

Id Cendoj: 28079120001995100739
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 0
Nº de Recurso: 2/1994
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO DE CASACIÓN
Ponente: JOSE HERMENEGILDO MOYNA MENGUEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

LESIONES AL FETO POR IMPRUDENCIA

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Abril de mil novecientos noventa y cinco.

En los recursos de casación por vulneración de norma constitucional e infracción de ley que ante Nos penden, interpuestos por el acusador particular Rubén y por las acusadas Marta y Valentina contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palencia que las absolvió del delito de imprudencia temeraria de que venían siendo acusadas, pero condenándolas al pago de indemnizaciones, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Hermenegildo Moyna Ménguez, siendo también parte el Ministerio Fiscal y el Instituto Nacional de la Salud representado por el Procurador D.Carlos Jiménez Padrón, y estando el acusador particular representado por el Procurador D.Jorge Deleito Garcia, la acusada Marta por la Procuradora Dª Mercedes Marin Iribarren, y la acusada Valentina por la Procuradora Dª Gema Pérez Baviera.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Palencia instruyó Procedimiento Abreviado con el número 17 de 1990, contra Marta y otros, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de dicha Ciudad que, con fecha veintidos de Noviembre de mil novecientos noventa y tres, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "PRIMERO.- A) El día 19 de Julio de 1.984 se encontraba de de Guardia Marta , mayor de edad y sin antecedentes penales, como DIRECCION002 , adscrita al servicio de Toco-Ginecología de la Seguridad Social -INSALUD- del Hospital DIRECCION000 , hoy DIRECCION001 , de esta ciudad de Palencia. En el mismo servicio sanitario, con contrato temporal con igual institución se encontraba de guardia, como médico especialista en ginecología, Valentina , mayor de edad y sin antecedentes penales, siendo ésta su cuarta guardia en mencionado Hospital.- B) Hacia las 0,30 horas de dicho día la esposa de Rubén , Dª Ariadna , que se encontraba hacia las 37 semanas de embarazo, "rompió aguas" siendo éstas oscuras pero, como quiera que no tenía dolores y el pronóstico del parto era para finales de mes, permaneció en su domicilio hasta las tres de la mañana en que, al sentir con mayor frecuencia los dolores, decidió el matrimonio ir al hospital citado donde llegaron como una hora después, a las cuatro de la mañana. Fue recepcionada, después de otros controles, por la DIRECCION002 Marta quién la interrogó sobre los datos precisos para su ingreso y entregando, la propia Ariadna , su cartilla sanitaria de embarazada en la que constan los datos e incidencias de su estado. La DIRECCION002 rellenó la orden de ingreso por orden de la doctora de guardia y la hoja histórico-clínica del parto en cuanto a los datos de la primera exploración excepto el nombre del médico de guardia que como queda dicho era la doctora Dra. Valentina . En esta ocasión la "paciente" indicó a Marta que había roto aguas y que éstas eran sucias.- C) Ingresada Ariadna en la Sala de dilatación de inmediato, la propia DIRECCION002 la monitorizó por creer necesario detectar los tonos cardiacos del feto. Se ausentó breves instantes, y, a su regreso, volvió a ser conectada con su correspondiente cinturón a la máquina por así ver las gráficas e incluso oír sonidos pudiendo, en su caso, cotejar la mecánica sucesiva del parto. Después de esto visitó y observó otra vez Marta a Ariadna pero la DIRECCION002 no instó la asistencia de ningún médico, pese a que la constaba encontrarse de guardia del servicio, la Dra. Valentina , y que se estaba en la Sala de descanso y en su poder un busca para el evento necesario o urgente de atención a alguna de las parturientas ingresadas u

otra emergencia.- D) Llegadas las ocho de la mañana, momento de finalizar la guardia de noche la médico de guardia, la acusada Valentina , que desde las tres de la mañana no había aparecido en la zona en que se encontraba su servicio, entró en la Sala de Dilatación y al ver a Ariadna que continuaba monitorizada se percató de la gráfica que desarrollaba la máquina, se impresionó y la monitorizó internamente a fin de detectar y confirmar la vitalidad del feto para, una vez comprobado, vió la gráfica y la presencia de DIPS-2, el dato de la albúmina; la dilatación, la rotura de aguas y la patente gravedad y trascendencia que reflejaba un sufrimiento fetal decidió, ante la igualdad de datos que al momento del ingreso, la intervención por cesárea.- E) La cesárea se efectuó sin incidencias destacables. El feto apareció con dos vueltas de cordón, no prietas. El llanto del niño varón que nació, Pablo , no lo tuvo espontáneo precisando una ligera reanimación. Su peso al nacer fue de dos kilos doscientos gramos. El Test de Apgar dió cinco-seis (5-6) al primer minuto, para a los cinco minutos dar ocho-nueve (8-9) sobre un máximo de 10. Al nacer se le destinó al servicio de pediatría del propio hospital, dónde quedó hasta su alta hospitalaria diagnosticándosele parálisis cerebral que supone Encefalopatía secundaria o Sufrimiento Fetal, imposibilitado para su propio desenvolvimiento en vida, con necesidad de asistencia continuada de otras personas y con un potencial de vida normal si bien algo reducido. SEGUNDO.- Arturo , en tales fechas y en la actualidad, es DIRECCION003 del servicio de Toco-ginecología de referida entidad hospitalaria de Palencia y, por ello, organizador del mismo. En aquel entonces reiteraba indicaciones de pronta y primera intervención del médico de guardia a la llegada al servicio, así como la integración o rellenado de la hoja conocida como de PARTO, en donde se hacía constar la primera exploración, simultánea a la recepción, bien realizada por la DIRECCION002 o por el propio médico de guardia. En esta idea en la hoja de PARTO de D^a Ariadna constan datos del primer reconocimiento rellenándose posteriormente el nombre de ésta doctora en donde aparece, al principio de la hoja, PRIMERA EXPLORACION EN EL PARTO a las 5 del DIA 19 por Dra. Valentina , dato este último, así como el de hora y día, cuyo autor no consta".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLAMOS: Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS a Marta y Valentina del delito de imprudencia temeraria de que las acusaba el Ministerio Fiscal y la acusación particular, así como las ABSOLVEMOS de la falta del artículo 586-3 del Código Penal vigente en la fecha de los hechos, si bien ha de condenárselas como responsables civiles a pagar, solidariamente y por iguales partes, la cantidad de SEIS MILLONES DE PESETAS (6.000.000 pts.) de cuya cantidad responderá subsidiariamente, el INSALUD. Asimismo, debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS a Arturo del delito de falsedad de que le acusaba el Ministerio Fiscal y la Acusación particular, acordando dejar sin efecto cuantas medidas procesales se hubieran acordado en su caso, declaramos de oficio la tercera parte de las costas procesales, Marta y Valentina , cada una, correrá con las costas causadas a su instancia y las dos terceras partes correspondientes a un Juicio de Faltas, éstas por mitad, sin comprender las de la acusación particular.- Remítase al Juzgado de procedencia la pieza de responsabilidad de Valentina para que la devuelva terminada con arreglo a derecho".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley el del acusador particular Rubén , y por vulneración de norma constitucional e infracción de ley sustantiva penal los de las acusadas Marta y Valentina , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación del acusador particular Rubén basa su recurso en los siguientes Motivos: PRIMERO.- Por inaplicación del artículo 565, 1^o, 3^o, 4^o y 7^o del Código Penal, en relación con el 420.1^o también del Código Penal, según la redacción vigente de los mismos al tiempo de comisión de los hechos, tanto en D^a Marta , como en D^a Valentina . Se interpone al amparo del nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. SEGUNDO.- Por infracción de ley, con base al nº 2 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haber incurrido la sentencia en error de hecho en la apreciación de las pruebas, con aplicación indebida del art. 104 del Código Penal, en relación con los arts. 103 y 19 también del Código Penal. TERCERO.- Por inaplicación del art. 19, 101.3^o y 104 del Código Penal, respecto a Pablo , el agraviado. Se interpone al amparo del nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

5.- La representación de la acusada Valentina basa su recurso en los siguientes Motivos: PRIMERO.- Al amparo del párrafo 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se denuncia infracción del principio de legalidad criminal, recogido en los artículos 25, párrafo 1^o, y artículo 9, párrafo 3^o, de la Constitución. SEGUNDO.- Al amparo del párrafo 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se denuncia infracción del artículo 24, párrafo 2 de la Constitución, que establece como derecho fundamental el de ser informado de la acusación formulada, reconocido igualmente en el artículo 6.3 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y en el artículo 14.3 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. TERCERO.- Al amparo del párrafo 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder

Judicial, se denuncia infracción de los principios acusatorio, de contradicción, de igualdad de armas procesales y de defensa, consustanciales al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, reconocido en el artículo 24, párrafos 1º y 2º de la Constitución. CUARTO.- Por infracción de Ley, al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. QUINTO.- Por infracción de Ley, al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. SEXTO.- Por infracción de Ley, al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. SEPTIMO.- Al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia infracción del artículo 586, párrafo 3º en relación con el artículo 420, párrafo 1º, del Código Penal, en su redacción vigente en la fecha en que ocurrieron los hechos. OCTAVO.- Al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia infracción del artículo 586, párrafo 3º, en relación con el artículo 420, párrafo 1º, del Código Penal, en su redacción vigente en la fecha en que ocurrieron los hechos. NOVENO.- Al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia infracción del artículo 586, párrafo 3º, en relación con el artículo 420, párrafo 1º, del Código Penal, en su redacción vigente en la fecha en que ocurrieron los hechos. DECIMO.- Al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia infracción del artículo 586, párrafo 3º, en relación con el artículo 420, párrafo 1º, del Código Penal, en su redacción vigente en la fecha en que ocurrieron los hechos.

UNDECIMO.- Al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del precepto penal de carácter sustantivo, se denuncia la vulneración del artículo 114, párrafo 2º, en relación con los artículos 112, párrafo 6º, y artículo 113, párrafo 4º, todos del Código Penal. DECIMOSEGUNDO.- Al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del precepto penal de carácter sustantivo, se denuncia la vulneración del artículo 113, párrafo 5º, del Código Penal, en relación con los artículos 114, párrafo 2º, y artículo 112, párrafo 6º del mismo Texto punitivo. Así como en relación a la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 3/89 de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

6.- Y la representación de Marta basa su recurso en los siguientes Motivos: PRIMERO.- Por infracción del art. 25.1 de la Constitución Española, donde se establece que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento, y ello en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva que prevé el art. 24.1 de la misma Carta Magna, y con apoyo procesal en la vía casacional ofrecida por el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985. SEGUNDO.- Por infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en concreto por infracción de la norma penal contenida en el art. 1, párrafo 1º, del Código Penal, "son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley", principio de legalidad que al más alto nivel garantiza el art. 25 de la Constitución Española.

TERCERO.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, en concreto, por infracción de la norma penal contenida en el art. 586.bis del Código Penal, por aplicación indebida, aún en su modalidad despenalizada tras la reforma de la Ley Orgánica 3/89, al no darse en el caso que nos ocupa el elemento causal material que constituye uno de los requisitos de las infracciones penales imprudentes.

7.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos impugnó todos los motivos alegados en los del acusador particular Rubén y la acusada Marta, impugnando igualmente los motivos Primero a Sexto, Undécimo y Duodécimo y apoyando los motivos Séptimo a Décimo de los alegados por la acusada Valentina, admitiendo la Sala dichos recursos que quedaron conclusos y pendientes de señalamiento para fallo cuando por turno correspondiera.

8.- Hecho el oportuno señalamiento para fallo, se celebró la votación prevenida el día VEINTICUATRO DE MARZO del corriente año.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Vulneración de normas constitucionales.

1. Respecto del principio de legalidad penal, con el rango constitucional reconocido en el artículo 25.1

de la CE, los dos primeros ordinales del recurso de casación de Marta -con amplia fundamentación- y el motivo primero de Valentina -con una somera alusión-, impugnan la tipificación penal de las lesiones por imprudencia causadas a un ser humano antes de su nacimiento con argumentos de aparente consistencia: si el delito imputado se configura en función de la existencia de un tipo doloso, y no están definidas en el Código Penal como delito de esta naturaleza las lesiones causadas al feto, falta a las lesiones culposas el necesario referente; tesis que se refuerza con la inclusión "ex novo" en el Anteproyecto de Código Penal de 1992 -y en el de 1994 añadimos- de un nuevo Capítulo (en el Título dedicado a las lesiones) para las causadas al feto en sus modalidades dolosa y culposa.

Ciertamente que el delito de lesiones, aceptando que pueda surgir de comportamientos activos o de comisión por omisión, lleva embebida la idea de alteridad -herir, golpear o maltratar a otro, decía el texto vigente en el momento de los hechos-, y "el otro", mientras no alcance la categoría de persona (el caso del feto o **embrión** humano) es más objeto que sujeto pasivo del delito; pero puede afirmarse que, en estos supuestos de vida dependiente, las lesiones causadas durante el curso de la gestación deben tener relevancia penal porque la acción -en sentido lato- se intenta y realiza sobre una persona, la madre, y el resultado -demostrada la relación causal- trasciende al feto por ser parte integrante de la misma, aunque las taras somáticas o psíquicas no adquieran notoriedad o evidencia hasta después del nacimiento. Este razonamiento en el mismo plano argumentativo del recurso tiene una indudable inspiración civilista al tomar como "punctus saliens" el momento en que se inicia la personalidad, situada fuera de la realidad de las cosas como evidencia el mismo Texto civil que se ve forzado a tener por persona al concebido a todos los efectos favorables (artículos 29 y 30), y no hay efecto más beneficioso para el ser humano en gestación que el de conservar la integridad física y psíquica; si se añade, en armonía con los avances científicos, que el concebido tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado y propio sistema inmunológico, que puede ser sujeto paciente dentro del útero -conforme a las técnicas más recientes- de tratamiento médico o quirúrgico para enfermedades y deficiencias orgánicas, y que la dependencia de la madre, abstracción del tiempo biológico de la gestación, no es un término absoluto por cuanto se prolonga después del nacimiento, negar al **embrión** o al feto condición humana independiente y alteridad manteniendo la idea preterida de la "mulieris portio", es desconocer las realidades indicadas. La regulación penal anunciada, primero en el Proyecto de 1992 y actualmente en el de 1994 en proceso de elaboración legislativa, otorga a estos hechos una tipificación clara y realista que es eco de las razones últimamente expuestas, pero no implica que llene un vacío normativo porque desde la perspectiva actual es posible dotarles de una construcción jurídico-penal, tal como ha venido haciendo implícitamente la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 29 de mayo de 1965, 5 de mayo de 1988 y 1 de abril de 1992 referidas a las DIRECCION002, y otras a ginecólogos, como las de 29 de marzo de 1988 y 4 de octubre de 1990. En conclusión, afirmada como realidad penal el delito de lesiones al feto a través de la violencia ejercida sobre la madre embarazada, o, atribuyéndole, con un sentido progresivo que se emancipa de las ficciones civiles, condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible, la posibilidad del delito doloso y, consecuentemente, del delito imprudente no es cuestionable en nombre del principio de legalidad.

2. Las razones en que funda la acusada Valentina la vulneración de este principio, se refieren en particular a la inexistencia de normas de cuidado incumplidas porque las reguladoras del ejercicio de la profesión de DIRECCION002 facultan para la recepción de parturientas en el Hospital y asistirles en los alumbramientos normales, avisando al médico en el caso de detectar signos indicativos de anomalías en la madre o en el hijo. Bajo este planteamiento, es llano que el motivo no suscita infracción de derechos constitucionales, sino aplicación indebida de la norma penal que ha de ser remitida al tema de fondo.

3. Los motivos segundo y tercero del mismo recurso deben merecer un tratamiento conjunto porque es factor o denominador común la vulneración del derecho a ser informada de la acusación, invocando al efecto el principio acusatorio y de los de contradicción, defensa y de tutela judicial efectiva, con base en el artículo 24.2 de la Constitución Española, refiriendo las alegaciones a la necesidad de que el acusado deba estar cabalmente informado de los hechos que se le imputan para ejercitar eficazmente su derecho de defensa.

El hecho imputado fue la desatención a la paciente desde su entrada en el Servicio de Ginecología dónde la acusada ejercía sus funciones como médico de guardia, cualidad a la que viene anudada su presunta imprudencia; y aunque la imputación formal se realiza con posterioridad a la resolución de apertura del procedimiento, ya a partir del 12 de diciembre de 1990 se le había informado de sus derechos y del hecho perseguido, del cual había tenido conocimiento al prestar testimonio el 24 de agosto de 1988 y el 11 de diciembre de 1990, declarando el 21 de diciembre de este último año con asistencia de Letrado y personándose en la causa el 26 de diciembre sin hacer protesta alguna de indefensión; instó, asimismo, la práctica de las diligencias convenientes a su derecho y aportó prueba documental, sin haber tenido limitación alguna a su defensa, y la primera protesta o invocación del derecho constitucional surge siete

meses después de conocida la imputación cuando solicita el archivo de la causa. En definitiva, la parte no sólo fue informada de los hechos denunciados en el aspecto en que la concernían, sino que ejerció efectivamente su derecho de defensa.

4. Procede la desestimación de los dos primeros motivos del recurso de Marta , y los tres primeros del formulado por Valentina .

SEGUNDO.- Error de hecho en la apreciación de la prueba.

El error en las conclusiones probatorias del Tribunal de instancia debe preceder, por elementales razones de metodología casacional, a la calificación penal y a las cuestiones referentes a la participación, por cuanto afectan a la relación o narración de los hechos probados, y como éstos son base de toda la argumentación sustantiva, han de llegar a este momento definitivamente fijados. Ha destinado la acusada Valentina a este fin los motivos cuarto, quinto y sexto de su recurso, y la acusación particular el motivo segundo, el cual se pospone a los anteriores por estar dirigido a los supuestos fácticos de la responsabilidad civil.

1. El motivo cuarto pretende adicionar el hecho probado con unos datos referentes a la corta antigüedad de la acusada en el ejercicio de su profesión en el DIRECCION000 ", no superior a tres meses; y aunque este dato podía tener interés en el trance de individualización de la pena, no para juzgar sobre la existencia de la imprudencia, el Tribunal sentenciador ya hace constar, con laconismo pero con el propósito de indicar la escasa experiencia profesional de la acusada, la sujeción de ésta a un contrato temporal y ser -la de autos- la cuarta guardia.

Tampoco es necesario enriquecer el relato judicial con los hechos narrados en el motivo quinto con el fin de dar tintes de mayor gravedad patológica al embarazo, porque la sentencia ya hace de ello mención bastante en los fundamentos segundo, cuarto y quinto, sin duda en lugar inadecuado pero, por su naturaleza fáctica, pueden ser tomados en consideración al razonar sobre la premisa menor de la sentencia. Y el posible error en el tiempo de la gestación tampoco afectó a las consecuencias finales, cuando es evidente que se trataba de un embarazo a término.

Finalmente, el motivo sexto persigue demostrar, en contra del criterio del Tribunal "a quo", que las cuatro horas de permanencia en el Hospital antes de la intervención cesárea no tuvo influencia causal en la lesión cerebral del nacido; y a tales fines cita los informes periciales evacuados en juicio sin advertir que las pruebas personales no sirven, por norma general, para impugnar los hechos probados salvo el supuesto excepcional de que, siendo varias, sean unánimes o coincidentes en sus conclusiones, lo que no acontece en el caso de autos, además de existir, en contrario, otros medios de prueba.

2. La acusación particular impugna en el motivo segundo, también por error de hecho, la aseveración sobre "la igualdad de datos" en el momento del ingreso hospitalario y cuatro horas después cuando se practicó la cesárea, haciendo hincapié en la preexistencia de un relevante sufrimiento fetal con el designio de que el "quantum" de la indemnización alcance la suma solicitada en sus conclusiones definitivas. No hay prueba documental terminante en contrario y la pericial no goza de la univocidad requerida por lo que el motivo estaría abocado al fracaso, pero es preciso señalar que la afirmación combatida está muy matizada en la sentencia de instancia: se habla en ella de "rotura de aguas" a las 0,30 horas siendo éstas oscuras (incidencia meconial), su ingreso en el Hospital a las 4 horas, y se refiere a la "patente gravedad y trascendencia de los datos observados, que reflejaban un sufrimiento fetal, que decidieron -cuatro horas más tarde- la intervención quirúrgica"; se indica que la "oportunidad y brevedad en el tiempo de las intervenciones quirúrgicas es ciertamente decisiva", y, finalmente, en el fundamento cuarto de la sentencia se alude a "la insuficiencia placentaria con efecto en la oxigenación y nutrición del feto con la concurrencia de un CIR-2 (crecimiento intrauterino retardado) reveladores de un sufrimiento fetal crónico, reconociendo que en el espacio de 4 a 8 de la mañana sin intervención adecuada, ha mantenido un cierto plus (con mayúscula en la sentencia) de sufrimiento fetal crónico, que "en este último estadio, espacio de tiempo, se ha incrementado el sufrimiento fetal crónico", "se ha agravado el riesgo permitido", atribuyendo la agravación - fundamento de derecho quinto- al "espacio de tiempo sin actuar". Es obvio, aunque los hechos no tengan en este punto la claridad y coherencia debidas, que la afirmación sobre la situación de la parturienta, "igual" en el momento de la cesárea (cuatro horas más tarde) que en el tiempo de acceso al Hospital, no es apodíctica, por cuanto se reconoce un "incremento" del sufrimiento fetal, y la influencia de esta agravación en el resultado, que se califica "de no mucha trascendencia y aún mínima" a través de un juicio de inferencia que será sometido a revisión en los motivos de fondo.

3. Por lo expuesto, procede desestimar los motivos cuarto, quinto y sexto del recurso de la acusada

Valentina y el segundo del recurso del acusador particular Rubén .

TERCERO.- Calificación penal de los hechos.

Al referirse a la tipificación penal de los hechos ha de hacerse una disquisición preliminar sobre todas las cuestiones que suscitan los recurrentes. La tipificación de las lesiones causadas al feto por imprudencia es un tema ya tratado dentro del examen del principio de legalidad (motivo primero del recurso de Marta), que se reitera en el motivo segundo del mismo recurso, con carácter alternativo y "ad cautelam", por la vía del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A la calificación penal atienden el primer motivo de la acusación particular que repite su petición de enjuiciar los hechos en el ámbito de la imprudencia temeraria, con lo que otorga campo y poderes a la Sala de Casación para moverse -sin más exclusión que la profesional- en el ámbito de la imprudencia, aunque no puede desentenderse el examen judicial de la actividad desarrollada por cada una de las acusadas dado el carácter diferenciado de sus actividades, atribuciones y deberes. El recurso de Marta pone énfasis en la relación causal (motivo tercero), y el formalizado por la doctora Valentina niega que se den en su caso los requisitos de la imprudencia a través de los cuatro motivos de casación formulados bajo los ordinales séptimo, octavo, noveno y décimo.

1. Interesa destacar, entre las funciones que reglamentariamente corresponde desarrollar a las DIRECCION002 en las instituciones cerradas de la Seguridad Social, la de asistir a los partos normales en los casos en que el médico haya comprobado la normal evolución clínica de aquéllos, siendo obligado avisarle sin pérdida de tiempo y bajo su responsabilidad en cuanto observe cualquier anomalía en su evolución (artículo 67 O.M. de 26 de abril de 1975), y como obligaciones accesorias, las de cuidar de las historias clínicas y demás antecedentes necesarios para el buen orden de la asistencia. Estas normas se han visto afectadas o complementadas por la O. de 1º de junio de 1992 de desarrollo de la Directiva Comunitaria 155/80, que faculta a las DIRECCION002 , en síntesis, para llevar el parto normal y detectar en la madre o en el niño las anomalías que precisen la intervención del médico, tomando las medidas de urgencia necesarias en su ausencia.

Es cierto, y así se desprende de los hechos probados y del examen de la causa realizada por la Sala en uso de las facultades cometidas por el artículo 899 de la Ley Procesal, que la práctica habitual en el Hospital no se ajustaba estrictamente a estas normas reglamentarias; el protocolo de recepción lo venía realizando la DIRECCION002 y ésta exploraba a la parturienta -no el médico especialista-, cuya presencia era únicamente reclamada cuando había complicaciones, que valoraba la DIRECCION002 , bien en el momento de ingreso o en el curso del parto; no obstante, y según los hechos probados, parece ser que el DIRECCION003 del Servicio de Tocoginecología "reiteraba" indicaciones de pronta y primera intervención del médico de guardia.

En el caso "sub iudice", siguiendo el hilo de la narración judicial, la DIRECCION002 procedió a interrogar a la paciente sobre los datos precisos para su ingreso, conociendo que había roto aguas y éstas eran sucias, y recibiendo la cartilla sanitaria de la embarazada dónde se hacía constar un curso de gestación no exento de anomalías; seguidamente fue ingresada en la sala de dilatación y monitorizada para observar los tonos cardíacos del feto, visitándola por dos veces para repetir las observaciones; y si se sigue el relato -a través de los fundamentos de derecho- se advierte que el tococardiógrafo indicaba un Dip-2 o descenso de la frecuencia cardíaca fetal con desfase respecto de las contracciones lo que constituía un signo evidentemente patológico; si a ello se añade el historial clínico del embarazo con metrorragias en el primer trimestre, crecimiento retardado del feto (CIR-2) y rotura de aguas cuatro horas antes del ingreso con color oscuro por expulsión de meconio, era elemental intuir, para un profesional medianamente avezado en la clínica ginecológica, que existía un sufrimiento fetal intenso o agudo, o, en todo caso, unos signos de alarma que aconsejaban la inmediata intervención del médico especialista, el cual descansaba en una habitación próxima al paritorio provisto de "un busca" y en espera de cualquier llamada. No consta que la DIRECCION002 actuara por delegación expresa, o que estuviera el facultativo pendiente de otra urgencia o hubiera dado órdenes de no ser avisado en caso alguno; si consta que la DIRECCION002 , sin pasar aviso al médico de guardia, ni dar explicación alguna del estado de la parturienta a sus compañeras, abandonó el Hospital al finalizar su turno de trabajo.

Consecuentemente, y sin hacer gran esfuerzo en la subsunción legal, puede afirmarse que la acusada Marta infringió las normas reglamentarias arriba aludidas, no por haber realizado una primera exploración que ciertamente no estaba dentro de sus atribuciones pero a la que venía comprometida por una práctica habitual en el Centro, sino por haber omitido poner en conocimiento del ginecólogo de guardia la situación de la parturienta con señales patentes de sufrimiento fetal, y su responsabilidad se extendió a la conservación del historial clínico, concretamente de los registros de las monitorizaciones que hubieran permitido establecer con precisión el estado hipoxia y de sufrimiento fetal. La infracción reglamentaria es patente, pero no puede basarse solo en ella la calificación de la imprudencia cuando los elementos de

información que facilita el proceso permiten advertir una grave negligencia por darse cita en el hecho imprevisión e irreflexión meridianas, y la infracción de las más elementales normas de cuidado, sin posible excusa -como decía uno de los escritos incorporados a la causa no sin cierta carga demagógica- por ser "la DIRECCION002 el ultimo eslabón de toda la organización sanitaria que circunda a cualquier embarazo", ya que en el equipo asistencial no es desdeñable ni menos importante ningún cometido, puesto que todo descansa en la confianza de que, en la esfera de la función, cada uno cumplirá con su deber, y basta con que falle una pieza del sistema, como en el caso de autos, para que se produzca un resultado, por supuesto no querido, pero grave y de lamentables consecuencias. La tipificación adecuada, excluida por el acusatorio la imprudencia profesional, sería la de imprudencia temeraria del párrafo primero del artículo 565 del Código, que en esta categoría de la imprudencia es coincidente con la redacción actual, en relación con el artículo 420.1º del mismo Texto.

Su responsabilidad ha de ser, sin embargo, matizada porque es evidente que, en el plano causal, no sólo la conducta de la DIRECCION002 ha concurrido al resultado; consta, formando parte del hecho probado, que en el curso del embarazo se detectó un retraso en el crecimiento fetal atribuido a una insuficiencia placentaria con el auspicio de un parto de alto riesgo del que fueron advertidos los padres por el tocólogo, y aunque no sea posible sentar que antes del parto estuviera continuada la parálisis cerebral causalmente enlazada al sufrimiento fetal crónico, es inevitable entender que desde las 0,30 horas en que se produce la rotura de aguas hasta las 8 horas en que se practica la cesárea, el sufrimiento del feto tuvo un sensible agravamiento por anoxia o hipoxia perinatal, que no fue solamente imputable a la conducta irresponsable de la DIRECCION002, sino a la de los padres que estaban prevenidos del riesgo y que, con cierta ligereza e irresponsabilidad, demoraron el ingreso de la parturienta en la entidad hospitalaria por tiempo aproximado de cuatro horas, no obstante los signos de anormalidad que presentaba (aguas "sucias" y contracciones intermitentes). Todos estos factores fueron acciones plurales coeficientes que han de ser valoradas individualmente en su eficacia causal y en su particular grado de imprudencia; y la eficacia causal que se atribuye a la acusada Marta es la de haber contribuido con su conducta, omisiva de elementales normas de cuidado, a incrementar el riesgo y la gravedad del resultado, puesto que en modo alguno podría afirmarse que este último habría acaecido aunque ella no hubiera actuado como lo hizo. Es improcedente la degradación de la pena porque no se trata de concurrencia de culpas de agente y víctima, sino de conductas paralelas que confluyen a un mismo evento sin perder su individualidad, y dónde la acción enjuiciada fue uno de los factores causales, pero que debe merecer, en el trance de la determinación de la pena, un juicio regido por la benignidad en consideración al dilatado trámite del procedimiento penal.

2. Ciertamente que el facultativo de guardia corresponde reglamentariamente, como se ha dicho precedentemente, practicar la exploración de la embarazada al ingreso en el establecimiento sanitario, y también es cierto que, al tiempo de los hechos, era tarea que habitual y conocidamente realizaba la DIRECCION002 dando cuenta al médico especialista si el parto podía tener dificultades o presentaba anomalías en su evolución. El Tribunal sentenciador, en el marco de la primera tesis, explica la negligencia de la doctora Valentina por el hecho de no exigir al personal a sus órdenes "que insistieran en su presencia y más en ocasiones importantes para decidir el curso o evolución del parto, de suerte que cuanto antes se hubiera hecho cargo de la situación se hubiera evitado la hipoxia prolongada y el sufrimiento fetal, conducta que vino a agravar el riesgo del resultado lesivo que ya estaba impreso o potencial en su mayor parte" (sic); la sentencia venía a atribuir al ginecólogo de guardia el deber de cursar instrucciones de ser avisado del ingreso de parturientas otorgándole una posición de garante que no deriva de los reglamentos sanitarios, o de una situación de riesgo, cuando es desconocida como tal. El titular médico del servicio de guardia puede ser el recepcionista, pero si es la DIRECCION002 la que ejerce habitual u ocasionalmente este cometido ha de darle cuenta y aviso del ingreso para que realice la exploración previa y, asimismo, de cualquier anomalía que surja durante el parto, siempre y bajo su responsabilidad.

Sería ocioso insistir en el cuadro alarmante que ofrecía la parturienta y en la necesidad de pasar recado inmediato al médico que "estaba presente" en el servicio, puesto que hallarse presente es estar fácilmente localizable en la sala de descanso, a pocos metros del paritorio y provisto de un "busca"; el cual tampoco fue precavido de esta situación de clamorosa urgencia cuando la DIRECCION002 abandonó el servicio al concluir su turno de trabajo. Sobre esta base, no es posible hallar en la conducta de la médico acusada esas notas de imprevisión, descuidada atención o ligereza que caracterizan al delito imprudente, ni puede construirse la hipótesis delictiva, siguiendo el raciocinio de la sentencia, argumentando sobre un supuesto deber de instruir a todos los colaboradores del equipo médico de urgencias obstétricas de la necesidad de avisar puntualmente al DIRECCION003 médico, de sobra conocida por ellos, y el cual no figuraba en el elenco de sus deberes cotidianos, puesto que su función o deber nace o surge del aviso o requerimiento (Estatuto Jurídico del Personal Médico, Decreto 23 de diciembre de 1966), y en el caso contemplado, no fue requerida su presencia, pese a estar en disposición de ser fácilmente localizado; este deber de requerir al médico era función de la DIRECCION002, tanto por norma reglamentaria como por

usos hospitalarios, a fin de que realizase la exploración previa, aunque el parto no fuese distócico, debiendo añadirse que el facultativo, desde que conoció la presencia en el paritorio de la parturienta y su estado, actuó con la mayor diligencia y pericia profesional.

3. Por lo expuesto, procede estimar el primer motivo del recurso de la parte acusadora particular Rubén , y, asimismo, declarar haber lugar al recurso por aplicación indebida del artículo 586. bis. 3º del Texto penal que instrumenta en los motivos séptimo, octavo, noveno y décimo del recurso de la acusada Valentina ; la absolución de la misma, hace innecesario el examen de los motivos undécimo y décimo segundo del mismo recurso.

CUARTO.- Responsabilidades civiles.

Las graves secuelas derivadas de los hechos, que según el "factum" consistieron "en parálisis cerebral que imposibilitaba al menor para su propio desenvolvimiento con necesidad de asistencia continuada de otras personas", obliga, en los términos previstos en el artículo 104 del Código Penal, a la indemnización de perjuicios materiales y morales, comprendiendo no sólo los causados al agraviado, sino también los que se hubieran irrogado por razón del delito a su familia. El Ministerio Fiscal señalaba en conclusiones definitivas como conceptos indemnizables el daño moral a los padres (10.000.000), y por daños morales al menor y por los gastos ocasionados o que se pudieran derivar las sumas de 30.000.000 y 50.000.000; la acusación particular en el mismo trámite fijaba el daño moral para los padres en 35.000.000, y al menor por los daños y secuelas causadas 60.000.000, y para la asistencia del mismo una renta anual vitalicia de 3.500.000, con cláusula de actualización de conformidad con el IPC, para la cual se crearía un fondo de 80.000.000, del cual sería titular Insalud por su condición de responsable civil subsidiario. La sentencia de instancia dedicaba a este tema el último de sus fundamentos y con parca argumentación y sin diferenciación de conceptos, señalaba una única indemnización de 6.000.000 a los padres del menor "en atención a lo razonado y siendo la agravación producida por el espacio de tiempo sin actuar de las acusadas de no mucha trascendencia".

Es palmario que esta simplista argumentación no puede dar congrua satisfacción a la reclamación civil: se otorgaba una indemnización a los padres en la que ha de suponerse está comprendida la correspondiente al hijo, y no se establecían los conceptos o bases de la misma, sin hallar respuesta alguna la solicitud de un capital-renta a cargo del responsable civil subsidiario; por tanto, está justificado el motivo tercero del recurso de la acusación particular que pretende, por la vía del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, una resolución que subsane omisiones y motive adecuadamente el aspecto civil de los hechos, en los mismos términos en que lo hubiera sido de haberse ejercitado la acción civil con independencia de la penal (Sentencia TC 13 de junio de 1986, 12 de junio de 1990 y 27 de mayo de 1992, y sentencia TS de 24 de abril de 1991).

Confluyen causalmente al resultado dañoso, al hilo de los hechos probados y según ha explicado el fundamento tercero-1 de esta resolución, el sufrimiento fetal durante la gestación que se agudiza desde la rotura de la bolsa de aguas, pero este último período de ocho horas de duración hasta la cesárea, la mitad aproximadamente transcurre en el domicilio de la parturienta con una conducta rayana en la imprudencia grave dado que eran conscientes de que el parto se anunciaba con riesgo; consiguientemente, no puede entrar en juego la primera causa (sufrimiento fetal crónico), ni atribuirse a la acusada Marta la cuota de responsabilidad que correspondería a los padres por su ofuscada actitud; sólomente se le imputa la indudable agravación del resultado por la prolongación de la hipoxia y del sufrimiento fetal durante las cuatro horas que estuvo a su cargo sin tomar las medidas adecuadas y, como primera de ellas, la de reclamar la presencia del médico de guardia. En la cuantificación del daño, y tratanto de objetivar su cuantía, es obvio que no puede responder de los daños totales, sino en una cuota que, por daño moral y secuelas del menor, se cifra en quince millones de pesetas, y diez millones para los padres por el "pretium doloris". Se halla fuera de lugar pretender para la entidad responsable subsidiaria (constitución de un capital-renta) una condena que exceda de los límites en que se mueve la responsabilidad directa. Con este alcance se estima el recurso -tercer motivo- de la acusación particular.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación por vulneración de normas constitucionales de las acusadas Marta y Valentina , y el interpuesto por la primera de las nombradas por infracción de ley; SE ESTIMAN en parte los recursos por infracción de ley de Rubén , acusador particular, y de la acusada Valentina , contra la sentencia pronunciada por la Audiencia Provincial de Palencia con fecha veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y tres en causa seguida por imprudencia con resultado de lesiones; se imponen las costas del recurso a la acusada Marta , y se declaran de oficio las restantes, con devolución a la parte acusadora particular de depósito constituido.

Remítase certificación de la presente resolución y de la que a continuación se dicta, en unión de la causa elevada, a la Audiencia de su procedencia a los efectos legales pertinentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Abril de mil novecientos noventa y cinco.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 1 de Palencia, con el número 17 de 1990, y seguida ante la Audiencia Provincial de dicha Ciudad por delito de imprudencia, contra los acusados Marta , hija de Carlos Francisco y de Gloria , de 59 años de edad, natural de Genestacio de la Vega (León), vecina de Palencia, en calle DIRECCION004 , NUM000 , de profesión comadrona, solvente parcial; Valentina , hija de Adolfo y de Ana , de 40 años de edad, natural de Valencia y vecina de Torrijos (Toledo) en Avda. DIRECCION005 , NUM001 , médico, y cuya solvencia no consta; y Arturo , hijo de Cesar y de Ana María , de 52 años de edad, nacido en Castromembibre (Valladolid), vecino de Palencia en calle DIRECCION006 , NUM002 , médico, solvente y todos sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha veintidos de noviembre de mil novecientos noventa y tres, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Hermenegildo Moyna Ménguez, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Los transcritos, con tal carácter, en la sentencia recurrida, con expresa aceptación de los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos son constitutivos de un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones previsto y penado en el artículo 565, párrafo primero, del Código Penal, en relación con el 420.1º del mismo Texto, sirviendo de motivación de la presente el fundamento tercero de la seentencia de casación que se reproduce en lo menester.

SEGUNDO.- Es responsable penal de dicho delito la acusada Marta por las razones que desarrolla el fundamento tercero, apartado 1), de dicha sentencia. No se desprende responsabilidad penal para la acusada Valentina , por lo que procede su libre absolución, en virtud de lo expuesto en el apartado 2) del susodicho fundamento que se reproduce a los fines motivadores.

TERCERO.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

CUARTO.- Sobre la responsabilidad civil se reenvía esta sentencia a lo expuesto en el fundamento cuarto de la sentencia de casación.

QUINTO.- Soportará la acusada Marta la tercera parte de las costas causadas, y de oficio las restantes de acuerdo con los artículos 238 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

VISTOS los preceptos legales de aplicación, los artículos 24, 41, 42, 47 y 565 del Código Penal, párrafo tercero, y los de general aplicación u observancia.

III. FALLO

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a la acusada Marta como autora responsable de un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones graves, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SEIS MESES Y UN DIA DE PRISION MENOR , a las accesorias de suspensión de cargo público y oficio o profesión hospitalaria en establecimientos públicos durante el tiempo de la privativa de libertad, y del derecho de sufragio durante el mismo tiempo; a que indemnice a los padres del menor Rubén y Ariadna en la suma de Diez millones de pesetas por daños morales, y al menor Pablo , por los conceptos de daño moral y secuelas, en la cantidad de Quince millones de pesetas, de cuyas cantidades responderá, con carácter subsidiario, INSALUD.

SE ABSUELVE con todos los pronunciamientos favorables a la acusada Valentina , incluída la responsabilidad civil que le imponía la sentencia de instancia, y se mantiene, asimismo, la ABSOLUCION del acusado Arturo por el delito de falsedad en documento oficial. Soportará la condenada las costas en la tercera parte de su montante, y de oficio las dos terceras restantes. En lo demás, se mantiene la sentencia recurrida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Hermenegildo Moyna Ménguez, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.