



Roj: SAP M 1643/2015 - ECLI:ES:APM:2015:1643

Id Cendoj: 28079370012015100067

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 835/2014

Nº de Resolución: 74/2015

Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Ponente: RAQUEL SUAREZ SANTOS

Tipo de Resolución: Sentencia

### **Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Madrid**

C/ Santiago de Compostela, 96 , 914934553 - 28071

Teléfono: 914934553,914934730

Fax: 914934551

37051540

N.I.G.: 28.079.00.1-2014/0014888

### **Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado 835/2014**

**Origen** :Juzgado de lo Penal nº 16 de Madrid

Procedimiento Abreviado 77/2012

**Apelante:** D./Dña. **Guadalupe** , D./Dña. **Melisa** , D./Dña. **Sacramento** y D./Dña. **María Dolores** y D./Dña. **MINISTERIO FISCAL**

**Procurador D./Dña. GONZALO RUIZ DE VELASCO MARTINEZ DE ERCILLA**

**Letrado D./Dña. ROMAN RUIZ LLORENTE**

Apelado: W.R. BERKLEY ESPAÑA y D./Dña. Romulo

**Procurador D./Dña. RAQUEL DIAZ UREÑA** y **Procurador D./Dña. MARIA JESUS GONZALEZ DIEZ**

**Letrado D./Dña. CARLOS ENRIQUE LEON RETUERTO** y **Letrado D./Dña. BOSCO GARCIA DE VIEDMA LAPETRA**

Ilmos/as. Sres/as.

Don José María Casado Pérez

Doña Carmen Herrero Pérez

Doña Raquel Suárez Santos (Ponente)

Los anteriores Magistrados, miembros de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, han pronunciado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la siguiente

### **SENTENCIA Nº 74/2015**

En Madrid, a dieciocho de febrero de dos mil quince.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 08/01/2014 y en el juicio antes reseñado, el/la Ilmo/a Sr/a Magistrado/a Juez del Juzgado de lo Penal número 16 de Madrid dictó sentencia, cuyos hechos probados y fallo son del siguiente tenor literal:

*"HECHOS PROBADOS*

*Del examen en conciencia de las pruebas practicadas resulta probado, y así se declara, que el paciente D. Juan Ignacio que presentaba un cuadro de aumento de la glándula prostática, con un lóbulo medio con crecimiento endovesical que cerraba el cuello de la vejiga y, un cálculo vesical, le fue prescrita la realización de una resección **transuretral** de próstata bipolar y una **cistolitotricia**, realizadas las pruebas preanestésicas y tras suscribir el correspondiente consentimiento informado, le fue realizada la intervención endoscópica el día 27 de mayo de 2.006 por el acusado Romulo , mayor de edad, nacido el día NUM000 de 1.951, con D.N.I. nº. NUM001 , sin antecedentes penales, doctor y médico especialista en Urología, en el Sanatorio de San Francisco de Asís, sito en la calle Joaquín Costa nº. 28 de Madrid, concluyendo la litotricia y parte de la resección, al advertir que se había producido una perforación a nivel de cuello vesical, al resear el lóbulo medio subtrigonal, con extravasado del líquido de irrigación suero salino a la cavidad extraperitoneal y, de acuerdo con lo que resultaba indicado conforme a las normas médicas generalmente aceptadas, decidió no continuar con la resección, colocar una sonda de lavado vesical y proceder al ingreso de paciente en la Unidad de Cuidados Intensivos, con administración de diuréticos y observación permanente por parte de los intensivistas, recibiendo el paciente atención y evaluación constante de su estado por distintos especialistas, incluido el acusado en lo que se refiere a materia urológica.*

*El acusado al haberse producido la perforación a nivel del cuello vesical y, dado que el extravasado era retroperitoneal y el líquido de irrigación era suero salino, estimó que no resultaba adecuada la laparotomía o punción drenaje que el consentimiento informado contemplaba como posible, que si hubiera estado indicada si la perforación hubiera sido en la pared vesical, introduciéndose directamente en la cavidad peritoneal, considerando que de haberse realizado la laparotomía o punción drenaje en esta situación para la que no estaba indicada, ello hubiera supuesto añadir un facto de riesgo elevado y no hubiera solucionado la acumulación de líquido retrovesical y extraperitoneal.*

*El acusado presentó un postoperatorio tórpido, con dificultades respiratorias, hasta que, tras su mejoría clínica, es trasladado a planta el 24 de junio de 2.006, donde continua su evolución favorable y, tras un empeoramiento brusco, el día 14 de julio de 2.006 ingresa nuevamente en la Unidad de Cuidados Intensivos, donde a pesar de todos los tratamientos, fallece el día 2 de agosto de 2.006.*

*No se aprecia que en la actuación del acusado haya transgredido las normas médicas generalmente aceptadas".*

*"FALLO.*

*Que debo absolver y absuelvo al acusado Romulo de un delito de homicidio por imprudencia grave por el que había sido acusado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular; declarando de oficio las costas que se hubieran causado."*

**SEGUNDO.-** Notificada la sentencia a las partes, la acusación particular representada por María Dolores y otros, ha interpuesto recurso de apelación, del que se ha dado traslado al Ministerio Fiscal, quien se adhirió al recurso, así como a la representación procesal de Romulo y la aseguradora W.R. BERKLEY ESPAÑA, quienes interesaron su desestimación.

**TERCERO.-** Remitidas las actuaciones a este Tribunal para la resolución del recurso, se ha señalado el día 05/02/2015 para la deliberación, votación y fallo, designándose Ponente a D<sup>a</sup> Raquel Suárez Santos, que expresa el parecer de la Sala.

## **HECHOS PROBADOS**

**UNICO.-** Se dan por reproducidos los hechos probados de la resolución recurrida, que se aceptan en su integridad.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La Acusación particular censura la sentencia de instancia por estimar que existe un error en la valoración de la prueba, y la consiguiente infracción por la no aplicación debida de los artículos 116 y 142 del Código Penal , en base a los que se formuló acusación penal.

La parte recurrente entiende, sintéticamente, que el informe del perito judicial y su declaración en el juicio, así como el historial clínico del paciente, el TAC que se le practicó el día 28 mayo 2006, y la hoja de consentimiento informado que firmó, demuestran que, ante la perforación que sufrió el paciente durante la intervención en el cuello de la vesícula, lo procedente no era un tratamiento conservador, como el que hizo el acusado, sino una laparotomía (apertura del abdomen), y por ello, el acusado cometió una negligencia profesional. Añade que los peritos aportados por las defensas hicieron su despliegue de corporativismo

médico, contradiciéndose con lo contemplado en la hoja de consentimiento informado. Se aclara que el TAC practicado al paciente el 28 mayo 2006 muestra también la existencia de líquido intraperitoneal, y por tanto la *lex artis* aconsejaba en estos casos, la laparotomía. A continuación, el recurrente expone de manera minuciosa y detallada, lo afirmado en el plenario por el perito judicial, el Dr. Cornelio, lo declarado por el acusado, aprovechando en el recurso para manifestar que aquel omitió el deber de socorro puesto que tras la perforación surgida durante la operación de próstata, se marchó a operar a otros pacientes sin informar a los familiares, y "los querellados el Sr. Evelio y el Sr. Romulo nunca fueron sinceros ni transparentes en la información ofrecida en la familia...". También expone la parte recurrente de forma pormenorizada, lo declarado en el plenario por la familia directa del fallecido, y transcribe el historial médico del paciente fallecido.

**SEGUNDO.-** Los requisitos generales de la imprudencia son, según la STS núm. 1966/1994 (Sala de lo Penal), de 29 octubre: 1. Una acción u omisión voluntaria, no maliciosa. 2. Infracción del deber de cuidado. 3. Creación de un riesgo previsible y evitable. 4. Un resultado dañoso derivado -en adecuada relación de causalidad- de aquella descuidada conducta. La relación de causalidad entre la conducta imprudente y el resultado dañoso ha de ser directa, completa e inmediata [ver Sentencias de 6 octubre 1960 ( RJ 1960\3029 ), 15 octubre 1969 ( RJ 1969\5070 ) y 23 enero 1976 ( RJ 1976\175 ), entre otras].

Así mismo se añade que "Con carácter general, exige la imprudencia la concurrencia de un elemento psicológico que afecta al poder y facultad humana de previsión y se traduce en la posibilidad de conocer y evitar el evento dañoso, y el normativo representado por la infracción del deber de cuidado".

Para valorar la previsibilidad del riesgo hay que tener en cuenta los especiales conocimientos que tenía en aquel momento la persona sobre la situación de hecho, y el examen de la evitabilidad del riesgo se ha de realizar desde el punto de vista de la *lex artis*.

Centrándonos en la imprudencia médica, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 1966/1994 (Sala de lo Penal), de 29 octubre señala que "la «imprudencia profesional» tiene su base y fundamento punitivo en la «impericia». El otorgamiento de un título profesional crea, indudablemente, una presunción de competencia, que encuentra su fase negativa en la impericia, entendiéndose por tal la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión de que se trate, y esa impericia tanto puede encontrar su fundamento causal en la ignorancia como en la gravemente defectuosa ejecución del acto requerido profesionalmente. Distingue, a este respecto, la jurisprudencia entre la «culposa del profesional» y la «culpa propiamente profesional», siendo aquélla la imprudencia común cometida por un profesional y ésta la que descansa en una «impericia crasa» [ver Sentencia de 17 febrero 1986 ( RJ 1986\616 )] o en la vulneración de la «lex artis» [ver Sentencia de 28 noviembre 1987 ( RJ 1987\8623)], si bien, como se dice en la sentencia de 28 septiembre 1987 ( RJ 1987\6646 ), los límites entre la «culpa del profesional» y la «culpa profesional» son indecisos y confusos".

El módulo rector de todo acto médico es la denominada «lex artis ad hoc», principio consistente en el «criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina -ciencia o arte médica- que tienen en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria- para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal requerida» ( STS de 11 de marzo de 1991, citada en la de 23 marzo 1993 ). Se habrá pues de determinar en cada caso si el facultativo obró según las circunstancias de tiempo y lugar con la diligencia que correspondía a un profesional de su clase, esto es, la que normalmente pueda y deba esperarse de persona también normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica en cuestión.

Es jurisprudencia también del TS que la responsabilidad del médico "se basará en una culpa incontestable, es decir, patente" ( STS núm. 1048/1996, 13 de julio de 1987 [ RJ 1987\5488 ], 12 de julio de 1988, 7 y 12 de febrero y 6 de noviembre de 1990, 11 de marzo de 1991 [RJ 1991 \2209] y 2 y 15 de febrero de 1993).). Así mismo, la culpa del médico ha de ser acreditada en consecuencia por quien la invoca, no siendo apreciable ninguna presunción o inversión de la carga de la prueba en contra del facultativo, como de forma reiterada se ha encargado de aclarar la jurisprudencia ( SS. 8 de octubre 1992 [ RJ 1992\7540 ], 2 de febrero y 23 de marzo 1993 [ RJ 1993\793 y RJ 1993\2545 ] y 29 de marzo 1994 [ RJ 1994\2305 ], citadas todas en la de 16 de febrero 1995 [ RJ 1995\844 ] y 27 de junio de 1997 [ RJ 1997\5758 ], entre otras muchas). No obstante la distribución de la carga de la prueba ha de atemperarse a fin de tomar también en consideración las dificultades con las que normalmente se encontrará el enfermo o sus parientes, por lo que habrá de adoptarse una cierta flexibilidad, de modo que no se exija al perjudicado una demostración probatoria que iría más allá de sus posibilidades. Existe en definitiva un equitativo reparto de la carga de la prueba. De manera que el perjudicado debe probar la inasistencia, falta de cuidado o impericia y, el médico, acreditado

aquello está presuntamente culpado, a no ser que pruebe la diligencia y adecuación de los medios empleados en la atención al paciente.

**TERCERO** .- En este supuesto, lo que reprocha la parte recurrente es la actuación inmediata del acusado tras la perforación que sufrió el paciente en el cuello de la vesícula, como consecuencia de la resección **transuretral** de próstata. Dicha parte considera contrario a *la lex artis*, que, de forma inmediata, tras esa perforación, no se le hubiera practicado la laparotomía, y se le pusiera una sonda y se le trasladara a la UCI donde allí estuvo en observación permanente con administraron de diuréticos, falleciendo dos meses después de la intervención por un fallo multiorgánico tras una recuperación tórpida del paciente.

La sentencia de instancia ha absuelto al acusado analizando diversas declaraciones personales, tanto de testigos como de peritos. En lo que se refiere a los testigos, valora la declaración del médico ayudante del acusado el día de la intervención, el Dr. Teodosio , quien manifestó que el tratamiento conservador fue el correcto. También expone la sentencia, la testifical del Dr. Luis Pablo , el anestesista de la operación, quien se expresó en el mismo sentido que el anterior testigo. Igualmente se alude a la declaración de otro testigo, Dra de la UVI, la del Dr. Alonso , quien también manifestó que en estos casos no era aconsejable la operación, y la testifical del Dr. Evelio , quien se pronunció en el mismo sentido que todos los testigos anteriores. A continuación, la resolución que se recurre analiza las distintas declaraciones periciales practicadas en el juicio, un total de seis peritos.

Como puede observarse, la sentencia de instancia ha absuelto al acusado valorando especialmente declaraciones personales que dependen de la intermediación y se pretende que este tribunal valore las declaraciones de otra manera distinta y establezca a partir de ellas inferencias lógicas que conduzcan a la condena del hoy apelante.

La valoración de la prueba corresponde por ley al Juez o Tribunal de primera instancia ( artículo 741 LECRIM antes citado) y su criterio debe ser respetado, en principio y por regla general, como consecuencia de la singular autoridad de la que goza en la apreciación probatoria, ya que ante él se ha celebrado el juicio que es el núcleo del proceso penal, en donde adquieren plena efectividad los principios de intermediación, contradicción y oralidad. Desde su privilegiada y exclusiva posición puede el Juez intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente sus resultados, así como la forma de expresarse y conducirse las personas que en él declaran en su narración de los hechos y la razón del conocimiento de éstos, ventajas de las que, en cambio, carece el Tribunal llamado a revisar dicha valoración en segunda instancia. Dar más credibilidad a un testigo que a otro o decidir sobre la radical oposición entre denunciante y denunciado, -en este caso otorgar mayor credibilidad a unos testigos o peritos frente a otros- es tarea del Juzgador de instancia que puede ver y oír a quiénes ante él declaran ( sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1.986 , 27 de octubre y 3 de noviembre de 1.995 ). El Juez ha de valorar la prueba de forma conjunta y en conciencia, lo que no debe entenderse como un criterio de apreciación cerrado, personal, inabordable o íntimo, sino guiado por la lógica y no exento de pautas y directrices de rango objetivo. Por tal razón y para hacer compatible la libre valoración judicial y el principio de presunción de inocencia es preciso que el Juez motive su decisión ( SSTC de 17 de diciembre de 1.985 , 23 de junio de 1.986 , 13 de mayo de 1.987 y 2 de julio de 1.990 , entre otras) que sólo podrá ser rectificada cuando concorra alguno de los supuestos siguientes: 1) que se aprecie manifiesto y patente error en la apreciación de la prueba; 2) que el relato fáctico sea incompleto, incongruente o contradictorio y 3) que sea desvirtuado por nuevos elementos de prueba practicados en segunda instancia.

Sin embargo esta doctrina general se restringe aún más cuando se trata de sentencias absolutorias, ya que conforme a la STC 167/2002 y otras posteriores "en casos de casos de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal *ad quem* revisar la valoración de las practicadas en primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la intermediación y la contradicción". El Tribunal de apelación puede revocar una sentencia absolutoria y sustituirla por una sentencia de condena, pero no se produciría un proceso justo "sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados y partes adversas" ( SSTEDH de 26-05-1988 , 29-10-1991 ).

Esta necesidad de nuevo juicio no es aplicable cuando la discrepancia sea estrictamente jurídica, cuando la condena de apelación no altere el sustrato fáctico de la sentencia de primera instancia o cuando, aún alterándolo, la condena resulte del análisis de medios probatorios que no dependan de la intermediación. Tampoco será necesario oír al acusado o repetir las pruebas cuando el Tribunal de apelación no comparta el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la sentencia de instancia, en

tanto que el proceso deductivo se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación ( STC 272/2005 ). En este mismo sentido una reciente sentencia del Tribunal Constitucional (18-05-2009 ) afirma que "no siempre la resolución de un recurso de apelación en el que se aduzca un error en la apreciación de las pruebas de carácter personal implica una valoración directa de tales pruebas que precise de la celebración de una audiencia pública contradictoria, si el tribunal se limita a supervisar externamente la razonabilidad del discurso que una la actividad probatoria y el relato fáctico resultante; esto es, cuando su intervención no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado sino en realizar un control externo del razonamiento lógico seguido para llegar hasta él; desde esta perspectiva, el tribunal de apelación puede revisar la estructura racional del discurso valorativo de la prueba efectuado por el juez *a quo* y, en su caso, revocar la sentencia apelada, sin la necesidad de contacto directo con la prueba que proporciona la inmediación, pues el referido control externo no implica por sí mismo una valoración de la prueba llamada a tener reflejo en la fijación del relato de hechos probados: En cualquier caso, el juicio de razonabilidad podrá tomar en consideración datos objetivos de la credibilidad del declarante (su edad, posibles deficiencias psíquicas o sensoriales, circunstancias de visibilidad, distancia del lugar de los hechos, tiempo transcurrido, relaciones previas del declarante con las personas afectadas por su declaración, etc.) que incidan, no tanto en la sinceridad de la declaración - esto es, en la correspondencia entre lo que el declarante dice y lo que piensa - como en su carácter fidedigno - esto es, la correspondencia entre lo que el declarante piensa y la realidad - pues es en la primera vertiente donde la inmediación cobra toda su importancia".

A propósito de los informes periciales, se hace preciso advertir, como se expresa en la STS 28-05-2014 (RC 2245/2013 ), la cual se remite a su vez a la STS núm. 301/2011, de 31 de marzo , que dichos informes no son en realidad documentos, sino pruebas personales documentadas, consistentes en la emisión de pareceres técnicos sobre determinadas materias o sobre determinados hechos por parte de quienes tienen sobre los mismos una preparación especial, con la finalidad de facilitar la labor del tribunal en el momento de valorar la prueba. No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba. Por otro lado, su carácter de prueba personal no debe perderse de vista cuando la pericial haya sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el tribunal, pues estos aspectos quedan entonces de alguna forma afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediación, como aquí sucede ( SSTS núm. 301/2011, de 31 de marzo , ó 993/2011, de 11 de octubre ).

Pues bien, en el presente caso, la valoración de las pruebas personales efectuada en la sentencia de instancia, se muestra razonable y lógica, sin apreciar atisbo alguno de arbitrariedad en sus razonamientos; en definitiva, no se advierte ningún error manifiesto o patente en la valoración de las mismas. De hecho, la mayoría de las declaraciones personales practicadas en el juicio, como testigos médicos y como peritos - a excepción del perito judicial-, han apuntado la correcta actuación médica del acusado, e incluso el perito judicial que dictaminó en contra, ha llegado a reconocer que el optar por una opción u otra es una cuestión discutida en la literatura médica. Por tanto, dada esta última precisión efectuada por la prueba pericial en la que se apoya el propio recurrente, no es posible apreciar negligencia alguna en el acusado, dado que, conforme a la jurisprudencia expuesta, para poder concluir una imprudencia profesional, es imprescindible que nos encontremos ante una actuación errónea manifiesta o patente, adjetivos éstos últimos que difícilmente se pueden observar en este caso, cuando todas las periciales menos una concluyen la actuación correcta del acusado.

Por otra parte, examinando los documentos que se exponen en el recurso, de los mismos no se desprende una vulneración de la *lex artis* por parte del acusado. En cuanto a la hoja de consentimiento informado, el mismo no es un documento que recoja un protocolo médico de actuación o que indique cuál es la actuación médica a seguir en los supuestos de intervenciones quirúrgicas y complicaciones como la que sufrió el Sr. Juan Ignacio , sino que es simplemente un documento donde se informa al paciente de los riesgos que se pueden derivar de dicha intervención; el intentar dotar a ese documento de un mayor alcance, supone otorgarle una finalidad distinta de la propiamente dicha, y en todo caso, lo contenido en dichos documentos no constituyen una verdad incuestionable, sino que su contenido queda sometido en todo caso y en este supuesto a las declaraciones periciales practicadas en el plenario.

También sostiene el recurrente como prueba acreditativa del error en la valoración de la prueba, el TAC practicado al paciente el día 28 mayo 2006. Se argumenta en este sentido, que dicha prueba médica acredita que el paciente tenía líquido intraperitoneal, y que por tanto, lo aconsejable era la laparotomía y no el tratamiento conservador que se le hizo. Este argumento no puede prosperar, dado que, tal y como viene a reconocer el propio recurrente, dicha prueba se le practicó un día después de la perforación, y por tanto, no acredita cuál era la situación en el momento en qué había que decidir entre una opción u otra; con las



declaraciones periciales practicadas en el juicio, se acreditó que dicho líquido se expandió posteriormente, pero que en un principio se hallaba solamente en el cuello de la vejiga.

Por todo lo expuesto, el recurso ha de ser desestimado.

**CUARTO.-** No apreciándose mala fe en el recurrente y conforme a lo previsto en el artículo 239 de la LECRIM , se declaran de oficio las costas procesales del recurso.

## **FALLO**

**LA SALA ACUERDA :** Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por María Dolores y otros contra la sentencia dictada el 08/01/2014 en el juicio oral número 77/2012 del Juzgado de lo Penal número 16 de Madrid , que confirmamos íntegramente, declarando de oficio las costas procesales de esta alzada.

Devuélvanse las actuaciones al Juzgado de su procedencia, para su conocimiento y ejecución.

Así por esta nuestra sentencia contra la que no cabe recurso y de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ