personal altamente especializado y cualificado que valore la clínica en caso de alguna complicación, utilice todas las posibilidades de diagnosis razonablemente aplicables al caso concreto, y establezca en su caso la terapia oportuna.

B. Inclusión de determinados párrafos que introducen juicios de valor o hechos no probados. Más arriba hemos analizado la trascendencia del uso del vocablo " *limitándose* " en la redacción de los hechos probados, primero de los subapartados de este submotivo de recurso.

En segundo término se critica por el apelante la redacción de un pasaje de los hechos probados de la siguiente manera: " *No acordó la realización de pruebas complementarias, ni hemocultivos, ni analíticas, ni prescribió antibiótico alguno .* "



No consideramos que esta concreta expresión implique la introducción de juicio de valor alguno, ni que la introducción de formulaciones negativas resulte incorrecta en este supuesto en el que precisamente la omisión es lo constitutivo, el núcleo de la antijuridicidad de las conductas.

En tercer lugar apunta el recurso que no es ajustado, como se contiene en los hechos probados que " el personal de la planta de pediatría se puso en contacto con el acusado Higinio para proceder a anticipar la medicación pautada y lo anticipó por teléfono.. .", sosteniendo el recurrente que el nolutil que tenía prescrito la menor no fue pautado por Higinio sino por otro médico, dr. Casiano , como consta al folio 72 de lo actuado y se sigue de sus propias manifestaciones.

La sentencia en el citado párrafo no dice que Higinio pautase nolutil sino que autorizó por teléfono anticipar su toma, siendo ambos extremos de muy escasa trascendencia para la valoración de la conducta del acusado.

Cuarto, de la conversación entre la pediatra Rafaela y Higinio . En este aspecto apunta el recurso que sí existió conversación telefónica entre ambos. Procede suprimir este apartado de los hechos probados, toda vez que consta acreditado por la testifical de la enfermera Purificación que tal conversación se produjo.

2.3.1.4. De las circunstancias del relevo de los médicos de guardia en la mañana del día 26.12.05. Se queja el apelante de que la sentencia de instancia no recoge las circunstancias del relevo, consignando de forma escueta que Higinio fue relevado en la Unidad de Cirugía por Santos , ya fallecido.

Expone el recurso que se produjeron una serie de comentarios, de los que dan fe los testimonios de otros médicos que declararon en el juicio, y por la declaración prestada en instrucción por el propio Santos , que básicamente vienen a poner de relieve que Higinio habría diagnosticado una gastroenteritis, consultado con la pediatra de guardia y había mostrado su preocupación por la niña, refiriendo que debía ser re-valorada. Así el dr. Rubén , por ejemplo declara en juicio " ... el doctor Higinio nos dijo que la teníamos que ver porque le habían llamado de madrugada con vómitos, diarrea y fiebre y estaba preocupado, que no podíamos dejar de verla ...".

Tampoco considera la Sala esencial que estas referencias se lleven a los hechos probados, ni aun que tengan trascendencia en los razonamientos jurídicos de la sentencia condenatoria, puesto que no añaden ningún dato básico al análisis de los hechos. Pueden ser reveladoras de la profesionalidad del médico y preocupación por su paciente, pero también indicativas de que las sospechas de que alguna complicación de entidad se hubiese presentado, más allá de la mera gastroenteritis. Así el testimonio del dr. Luis Pablo "... ¿ Es cierto que el dr. Higinio hizo mucho hincapié en que efectivamente el cirujano viera a la niña ? Sí, sí, es cierto por que a él le alarmó mucho la..., bueno le alarmó, le preocupó la incidencia de una diarrea en el postoperatorio y que le hubieran llamado y que la chica estaba con fiebre.. .".

2.3.1.5. Argumentos procesales. Bajo este epígrafe podemos englobar toda una serie de reparos que efectúa el apelante en relación con la regularidad de la tramitación de la causa.

a.- Regularidad de la imputación de Higinio a través de ampliación de auto de procedimiento abreviado. Fue esta misma Sala la que resolvió la apelación planteada en su día sobre este punto, homologando el proceder del Juzgado de Instrucción en nuestro auto de 10.02.11, obrante a los folios 591 y 592 del expediente, y a cuyo contenido no podemos sino remitirnos ahora.

b.- Evolución de la acusación del Ministerio Fiscal. Ciertamente el Ministerio Público ha podido venir acusando de los hechos a diferentes profesionales, con intervenciones en momentos temporales distintos. Seguramente tal actuación ha venido presidida por el análisis que del caso se ha hecho en el seno del Ministerio Público, constituido en parte acusadora en este procedimiento, no siendo en principio objeto del recurso de apelación la evaluación del proceder de una de las partes en el proceso, ni la coherencia interna de la misma.

c.- Fundamento de la acusación particular para dirigir el procedimiento contra Higinio en el hecho de que éste no vio siquiera a la menor. Efectivamente, como le propio recurso refleja, queda consignado en los hechos probados de la sentencia que el médico acusado sí vio a la menor y se entrevistó con su madre y personal auxiliar.

En cualquier caso, la acusación pública sí abarcaría y subsanaría la posible incoherencia o carencia entre el escrito de acusación particular y condena, habilitando al Juez de lo Penal a pronunciar la condena incluso en la hipótesis probada de que se examinara a la niña personalmente por el médico.

2.3.1.6. Calificación jurídica de los hechos. La exigencia de responsabilidad por imprudencia parte de comprobar que existió una acción, u omisión, que crea un riesgo o supera el riesgo permitido, produciendo un resultado que sea concreción de la acción realizada. Desde el análisis del comportamiento, activo u omisivo, ha de comprobarse que el sujeto pudo reconocer el peligro que su acción suponía y que pudo adoptar la solución correcta. Ambas situaciones, reconocimiento del peligro y capacidad para actuar correctamente, deben ser examinadas con arreglo a un baremo derivado de la norma objetiva de cuidado cuya infracción determinará



el comportamiento imprudente. El resultado debe ser consecuencia del comportamiento calificado de imprudente y debe ser evitable con alta probabilidad, desde un comportamiento observante de la norma objetiva de cuidado.

El Código Penal de 1995 ha variado sustancialmente la naturaleza de la imprudencia, adoptando el sistema de *crimina culposa* y desapareciendo la anterior configuración genérica de la imprudencia como *crimen culpae*, que es sustituida por tipificaciones concretas de la misma expresamente establecidas en la ley. Las nuevas categorías legales de imprudencia son la grave, la única que constituye delito y la leve que equivalen en lo esencial a las anteriormente denominadas temeraria y simple. Se diferencian básicamente entre sí en la mayor o menor intensidad del quebrantamiento del deber objetivo de cuidado que, como elemento normativo, sigue siendo la idea vertebral del concepto de imprudencia. La imprudencia grave requiere el olvido u omisión de los cuidados y atención más elementales lo que se traduce, en el caso de la culpa médica profesional, en impericia inexplicable y fuera de lo corriente (v. S.T.,S. de 10.10.1989 citada por la de 29.11.01)

La Jurisprudencia ha repetido en numerosas ocasiones que la comisión de un delito de imprudencia exige: una acción u omisión voluntaria, la creación con ella de una situación de riesgo previsible y evitable, la infracción de una norma de cuidado y la producción de un resultado dañoso, propio de alguno de los tipos dolosos que admiten la forma culposa, derivado de aquella descuidada conducta, de forma que entre éste y el daño exista una adecuada relación de causalidad. El delito de imprudencia tiene, pues, la siguiente estructura:

a) El tipo objetivo está integrado, de un lado, por una acción u omisión cuyo desvalor radica en la infracción de una norma social de cuidado, esto es, en el incumplimiento del deber de advertir el riesgo creado por la acción u omisión y, en su caso, de evitar que el riesgo advertido se concrete en una efectiva lesión. Y, de otro, en la resultancia de un hecho previsto en uno de los tipos delictivos que, en virtud de un precepto expreso de la ley, admiten la forma culposa.

b) El tipo subjetivo, por su parte, está integrado por la ausencia de intención o voluntad con respecto al resultado dañoso y por la índole voluntaria de la infracción de la norma de cuidado cuyo cumplimiento se omite conscientemente, pudiendo presentar esta parte subjetiva del tipo dos formas que no difieren precisamente por su gravedad sino por la naturaleza del deber de cuidado infringido, cuales son la culpa inconsciente en que se infringe voluntariamente el deber de advertir el riesgo y la culpa consciente en que se infringe de la misma manera el deber de evitar el riesgo advertido.

Conforme a la reiterada Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Cfr. SS.T.S. de 10.03.1959 , 17.08.1982 , 26.10.1983 , 24.11.1984 , 22.02.1986 ó 04.10.1990 , entre otras muchas) el simple error científico o el diagnóstico equivocado no alcanza en principio para llenar el tipo de la actual imprudencia grave, a no ser que por su propia categoría o entidad cualitativa o cuantitativa el error resulte de extrema gravedad.

Los hechos enjuiciados, tal como han sido relatados en la declaración probada de la sentencia recurrida, encajan perfectamente en la estructura del tipo de imprudencia que venimos comentando. Tanto Higinio como Rafaela , uno en calidad de cirujano de guardia y la otra en calidad de pediatra de guardia, realizaban el día 26.12.05 su actividad profesional que implicaba en este caso no la creación de un riesgo, como sucede en el supuesto del médico que directamente interviene a un paciente, sino la supervisión del posible riesgo generado por la patología o subsecuente a la intervención quirúrgica. Su posición como titulados superiores les obligaba a actuar con tanta pericia, atención y diligencia como pudiera demandar el peligro que potencialmente enfrentaban. Esencialmente su misión era la de vigilar la evolución de la paciente y de advertir que su cuadro clínico era compatible además de con una posible gastroenteritis con un proceso infeccioso, descartando o confirmando la existencia de éste (a través de las pruebas indicadas para ello) y en la segunda hipótesis instaurando el oportuno tratamiento antibiótico sin dilación. El incumplimiento del mencionado deber de cuidado, por parte de ambos facultativos, determinó que la situación llegara a ser irreversible cuando en la mañana del día 27.12.05 se realizaron las pruebas referidas, habiendo empeorado de tal manera la situación de la paciente que o hubo forma de salvar su vida. La gravedad de la imprudencia en que incurrieron los recurrentes es indudable porque para los dos era fácilmente previsible y evitable el riesgo, para los dos tenía una gran importancia la norma de cuidado que respectivamente les incumbía y por los dos debió ser ponderado el inestimable valor del bien jurídico que dependía de su actuación.

Las SS.T.S. de 03.10.1997 y 27.03.02, establecen la doctrina de que la imprudencia profesional (relacionada con una intervención médica) se caracteriza por la inobservancia de las reglas de actuación, que vienen marcadas por lo que se conoce, en términos jurídicos, como *lex artis*, lo que conlleva un plus de antijuridicidad que explica la elevación penológica. El profesional que se aparte de estas normas específicas, que le obligan a un especial cuidado, merece un mayor reproche en forma de sanción punitiva. Al profesional se le debe demandar un plus de atención y cuidado en la observancia de las reglas de su arte, que no es exigible al que no es profesional.



En este sentido nuestra apreciación, valorando de forma especialmente atenta el contenido de las pruebas de naturaleza pericial a las que hemos hecho referencia más arriba, es coincidente con la del Juez *a quo* en determinar que ante el cuadro que presentaba la niña se debió actuar realizando hemocultivos, analíticas y demás pruebas que hubieran evidenciado la infección que se podría haber atajado a través de la terapia antibiótica de abordarse puntualmente aun en el evento de que no se hubiese aplicado profilaxis durante la operación.

Existe, por último, relación de causalidad entre la conducta imprudente y el resultado dañoso; relación que la Sala Segunda del Tribunal Supremo (v. sentencias de 01.07.1991, 19.10.00, 17.01.01, 07.11.02, 04.07.03 y las que citan), en los delitos de resultado, para solucionar los problemas de la llamada relación de causalidad, resuelve con el concepto de imputación objetiva, "*...entendiendo que hay tal relación de causalidad siempre que la conducta activa u omisiva del acusado se pueda considerar como condición sin la cual el resultado no se habría producido conforme a la tradicional doctrina de la equivalencia de condiciones o 'conditio sine qua non', relación que se establece conforme a criterios naturales que proporcionan las reglas de la ciencia o de la experiencia, estableciéndose después, mediante un juicio de valor, las necesarias restricciones acudiendo a la llamada imputación objetiva, que existe cuando el sujeto, cuya responsabilidad se examina, con su comportamiento origina un riesgo no permitido, o aumenta ilícitamente un riesgo permitido, y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se produce, entendiéndose que no se ha rebasado ese ámbito cuando dicho resultado se estima como una consecuencia normal o adecuada conforme a un juicio de previsibilidad o probabilidad, porque debe estimarse que normalmente ese concreto resultado se corresponde con esa determinada acción u omisión sin que pueda achacarse a otra causa diferente, imprevisible o ajena al comportamiento del acusado ...*"

2.3.2/ Recurso de Rafaela .

Prácticamente el grueso de las cuestiones que suscita este recurso han sido ya estudiadas con analizar el del coacusado Higinio . La singularidad de la posición de esta médico es que su intervención se produce en el seno de una interconsulta (contemplada en el art. 15.2 g) de la Ley 41/2002 002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica).

Es cierto que Frida era una paciente no de pediatría sino del área quirúrgica, que fue ingresada en preescolar debido a su edad, y también es verdad que la pediatra fue llamada a consulta por el cirujano para concurrir con su opinión a la del primero que era el llamado en un principio a supervisar el post-operatorio. Pero la situación que se planteaba con un cuadro no excesivamente complejo perfectamente comprensible tanto para el cirujano como para la pediatra, en un contexto post- operatorio, y habiéndose recabado su opinión, demandaba de la pediatra que hubiese valorado lo que se presentaba como elemental. Que hubiera sugerido a su colega la posibilidad, no despreciable en términos probabilísticos según la literatura científica, de que estuvieran en presencia de un cuadro séptico que demandase urgente instauración de tratamiento antibiótico, tomando en consideración esta hipótesis en vez de suscribir la que sustentara Higinio , de una gastroenteritis extraña.

Realmente esta es la clave, si se quiere sencilla, de la responsabilidad penal de los facultativos en este caso, no se entiende por qué descartaron - teniendo al alcance los medios diagnósticos necesarios - la infección cuando estadísticamente ésta puede producirse según informa el Instituto de Medicina Legal en un porcentaje que oscila del diez al veinticinco por ciento de los casos de post-operatorio cuando se abren vísceras o espacios contaminados. No se comprende por qué no acudieron a este procedimiento elemental de comprobación, maximizando su capacidad de actuación, y en lugar de ello se conformaron con su impresión diagnóstica inicial, cuando concurrían síntomas que debieron ponderarse como seriamente compatibles con un proceso séptico. Este es el fundamento del reproche culpabilístico tanto del cirujano como de la pediatra, escueto y suficiente, bastante para constituir imprudencia penalmente relevante. Por el contrario, que la menor fuese paciente de cirugía y no de pediatría, o las concretas coordenadas temporales en que se desarrolla la actuación profesional de Rafaela , resultan factores y circunstancias realmente secundarios; toda vez que según consta al folio 69 de la causa, la pediatra anotó que la menor aun con buen estado general presentaba dolor y fiebre, es decir los dos parámetros que imponían a ambos médicos descartar la infección, o por el contrario abordar su tratamiento antibiótico, sin dilación. Es cierto que el concurso de la médico especialista fue solicitado por el cirujano para confrontar su impresión diagnóstica de gastroenteritis y su valoración de los vómitos y deposiciones de la paciente. Pero en este contexto, y como suele ocurrir en tantos casos, en que una concatenación de errores u omisiones se suma para producir el resultado final, tampoco la actuación de la pediatra fue idónea puesto que no sugirió la posibilidad evidente del cuadro séptico, haciendo que la garantía adicional de la interconsulta no añadiese en este supuesto la garantía de que la omisión del cirujano al prever la complicación a que venimos haciendo referencia, hubiese podido subsanarse con la opinión de un segundo



facultativo; en relación hemos de reiterar con una complicación que se debió contemplar por ambos, por no tratarse de una patología inusual.

2.3.3/ Recurso del Servicio Andaluz de Salud .

Incide este recurso en el error en la valoración de la prueba, cuestión esta que hemos tratado al analizar las cuestiones suscitadas por los recursos previamente estudiados.

2.3.4/ Recurso de " Zurich España, S. A . "

Tampoco podemos acoger lo solicitado por la compañía aseguradora en relación con la supuesta incorrección en el cálculo de la cuantía que, en concepto de indemnización, ha de ser abonada a Norberto y Ariadna , como padres de Frida . El resto de los puntos que suscita el recurso han sido tratados más arriba.

Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta, lo es también civilmente, conforme a lo prevenido en el art. 116 del Código Penal , estableciéndose en el art. 109 que la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.

Como este Tribunal ha tenido ocasión de recordar, entre otras en sentencia dictada el 17.01.14 en el rollo de apelación 6/14, en relación con los parámetros para la determinación de los conceptos indemnizatorios, la S.T.S. de 25.03.10 contiene interesantes reflexiones al respecto, en relación con las exigencias de seguridad jurídica que implican incrementar el grado de certeza entendida como razonable predictibilidad de las decisiones judiciales, mediante la utilización de criterios interpretativos dotados de la estabilidad y uniformidad necesarias dentro de la natural evolución y progresión de la doctrina jurisprudencial a lo largo del tiempo.

En cuanto a los criterios de determinación de las indemnizaciones integradas en la responsabilidad civil derivada del delito, se observa a la necesidad de consolidar unos criterios valorativos y su generalización en los Tribunales de modo uniforme, sin perjuicio de la facultad de acomodar lo necesario a cada caso, dentro de los márgenes razonables que la seguridad jurídica exige.

Continúa la sentencia afirmando que lo anterior "*... no impide que existan en determinadas actividades de riesgo baremos oficiales destinados al cálculo minucioso de los importes indemnizatorios, máxime cuando al ser actividades sometidas a la generalizada cobertura por pólizas de aseguramiento de la responsabilidad civil, el cálculo anticipado de los riesgos asumidos y medidos en términos económicos, resulta imprescindible para la viabilidad empresarial de las entidades aseguradoras.*

Tal es el caso del baremo introducido por la Disposición Adicional Octava de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados-actualizado el año 2009- de aplicación en los accidentes de tráfico, y cuyo empleo fuera de ese ámbito no se justifica por lo mismo que los cálculos para su elaboración se fundamenten en los datos de siniestralidad propia de esa actividad de riesgo.

La Sentencia de esta Sala de 8 de enero de 2007 declaró que la fijación de los baremos en el caso de responsabilidades civiles derivadas de hechos que deberían estar cubiertos por la garantía de un seguro responde, no a criterios objetivos o de justicia, sino a cálculos matemáticos obtenidos a partir de un estudio de posibilidades entre la cobertura técnica en función del mercado, las ramas de explotación, y las reservas matemáticas que hay que contemplar para que el sistema pueda subsistir sin riesgos inasumibles para los Fondos de cobertura. La fluctuación al alza o a la baja no responde a criterios equitativos sino a factores como el alza o la baja de la siniestralidad e incluso a ponderaciones mercantiles de cuotas de mercado. La indemnización baremada no es sino la permisible para el sistema. Si el legislador quiere puede duplicar las cantidades subiendo correlativamente las cuantías de las pólizas de seguro. En el caso de los delitos dolosos se rompe cualquier criterio de justicia, racionalidad, proporcionalidad y legalidad si se trasvasa sin más el criterio técnico y objetivo del contrato de seguro. Nadie puede asegurar sus responsabilidades civiles para el caso de que cometa un delito doloso; y los criterios de determinación son radicalmente diferentes.. "

En conclusión, la Sala Segunda, conociendo en casación sobre un delito de homicidio en grado de tentativa, determina que las indemnizaciones por las lesiones y secuelas no tienen necesariamente que cuantificarse según un baremo previsto para las aseguradoras en accidentes de circulación, lo que no descarta tampoco su facultativa y sobre todo razonada aplicación.

En este caso, es obvio que el Juzgador a quo no ha aplicado el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico, sino que asume en este punto las pretensiones tanto de la acusación particular como por la Fiscalía.

El cálculo que realiza Zurich en sur recurso opera con el baremo vigente en 2011 que otorgaría 99.775'96 euros a la madre y 72.564'33 euros al padre que no convivía con la menor. Luego, aplicando la llamada (5) de la Tabla



l del Baremo (que en referencia a padres separados establece " *Si concurriesen uno que conviviera y otro que no conviviera con la víctima, se asignará a cada uno el cincuenta por ciento de la cuantía que figura en su respectivo concepto* "), obtiene que la indemnizaciones serían de 49.887'98 y 36.282'16 euros respectivamente.

Consideramos que el parámetro de cuantificación propuesto por la mercantil no debe ser acogido; en primer término porque aplica un criterio de cálculo con el que no opera el Juez de primer grado, que hace una valoración *in integrum* de la pérdida de la niña y del *pretium doloris* , estimando ajustada a Derecho la indemnización que solicitan las acusaciones. Pero también porque incluso si tomáramos como base de cálculo el baremo, habríamos de aplicar, o bien el vigente en a la fecha de cuantificar la indemnización (2013), o bien el 2005 con los correspondientes intereses, como establece la sentencia de Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17.04.07 . Siendo este último el proceder correcto, en ambas hipótesis la adición de una considerable suma situaría las pretensiones resarcitorias de las acusaciones dentro de unos parámetros aceptables.

La edad de la fallecida, la enorme esperanza y expectativas vitales de la misma, el impacto emocional que supone para sus progenitores su pérdida inesperada e injustificada, conforman un escenario en el cual la indemnización de 200.000 euros concedida en la instancia debe tenerse por correcta.

TERCERO .- Consecuencias jurídicas .

De cuanto venimos razonando se sigue que la sentencia de instancia ha de ser revocada en parte, únicamente para apreciar la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas prevista en el art. 21.6ª del Código Penal , como muy cualificada. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 66.1.2ª y 142.1 y 3 del Código Penal , procede rebajar dos grados la pena básica e imponer a Higinio y Rafaela , las penas a cada uno de ellos de cuatro meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de la profesión de médico por tiempo de nueve meses.

Una vez valorada la entidad de la imprudencia que alcanza para subsumir la misma en la tipología de grave contemplada en el art. 142 del Código Penal , dentro de esta categoría no existen circunstancias que aconsejaran agotar el arco punitivo previsto en el precepto. En consecuencia considera la Sala que la pena de prisión resultante de la doble degradación de la pena básica tampoco puede agotar el rango penológico de referencia que iría desde los tres a los seis meses, fijándose la misma en cuatro meses, pena que podrá ser sustituida por la de multa en ejecución de sentencia conforme a lo dispuesto en el art. del Código Penal.

Lo mismo cabe decir de la inhabilitación profesional que debemos restringir a su mínima expresión, habida cuenta del tiempo transcurrido desde los hechos, la ausencia de eficacia en términos de reinserción de los penados del tiempo de inhabilitación profesional, e incluso ponderando la labor de servicio público que los mismos desempeñan, que también se verá comprometida por su apartamiento del ejercicio del cargo, como ha apuntado incluso un informe del Servicio Andaluz de Salud.

PUBLICACION.- Léida y publicada fue la anterior sentencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FRANCISCO MARTÍN MAZUELOS, estándose celebrando audiencia pública ordinaria en el día de la fecha.-