

PRUEBA PERICIAL

José ENRIQUE VÁZQUEZ LÓPEZ

Abogado. Sevilla

*"...y los bendijo Dios diciendo:
"Sed fecundos y multiplicaos. Llenad las aguas de los mares;
y multiplíquense las aves en la tierra."
La Biblia. (Génesis 1:22).*

*"Pero servirás a Jehová tu Dios, y él bendecirá tu pan y tu agua.
Yo apartaré las enfermedades de en medio de ti.
No habrá en tu tierra mujer que aborte ni mujer estéril.
Al número de tus días yo daré plenitud."
La Biblia. (Éxodo, 23:25).*

DE SALOMÓN Y DE LA SABIDURÍA NECESARIA PARA JUZGAR

ESTUDIO DE UN CASO DE NEGLIGENCIA MÉDICA

Desde que el mundo es mundo, la supervivencia de la especie humana, como de tantas otras, ha dependido de la capacidad de sus individuos para reproducirse. Así las cosas, expertos en evolucionismo nos enseñan que la reproducción sexual, con dos ejemplares de distinto sexo que deben unirse para crear otro ser que mezcle las características de ambos, ha sido la mejor elección natural. Por eso, a nadie extraña que la base de la mayoría de las sociedades humanas haya sido siempre la familia, entendida como comunidad de apoyo y ayuda para llevar a cabo la crianza de hijos que aportarán lo mejor de los padres a la nueva generación.

La alegría de tener un hijo no debe ser objeto de descripción. Para ello hemos de remitirnos a los sentimientos que han experimentado millones de padres en circunstancias semejantes, contemplando a esa criatura recién salida del vientre de la madre para comenzar a mirar el mundo con ojos nuevos. Por eso, cuando un embarazo se malogra, se produce una tragedia. Ruina no solo de una parte de la sociedad, sino de toda ella en conjunto por cuanto comporta el fracaso del hombre frente a la enfermedad.

La medicina actual ha avanzado enormemente desde el tiempo en que se creía que la concepción era algo mágico, sin explicación o con fundamento cuando menos curioso, habiendo por aquel entonces (no hace más de cien años) teorías como la que explicaba el fenómeno haciendo alusión a la energía electromagnética que se producía mediante la fricción del pene en la vagina. Hemos avanzado muchísimo, no cabe duda, pero aún hoy pueden producirse fallos humanos que conviertan la alegría de engendrar un hijo en un infierno, el gozo en desesperación.

El caso que traemos a estas líneas, sugerido por la Dirección de la Revista que tiene en sus manos, es de gran valor jurídico-médico (o al revés si se prefiere), aunque hemos de decir al respecto que entraña una complejidad tal que el primer pensamiento que surge ha sido el renunciar a un estudio profundo del mismo, objetivo que dista mucho del normal de estas páginas. Por ello, permítasenos pasar un poco de puntillas sobre muchas de las

cuestiones técnicas contempladas, aunque no de las fundamentales. Dicho esto, y como casi siempre que el autor se sienta a esbozar estas líneas, déjese a un lado la toga para examinar el supuesto con ojos más críticos si cabe, aunque creo que no menos justos por ello.

La **sistemática** elegida para el examen del supuesto contempla en primer lugar, la relación de hechos que se dan por probados (1). Después, como entendemos que sería lógico, reseñamos la petición del Fiscal (2), la de la Acusación Particular (3) y la de las Defensas de los acusados (4). A continuación, resumimos los fundamentos de la Sentencia y el fallo (5), y por último, el comentario de los recursos interpuestos (6) y la Sentencia de apelación recaída (7).

La Sentencia de primera instancia es de fecha 31/10/01, del Juzgado de lo Penal número 1 de Sevilla, y la recaída en apelación, es de fecha 13/05/02, de la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Primera.

1.- LOS HECHOS

La relación de hechos que se dan por probados en la Sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado de lo Penal número uno de Sevilla, son, a modo de resumen, los siguientes:

*Los hechos comienzan el día **8 de septiembre de 1994**, cuando Doña Esperanza R.F. acudió por cuarta vez a la consulta del acusado, D. Francisco D. A., médico especialista en ginecología y obstetricia. El acusado la atendía desde el día 11 de noviembre de 1993. Da como fecha probable del parto para el día 13 de abril de 1995, (40 semanas de gestación, 280 días). Era el segundo embarazo de la Sra. citada, habiendo tenido un hijo sano en el primero.*

A la paciente se le practican distintas pruebas durante el transcurso del embarazo, aunque de la historia clínica se desvelan algunas carencias y falta de otras pruebas.

*El **14 de abril de 1995**, (era **Viernes Santo**) Doña Esperanza comenzó a sentir un malestar que consideró era debido al inicio del parto, sintió contracciones y expulsó el tapón mucoso, por lo que sobre las 5:00 horas del **15 de abril** se dirigió, con su madre y su esposo, a la Clínica A su llegada, fue reconocida por la Matrona, la acusada Felisa D. L., quien realizó un "sonicay" para escuchar los latidos fetales, manifestando a la gestante que no había dilatación pero el feto estaba un poco acelerado. Sin embargo, no avisó al ginecólogo de guardia ni al acusado. Tampoco anotó nada en la hoja de enfermería, si bien dejó ingresada a la paciente en una habitación del hospital. La también matrona y acusada Montserrat B.R., relevó en el turno a la anteriormente citada, el mismo día 15 de abril, a las 8:00 horas, si bien no atendió a la paciente hasta las 12:00 horas, en que reconoció a la acusada manualmente, apreciando que el feto estaba encajado y se habían producido desgarros. Le dijo que según su opinión, **no estaba de parto, contactando telefónicamente con el médico acusado, y exponiéndole tal criterio. El médico, sin personarse en la clínica, autorizó a que le diera el alta.***

*En el documento de alta hospitalaria se reflejó "**trabajo de parto interrumpido**". Y el parte lo firmó la matrona por orden del médico.*

En todo el tiempo en que la paciente estuvo ingresada, ni tampoco durante todo el embarazo, a la paciente se le realizó monitorización cardiotográfica a fin de comprobar

la actividad o frecuencia cardiaca fetal y la actividad uterina. Tampoco se valoró la existencia de una **DISTOCIA POR HIPOTONÍA UTERINA**, ni por qué se había interrumpido el parto iniciado.

Una vez Doña Esperanza volvió a su domicilio, persistieron los síntomas, con **mareos, pérdida de visión y pérdidas de líquido sanguinolento**, por lo que el día **17 de abril de 1995, lunes**, acudió a la consulta del ginecólogo tras llamarle por teléfono. En la consulta, el acusado se limitó a practicarle un reconocimiento manual, y a escuchar al feto, diciéndole a la gestante que no le avisara hasta que tuviera contracciones continuadas. Le dijo que fuera a la consulta el día 21 de abril si no se había puesto de parto.

Los síntomas persistieron, pero como el médico le había manifestado que no lo llamara hasta que tuviera contracciones continuadas durante al menos dos horas, la paciente no lo avisó.

El día **20 de abril de 1995**, sobre las 18:00 horas, Doña Esperanza sintió una contracción, expulsando un líquido muy denso de color mostaza. Llamó al ginecólogo, quien le dijo que se fuera a la clínica.

Una vez en la clínica, el médico le dijo que la llevaba a quirófano y que tenía que practicarle una cesárea. Practicada la **cesárea de urgencia**, en la que intervinieron, además del ginecólogo, otro médico ayudante, el anestesista, matrona y personal auxiliar; pudo comprobarse que el feto estaba muy encajado, en el último canal del parto, por lo que hubo de usarse fórceps para extraerlo, no sin antes producirse hasta tres derrapes. Una vez extraído, se comprueba que se hallaba teñido de **meconio en "puré de guisantes"**, necesitando inmediata asistencia de reanimación, así como intubación orotraqueal, debiendo ser trasladado urgentemente en ambulancia al Hospital Infantil Virgen del Rocío. En dicho hospital, en el ingreso se hace constar **parto por cesárea con sufrimiento fetal**. En la exploración a su ingreso se hace constar que tenía cianosis generalizada, tórax abombado, más el lado izquierdo. Pulsos periféricos débiles. Hipotonía generalizada con reflejos débiles.

Tras permanecer 18 días en la UCI, el día 22 de Mayo de 1995 se le da el alta con el siguiente juicio clínico: **Asfixia perinatal grave. Síndrome de aspiración meconial. Neumotórax bilateral**. Al niño se le diagnosticó **encefalopatía multiquistica de origen perinatal grave por causa de sufrimiento fetal, con repercusiones neurológicas, digestivas y respiratorias**.

Con fecha **22 de septiembre de 1999**, la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía emitió dictamen declarando al menor con una **minusvalía del 99%**.

El menor padece en la actualidad **parálisis cerebral infantil tipo tetraparesia espástica severa**, asociada a retraso psicomotor grave, presentando un déficit visual, epilepsia y retraso madurativo.

El menor ha sufrido varios ingresos de urgencia, necesitando permanentemente la asistencia de una persona para atender sus necesidades más básicas, y se halle en todo momento a su lado. Igualmente requiere de profesionales especializados en su enfermedad, de pronóstico sombrío. Si bien se desconoce el tiempo en que pudiera producirse un fatal desenlace, este puede situarse en torno a los **doce años de vida**. Requiere continua

medicación además de instrumentos ortopédicos especializados para garantizar su subsistencia. La familia requiere de un vehículo y una vivienda adaptada al estado del menor.

Las matronas acusadas tenían concertada póliza de seguro de responsabilidad civil colegial con la compañía Zurich.

El médico acusado se hallaba asegurado a través del Colegio de Médicos de Sevilla con la compañía Winthertur, y con esta misma entidad Sanitas, S.A. respecto de los profesionales incluidos en su cuadro médico, en el que se incluye al citado.

Hasta aquí, los hechos que se han dado por probados, sin que sea una relación literal, puesto que en la Sentencia son más extensos, comprendiendo entre otras, las anotaciones del seguimiento del embarazo que por las razones antedichas, no podemos detallar.

2.- LA ACUSACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

El Ministerio Público defendió la existencia de un delito de lesiones del artículo 152 1, 2 y 3 del Código Penal, y dos faltas del art. 621,3 del Código Penal vigente al considerarlo más beneficioso para los acusados que el derogado. Solicita para el médico, por dicho delito, la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por dos años. A las matronas, por las faltas, multa de 30 días con cuota diaria de 5.000 ptas.

En vía civil, indemnización al menor en 50.000.000 ptas. por las lesiones, a los padres en otros 50.000.000 ptas. por los perjuicios causados y daño moral, así como 18.714.111 ptas. en un solo pago para las modificaciones necesarias en la vivienda, vehículo y material ortopédico. Igualmente, solicitó la cantidad de 5.308.457 ptas anuales para gastos menores durante los años de la vida del menor, revalorizable conforme al Índice de Precios al Consumo.

3.- LA ACUSACIÓN PARTICULAR

Entendió que se habían cometido tres delitos de lesiones por imprudencia de los art. 152 nº 1, 2 y 3, del vigente Código Penal. Solicitó para el médico la pena de tres años de prisión, e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por cuatro años. Para cada una de las dos matronas, solicitó la pena de un año de prisión y dos de inhabilitación para ejercer su profesión.

En vía civil, solicitó una indemnización ascendente a la cantidad de 291.578.136 ptas. Para cada año de vida, en los seis años primeros, 37.221.030 ptas., a razón de 6.203.505 ptas. cada año, aún sin contar la inflación. Por tanto, el total asciende a 328.799.166 ptas., solicitando el incremento del 20% anual al no haberse consignado al inicio del procedimiento. Para el menor 25.000.000 ptas. Para la madre del mismo, la cantidad de 40.000.000 ptas. La diferencia entre ambos padres se justifica por la especial atención de la madre con el niño. Igualmente, solicitaba el abono de costas, con inclusión de la acusación particular.

4.- TESIS DE LAS DEFENSAS DE LOS ACUSADOS

La línea argumental mantenida por las Defensas para solicitar la libre absolución de los acusados se fundamentaba en dos pilares básicos:

- A) Se intenta trasladar a la gestante y a sus familiares la falta de atención alegada, ya que no solicitaron más ayuda en su estancia en la clínica cuando debieron hacerlo caso de haber observado dicha carencia.
- B) Se mantiene que las lesiones sufridas por el menor no tienen origen en el parto como consecuencia de la hipoxia fetal que pudo padecer el mismo, sino en algunas lesiones de tipo congénito, entre las que se citan las siguientes: hidrocefalia, malformación de Dandy-Walker, microcefalia y agenesia del cuerpo calloso. Por ello, al no poderse determinar si el estado final del menor fue consecuencia directa de la conducta de los imputados, o por el contrario fruto de un padecimiento de origen genético inevitable, procedía la absolución.

5.- EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA Y SU FUNDAMENTO

Se condena al médico acusado como penalmente responsable de un delito de lesiones por **imprudencia profesional** grave a la pena de un año de prisión y un año de inhabilitación especial, condenándole al abono de las costas, incluidas las de la acusación particular, a una tercera parte del total.

Deberá indemnizar a la madre y al menor por los daños y perjuicios causados en la cantidad de 139.639.300 ptas. Se establece una pensión vitalicia de 7.477.720 ptas., pagaderas a partir del año 2.007, anualmente y por anticipado, que se actualizará conforme al Índice de Precios al Consumo en anualidades sucesivas. De estas cantidades responderá la compañía Winthertur, hasta el importe de 140.000.000 ptas., suma de importes asegurados en las pólizas suscritas. Se declara la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad Sanitas, S.A., que deberá abonar el importe de lo que exceda de la cantidad a la que viene obligada Winthertur y el acusado, en caso de impago de este.

Se absuelve a las matronas de los delitos y faltas de que venían siendo acusadas.

Se absuelve de los pedimentos indemnizatorios, en concepto de responsabilidad civil derivada de delito a la Clínica y a la compañía de esta, seguros Zurich.

¿Cuáles son los fundamentos en que se ha basado el Juzgador de Instancia para proceder a la condena del médico en los términos expuestos, y para la absolución de las dos matronas y la clínica? Pues a modo de resumen, y escuetamente (hemos de hacerlo así por fuerza, ya que la Sentencia consta de 105 folios), vemos que el Juez ha analizado los siguientes extremos:

- A) Omisiones imputadas al ginecólogo durante el seguimiento del embarazo.
- B) Actuación de médico y matronas el día 15/04/95, cuando la gestante ingresa en la clínica.
- C) Omisiones imputadas al ginecólogo el día 17/04/95, cuando la paciente acude a su consulta.
- D) Actuación del ginecólogo el día 20/04/95, cuando la paciente ingresa en la clínica y se le practica la cesárea.

A la primera cuestión, el Juzgador entiende que el médico-ginecólogo ha incurrido en negligencia en la forma de llevar la historia clínica de la paciente, ya que, no se le informa de que puede ser previsible una cesárea, además de que **las mediciones de las ecografías**

son incorrectas. Igualmente continúa expresando que el acusado no realizó ninguna prueba para comprobar el bienestar fetal, pese a haber existido algunas complicaciones durante el embarazo. Por lo que respecta a la segunda cuestión, se llega a la conclusión de que el día 5 de abril la actuación tampoco fue correcta por parte de los imputados ya que ninguna de las matronas realiza una monitorización para comprobar el estado del feto, **dándose de alta a la gestante sin que el médico acuda siquiera a la clínica a pesar de ser avisado, diagnosticando a la paciente a través de la información que por teléfono le da la matrona.**

En cuanto al día 17 de abril, se entiende que tampoco fue correcta la actuación médica, ya que no se realizó una amnioscopia, como hubiera sido recomendable. Por último, y en referencia al parto por cesárea, se hace constar que no existió ni hoja de anestesia, ni partograma. En conclusión, se termina afirmando, con base en la valoración que ofrecen las pruebas del caso, que nos hallábamos ante una **DISTOCIA POR HIPOTONÍA UTERINA**, ante la cual no se actuó correctamente.

Por lo que respecta a la tesis de las defensas, entiende la Sentencia que "*ni una sola mención se hace a malformaciones congénitas en la historia clínica*", por lo que desestima su existencia, motivando dicho criterio extensamente. Continúa afirmando que **el menor presenta la grave enfermedad actual como consecuencia de un negligente control evolutivo del parto que provocó asfixia perinatal grave.** Resalta el hecho de que el resultado solo puede imputarse objetivamente al sujeto si se demuestra de forma inequívoca que su comportamiento indebido supuso un agravamiento notable del riesgo ya existente, como al caso examinado, resaltando el hecho de que el acusado omitió durante el embarazo el estudio de diversos signos que le alertaran de la existencia de una patología, interpretando erróneamente las ecografías, hecho que **puso** en peligro la vida de la madre y el feto. Igualmente se resalta el abandono al que fue sometida la paciente el día 15 de abril de 1995, sin que acudiera el ginecólogo a la clínica, delegando temerariamente el diagnóstico de parto interrumpido en una matrona. Por último, y en orden a la gradación de la conducta del médico, la entiende debe calificarse como temeraria.

Por lo que respecta a las matronas, entiende que su conducta no es punible, ya que su falta de capacitación las dispensa en cierta medida de lo ocurrido, habida cuenta además que desconocían la historia clínica de la gestante, por lo que las absuelve libremente.

En vía civil, se absuelve igualmente a la clínica por entender que las omisiones solo son imputables al procesado, con el que no mantiene relación contractual alguna.

6.- LOS RECURSOS

Se interponen por las representaciones de Francisco D.A. (el médico-ginecólogo), la compañía de seguros Winthertur y Sanitas, S.A. Se alega error en la apreciación de la prueba, y vulneración del principio de presunción de inocencia. Entiende que no se ha valorado debidamente la prueba pericial aportada por la defensa, habiéndose atendido a criterios aportados por los peritos de las acusaciones, acusando al Juzgador "a quo" de parcialidad. Igualmente, entiende que las lesiones padecidas con el menor no pueden tener origen en el parto, sino en otro tipo de patología de origen congénito. Por último, se invoca el principio "in dubio pro reo", como general que debe favorecer al inculpado para el supuesto de

que la prueba sea insuficiente o exista una duda razonable sobre su culpabilidad. Finalmente, se solicita por todo lo expuesto la libre absolución.

7.- EL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Estima parcialmente el recurso interpuesto por la representación del médico, la compañía de seguros Zurich y la entidad Sanitas, S.A. Condena al médico como autor penalmente responsable de un **delito de lesiones al feto** a la pena de arresto de siete fines de semana y seis meses de inhabilitación especial para el ejercicio de médico especialista en ginecología y obstetricia y costas, incluidas las de la acusación particular en una tercera parte.

Deberá indemnizar al menor en 724.17,41 euros, cantidad que será entregada a sus representantes legales, y a la madre 102.977,18 euros, en los términos expuestos en el fundamento de derecho sexto, respondiendo solidariamente Winthertur. Se declara la responsabilidad subsidiaria de Sanitas S.A. para el supuesto que aquella cantidad no sea satisfecha por el acusado.

CONCLUSIONES

Ya hemos dicho al principio que el caso examinado reviste un evidente interés médico, interés que resulta patente cuando contemplamos la sucesión de actos médicos como un todo, para posteriormente analizar paso a paso la evolución de los hechos que dan como resultado el evento dañoso. Pero además, y es lo que debemos de resaltar ahora, es que el supuesto que nos ocupa posee la particularidad de que pasa por dos calificaciones jurídicas distintas. ¿Cuáles son? Veámoslas.

- 1.- El Juzgador de primera instancia, considera los hechos subsumidos en un **delito de imprudencia temeraria**, cometido durante la vigencia del anterior Código Penal. No obstante, aplica el artículo 152 del Cuerpo Legal vigente, al entenderlo más beneficioso para el reo que el antiguo precepto aplicable.
- 2.- La Sala de apelación, sin embargo, no comparte el criterio anteriormente mencionado, y considera que los hechos deben calificarse como constitutivos de un **delito de lesiones al feto**, previsto y penado en los artículos 157 y 158 del vigente Código.

¿En qué se ha basado el Juzgador de segunda instancia para llegar a esa conclusión? Pues en Sentencias del Tribunal Supremo, concretamente la Sentencia 492/95 de 5 de abril (Sala Segunda), y la número 726/98 de 26/01/99 (Sala Segunda igualmente), que contemplan supuestos similares. Se cita también la número 2252/01 de 29 de noviembre, aun resaltando que la relación de hechos es distinta.

¿Cuál es el razonamiento que conduce al fallo transcrito anteriormente?

La Sala entiende que las Sentencias invocadas, por su reiteración, constituyen Jurisprudencia en el sentido técnico señalado en el artículo 1.6 del Código Civil. Continúa manifestando que la entrada en vigor del nuevo Código Penal es posterior a los hechos contemplados, no obstante lo cual, y según la doctrina contenida en las Sentencias del Supre-

mo, **se podría penar las lesiones anteriores al nacimiento del feto aunque se manifiesten una vez producido este**, por lo que concluye afirmando que **entonces sería de aplicación el tipo de lesiones al feto por ser el precepto específico en el que cuadra todo el supuesto de hecho.**

Este es el razonamiento verificado, no obstante lo cual, y para terminar, nos planteamos las siguientes reflexiones que surgen del tema: estamos de acuerdo en que las lesiones al feto deben ser castigadas, reflejo de lo cual son los artículos 157 y 158 del vigente Código, recogiendo una omisión flagrante del antiguo Legislador. Ahora bien, al ocurrir los hechos antes de la entrada en vigor del nuevo Cuerpo Legal, y no existir anteriormente preceptos como los invocados, ¿no sería en todo caso impune la comisión de los hechos relatados? De acuerdo con que las Sentencias del Supremo invocadas se expresan con meridiana claridad en cuanto a que buscan penalizar dichas conductas, pero ¿no sería un intento por cubrir un hueco legal, quedando los hechos un poco al margen de dicha Jurisprudencia, un tanto obsoleta ya por lo expuesto? En todo caso, resulta igualmente interesante que la tesis esgrimida en la Sentencia de segunda instancia, y que ahora comentamos, no fue en ningún momento sugerida por la defensa del acusado, entendiendo la Sala que sus facultades revisoras podían escoger ese camino, al haberse solicitado la libre absolución, y en virtud del principio de que "el que pide lo más pide lo menos".

Y es que hay que reconocer que la labor de juzgar es difícil. Y si no, que se lo digan al Rey Salomón, que también dilucidó en su día un problema en el que se vio implicado un recién nacido, y en el que una de las madres fue negligente a la hora de cuidar a su hijo. Porque, ¿qué hubiera pasado si la madre falsa también se hubiera negado a que partieran en dos al niño? ¿Qué hubiera hecho el Rey? Y es que, si alguna vez Salomón se equivocó, la historia no nos lo ha contado. □