



Roj: **STS 9375/2001 - ECLI:ES:TS:2001:9375**

Id Cendoj: **28079120012001104824**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/11/2001**

Nº de Recurso: **1501/2000**

Nº de Resolución: **2252/2001**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **JOSE APARICIO CALVO-RUBIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Noviembre de dos mil uno.

En el recurso de casación por infracción de Ley, que ante Nos pende, interpuesto por la representación de la acusación particular Soledad , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial Murcia, Sección Cuarta de uno de marzo de dos mil, que absolvió a Vicente y a Camila de los delitos de aborto por imprudencia profesional y otros, los Excmos. Sres. 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 Aparicio Calvo-Rubio, siendo parte como recurridos Vicente , Camila y la Clínica Virgen de la Vega, S.A.; el Ministerio Fiscal y estando representada la acusación particular como recurrente por el Procurador Sr. D. Juan Ignacio Valverde Cánovas, la Procuradora D^a M^a Rosario Villanueva Camuñas por la parte recurrida Camila , y el procurador D. Jorge Delito García por la parte recurrida, Vicente y la Clínica Virgen de la Vega, S.A..

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 3 de los de Murcia, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 188 de 1997, contra Vicente y Camila y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de la misma capital (Sección Cuarta) que, con fecha uno de marzo de dos mil, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<<Se declara probado: Que el día 2 de noviembre de 1996, sobre las 0'50 horas, ingresó en la Clínica Virgen de la Vega, de Murcia, Soledad , paciente de 38 años de edad, primigesta y primipara en estado de gestación a término, cuyo embarazo había evolucionado con total normalidad, siendo tratada hasta entonces por el doctor D. Jose Miguel .

A su entrada en la Clínica, la Sra. Soledad presentaba bolsa amniótica con rotura espontánea desde las 22'50 horas del día 1 de noviembre, siendo examinada por la matrona D^a. Gabriela sin que presentara contracciones ni dilatación, permaneciendo en habitación hasta las 6 horas, en que fue bajada a paritorio y donde a solicitud de la Sra. Soledad y con autorización de la matrona D^a. Camila , mayor de edad y sin antecedentes penales, se le aplicó por el Médico anestesista anestesia epidural y fue monitorizada.

Entre las 8'30 horas y las 9 horas, D^a Soledad fue reconocida por el ginecólogo en funciones de guardia en la Clínica Virgen de la Vega, Doctor D. Vicente , mayor de edad y sin antecedentes penales, el cual se hizo cargo del parto al estar ausente el doctor Jose Miguel , que había marchado a un congreso.

El doctor Vicente procedió a la utilización de ventosa como mecanismo de extracción del feto, a pesar de encontrarse éste en primer plano de Hodge y haberle dicho la matrona que el niño estaba algo alto. Además la Sr. Soledad tenía una dilatación incompleta de unos 6 centímetros.

Al necesitar vencer una fuerte resistencia, la ventosa derrapó al menos una vez, y finalmente el niño nació a las 9'40 horas mediante parto distócico, con una vuelta prieta de cordón alrededor del cuello y un peso de 3



kilos y 600 gramos, presentando mal estado general, hipotómico y flácido, debido a una hipoxia isquemia, lo que a su vez dio lugar a una parada respiratoria y reanimación cardiopulmonar con ventilación asistida.

Posteriormente se trasladó al recién nacido a la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatales del Hospital Virgen de la Arrixaca, donde falleció a las nueve horas y cuarenta y cinco minutos de su ingreso (22 horas 30 minutos del 2-11-1996) no autorizando la familia del feto que se practicara la necropsia.

La causa de la muerte del feto fue un fracaso multiorgánico secundario a shock hipovolémico y miocárdico, siendo el shock hipovolémico secundario a hemorragia subaponeurótica epicraneal.

Las circunstancias de tratarse del parto de una primípara de 38 años de edad, distócico, con anestesia epidural, encontrándose el feto alto, en primer plano de Hodge, hacían arriesgado el sistema de la vacuoextracción. Y esta utilización de la ventosa para este caso concreto y desde ese primer plano causó la hemorragia subaponeurótica epicraneal y favoreció la presión del cordón umbilical sobre el cuello del feto.

Segundo.- Las conclusiones fácticas que anteceden constatadas de acuerdo con lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a efectos de lo establecido en el art. 120-3 de la Constitución, se consignan tras valorar las manifestaciones de los acusados Vicente y Camila, testigos. D^a Soledad, D. Jose Miguel, D^a Paloma, D^a Flora, d. Gaspar y D. Andrés; peritos. D. Jesús Manuel, D^a. Sonia, D. Luis Enrique, D. Romeo, D. Lorenzo, D. Gabino, y el resto de las actuaciones de la causa relacionadas con las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, en especial los folios, 3, 4, 5, 25 al 28, 29, 30, 31, 46, 47, 49, 50, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 94, 96, 99, 100, 101, 102, 116, 196, 204, 205 y 228 a 232 de la causa, y documentos obrantes en el rollo, aportados al inicio del juicio oral.>>

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

<<FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos a Vicente y a Camila de los delitos de aborto por imprudencia profesional, lesiones culposas al feto en concurso ideal con homicidio imprudente, denegación de asistencia sanitaria, y de la falta de imprudencia, de que venían acusados declarando de oficio las costas del procedimiento, y reservando acciones civiles a los perjudicados.

Notifíquese esta resolución de acuerdo con lo dispuesto en el art. 248^o.4^o de la LOPJ.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que se puede preparar recurso de casación en el plazo de cinco días siguientes a su notificación ante esta misma Audiencia, y a interponer ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y de la que se unirá certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.>>

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, por la representación de la acusación particular como recurrente Soledad, que se tuvo por anunciado, 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.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de la Acusación Particular Soledad, formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

MOTIVO PRIMERO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error de hecho en la apreciación de la prueba.

MOTIVO SEGUNDO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del art. 157 o 196 y subsidiariamente del art. 621.2 del Código Penal.

5.- La representación de la parte recurrida Gabriela, se instruyó del recurso oponiéndose a la admisión de los dos motivos interpuestos; la representación de la parte recurrida Vicente se instruyó del recurso inadmitiendo el mismo, asimismo la representación de la Clínica Virgen de la Vega S.A. se instruyó del recurso impugnado el mismo. El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso, impugnando subsidiariamente los dos motivos interpuestos, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento para la vista, cuando por turno correspondiera.

6.- Realizado el señalamiento para la vista, se celebró la misma el día 20 de noviembre de 2001. Con la asistencia del letrado de la acusación particular como recurrente D. Rosendo, que mantuvo su recurso y los Letrados recurridos D. Emilio Díez de Revenga Torres por Vicente, D. José Moreno clavel por la parte recurrida Clínica Virgen de la Vega. S.A., D. Miguel Fernández de Sevilla Morales por la recurrida Gabriela, que se opusieron al recurso y el Ministerio Fiscal que se ratificó en su escrito.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- 1.- La sentencia recurrida absolvió a los encausados, profesionales de la medicina, de los delitos de los que habían sido acusados por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular. Esta se alza contra la sentencia por dos motivos, ambos por infracción de Ley.

En el primero, por el cauce procesal del art. 849.2º de la LECr, se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos -que son "admitidos incluso en la fundamentación jurídica de la sentencia"- y demuestran la equivocación evidente del Tribunal.

2.- Los documentos invocados son dos informes del médico forense de naturaleza diferente, aunque relacionados entre sí. El primero es el de autopsia y el segundo sobre el método utilizado en el parto: La causa de la muerte consta en el relato fáctico de la sentencia literalmente con las mismas palabras del forense que fue, en síntesis "un fracaso multiorgánico secundario a shock hipovolémico y miocárdico" éste, a su vez, "secundario de hemorragia subaponeurótica epicraneal". La Sala de instancia no se separó en absoluto del dictamen de autopsia. En cuanto a la utilización de la ventosa en el parto, a la que se refiere el segundo de los documentos, también es recogida expresamente en los hechos probados, como en el recurso se reconoce, atribuyéndole relación causal con el resultado letal en el fundamento jurídico primero. La sentencia tampoco se aparta de lo dictaminado por el forense aunque lo completa, en su libre valoración, con una interpretación integradora de lo sostenido por los demás peritos.

3.- Los informes periciales tienen carácter personal. No son documentos propiamente dichos sino pericia documentada, que no pueden habilitar, por regla general, la vía procesal establecida en el art. 849.2º de la LECr, aunque se ha admitido excepcionalmente por esta Sala su capacidad para demostrar el error de hecho siempre que se trate de un solo informe -o varios coincidentes- y se prescinda de él de modo irrazonable, o se le haya considerado de modo incompleto o fragmentario, obteniendo conclusiones diversas, opuestas o contrarias a las de los demás peritos, lo que merecería entonces la tacha de arbitrariedad interdictada por el art. 9 de la Constitución. El documento, por otra parte, ha de evidenciar el error por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo y sin que concurren otras pruebas, el Tribunal establezca conclusiones distintas, sin expresar las razones que lo justifiquen, lo que en modo alguno ocurre en este caso. El motivo no puede prosperar.

4.- Se intenta completar, no obstante, el argumento impugnativo en consideraciones que atañen a la tipicidad, que es objeto del motivo siguiente. Se discrepa de la calificación jurídica de la sentencia por entender que la incorrecta utilización de la ventosa no es imprudencia leve sino impericia inexplicable constitutiva de imprudencia grave profesional, lo que rebasa el ámbito procesal de este primer motivo pues esta segunda censura ya no es por error facti sino por error iuris. El reproche se hace, además, desde la perspectiva subjetiva del recurrente en la valoración de la prueba, con la que no puede sustituir al juzgador porque es competencia reservada, constitucional y procesalmente, al Tribunal que conoció la causa en la instancia y presidió la práctica de todas las pruebas escuchando las alegaciones contradictorias de las partes bajo los principios de igualdad y publicidad. La alegación de esta segunda parte del motivo no es más que un adelanto, ahora prematuro e intempestivo, de la que se plantea en el motivo siguiente. Este ha de ser desestimado.

SEGUNDO.- 1.- En el segundo -y último- motivo de la acusación particular, única parte recurrente, al amparo del art. 849.1º de la LECr, se denuncia, por no haberse aplicado, la infracción de diferentes artículos del Código Penal, formulándose la queja de forma principal, alternativa y subsidiaria, partiendo siempre -se dice- del respeto al relato fáctico de la sentencia.

Estima la recurrente que los hechos probados son constitutivos de un delito de lesiones culposas (aunque en el recurso se diga dolosas) causadas al feto previsto y penado en el art. 157 del CP en concurso ideal con un delito de homicidio imprudente del art. 142.1 y 3 del mismo texto legal.

Alternativamente de un delito de denegación de asistencia sanitaria previsto y penado en el art. 196 del CP, por no haberse "acudido a la cesárea".

Y subsidiariamente, de una falta de imprudencia leve prevista en el art. 621.2 del CP, de la que serían autores el médico y la matrona acusados.

2.- Urge aclarar la imposibilidad de que prospere la pretensión alternativa.

El art. 196 del CP, incluido en la calificación provisional no aparece en las definitivas y se insiste ahora en el recurso de casación.

En la provisional se calificaron los hechos, entre otros, de "un delito consumado de asistencia sanitaria del art. 196 del CP en concurso ideal con un delito continuado de omisión de socorro del art. 195.1 del CP".

El principio acusatorio, a pesar de su omisión textual en el art. 24 de la Constitución, constituye una exigencia constitucional en cualquier tipo de proceso penal (SSTC 11/92, 83/92 y 358/83, entre otras). Los únicos



elementos del escrito de calificación de la parte acusadora que tienen eficacia delimitadora del objeto del proceso y, en consecuencia, capacidad para vincular al Juzgador, son el hecho y su calificación (S. 610/97, de 5 de mayo, citada por la 969/98, de 26 de enero). Son las conclusiones definitivas el instrumento procesal que ha de considerarse esencialmente a efectos de fijar la acusación y sobre las que ha de recaer la resolución del Tribunal (STC 91/89, de 16 de mayo). En este caso puede admitirse que el art. 196 se mantuvo en las definitivas al defenderse la fórmula genérica de modificar solo "el extremo relativo referente a la consideración de que las lesiones han de estimarse como culposas del art. 158 del CP". Volveremos sobre el tema al analizar la falta del art. 621.2 del CP.

3.- La conducta típica del novedoso subtipo agravado del art. 196 del CP vigente de 1995 se desdobra en dos pues consiste, según la clara dicción del precepto, en denegar auxilio o abandonar los servicios sanitarios. Se consuma al realizarse, respectivamente, sus verbos rectores, denegar o abandonar y concurren otros dos requisitos, ambos de naturaleza normativa, el primero es que la conducta comporte un riesgo grave para la salud y el segundo que el sujeto activo sea un profesional, obligado por normas extrapenales.

Ningún dato aparece en los hechos probados sobre la supuesta denegación de atención profesional a la parturienta o que luego se abandonara dicha asistencia. En el fundamento segundo de la sentencia se niega de plano la existencia del art. 196 del CP, en ninguno de los dos acusados, como ponen de manifiesto acertadamente tanto el Ministerio Fiscal como los defensores de los acusados al impugnar el recurso.

La pretensión casacional en este punto es improsperable. Los hechos probados no son subsumibles, en modo alguno, en el art. 196 del CP. La acusación particular recurrente se basa exclusivamente en que no se hizo la cesárea que hubiera salvado al niño. La cuestión es de hondo calado y será analizado en el fundamento cuarto de esta sentencia.

TERCERO.- 1.- Rechazada la pretensión alternativa procede examinar ahora la pretensión principal (lesiones culposas al feto del art. 157 en concurso con homicidio imprudente del art.142.1 y 3º) y la subsidiaria (-homicidio por imprudencia leve del art. 621.2-), lo que obliga a recordar la doctrina de esta Sala sobre los requisitos para estimar el concepto penalmente relevante de imprudencia, que se pueden resumir así: 1º) existencia de una acción u omisión, voluntaria pero no maliciosa; 2º) un elemento psicológico consistente en el poder o facultad del agente de poder conocer y prevenir un riesgo o peligro susceptible de determinar un daño; 3º) un factor normativo que consiste en la infracción de un deber objetivo de cuidado en el cumplimiento de reglas sociales establecidas para la protección de bienes social o individualmente valorados, y que es la base de la antijuricidad de la conducta imprudente; 4º) causación de un daño; y 5º) relación de causalidad entre la conducta descuidada e inobservante de la norma objetiva de cuidado, como originario y determinante del resultado lesivo sobrevenido (Sentencia de 14 de febrero de 1997 entre otras).

Cuando la culpa esté relacionada con la conducta de un profesional, que ha de tener saberes y posibilidades específicas de actuación preventiva de un daño, las reglas socialmente definidas alcanzan un más alto grado de exigencia pues no son ya las comunes que se imponen a cualquier persona, sino que incluyen las del conocimiento y aplicación de los saberes específicos para los que ha recibido una especial preparación y titulación. La inobservancia de esas reglas determina un plus de antijuricidad.

En el caso concreto de la culpa médica se ha reconocido en la doctrina de esta Sala "que no la constituye un mero error científico o de diagnóstico, salvo cuando constituyen un error cuantitativa o cualitativamente de extrema gravedad, ni cuando no se poseen unos conocimientos de extraordinaria y muy calificada especialización, y para evaluarla se encarece señaladamente que se tengan en consideración las circunstancias de cada caso concreto, con lo que se determinan grandes dificultades porque la ciencia médica no es una ciencia de exactitudes matemáticas y los conocimientos diagnósticos y de remedios están sometidos a cambios constantes determinados en gran medida por los avances científicos en la materia", como estableció la S. 811/99, de 25 de mayo y fue recordado oportunamente por el Ministerio Fiscal y las partes en la vista oral de este recurso de casación.

2.- En el Código vigente de 1995, con general aceptación de la doctrina científica, ha desaparecido, como se establece en el art. 12, la configuración genérica de la imprudencia (crimen culpae), sustituida por tipificaciones concretas de la misma expresamente establecidas en la ley

(crimina culposa) y ha desaparecido también la calificación tripartita del sistema derogado. Las nuevas categorías legales de imprudencia son la grave, la única que constituye delito y la leve que equivalen en lo esencial a las anteriormente denominadas temeraria y simple. Se diferencian básicamente entre sí en la mayor o menor intensidad del quebrantamiento del deber objetivo de cuidado que, como elemento normativo, sigue siendo la idea vertebral del concepto de imprudencia, como se dijo en la sentencia de 10 de octubre de 1998 (recurso 4213/97). La imprudencia grave requiere el olvido u omisión de los cuidados y atención más



elementales lo que se traduce, en el caso de la culpa médica profesional, en impericia inexplicable y fuera de lo corriente.

3.- La sentencia recurrida establece con claridad la causa de la muerte del recién nacido, las circunstancias del parto y la técnica utilizada para resolver la situación creada y, finalmente, su valoración jurídico-penal.

a) La causa de la muerte del feto, como se adelantó en el motivo anterior, fue un fracaso multiorgánico secundario a shock hipovolémico secundario a hemorragia subaponeurótica epicraneal, causada por la utilización de la ventosa que favoreció la presión del cordón umbilical sobre el cuello de feto.

b) El embarazo había sido normal y el parto, en principio, también lo era, porque la única circunstancia de alto riesgo era la de ser la parturienta primípara de 38 años de edad. Sin embargo la dilatación incompleta de ésta y la situación alta del feto, que se encontraba en el primer plano de Hodge, pusieron de manifiesto la existencia de un riesgo concreto que planteó al médico ginecólogo de guardia -acusado en esta causa- el dilema de tener que optar por el alumbramiento manual mediante vacuoextracción o por la cesárea, decidiéndose por utilizar la ventosa como mecanismo de extracción del feto, derrapando la ventosa, al menos una vez, al tener que vencer una fuerte resistencia, lo que produjo la hemorragia causante, en definitiva, de la muerte del niño que tuvo lugar a las 22 horas y 30 minutos del día dos de noviembre de 1996, transcurridas doce horas y cincuenta minutos de su nacimiento, que ocurrió a las 9'40 horas del mismo día.

c) La Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia ha estimado que no existió en el caso enjuiciado imprudencia grave, siguiendo la doctrina de esta Sala antes referida y recordando correctamente la diferencia jurisprudencial entre la culpa del profesional y la culpa propiamente profesional, que descansa en una impericia crasa, fuera de lo común, para concluir que la intervención y vigilancia de la matrona fue correcta mientras que la del médico ginecólogo merecía el reproche como imprudencia leve y no grave, fundándose en, síntesis, en dos razones. La primera porque dos peritos manifestaron, a la vista de la gráfica de la monitorización, que al ingreso de la parturienta en la clínica la realización de la cesárea era totalmente improcedente. Y la segunda porque en el informe del médico forense, se sostuvo, desde luego, que el sistema empleado de vacuoextracción no era el más indicado por encontrarse el feto en primer plano de Hodge, coincidiendo expresamente con él otro perito en la poca ortodoxia de utilizar la ventosa cuando el feto está alto, de lo que discreparon, sin embargo, otras opiniones, como la sostenida en un revista médica especializada que afirmaba que no era insólito, en estos casos, utilizar la ventosa aunque lo normal y frecuente es que se utilice en tercer y cuarto plano.

La Audiencia, concluye razonablemente, con rigor jurídico y ponderación equilibrada de todas las circunstancias, que la actuación del ginecólogo no era constitutiva de imprudencia grave pero si leve lo que esta Sala asume pero no puede asumir el criterio de la Audiencia de que "tal imprudencia leve no puede ser castigada penalmente porque se trata de un hecho atípico", dado que el art. 621.2 del CP solo comprende como resultado la muerte de otra persona y en este caso, el que había nacido no lo era.

La cuestión es ardua y se examina en el fundamento siguiente.

CUARTO.- 1.- La sentencia de esta Sala de 5 de abril de 1995 dictada en el recurso de casación 2/1994, bajo la vigencia del C P de 1973 condenó por un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones graves causadas al feto, cuando no existía la específica tipicidad del art. 158 del Código vigente de 1995 que así lo establece, aunque ya se vislumbraba a tenor de los proyectos de reforma.

Al analizar desde el punto de vista penal las lesiones causadas al feto durante el curso de la gestación recordaba que los arts, 29 y 30 del Código Civil se ven forzados a tener por persona al concebido a todos los efectos favorables y no hay efecto más beneficioso para el ser humano en gestación que el de conservar la integridad física y psíquica, añadiendo que el concebido, en armonía con los avances científicos, 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 pretendida de la "mulieris portio", es desconocer las realidades indicadas.

Negaba la sentencia, en definitiva, que existiera un auténtico vacío normativo en este punto y afirmaba que era posible, aún desde la perspectiva de aquel tiempo, una construcción jurídico-penal como había venido implícitamente haciendo la jurisprudencia de esta Sala, citando al respecto cinco sentencias, para concluir que se podía atribuir al feto, " 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.- Esta doctrina la retoma y profundiza la sentencia de 22 de enero de 1999 -recurso 3823/1997 - en la que se recuerda que el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985 había declarado que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual una realidad biológica va tomando cuerpo y que la gestación ha generado un "tertium" existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.

En dicha sentencia se dice en el Fundamento Jurídico 1º que el comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado periodo de dilatación y continúa con el periodo de expulsión; en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado; las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empujan al niño hacia fuera, de tal manera que hay ya intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión, que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto.

Se reitera y precisa, en el mismo fundamento, que "el comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto" y se añade que no existe en Derecho Penal un precepto que señale, como sucede en el Código Civil, la delimitación a los efectos pertinentes, de la consideración jurídica de persona, pero no cabe duda que la conceptualización de persona, a partir del momento en que se inicia el nacimiento, se sitúa en la línea de la mayor efectividad de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud que proclaman los artículos 15 y 43 de nuestra Constitución.

La sentencia proclama, en suma, que el ser humano, cuyo nacimiento se ha iniciado, constituye el bien jurídico protegido y al mismo tiempo el objeto que sufre la acción u omisión que como delitos de homicidio o lesiones se tipifican en el Código Penal. No son, pues, los delitos de aborto ni de lesiones al feto los que procede examinar. No es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad física de una "persona", el otro, al que se refieren el artículo 420 del Código Penal derogado y el artículo 147 del vigente Código Penal. De acuerdo con esta doctrina la muerte de un niño, como sucedió en el presente caso, que vivió varias horas y murió como consecuencia de la desacertada técnica utilizada en su nacimiento, constitutiva de imprudencia leve, colma cumplidamente las exigencias típicas del art. 621.2º del Cº Penal, porque ya era una persona, penalmente protegible. El motivo ha de ser estimado.

3.- La acusación particular, como se dijo, calificó los hechos provisionalmente como constitutivos, entre otros, de un delito consumado de lesiones dolosas al feto, en concurso ideal con un delito consumado de homicidio imprudente.

En el antecedente quinto de la sentencia impugnada consta que al elevarlas a definitivas las modificó "en lo relativo al acusado Vicente , al entender que los hechos eran constitutivos de un delito previsto y penado en el art. 158 del Código Penal", precisando el acta del juicio oral que la acusación particular "modifica tan sólo en el extremo referente a la consideración de que las lesiones han de estimarse como culposas del art. 158 del C. Penal", lo que implica que las elevó a definitivas en todo lo demás y, por tanto, del homicidio imprudente del art. 142.1 y 3 del CP lo que le permitía, como hizo, mantener en este recurso de casación subsidiariamente, la acusación por la falta del art. 621.2 del mismo texto legal, lo que salva y garantiza en esta sede el cumplimiento de las exigencias del sistema acusatorio.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley, que ante Nos pende, interpuesto por la representación de la Acusación Particular Soledad , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Cuarta, con fecha uno de marzo de dos mil, en causa, Procedimiento Abreviado nº 188/97, contra Vicente y Gabriela ; que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a dictar. Con declaración de oficio de las costas del recurso y devolución del depósito que constituyó en su día.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes y póngase en conocimiento de la Audiencia de instancia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día se remitió, interesando acuse de recibo.

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 veintinueve de Noviembre de dos mil uno.



En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción de Murcia nº 3, Procedimiento Abreviado nº 188/97 por delito de aborto por imprudencia profesional, lesiones dolosas al feto en concurso con homicidio imprudente y falta de imprudencia, interpuesta por D^a Soledad , contra Vicente con DNI nº NUM000 , nacido el 18 de junio de 1949, de 50 años de edad, hijo de Lázaro y de Valentina , natural de Valencia, vecino de Murcia, con domicilio en CALLE000 , EDIFICIO000 nº NUM001 , de profesión médico ginecólogo, sin antecedentes penales, en libertad provisional y contra Gabriela , con DNI nº NUM002 , nacida el 18 de febrero de 1942, de 58 años de edad, hija de Lázaro y de Virginia , natural de Totana (Murcia), vecina de Murcia, con domicilio en DIRECCION000 , CALLE001 nº NUM003 , de profesión Matrona, sin antecedentes penales, en libertad provisional, se ha dictado sentencia por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Cuarta, 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. anotados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Lázaro APARICIO CALVO- RUBIO, se hace constar lo siguiente.

I. ANTECEDENTES

UNICO.- Se aceptan los de la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la sentencia recurrida en lo que no se opongan a los de la precedente sentencia de casación.

SEGUNDO.- De acuerdo con el Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia de casación los hechos que se declaran probados son constitutivos de una falta de imprudencia leve prevista y penada en el art. 621.2 del CP de la que es responsable en concepto de autor el acusado D. Vicente .

Procede imponer al acusado la pena de multa de dos meses con la cuota de 5000 pts. diarias, proporcionada a los ingresos normales del acusado, por su profesión de médico y se declara la responsabilidad civil subsidiaria de la Clínica Virgen de la Vega donde desempeñaba su cometido como ginecólogo, por imperativo del art. 120.4º del CP a satisfacer en su caso, la indemnización de ocho millones de pts. a que se condena al acusado, que es la que solicitó el Ministerio Fiscal en la instancia y se considera adecuada teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso.

III. FALLO

Se confirma la absolución de D^a Camila . Condenamos a D. Vicente como autor responsable de una falta de imprudencia leve del art. 621.2º del CP a la pena de multa de dos meses, con la cuota diaria de 5000 pts, a las costas de un juicio de faltas y a que indemnice a D^a Soledad y a D. Andrés , en ocho millones de pts. y en su defecto la Clínica Virgen de la Vega como responsable civil subsidiario, declarándose de oficio las costas causadas en la casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos T R I B U N A L S U P R E M O Sala de lo Penal _____

VOTO PARTICULAR FECHA:29/11/2001 LECTORES: Carlos Granados Pérez, Lázaro Aparicio Calvo-Rubio
COMENTARIOS: Voto particular que formula el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la sentencia número **2252/2001** de 29 de noviembre, dictada en el recurso número 1501/2000. Mi discrepancia es con el punto de vista manifestado en las siguientes afirmaciones de la sentencia. Una primera, que, recogiendo otra de la de esta misma sala de 22 de enero de 1999, dice: "El comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era feto". Y otra, en la que se concluye: "No es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad física de una persona, el otro, al que se refieren el artículo 420 del Código Penal derogado y el artículo 147 del vigente Código Penal". Para, finalmente, entender que, puesto que se dan las exigencias típicas del art. 621,2º Cpenal, la conducta enjuiciada es típica, en contra de lo que mantiene el tribunal de instancia, y, por tanto, debe casarse la sentencia. Mi criterio difiere, pues, a la hora de determinar el sentido que debe atribuirse al pronombre indefinido "otro" empleado por el Código Penal en los artículos citados, y también en el artículo 138 cuando se tipifica el homicidio. Con ese término se expresa el objeto material del delito. En una primera aproximación éste es un ser humano vivo. Pero el sintagma "vida humana" designa un proceso (STC 53/1985), integrado por diversos momentos, que, como es notorio, tienen distinta consideración en el orden cultural y, también, en el plano penal. Dentro de éste, el tratamiento diferencial se traduce, sustancialmente, en la existencia de distintas figuras de delito aplicables: las de homicidio/lesiones a "otro" y las de aborto/lesiones al feto. Por eso, la interpretación que se haga de aquel pronombre tendrá el alcance de precisar la línea de demarcación entre ambas modalidades delictivas. Para el Diccionario de la Real Academia, "otro" es "persona o cosa distinta de aquella de que se habla". Y "distinto"



quiere decir "que no es lo mismo, que tiene realidad o existencia diferente de aquello otro de que se trata". En filosofía y en psicología "el otro" cumple una función especular: cada ser humano depende de él para la constitución de su imagen. Ese interlocutor otro ha de ser, pues, una realidad autónoma. Y una realidad sólo es autónoma cuando excluye lo que ella misma no es. Por tanto, la alteridad, como atributo, reclama la existencia de una individualidad personal reconocible y plenamente diferenciada; lo que trasladado al campo que aquí interesa remite al ser humano vivo, en cuanto dotado de vida independiente. El feto, incluso a término, que se encuentra todavía dentro del claustro materno no responde conceptualmente a tal exigencia. Ni siquiera en el supuesto de que se halle en curso de expulsión, ya que durante ésta se está naciendo, pero todavía no se ha nacido. El delito de aborto protege la vida del nasciturus (STS 27 de junio de 1992), comprendida la del que ya ha comenzado a nacer (STS 23 de octubre de 1996). Para que éste pueda llegar a ser considerado "otro" ha de ser perfectamente discernible de la madre. Y no lo es mientras depende orgánicamente en términos esenciales y se encuentra comprendido espacialmente dentro de ella, con la que su relación es tan estrecha que se hace imposible en la práctica actuar sobre el primero sin que la acción incida o se proyecte al mismo tiempo sobre la segunda. Pertenecer a la categoría "ser vivo" es, así, condición necesaria pero no suficiente para entrar en la de "otro" a los efectos de los arts. 138 y 157 Cpenal 1995. Un ser vivo en periodo de expulsión, durante el parto, no es plenamente reconocible como "otro" respecto de la madre y tampoco en la relación con los demás sujetos. En él hay vida, podría decirse, incluso, que hay otra vida (biológicamente hablando), pero no la vida de otro, por falta del mínimo de autonomía requerida para constituir una subjetividad. Pues ese concepto se satisface sólo por la concurrencia de dos clases de datos, unos de carácter biológico (en ese momento, el único realmente existente) y otros de naturaleza socio-cultural (que no se dan). El Código Penal derogado contenía un precepto, el del art. 410, relativo al infanticidio, que aportaba claridad a esta materia, puesto que el valor vida humana independiente allí protegido tenía su referente en el "recién nacido". Verdad es que se ha dicho que con tal expresión se quería señalar el momento-límite de posible incidencia del honor para determinar una reducción de la pena. Pero no es así: "matar al hijo recién nacido" quiere decir hacer objeto de la acción letal a un sujeto cuyo estado actual se puede denotar mediante el uso del participio del verbo nacer ("nacido") y no de otro modo (es decir, con el gerundio "-naciendo-", por ejemplo). La realización del tipo objetivo requería como objeto de la acción criminal un individuo (ya) "nacido" y nacido muy poco tiempo antes. Tal es la determinación que ejerce ese adverbio de tiempo sobre el participio al que precede. Pues bien, es obvio que la destipificación del delito de infanticidio no tuvo por finalidad introducir una modificación en la materia que nos ocupa, sino que respondió a otras exigencias, relacionadas con la cuestionable particularidad del citado precepto, que constituía un estado anímico en el núcleo del tipo. Por eso, la modificación legislativa no puede ser significativa de cambio alguno en esta materia. Es más, el momento de concreción del comienzo de la vida humana independiente, en el Código Penal vigente, ha perdido relevancia a la hora de determinar la posibilidad de sanción o la impunidad de la muerte por imprudencia o de las lesiones en el caso del feto (por la previsión de tipos específicos, los de los arts. 145 y 157- 158). De este modo, la decisión de la sentencia que motiva este voto, de adelantar el umbral de la protección de aquél mediante la reconsideración extensiva del objeto material del homicidio, es ahora todavía más difícil de apoyar con argumentos de derecho positivo. De ahí que entienda que la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia tendría que haberse confirmado. Fdo.: Perfecto Andrés Ibáñez.

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