

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **29/12/2022**

Nº de Recurso: **558/2021**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

1

SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 3ª)

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 42 99 30

Fax: 928 42 97 76

Email: s01audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Apelación sentencia delito Nº Rollo: 0000558/2021

NIG: 3501741220110006127 Resolución: Sentencia 000479/2022

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen: 0000102/2019-00 Jdo. origen: Juzgado de lo Penal Nº 2 de Puerto del Rosario

SENTENCIA

Presidente

DON MIGUEL ÁNGEL PARRAMON I BREGOLAT

Magistrados

Don PEDRO JOAQUÍN HERRERA PUENTES (Ponente) DON. SECUNDINO ALEMÁN ALMEIDA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 29 de Diciembre de 2022

Vistos en esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas los **recursos de apelación** interpuestos por **Doña Carmela, (acusada)** representada por el Procurador Don Agustín David Travieso Darías y defendida por la Abogada Doña María Rosa Díaz Bertrana Marrero, (se adhiere a este recurso Mapfre)# la **entidad aseguradora Mapfre, (responsable civil directo)** representada por la Procuradora Doña Guayarmina Nereida Ruiz Suárez y defendida por el Abogado Don Javier Marrero Pulido (se adhiere al mismo la acusada)# y por el **Servicio Canario de Salud, (responsable civil subsidiario)**, representado y asistido por los Letrados del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, (se adhiere a este recurso la acusada y Mapfre)# contra la **sentencia de fecha 10 de Noviembre de 2020**, (completada por auto de 4 de febrero de 2021) del Juzgado de lo Penal Número 2 de los de Arrecife, con sede en Puerto del Rosario, Procedimiento Abreviado nº 102/2019, que ha dado lugar al Rollo de Sala 558/2021.

2

Se oponen a las Apelaciones referidas **El Ministerio Fiscal**, quien actúa en la representación que la ley le asigna, y **La Acusación Particular Doña Enma y Don Fernando, madre y padre de la menor Miriam nacida el 20 de septiembre de 2008**, representados por la Procuradora Doña Vanessa Guerra Gutiérrez y asistidos por el Abogado Don Oscar Santana González. Se opone a la apelación de la entidad aseguradora Mapfre la otra aseguradora que se corresponde con **Asociación Mutual Aseguradora, (AMA)**, quien actúa representada por la Procuradora Doña Susana Ojeda García y asistida por el Abogado Don Guillermo José Pérez Rivero.

Ha sido designado ponente el Ilmo. Sr. Don Pedro Joaquín Herrera Puentes, quién expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la referida sentencia de 10 de Noviembre de 2020 se contiene el siguiente fallo:

*Que, debo **CONDENAR y CONDENO** a la acusada **Carmela** como autora penalmente responsable de un delito de **LESIONES POR IMPRUDENCIA GRAVE PROFESIONAL** ya circunstanciado, concurriendo la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas a la pena de **4 MESES DE PRISION, inhabilitacion especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y la inhabilitacion especial para el ejercicio de su profesión de enfermera o matrona en cualquier entidad publica o privada por tiempo de 1 año y a la mitad de las costas procesales.***

*Deberá **indemnizar con la responsabilidad civil directa de la entidad Mapfre y la subsidiaria del Servicio Canario de Salud a Dña. Enma y D. Fernando como padres y representantes legales de la menor victima de 12 años Miriam** en la cantidad total por **lesiones, secuelas, lucro cesante, daño emergente y morales de s.e.u.o. 3.090.436,49 euros más una pensión anual y vitalicia de 25.000 euros**, con aplicación de los intereses legales que en el caso de las compañías aseguradora serán los previstos en el artc. 20 de la LCS, desde la fecha de 7 de junio de 2017 hasta el pago.*

*Que **DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO**, en virtud del principio acusatorio a **D. Fructuoso**, del hecho origen de estas actuaciones declarando de oficio la mitad de las costas procesales, y a **la entidad aseguradora Asociación Mutual Aseguradora** de los pedimentos ejercitados contra la misma.*

SEGUNDO.- La citada sentencia se complementa con el auto de 4 de Febrero de 2021 en el que se analiza la **prescripción del delito** esgrimida por la defensa y omitida en la sentencia, la cual fue finalmente **desestimada**.

TERCERO.- Contra el contenido de ambas resoluciones se interpusieron los recursos de apelación referidos en el encabezamiento de esta sentencia interpuestos por la acusada condenada en la instancia, la entidad aseguradora declarada en la instancia responsable civil directa y el organismo público autonómico declarado responsable civil subsidiario.

Consta la oposición a tales recursos interpuesta por el Ministerio Fiscal y la Acusación

3

Particular, y la oposición al presentado por la entidad aseguradora por la otra entidad que fue absuelta en la instancia y no declarada responsable civil directo.

CUARTO.- Remitidas las actuaciones a esta Audiencia, se repartieron a esta sección y designó al correspondiente ponente.

Por auto de 19 de abril de 2021 se acordó lo que sigue: *No se considera necesaria la celebración de la vista en esta alzada y por otro lado se admite la documental complementaria presentada por la entidad aseguradora Ama, indicando que la facultad revisora a ejecutar en esta alzada se extiende a lo puntos concretos de los recursos de apelación interpuestos, adhesiones e impugnaciones de los mismos y que a tal fin se contará con la grabación del juicio y la cual será objeto del correspondiente estudio.*

Seguidamente se fijó fecha para deliberación y votación, tras lo cuál quedaron los mismos pendientes de plasmar su resultado por el Ponente en la sentencia que se dicte.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los hechos probados de la sentencia recurrida, con la excepción del texto que se suprime y que estaba en el párrafo tercero, (ver fundamento tercero de esta sentencia):

El 20 de septiembre de 2008, Dña. Enma, embarazada de nueve meses y una semana, acudió al Hospital General de Fuerteventura para una revisión rutinaria, siendo asistida por el ginecólogo de guardia D. Fructuoso, que valorando su estado, le indico inicialmente que iba a ser sometida a una inducción al parto por tratarse de una gestación en vía de prolongación.

*Desde ese primer momento fue controlada por la matrona, la acusada **Carmela**, mayor de edad y sin antecedentes penales, asegurada en la fecha de los hechos por la entidad Mapfre.*

*Se le preparó para una pre-inducción, sin que se haya acreditado si realmente se le suministro oxitocina para acelerar las contracciones o no, no obstante se le **realizó una monitorización fetal, que comenzó a las 9,10 horas**, siendo inicialmente señalado en el monitor, una reactividad, variabilidad y escasa o nula actividad uterina, posteriormente se valoran rangos considerados normales con algunas aceleraciones transitorias y poca motilidad uterina y es **a partir de las 12,30 horas y hasta las 13,30 horas aproximadamente, cuando la actividad uterina va "in Crescendo" hasta contabilizar cinco contracciones en periodos de 10 minutos de gran intensidad con tono basal elevado, llegando a 6 contracciones cada 10 min y la presión uterina basal en todo momento por***

encima de los 20 mgHg, con esta actividad uterina objetivada al menos en 50 minutos de registro precedente, a las 13,45 horas la matrona sin consultar al médico, suspende la monitorización y los registros, a pesar que desde las 12,30 se estaba produciendo un significativo incremento de la contractilidad uterina.

En estos momentos la frecuencia cardíaca fetal se encontraba aún entre rangos considerados normales, no obstante se registraban cinco y seis contracciones cada diez minutos...(el resto de este párrafo desaparece)

La frecuencia e intensidad de las contracciones uterinas aumentaron, quejándose de ello la paciente, que se encontraba con su marido en una habitación, acudiendo éste en

4

varias ocasiones al despacho de la matrona para informar del estado de su esposa, en dos de las ocasiones y a pesar de las quejas de la paciente, la matrona le dijo que no estaba de parto aún, que no había dilatado suficientemente, sobre las 13,30 horas los registros del monitor alcanzaban las 5 contracciones cada 10 minutos, a pesar de ello, y con esos registros que mostraba que la parturienta estaba en vías de parto, la matrona, sin consultar con el ginecólogo, desmonitorizó a la paciente a las 13,45 horas, todo ello sin que conste en la historia clínica ni en la hoja de matrona estas circunstancias.

A pesar de las continuas quejas de dolores de la paciente, no se le vuelve a atender hasta que a las 15,55 horas, desmonitorizada y sin ningún tipo de seguimiento de la evolución de su parto, se produce la rotura de la bolsa, se llega a producir un desmayo de la paciente que es llevada en brazos de su marido y se le retoma el registro, encontrándose ya el feto con bradicardia severísima con persistencia de la hipertonía uterina.

Avisado el ginecólogo Dr. Fructuoso en ese momento, le realizó de urgencia una cesárea a las 16,30 horas, naciendo la pequeña en parada cardiorespiratoria, siendo intubada por asistolia y apnea, retirandosele la intubación a las 4 o 5 horas en que comienza a respirar espontáneamente. El diagnóstico al nacer, recogido en la historia clínica del pediatra es "recién nacido mujer, de peso acorde a la edad gestacional en parada cardiorespiratoria, sin respiración espontánea y con un APGAR inicial de 2 por ENCEFALOPATIA HIPOXICO ISQUEMICA POR SUFRIMIENTO FETAL AGUDO.

A consecuencia de todo ello Miriam, padeció daños de carácter irreversibles sufriendo una parálisis cerebral infantil tipo tetraparesia espástica debido a un sufrimiento fetal perinatal (encefalopatía hipóxico isquémica) que le impide llevar una vida independiente, siendo preciso una persona a su lado las 24 horas del día, con pérdida total de autonomía física, intelectual y sensorial, precisando ayuda para todas las actividades de la vida diaria (no puede llevar a cabo las actividades básicas de la vida cotidiana, comer, aseo, movilización, no controla esfínteres) y de manera permanente precisa de una ortesis para su estabilidad, siendo necesario su cambio a medida que se produce su crecimiento.

Tiene reconocido grado III (gran dependencia) por el Gobierno de Canarias. Ha sido ingresada en el Hospital en múltiples ocasiones por neumonías de repetición. Ha sido intervenida quirúrgicamente en al menos dos ocasiones para la colocación de gastrostomía, a través del cual toma el alimento y la bebida y se encuentra pendiente de ser intervenida de la cadera a través de una inyección de botox, operación que debe repetirse cada seis meses, según informe Forense.

A la fecha de los hechos la acusada tenía concertada póliza de seguro de responsabilidad civil profesional con la entidad aseguradora Mapfre, suscrito por el Colegio de Enfermería de las Palmas.

La entidad Aseguradora Ama concierta seguro con el Colegio de enfermería de Las palmas, al menos en los años 2016 y 2017, sin que la asegurada suscribiera la adhesión.

Ninguna de las aseguradoras han consignado previamente cantidad alguna en esta causa.

5

Los padres de la menor D. Fernando y Dña. Enma reclaman por los daños y perjuicios ocasionados.

En el acto del plenario en conclusiones definitivas se retiraron las acusación para el Dr. D. Fructuoso y el Ministerio Fiscal para su aseguradora AMA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Posicionamiento de las partes procesales y delimitación de los temas a tratar en esta alzada

PRIMERO.- Son en esencia tres los recursos de apelación que se interponen contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal Dos de Arrecife, con sede en Puerto del Rosario, (Fuerteventura), cuyos motivos, se

vana exponer de manera sucinta, significando que algunos de ellos, dada su correspondencia, se analizarán de manera conjunta:

1º.- La acusada, condenada en la instancia, (doña Carmela), apoya su recurso en:

Prescripción del delito en el que se pudieran incardinar los hechos de considerarse en su caso probados: delito de lesiones causadas por imprudencia que se correspondería, (tanto conforme con el texto vigente en la fecha de los hechos dado por LO 15/2003, como con el texto actual dado por la LO 1/2015), con lo dispuesto en el art152.1 2º en relación con el art. 149.1 del CP, sin olvidar lo referido en el último apartado del citado artículo 152 para las lesiones cometidas por imprudencia profesional

Ausencia de análisis de la prueba de descargo, centrando la valoración en la de cargo, lo que se liga con una ausencia de motivación por falta de análisis de prueba relevante.

Error manifiesto en la valoración de la prueba

2º.- La entidad aseguradora declarada responsable civil directo, Mapfre), centra su recursos en:

Una crítica y cuestionamiento del análisis hecho en la instancia en relación a las pruebas periciales practicadas y examinadas, lo que liga con una errónea y parcial valoración probatoria.

Lo que considera una falta de responsabilidad por su parte como aseguradora, la cual en todo caso deberá trasladarse a la otra aseguradora, (AMA).

también ataca la determinación de los conceptos indemnizables y su cuantificación.

3º.- El Servicio de Canarias de Salud, quien en la instancia ha sido declarado responsable civil subsidiario, es más prolijo en motivos y así señala:

A) Predeterminación del fallo

B)Error en la apreciación de la prueba y falta de motivación por no analizar toda la prueba pericial, tanto la de cargo como descargo, lo que finalmente liga con la infracción por no aplicación del principio in dubio pro reo.

C) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico por aplicación indebida del art. 152.1 2º del Cp.

6

D) Infracción del art. 121 del Cp por no aplicación de la doctrina de los actos propios a la hora de cuantificar la indemnización, impugnando igualmente la determinación de conceptos e importe aplicado a los mismos

Las tres apelantes parten de una petición principal y común que se corresponde con la solicitud de que se sustituya el pronunciamiento condenatorio de la acusada por otro de contenido absolutorio, con todos los pronunciamientos favorables al mismo.

Esa petición es ampliada por Mapfre con otras dos subsidiarias:

-se le exima de la responsabilidad civil directa decretada y se traslade la misma a la otra entidad aseguradora AMA, lo que igualmente es asumido por la acusada.

-en su defecto, se concrete la suma indemnizatoria total en la de 1.300.000 euros. Por su parte, el Servicio canario de Salud añade como subsidiarias las siguientes:

-se concreta la responsabilidad de la Administración Autónoma en la suma de 1.255.209 euros#

-en su defecto, se considere que tal responsabilidad civil debe ser moderada en todos sus conceptos, incluyendo a tal fin un límite temporal.

El Ministerio fiscal y la Acusación particular, madre y padre de la menor, se oponen a todos cada uno de los recursos, incluidos todos los motivos y pedimentos aludidos.

Por su parte la entidad aseguradora AMA se opone a la aplicación de la causa limitativa que pretende Mapfre, (delimitación temporal del alcance de la responsabilidad por siniestro) y a tal fin considera la misma no aplicable, sin que quepa trasladar la responsabilidad civil directa a otra entidad.

SEGUNDO.- Seguidamente, conviene recordar que el legislador español dibuja un modelo de apelación limitada, acotando por un lado los motivos y por otro la posibilidad de practicar prueba.

La apelación ha de canalizarse a través de todos o alguno de los tres supuestos que delimita el art. 790.2 LECrim, a saber: 1º El quebramiento de normas y garantías procesales# 2º El error en la apreciación de las pruebas# y, 3º La infracción de normas del ordenamiento jurídico.

Los motivos previstos en la ley para interponer el recurso de apelación abarcan por tanto tres aspectos: a) el formal ligado a las garantías procesales# b) el valorativo que está ligado al análisis de la prueba y a la construcción fáctica resultante# y c) el interpretativo conectado con la aplicación normativa y sus consecuencias jurídicas. Con ello se da la posibilidad al Tribunal de Apelación de desarrollar una labor revisora pero sin la posibilidad de celebrar un nuevo juicio. La celebración de vista en segunda instancia queda supeditada al criterio judicial y a la necesidad de practicar nueva prueba o de reproducir la grabada.

Y como es sabido, la posibilidad de practicar prueba en segunda instancia es muy reducida al quedar circunscrita a lo establecido en la ley y a la no conculcación del principio de inmediación y a la conveniencia de la concentración de la prueba en un acto con el fin de no

7

desvirtuar el modelo de la doble instancia. De ahí, que solo se haya admitido por el auto de 19 de abril de 2022 la documental consistente en la incorporación de la presentada por AMA.

La celebración de vista por el Tribunal de Apelación, previsión a la que se hace alusión por el art. 791.1 in fine de la LE Criminal, se ha convertido en algo excepcional, ya que, como se ha puesto de relieve, la práctica de la prueba no es nada frecuente y la “necesidad” de la vista no suele apreciarse, más aún, cuando, gracias a las nuevas tecnologías aplicables en el ámbito de la Administración de Justicia, se puede visionar y oír, cada vez con más nitidez, el juicio celebrado en la instancia y así poder hacer una revisión completa, sin necesidad de complementarla con ninguna otra actuación presencial.

Sentado lo anterior los temas a tratar en esta alzada se van a compendiar y a agrupar para su análisis de la siguiente manera:

1º.- Predeterminación del fallo: tema que afecta al aspecto formal y estructura de la sentencia. Sin olvidar una referencia a la racionalidad de la construcción fáctica.

2º.- Prescripción: aunque es un tema que está conectado directamente con la existencia del delito y afecta a la vigencia o no de la responsabilidad criminal, se tratará con carácter previo al análisis de la prueba, la calificación jurídica y consecuencias penales y civiles derivadas.

3º.- Presunción de inocencia y valoración de la prueba practicada: omisión de razonamiento sobre algún medio de prueba relevante, suficiencia de la practicada y análisis valorativo y motivado a tal fin efectuado.

4º.- Encaje jurídico-penal de los hechos: estudio de la imprudencia profesional y delimitación penal (alcance y consecuencias)

5º.- Responsabilidad civil derivada: delimitación de conceptos y cuantificación. **6º.- Responsables civiles:** directos, (subrogación de la aseguradora) y subsidiarios. **Predeterminación del fallo**

TERCERO.- La STS 761/2021, de 7 de Octubre señala que *las exigencias de claridad, coherencia y precisión fáctica coligan no solo con el genérico derecho a la tutela judicial efectiva sino con el núcleo duro de los derechos de defensa, entre los cuales destaca, por su especial vigor y trascendencia, el derecho a conocer los hechos... entre otras razones para poder defenderse de los mismos mediante la interposición de los recursos procedentes. Las imprecisiones, contradicciones internas, la ininteligibilidad narrativa o el uso de conceptos normativos cuyo específico juego del lenguaje no permita aprehender un significado también narrativo inteligible para personas no expertas en derecho pueden comprometer de forma muy significativa los fines de garantía de los derechos antes enunciados y la funcionalidad basilar que cumple el hecho probado en la sentencia penal. Hasta el punto de que su reparación pase, en algunos casos de forma necesaria, por la nulidad de la sentencia.*

Partiendo de lo expuesto, es de indicar que no se aprecia en el relato fáctico de la sentencia indeterminaciones, ni uso de conceptos normativo, ni invasiones conectadas con contenido valorativo, más allá de un añadido no trascendente pero evitable# de ahí, que se haya hecho

8

desaparecer del relato ahora asumido en esta alzada. **Los hechos probados se entienden y vienen marcados por la asertividad y precisión.** La narración es suficientemente clara, no identificándose ni contradicciones ni fórmulas predeterminativas del fallo.

El añadido valorativo que se ha extraído se corresponde con este texto: *...ante esa situación de la paciente, desconectar y cortar el registro, frente a la situación de hiperdinámica uterina presente y progresiva, por los posibles peligros de complicación, como así sucedió, resultó una maniobra y decisión de la matrona, sin ninguna razón aparente.*

Dicho texto, queda fuera de la parte fáctica, pues, aunque nada añade a lo ya se ha reflejado en el mismo, queda mejor fuera de ese contexto que le es ajeno.

Este primer motivo que se analiza se desestima. **Prescripción**

CUARTO.- Hay que determinar en principio la legislación correspondiente al momento de los hechos, (20 de septiembre de 2008) y la legislación al momento actual, para con ello hacer un análisis comparativo y determinar la norma aplicable, atendiendo al esencial postulado rector del derecho penal que determina la aplicación de la norma más favorable a quien puede ser responsable de un delito, (art. 2 del Cp).

1º.- En cuanto al plazo de prescripción aplicable en la fecha de los hechos se corresponde con el contenido del art. 131 del Cp, conforme a la redacción dada al mismo por la LO 15/2003. Y así en base a su contenido prescribían a los cinco años los delitos cuya pena máxima en abstracto sea prisión o inhabilitación por más de tres años y que no exceda de cinco. Si no se daba ninguno de ambos requisitos y el máximo de una y otra pena es igual o menor de tres años el plazo de prescripción sería de tres años.

El plazo de prescripción vigente, LO 1/2015, para los delitos castigados con pena máxima de prisión o inhabilitación igual o inferior a cinco años se corresponde con el de cinco años.

Concretada la situación legislativa de ambos momentos, para el análisis comparativo entre una y otra legislación, se ha de partir de lo dispuesto por el precepto penal aplicable al delito de lesiones por imprudencia profesional grave cuando el resultado lesivo se encuadra en el art. 149 del Cp. Así, en un caso, por aplicación del art. 152.1. 2º y 3 del Cp, (texto LO 15/2003), la pena de prisión aplicable no superaría el máximo de los tres años y la pena de inhabilitación se podría extender hasta los cuatro años. Y en el otro, por aplicación del art. 152.1 2ª y último párrafo, la pena máxima se movería dentro de los mismos parámetros máximos.

De ahí, que en ambos casos, **el plazo de prescripción sería el mismo y se iría a los cinco años de duración**. Es de observar que en el primer caso ese plazo lo marca la pena máxima de inhabilitación, por lo que, sí el hecho quedase al margen de la imprudencia grave no profesional, (lo cual aquí no se daría), el plazo de prescripción estaría delimitado por la pena de prisión y sería de tres años.

2º.- En cuanto al cómputo del plazo prescriptivo, la regla general en uno y otro caso es a partir del día de la comisión de la infracción punible perseguida.

Tal regla tiene dos excepciones que recogen ambos textos legales, significando que el texto actual, a raíz de la reforma legal introducida por LO 8/21, introduce una tercera. La primera y

9

tercera son ajenas al caso que nos ocupa, por lo que hay que centrarse en la segunda, la cual fue introducida en nuestro Cp por la LO 11/99 y se mantiene, con una ligera variante, en el texto vigente.

Esta **excepción al momento del inicio del cómputo de la prescripción**, como bien se expone por el Ministerio Fiscal y por la Acusación Particular, afecta, entre otros, a **los delitos de lesiones, (dolosos e imprudentes, no se hace distinción), cuando la víctima fuese una persona menor de edad**, cual aquí acontece. Miriam nació el 20 de septiembre de 2008 y las circunstancias y consecuencias que rodearon al parto son las que han derivado en esta prolongada en el tiempo causa penal. Y así, en tales casos **el inicio del cómputo de la prescripción se traslada a dos momentos: a) al día de la mayoría de edad y b) si falleciere antes, al momento de ese luctuoso hecho**. En este caso, Miriam vive y cuenta en la actualidad con 14 años de edad. Por lo tanto, aún no ha alcanzado esa mayoría de edad.

3º.- Tampoco se debe perder de vista la situación en la que se encuentra desde su nacimiento: parálisis cerebral tipo tetraparesia espástica que le impide llevar una vida independiente. Precisa una persona a su lado las 24 horas del día dada su pérdida total de autonomía física, intelectual y sensorial. Igualmente, necesita ayuda para todas las actividades de la vida diaria. Todo ello, determinó que le fuese reconocida por la Administración competente una discapacidad de grado III (Gran Dependencia).

Lo dicho tiene su importancia, ya que esta menor de edad nunca va a poder actuar por su cuenta, ni por ende va a poder ejercer en su propio nombre **acciones penales y civiles**. Pero esta situación no supone obstáculo alguno para que **sus progenitores, que son quienes ejercen las funciones tuitivas esenciales y necesarias conectadas su cuidado, asistencia y atención, puedan hacerlo por ella y así, con el fin de protegerla, velar por sus legítimos intereses**. Y lo han hecho en el presente caso, en su nombre han ejercitado la correspondiente acción penal y civil, denunciando primero y luego personándose en esta causa penal en nombre de su hija.

Constatada tal situación, se hace preciso traer a colación **la LO 8/2021**, de 4 de Junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia, cuyo texto en muchos apartados, (donde se incluyen distintos preceptos del Código Penal que resultaron reformados), **establece una total equivalencia y correspondencia entre víctimas cuando**

son personas menores de edad y cuando se trata de personas con discapacidad necesitadas de una especial protección. Y, en este caso, en Miriam confluyen ambos conceptos es menor de edad, acaba de cumplir catorce años, y es una persona afectada por una importantísima discapacidad con los efectos ya reseñados

Llegados a este punto, lo que cabe colegir es que a la menor discapacitada no le puede ni le debe perjudicar la aplicación de una regla general del cómputo de la prescripción prevista para los delitos no acotados en el susodicho párrafo 2º y prevista para víctimas mayores de edad. **Y, en consecuencia con ello, resulta obvio que, con aplicación de lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 132.1 del Cp, el delito que ha sido objeto de enjuiciamiento y que se cuestiona en esta alzada no ha prescrito.**

4º.- Ahora bien, cabría plantearse **si esa denuncia, con entrada en los Juzgados de Instrucción de Puerto del Rosario el 11 de Julio de 2011, pudiera tener alguna otra**

consecuencia sustantiva, más allá de la procesal que determinó la incoación de la causa penal que nos ocupa y el inicio de la instrucción judicial.

Es de señalar que se denuncia tanto al Ginecólogo como a la Matrona, como profesionales que atendieron y asistieron a la madre de la menor durante el proceso del parto, que culminó con la práctica de una cesárea de urgencia y nacimiento de la niña. El motivo de la denuncia es la mala praxis o negligencia profesional que se imputa a ambos y a la que se considera responsable de la gravísima patología que sufre la menor desde su venida a este mundo. Sin embargo, esta petición no se refleja de manera explícita ni implícita en el **auto judicial de incoación dictado el pasado 8 de septiembre de 2011**. En dicho auto lo único que se expresa es que los hechos pudieran ser constitutivos de infracción penal, por lo que se acuerda el inicio de la causa y como diligencia única se interesa en principio el historial clínico de la madre y de la hija. Es decir, **no se dirige en ese momento la investigación judicial que se inicia contra ninguno de los citados profesionales**. Y así, continua la causa practicándose distintas diligencias de investigación hasta que finalmente **se dirige contra ambos**, lo que acaece pasado ya un tiempo, en concreto **contra la acusada tal actuación se hace en virtud de lo dispuesto en proveído de 27 de abril de 2016**, tal y como señala dicha parte en el recurso interpuesto. **Es a partir de esa fecha cuando el procedimiento empieza a caminar contra ella, adquiriendo la condición de investigada.**

Cierto es que hasta ese momento ya **han pasado siete años y siete meses desde la comisión de los hechos, pero también lo es que sigue siendo menor de edad la persona que aparece como víctima de una presunta imprudencia profesional con resultado lesivo muy grave y además tiene la condición de persona discapacitada necesitada de una especial protección.**

No se debe olvidar que la regla legal aplicable al caso del inicio del cómputo del plazo prescriptivo, ((art. 132.1 pf 2º Cp), tiene su razón de ser en evitar espacios de impunidad en delitos que afectan a menores de edad. Y, aunque pudiera cuestionarse la relación de delitos que a tal fin hace la norma, (se puede tildar de excesiva por recoger supuestos delictivos más allá de los que justifican su implantación legal), lo cierto es que tras la reforma operada por la LO 8/21 el párrafo segundo del art. 132.1 del Cp mantiene tal regla con alguna matización que no afecta a su esencia y además se crea un tercer párrafo para acotar aún más esos espacios de impunidad, trasladando el inicio del cómputo del plazo a los 35 años de edad de la víctima o, en su defecto, al momento de su muerte, con lo que se pretende dar mayor amparo temporal a supuestos donde la finalidad referida es más patente y así a este nuevo párrafo se traspasan algunos de los delitos recogidos antes en el que le precede.

A la vista de lo expuesto, esta Sala entiende que el precepto penal es claro y determinante y **el cómputo de la prescripción en este caso ni siquiera se ha iniciado**. Pero es más, aun partiendo de **que cupiese computar ese espacio temporal prolongado que transcurre desde que se incoa el procedimiento penal, (el 8 de septiembre de 2011) hasta el momento en el que finalmente se dirige contra la acusada, (27 de abril de 2016)**, la conclusión no puede ser otra que considerar que, **aun iniciando el cómputo a partir de esa fecha de incoación o incluso desde de la denuncia** (lo que legalmente como se ha dicho

11

no es viable) **no habrían tampoco pasado los cinco años del plazo de prescripción aplicable.**

Este segundo motivo analizado se desestima

Presunción de Inocencia y valoración de la prueba practicada.

QUINTO.- «Para condenar hace falta la certeza de la culpabilidad obtenida de la valoración de la prueba» (STC 55/82, fundamento jurídico 2). Como es la inocencia la que «se presume cierta», si el juez no tiene «certeza de los hechos y de la autoría» debe absolver. Sólo desde el convencimiento firme se puede condenar no desde la duda.

Es en este punto donde el derecho fundamental a la **presunción de inocencia** conserva la proscripción de la duda como base para condenar. La consagración de la presunción de inocencia como derecho fundamental proscribire la condena en la duda porque establece el hecho inicialmente cierto de que toda persona es inocente. La interdicción de la condena dubitativa, (esto es, de la formulada por el juez que no tenga certeza de la culpabilidad del acusado), forma parte del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia del que constituye el núcleo (STC 124/83, fundamento jurídico 1# STC24/84, fundamento jurídico 3# STC 55/82, fundamento jurídico 2). **«Se trata, pues, de una presunción iuris tantum que puede ser destruida por pruebas en contra, pero sólo por pruebas, esto es, no por impresiones o apariencias no contrastadas en juicio con arreglo a las normas que regulan la actividad probatoria y con todas las garantías inherentes a un proceso público»** (STC 173/85, fundamento jurídico 1).»

No debe perderse de vista que en el presente caso, el quebranto denunciado en el recurso se conecta a su vez con lo que se considera una errónea valoración de la prueba practicada y su insuficiencia para desvirtuar tan elemental y fundamental principio. En tal sentido, y tal como declara la STC 189/98, de 28 de Septiembre, **“solo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de aquella valoración, o finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce a la prueba del hecho probado”**. Así pues, y como bien resume la STS, Sala 2ª, de 25 de Noviembre de 2.008, (número 745/2008), cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia la labor del órgano ad quem queda delimitada por tres aspectos: **1º.- La comprobación si el juez de instancia contó con suficiente prueba de cargo, aunque fuese mínima, para dictar el pronunciamiento condenatorio recurrido.** Ello integra la afirmación de que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde en exclusiva a la parte acusadora, **sin que le sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos.** **2º.- La comprobación de que tales pruebas se han obtenido sin violar los derechos fundamentales, lo que las haría invalidas a efectos probatorios, debiendo estar incorporadas dichas pruebas con respeto a los principios de inmediación y contradicción, a salvo de lo previsto en la prueba preconstituida en los casos permitidos en la ley.** **3º.- Constatación de la racionalidad de las declaraciones y conclusiones alcanzadas por el Tribunal Sentenciador.**

Como complemento de lo anterior, tal y como nos recuerda la STS 455/2014, de 10 de Junio, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de

12

verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

-En primer lugar debe analizar el **"juicio sobre la prueba"**, es decir, **si existió prueba de cargo**, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

-En segundo lugar, se ha de verificar **"el juicio sobre la suficiencia"**, es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene **virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.**

-En tercer lugar, debemos verificar **"el juicio sobre la motivación y su razonabilidad "**, es decir, si el Tribunal **cumplió con el deber de motivación**, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

Lo anterior ha de conectarse con la labor revisora que se desarrolla en la alzada. Y en tal sentido, no se debe obviar el contenido de la más reciente STS 136/2022, de 17 de febrero, del que se extrae lo que sigue: **...cuando la apelación se interpone contra una sentencia de condena el tribunal ad quem dispone de plenas facultades revisoras. El efecto devolutivo transfiere también la potestad de revisar no solo el razonamiento probatorio sobre el que el tribunal de instancia funda la declaración de condena, como sostiene el apelante, sino también la de valorar todas las informaciones probatorias resultantes del juicio plenario celebrado en la instancia, determinando su suficiencia, o no, para enervar la presunción de inocencia. Afirmación de principio que solo permite una ligera modulación cuando se trata del recurso de apelación contra sentencias del Tribunal del Jurado. Este es el sentido genuino de la doble instancia penal frente a la sentencia de condena. La apelación plenamente devolutiva es garantía no solo del derecho al recurso sino también de la protección eficaz de la presunción de inocencia de la persona condenada. Esta tiene derecho a que un tribunal superior revise las bases fácticas y normativas de la condena sufrida en la instancia.**

Como destaca el Tribunal Constitucional en la importante STC 184/2013 -por la que, en términos contundentes, se sale al paso de fórmulas reductoras del efecto devolutivo de la apelación contra sentencias de condena, extendiendo indebidamente el efecto limitador que frente a sentencias absolutorias estableció la STC 167/2002-, "el recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho. Su carácter, reiteradamente proclamado por este Tribunal, de novum iudicium, con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el Juzgador ad quem asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo, no solo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba (...) pues toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que

13

se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior y a que un **Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto.** (...). Negarse a ello, como ocurrió sobre la base de una errónea apreciación de la doctrina de nuestra STC 167/2002, no solo revela el déficit de motivación aducido y de incongruencia con sus pretensiones, sino, como consecuencia, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por privarse al recurrente de su derecho a la revisión de la sentencia condenatoria".

*Alcance devolutivo que no viene sometido a ninguna precondition valorativa derivada de la no inmediación, como también parece sostener el recurrente. Debe insistirse en que la inmediación constituye, solo, un medio o método de acceso a la información probatoria. **La inmediación nunca puede concebirse como una atribución al juez de instancia de una suerte de facultad genuina, intransferible e incontrolable de selección o descarte de los medios probatorios producidos en el plenario. Ni puede confundirse, tampoco, con la valoración de la prueba, desplazando las exigentes cargas de justificación que incumben al juez de instancia. La inmediación no blindada a la resolución recurrida del control cognitivo por parte del tribunal superior....***

Así pues, cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación es la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juzgador de la instancia, en uso de la facultad que le confieren los artículos 741 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio oral, para que el Tribunal de la segunda instancia pueda variar los hechos declarados probados en la primera en virtud de la extensa facultad revisora señalada, se precisa que, por quien se recurra, se acredite que así procede por concurrir alguno de los siguientes casos:

-Inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba.

-Que el relato fáctico sea oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo.

-O cuando haya sido desvirtuada por probanzas practicadas en segunda instancia

SEXO.- Como complemento de lo anterior, referir que lo que se recoge en la sentencia de instancia no es otra cosa que la convicción obtenida por la juzgadora durante el desarrollo del juicio oral. La labor de Juzgar no nace cuando concluye el juicio sino que se forja durante su desarrollo y desde una posición de imparcialidad, que se ha de presumir en los servidores públicos que ejercen, desde legalidad y la objetividad, la función jurisdiccional. No se debe obviar que los juicios y las sentencias son públicos, como tampoco que el Juez Penal a diferencia del civil tiene un cierto margen de maniobra en torno a la prueba que le permite, siempre con absoluto respeto de la contradicción y sin que ello suponga la asunción de funciones acusatorias, instar aclaraciones e incluso solicitar complementos de la prueba que no supongan un apartamiento de lo que constituya su objeto. Y todo ello dentro del elenco de pruebas que se practican en el plenario y cuyo resultado será el objeto sobre el que ha de girar el juicio de suficiencia y motivación que ha de ampararlo.

Y en el presente caso, es cierto que **cobra especial importancia las pruebas periciales médicas practicadas, las cuales son abundantes y diversas, pero no se debe dejar de lado**

14

el resto del material probatorio, el cual en el presente caso es de gran utilidad para formar una determinada convicción. Y no me refiero solo al testigo-perito tan aludido por algunos apelantes, (jefe del servicio de obstetricia y ginecología del Hospital de Fuerteventura adscrito al Servicio Canario de Salud y donde trabajaban ambos acusados), sino también a las testificales de la madre y del padre de la menor, quienes han vivido en primera persona los delicados y difíciles momentos que precedieron al nacimiento de su hija y viven sus

consecuencias que se traducen en la importante patología que su hija sufre desde su nacimiento. Igualmente, se ha de tener presente la declaración del ginecólogo y matrona, como profesionales y especialistas actuantes. Y no se debe perder de vista que todo ello dentro de un entorno profesional como es el sanitario, donde la labor a ejecutar tiene una difícil y complicada proyección material.

Por tal motivo, para entrar en materia y en el examen de lo cuestiones controvertidas, conviene ahora continuar este apartado con unos apuntes jurisprudenciales de interés, en torno a la valoración de la prueba pericial y su conexión con la valoración del resto del material probatorio.

La no lejana STS 338/2019, de 3 de julio, la cual analiza de forma exhaustiva los criterios determinantes de la valoración judicial de los informes periciales, el ámbito objetivo de su análisis, la prioridad de la valoración judicial sobre la conclusión pericial, y el contraste de periciales. Señala al efecto que **"es una prueba de apreciación discrecional o libre y no legal o tasada, por lo que, desde el punto de vista normativo, la ley precisa que "el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica" (art. 348 de la LEC), lo cual, en último término, significa que la valoración de los dictámenes periciales es libre para el Tribunal, como, con carácter general, se establece en el art. 741 de la LECrim para toda la actividad probatoria ("el Tribunal, apreciando según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia"), sin que pueda olvidarse, ello no obstante, la interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 C.E). El Tribunal es, por tanto, libre a la hora de valorar los dictámenes periciales# únicamente está limitado por las reglas de la sana crítica - que no se hallan recogidas en precepto alguno, pero que, en definitiva, están constituidas por las exigencias de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia y, en último término, el sentido común- las cuáles, lógicamente, le imponen la necesidad de tomar en consideración, entre otros extremos, la dificultad de la materia sobre la que verse el dictamen, la preparación técnica de los peritos, su especialización, el origen de la elección del perito, su buena fe, las características técnicas del dictamen, la firmeza de los principios y leyes científicas aplicados, los antecedentes del informe (reconocimientos, períodos de observación, pruebas técnicas realizadas, número y calidad de los dictámenes obrantes en los autos, concordancia o disconformidad entre ellos, resultado de la valoración de las otras pruebas practicadas, las propias observaciones del Tribunal, etc.)# debiendo éste, finalmente, exponer en su sentencia las razones que le han impulsado a aceptar o no las conclusiones de la pericia (STS. 1102/2007 de 21 de diciembre).**

También, en la sentencia de Sala Segunda del Tribunal Supremo 365/2018 de 18 Julio 2018 se elabora una específica valoración de la pericial de parte en el proceso penal, para exponer que

15

en relación a los supuestos en los que el Tribunal se decanta por una pericial frente a la de parte expuesta por la defensa que lo que el juez o Tribunal hace en este caso es examinar el contenido de la pericial practicada, su forma de exponerla, y sus conclusiones, siendo éstas de una relevancia importante a la hora de que el Tribunal lleve a cabo su proceso de convicción. **La cuestión no se reconduce, ni mucho menos, a un tema de privilegios de pericias frente a minusvaloraciones de periciales de parte, sino a una estricta aplicación de las reglas de la valoración de la prueba pericial.** Suele discutirse en muchos recursos las reglas aplicadas para realizar la valoración de la pericial o las razones por las que el juez llegó a una determinada conclusión en procedimientos que requieren la práctica de una pericia, bien médica, economicista, como es el caso actual, en el campo de la edificación, etc. Pero se olvida en primer lugar que **el juez no es un técnico que conoce del objeto de la materia que se somete a discusión, sino que la autoridad judicial es un "experto en valoración",** aunque ello no obsta a que el juez se forme en distintas materias.

Los expertos -utilizada la expresión en sentido general incluyendo los titulados y los no titulados- aprecian, mediante máximas de experiencia especializadas y propias de su preparación, algún hecho o circunstancia que el perito adquirió por el estudio o la práctica o a través de ambos sistemas de obtención de conocimientos y que el juez puede no tener, en razón a su específica preparación jurídica. **Los jueces no tienen por qué abarcar en su preparación y conocimientos todas las ramas del saber humano ni, por ello, todas materias que pueden ser sometidas a nuestra valoración# para aclarar el significado o valoración de ciertos hechos, han de acudir a los peritos que, con sus conocimientos, le informan en el marco de sus especialidades# el juez lo que ha de hacer es recoger los informes periciales y valorarlos, sacando las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan# por ello el perito debe describir la persona o cosa objeto de la pericia, explicar las operaciones o exámenes verificados y fijar sus conclusiones (art. 478 LECrim) que tienen como destinatario el Juzgador.**

Es doctrina jurisprudencial reiterada, que no puede sustituirse la valoración que el juzgador de instancia hace de toda la prueba practicada por la valoración que realiza cada parte recurrente, función que corresponde al juez a quo y no a las partes (STS 7 de octubre de 1997), habida cuenta la abundante doctrina jurisprudencial elaborada sobre la prevalencia de la valoración de las pruebas que realizan los órganos judiciales, por ser más

objetiva que la de las partes en defensa de sus particulares intereses (STS 1 de marzo de 1994). Se insiste, así, por la doctrina jurisprudencial que las pruebas están sujetas a su ponderación en concordancia con los demás medios de prueba (STS 25 de enero de 1993) en valoración conjunta (STS 30 de marzo de 1988), y con el predominio de la libre apreciación que es potestad de los tribunales de instancia a efectos de cualquier recurso. El juzgador que recibe la prueba pueda valorarla de forma libre, aunque nunca arbitraria, transfiriendo la apelación al tribunal de la segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión, pero quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el juez a quo de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencias o a las normas de la sana crítica, o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso.

Así pues, **si el letrado quiere combatir una valoración pericial efectuada por un juez de**

16

instancia debe demostrar que ha seguido el juez, al establecer el nexo o relación, un camino erróneo, no razonable o contrario a las reglas de la sana lógica y buen criterio. Lo que debe demostrar el letrado -y es su carga de prueba- que cuestiona ese criterio final y adopción y/o asunción de una determinada pericia es que ese proceso deductivo es ilógico e irrazonable. **El juez lo que debe explicitar en la sentencia es que ha llegado a una determinada convicción en razón al contenido de determinado informe pericial#** ahora bien, la exigencia de su motivación no debería llegar al extremo de efectuar un examen minucioso de por qué se quedó con una pericia y excluyó las restantes si de varias aportadas se trata, sino que llegó a su convicción concreta en razón de lo que le aportó el informe pericial que le lleva a decantarse por una posición concreta que exige esa pericia.

Con ello, vemos que **el juzgador, a la hora de enfocar el proceso deductivo en el análisis de la pericia en el proceso, en primer lugar debe incluir un proceso global y conjunto del análisis de la prueba. Así, examinará el resultado de la pericia con documentos u otras pruebas practicadas confrontando, por ejemplo, el resultado de la actuación de los peritos en la vista o juicio con documentales, declaración de partes, etc., para luego ir cerrando el círculo del resultado que hayan arrojado los medios de prueba y tener la habilidad de concluir un proceso deductivo en el resultado que es el que forma su convicción final.** De todas maneras, gran parte de la doctrina entiende que no es preciso que se haga un examen exhaustivo y/o de fondo de las razones técnicas por las que asume una pericia y desestima otra, sino razones mínimas que con el conjunto de la prueba practicada le hayan llevado al juez a formar su convicción de que le convence más una razón técnica que otra. Nótese que el juez no es técnico, sino que su misión se reconduce al examen y valoración del informe que el perito o peritos emiten sin que se le pueda exigir una motivación plena que acabaría convirtiendo al juez en lo que no es, a saber: un perito."

Lo fundamental es la racionalidad del discurso valorativo del Juzgador -STS 259/2020, de 28 de mayo-, de suerte que "El Tribunal es, por tanto, libre a la hora de valorar los dictámenes periciales# únicamente está limitado por las reglas de la sana crítica -que no se hallan recogidas en precepto alguno, pero que, en definitiva, están constituidas por las exigencias de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia y, en último término, el sentido común- las cuáles, lógicamente, le imponen la necesidad de tomar en consideración, entre otros extremos, la dificultad de la materia sobre la que verse el dictamen, la preparación técnica de los peritos, su especialización, el origen de la elección del perito, su buena fe, las características técnicas del dictamen, la firmeza de los principios y leyes científicas aplicados, los antecedentes del informe (reconocimientos, períodos de observación, pruebas técnicas realizadas, número y calidad de los dictámenes obrantes en los autos, concordancia o disconformidad entre ellos, resultado de la valoración de las otras pruebas practicadas, las propias observaciones del Tribunal, etc.)# debiendo éste, finalmente, exponer en su sentencia las razones que le han impulsado a aceptar o no las conclusiones de la pericia (STS. 1102/2007 de 21 de diciembre)".

Partiendo de tales consideraciones, es obvio que **no se aprecia ninguna quiebra ni ausencia de motivación por el hecho de que al final la Juzgadora se decante por un determinado posicionamiento técnico-médico, que le sirve a la postre para avalar y dar**

17

consistencia a su convicción, la cual en modo alguno es fruto de una valoración parcial o sesgada sino de de un análisis conjunto, detallado y suficiente de la prueba practicada. Ese juicio de valor no tiene porque aludir y tratar de manera individualizada cada informe y declaración, basta que sea una consecuencia lógica y racional de su proceso deductivo.

Es de observar que el reproche de las partes apelantes se traduce en la inclinación por la Juzgadora por un criterio del que ellos difieren. Y con ello, tratan de introducir una falta de motivación o incongruencia omisiva que no concurre. La juzgadora tiene en cuenta toda la prueba practicada y finalmente llega a una convicción, la

cual se aproxima más al contenido de unos informes técnicos que al de otros, pero ello en modo alguno pone de relieve que haya omitido el estudio y valoración de los otros.

Valga como muestra de lo anterior la siguiente referencia. Entre los informes que se indican como omitidos se marca el emitido por médico forense adscrita al Instituto de Medicina Legal (IML) de Las Palmas de 7 de Febrero de 2014. Y es de decir a este respecto que, aunque por la Juzgadora no se sigue el criterio marcado en ese informe, no se puede en modo alguno decir que el mismo no ha sido tenido en cuenta, ya que en él se recogen datos relevantes y de interés que han sido tomados por la juzgadora para la formación de su convicción y para construir la base fáctica y jurídica de la sentencia recurrida.

A tal fin de dicho informe se pone de manifiesto lo referido en cuanto a evolución y curso clínico de la gestante, madre de la menor:

*La informada **presenta una gestación prolongada por lo cual acude a urgencias en fecha 18/09/08 comprobándose normalidad en la gestación, y siendo remitida a su domicilio. En fecha 20/09/08, según refiere la informada con una gestación de 9 meses y una semana, es examinada por el Dr. Yannito quedando ingresada.***

*Existe constancia de que desde **el día 20/09/08 se realiza monitorización fetal, desde las 9:30 horas, no existiendo constancia en la evolución de la dinámica anormalidad entre las contracciones uterinas y las respuestas en la frecuencia cardíaca fetal, hasta las 13:40 horas del último registro que se aporta en la causa. No nos constan registros a partir de esta hora, por lo cual no podemos determinar el momento concreto en que se produce el inicio de la bradicardia fetal e hipertensión uterina, pero entendemos que dado que la cesárea de urgencia y la extracción fetal termina a las 16:30 horas, los acontecimientos evolucionan de forma muy rápida.***

*De igual modo entendemos, que **la evolución de la inducción del parto es normal hasta que se produce la hipertensión, que no era predecible a la vista de los registros tococardiográficos aportados hasta las 13:40 horas.** Consideramos que dichas complicaciones pueden aparecer en el desarrollo de cualquier parto. En este caso no existió ninguna señal que orientara sobre el posible desencadenamiento de dichas complicaciones, y cuando aparecieron se tomaron las medidas necesarias, indicándose la cesárea de urgencia.*

*Debemos hacer constar, que **los registros tococardiográficos sólo constan hasta las 13:40 horas, y que no hay anotaciones en la historia clínica sobre dichos registros y la evolución de la inducción al parto.** Si bien, podemos explicar que esta ausencia se podría deber a la rapidez con la que transcurrieron la hipertensión uterina y bradicardia fetal.*

18

En lo referente a la rotura de membranas, la única constancia que tenemos de la misma es la que hace referencia en el informe de pediatría del Hospital de Fuerteventura (fecha 20/09/08), obrante en autos, página 16, donde refiere "en apartado de rotura de membrana: intraoperatoria".

*Respecto a **la cesárea, en la evolución de la misma, si se indica en el curso quirúrgico aportado en autos, que existe un sangrado masivo por sección de varios vasos, y tenemos constancia de que se produce una situación de shock hipovolémico y coagulopatía de consumo derivado del mismo (aparece a consecuencia del sangrado y no a consecuencia de trastornos de la coagulación de la paciente).** Ante dicha situación se tomaron las medidas necesarias, instaurándose el tratamiento oportuno, y prueba de ello es la recuperación de la informada en un tiempo razonable.*

Respecto a la infección (streptococco -), nos consta que se instauró tratamiento adecuado con antibióticos (ácido clavulánico + amoxicilina), tal y como aparece en la documentación.

*En relación a **la existencia de consentimiento informado para la inducción al parto, aparece firmado por Dña. Enma en autos en la página 263, incluyéndose en la información del mismo las posibles complicaciones, entre las que se encuentran: "infección materna o fetal, aparición de sufrimiento fetal agudo, fracaso de la inducción, y que cualquiera de estas conlleva la realización de una cesárea para salvaguardar la vida de la madre o el niño".***

SÉPTIMO.- En consonancia con lo anterior y con la labor revisora que compete al Tribunal de apelación, se adelanta ya que tampoco, y como se concretará, se aprecian errores valorativos en el análisis de la prueba practicada en la instancia. **La Juzgadora exterioriza su convicción a través de un juicio razonado acerca de la determinación de la consecuencia dañosa y patología sufrida por la menor recién nacida y de su derivación causal que se conecta con un suceso no deseado en el que lamentablemente ha tenido protagonismo y relevancia la conducta de la acusada, como matrona responsable de la atención y supervisión de la gestante que quedó en la mañana del 20 de septiembre de 2008 bajo su control profesional.**

Y así en ese juicio valorativo **se ha tenido siempre presente el curso causal y desencadenante del hecho y no otros meramente hipotéticos.** Es aquí, donde entra, como también se va a ver, **la teoría del incremento**

del riesgo que en el ámbito de la imprudencia profesional médica constituye una doctrina asentada mayoritariamente en la moderna doctrina que emana de la Sala Segunda.

Además, es de proclamar que en el presente caso **se justifica la certeza exigible que sirve para desvirtuar el derecho fundamental a la presunción de inocencia.** Ciertamente que la implicación de la acusada en el **quehacer generador de la grave consecuencia lesiva no se deriva de prueba directa sino de un razonamiento deductivo, conectado con el sometimiento de la conducta enjuiciada a las reglas de conocimiento y actuación exigibles en el desarrollo de su profesión como matrona y en función de las circunstancias concurrentes.** En estos casos, resulta obvio que no cabe exigir a la Juzgadora una plenitud de racionalidad y de lógica matemática a la hora de determinar el resultado alcanzado. No puede reconducirse ese juicio de certeza ni a probabilidades, que la harían colisionar con la presunción de inocencia, ni a la fiabilidad absoluta de la conclusión

19

alcanzada que la hagan equiparar a la derivada de la prueba directa. **Lo exigible y determinante es que los diversos elementos perfectamente constatados posibiliten un engarce lógico que descarten la duda razonable. Es de concluir que esa convicción da pie cierto margen de incertidumbre objetiva, la cual sin embargo no ha de tener relevancia alguna en la consideración de la implicación que se constate.**

La STS 730/2021, de 29 de septiembre en relación a lo expuesto recuerda que *“cualquier hecho indiciario siempre deja abierta cierta holgura propiciatoria de alguna contrahipótesis alternativa favorable a la defensa. Lo relevante y decisivo es que esa holgura no presente una plausibilidad ni un grado de verificabilidad que ponga en cuestión la elevada probabilidad que apuntan los hechos indiciarios a favor de la hipótesis acusatoria. Y es que todo juicio de inferencia deja un espacio de apertura hacia alguna otra hipótesis, espacio que desde luego no tiene por qué desbaratar necesariamente la consistencia sustancial del razonamiento incriminatorio inferencial convirtiéndolo en inconsistente o poco probable. Lo relevante es que esa posibilidad alternativa sea nimia en comparación con el grado de probabilidad incriminatoria que traslucen los datos indiciarios incriminatorios.”*

Por otro lado, lo anterior ha de conectarse con el profesional sanitario y médico que nos ocupa. Y señalar que, desde el punto de vista constitucional, el **art. 43.1 CE** no reconoce propiamente el derecho a la salud, sino **el derecho a la protección de la salud**, significando con ello que **los poderes públicos no se obligan a la producción de un resultado que no está en su mano asegurar, sino que su obligación es una de las llamadas "obligaciones de medio", de suerte que habrán de desplegar un conjunto de actividades tendentes y orientadas al mantenimiento, restablecimiento y mejora de la salud.**

OCTAVO.- Y así, como complemento de lo ya dicho y con el fin de ir concretando y de ubicar la cuestión dentro del campo de la imprudencia profesional médica y sanitaria, se ha de hacer ahora otras referencias jurisprudenciales que nos ayudarán a delimitar el criterio a seguir en este supuesto en el que lo que se **achaca a la acusada, matrona de profesión, es una actuación que se conecta con la dejadez de funciones y con la omisión de la labor de control que le incumbe en el seguimiento de un proceso de parto, del que derivó finalmente unas graves y permanentes consecuencias dañosas para la recién nacida.**

A este respecto, habrá que analizar la conducta omitida y en tal sentido se destaca **la STS 805/2017**, de 11 de Diciembre, en la que se señala que la necesidad de una probabilidad rayana en la certeza, raramente se contempla en nuestra construcción jurisprudencial como criterio decisor o ratio decidendi del fallo. Como ejemplos ilustrativos, cabe citar las SsTS 368/2016, de 28 de abril # 865/2015, de 14 de enero de 2016 # 88/2010, de 19 de enero # 1089/2009, de 27 de octubre # 716/2009, de 2 de julio.

Y es que la exigencia de una probabilidad rayana en la certeza se matiza en función de las especiales características de la actividad a desplegar. **En tal sentido, cita la literatura científica, frente al conocido caso del médico que omite un tratamiento de radioterapia a un enfermo aquejado de cáncer, la doctrina resultante del Tribunal Federal Supremo**

20

alemán (BGH), en sentencia de 20 de mayo de 1980, indicaba que "el concepto jurídico de la probabilidad rayana en la seguridad carece de utilidad para los médicos, ya que en la medicina una probabilidad así sólo existe en casos muy raros. La medicina se ocupa de casos individuales y no de series. Así, cualquier enjuiciamiento médico se apoya, ciertamente, sobre investigaciones y experiencias científicamente fundadas, pero, en el caso concreto, sigue siendo, en última instancia, hipotético". Como se ve, **se descarta tal probabilidad rayana en la certeza, por no ser posible en cursos causales médicos, aparte de que supone, tal postura, confirmar la tesis de que la omisión médica ante el deber de actuar, garantiza la impunidad del acusado.**

Por consiguiente, en supuestos en los que **exista ya una situación de riesgo previa**, el responsable del servicio médico al que es derivado se convierte en garante de la vida/salud del paciente -en ese bien entendido

concepto ya apuntado de que la medicina es una ciencia de medios y no de resultado-, y que la cuestión no es entrar en disquisiciones hipotéticas acerca del acaecimiento de un resultado luctuoso aún igualmente si se hace dejación del debido diagnóstico o del tratamiento que deba dispensarse, sino que lo que viene a exigir la Sala Segunda es justamente lo contrario, esto es, **“cuando se actúa correctamente, nada puede garantizar, con una probabilidad rayana en la certeza, la supervivencia de la paciente, porque, la medicina, no es una ciencia exacta, o de resultados, sino de medios, y siempre pueden existir probabilidades para la ocurrencia de un fatal desenlace, a pesar de hacerse todo lo que esté en la mano del médico.**

Desde esta perspectiva **se apunta a que no es de recibo justificar la postura del médico que desatiende escandalosamente su actuación profesional, nada menos que en un caso de urgencia vital, no poniendo los medios mínimos adecuados para intentar salvar la vida del paciente.** Concluye la Sala Segunda significando que no es acertado el fundamento de su absolución, que reside en que no se ha podido probar, con una probabilidad rayana en la certeza, si con otra conducta el resultado hubiera sido el mismo. De ratificar este argumento, las actuaciones médicas partirían de una mecánica contraria a lo que es debido a un buen profesional, primero evaluar los resultados posibles de su actuación, y si se vislumbran fatales, abstenerse de actuar. Al punto de que podría llegarse a pensar que un médico contemplase una urgencia vital sin tomar medida alguna para intentar salvar la vida del paciente, en la seguridad de que nunca pudiera demostrarse, si fallece el enfermo, con esa seguridad rayana en la certeza, qué hubiera pasado en caso contrario.

En suma, la responsabilidad surge porque ha incrementado el riesgo permitido, y lo ha hecho al haber actuado negligentemente, y con tal comportamiento ha contribuido al resultado, siéndole reprochada su conducta a través de la teoría de la imputación objetiva.”

La meritada sentencia efectúa en tal sentido un detallado análisis de diversos precedentes de la misma Sala para concluir **acogiendo la teoría del incremento del riesgo, que considera satisface mejor la defensa del bien jurídico protegido por la norma jurídica, que no es otro que la defensa de la vida y la integridad física de la persona, y que conduce a resultados plenamente satisfactorios desde el punto de vista de lo que entendemos debe ser la actuación médica, de la que se predica constantemente que es una ciencia**

21

de medios y no de resultados. De forma tal que siempre el profesional de la medicina debe intentar salvar la vida del paciente, con todos los medios a su alcance, e igualmente con la diligencia debida en su actuar, sin incrementar el riesgo en sentido negativo para la vida del paciente.

En definitiva, **la responsabilidad del profesional sanitario que actúa como garante debe ligarse al hecho de que haya incrementado el riesgo permitido, y lo haya hecho al haber actuado negligentemente, y con tal comportamiento haya contribuido al resultado, siéndole reprochada su conducta a través de la teoría de la imputación objetiva.** La cuestión no estriba tanto en el dato de que, mediante el establecimiento de un curso causal hipotético se deduciría la inevitabilidad del resultado con una probabilidad rayana en la certeza, sino que lo relevante es concluir -como se indica en alguno de los precedentes citados- que **es lógico y acorde con las máximas de la experiencia, deducir que esa omisión actuó sobre el nexa causal, al incrementar el riesgo y convirtiéndose, en consecuencia, en un factor coadyuvante del resultado final.**

Partiendo de lo expuesto, y aplicando esta doctrina, concluimos plenamente de acuerdo con la Juzgadora de instancia, que **la acusada actuó incorrectamente con insuficiente abordaje del protocolo que le exigía en el caso concreto haber actuado de otra manera bien distinta conforme al rango de conocimiento que se le exigía y efectivamente tenía.** Y ese inadecuado abordaje de su labor profesional **potenció claramente la probabilidad de que se produjera el resultado dañoso.** Quedan descartados, como antes se puso de relieve, los argumentos de los apelantes conectados con el error en la apreciación de las periciales. Se admite obviamente la legitimidad de la discrepancia, e incluso la ácida crítica en la valoración de las pruebas, más basta con leer detenidamente la sentencia para concluir que estamos ante un ejercicio valorativo, objetivo y riguroso que descarta que se haya omitido el debido análisis de las cuestiones sustanciales. Todo ello sin perjuicio de recordar que la valoración correcta de toda la prueba no exige una específica y mucho menos concreta extensión de cada una, sino un análisis global que permita concluir que el juzgador ha tomado en consideración toda la prueba practicada, la de cargo y la de descargo, y en ese análisis global se evidencia la contundencia en la convicción alcanzada y la base probatoria en que se asienta.

Igualmente, en modo alguno cabe cuestionar que la madre y el padre sean testigos directos, quizás incluso los principales testigos de cargo, en la medida en que no hay debate posible sobre el grado de conocimiento de lo que aconteciere ese día hasta el momento en el que el ginecólogo decide practicar una cesárea de urgencia derivada de la bradicardia y sufrimiento fetal detectado finalmente. Obviamente tales progenitores interés tienen en este juicio, lo que por naturalmente indiscutible no presupone ni una animadversión previa ni motivos espurios en lo que sostengan, por más que puedan haber asumido en sus fueros internos que la situación de

su hija fuere por culpa de la matrona. Lo sustancial por lo que ahora interesa es que cabe no solo eliminar algún prejuicio previo más allá de esa subjetiva consideración posterior al hecho sobre la responsabilidad de la acusada, como que por parte de los mismos no existiese ningún proceder que pueda calificarse como concurrente en el devenir de lo acontecido que introduzca la duda acerca de si pudiese haber una motivación de exención de culpa que nuble sus puntos de vista sobre lo ocurrido.

Todo ello se ha de poner en consonancia además, como ya se destacó en su momento, con la

22

teoría del incremento del riesgo firmemente asentada en la moderna jurisprudencia, de suerte que la operación a realizar en este instante no es si se debiere acreditar por las acusaciones que el resultado dañoso no se hubiere producido con la conducta omitida, sino **si la actuación de la matrona incrementó significativamente el riesgo y la probabilidad del mismo**, pues la medicina es una ciencia de medios no de resultados al no ser exacta, en la medida en que el profesional debe realizar el comportamiento debido sin exigírsele concretas garantías, **de modo que si omite esa conducta debida conforme al grado de conocimiento que le era exigible, si con ello se incrementó el riesgo de un fatal resultado le es imputable el mismo sin que deba acreditarse con una probabilidad rayana en la certeza que no se hubiere producido, lo que conduciría a la impunidad médica precisamente por la imposibilidad de acreditar ese hecho negativo.** Y Como indica la **STS 135/2018, de 21 de marzo**, cuando se trata de concluir ese enlace causal, ya no se trata de proclamar una causalidad real entre la omisión y el resultado, sino de **formular una causalidad potencial respecto de una acción que, si bien se mira, no se ha llevado a cabo.** Lo sustancial es la incidencia de la omisión de la conducta debida conforme a los datos disponibles y los medios técnicos y logísticos a su alcance, que supusieron un objetivo incremento del riesgo para la paciente.

NOVENO.- Así las cosas, procede ahora destacar los siguientes puntos que avalan y corroboran la decisión de la Juzgadora:

1º.- La madre de la menor, gestante, **presentaba una gestación prolongada** que le llevó a acudir a urgencias en fecha 18/09/08, comprobándose normalidad en la gestación, y siendo remitida a su domicilio.

2º.- En fecha **20/09/08** volvió al Hospital, **a primera hora** de la mañana y fue **examinada por el ginecólogo.**

3º.- De ese primer examen, atendiendo a su prolongado estado de gestación, es cuando surge y se **inicia el proceso de inducción al parto**, aunque no se observase ninguna anomalía es lógico que extrañase que aún no se hubiesen iniciado las contracciones. Para acreditar esta situación, y aunque no conste la administración por vía venal de oxitocina con el fin de acelerar el proceso de inicio de contradicciones, figura en las actuaciones un documento relativo al **consentimiento informado para la inducción al parto que fue firmado por Dña. María Isabel**, (folio 263). Es importante este dato que complementa a los facilitados por la Juzgadora, pues ese documento se firmó y, a la vista de lo expuesto, el proceso de inducción solo cabe entender que se inició esa mañana, más aún cuando la **monitarización fetal comenzó poco después, (pasadas las 9 horas)**. En los hechos probados se habla de pre-inducción al parto, pero entiende esta Sala que eso se refiere a la labor preparatoria a la inducción, la cual conduce sin solución de continuidad a esta última, como bien se deriva de lo ya constatado.

4º.- Es de observar que hasta pasadas las tres horas de monitorización no se aprecia **actividad uterina**, la cual se **inició a partir de las 12:30 y se manifestó hasta las 13:30**, observándose durante ese periodo un incremento de la contractualidad uterina. Este incremento se considera constatado y no admite duda el inicio de esa actividad, independientemente de su medición temporal. Se trata de una gestante que ya ha superado el tiempo normal de gestación y que ya ha quedado constancia su falta de respuesta para el inicio espontáneo del proceso del parto.

23

5º.-La frecuencia cardiaca fetal se encontraba en rangos considerados normales, al menos hasta que de **manera inexplicable se suspende a las 13:45 horas la monitorización que había sido continua hasta ese momento** y que se proyectó en el tiempo durante más de dos horas y media.

Dicho esto, no se entiende el apunte relativo a la monitorización por ventanas o por espacios temporales intermitentes. En el caso que nos ocupa se observa que solo existe un proceso de monitorización continuado en el tiempo, sin más parada que la última indicada. Y que luego en un momento muy cercano a la práctica de la cesárea de urgencia se vuelve a monitorizar, pero en este caso ya por las concurrentes circunstancias exyeriores de alerta que se dieron.

Otra cuestión que sorprende es **la falta de anotación de su seguimiento**, el cual si cabe indicar que pudo ser intermitente, tomando como referencia determinados registros temporales, pero la verdad es que **no consta nada relativo a ese control en la hoja de la matrona**, ni en el historial médico, como tampoco consta el momento

del cese de la monitorización, ni por ende la causa por la que se hizo. Es decir, **no hay datos sobre los registros tococardiográficos que tuvieron lugar hasta las 13:45, ni se dice nada relevante acerca del seguimiento del parto inducido.**

6º.- Después del **cese de la monitorización, las quejas de dolor de la gestante se repitieron y las llamadas de atención por parte de su marido a la matrona fueron reiteradas.** Ciertamente que la citada profesional bien pudo hacer un tacto vaginal o alguno más, pero también lo es que no consta que se le prestase la necesaria asistencia, (no se vuelve a monitorizar hasta muy al final), ni que se le hiciese un regular seguimiento.

7º.- Fue en **momento cercano a las 16 horas**, (en ese momento llevaba más de dos horas sin control monitorizado) cuando se produce la rotura de la bolsa y la gestante se desmaya. Es a partir de esta situación cuando se **vuelve a reanudar el suspendido registro tococardiográfico y se detecta en el feto una bradicardia severa con persistencia de hipertonia uterina, siendo evidente un importante sufrimiento fetal.**

8º.- Tras ello, por el ginecólogo, que en principio le asistió y determinó la inducción del parto, se le **practicó una cesárea de urgencia a las 16 horas 30 minutos, naciendo Miriam en parada cardio-respiratoria, sin respiración espontánea**, siendo intubada por asistolia y apnea, retirándose la intubación a las cuatro o cinco horas que es cuando comenzó a respirar espontáneamente.

El indicador de la frecuencia cardíaca, (APGAR) de la recién nacida era muy bajo, no superaba el nivel 2, lo que era ya un claro aviso de que algo iba muy mal y ese mal se tradujo en una **encefalopatía hipóxico isquémica por sufrimiento fetal perinatal agudo.**

Lo anterior derivó en unos importantísimos **daños de carácter irreversible.** Sufriendo la recién nacida **una parálisis cerebral infantil tipo tetraparesia espástica con pérdida total de la autonomía física, intelectual y sensorial.**

Así pues, lo cuestionado en esta alzada por los apelantes carece de relevancia ya que:

A) No cabe duda de que se había iniciado el proceso de inducción al parto: aunque no conste el suministro de oxitocina, ello no implica que no se hubiese suministrado# más aún,

24

cuando queda constancia que la gestante sí había dado su consentimiento expreso para ese proceso.

La hipertonia y la bradicardia del feto bien pudieron surgir de manera **repentina**, pero lo importante es que **no se pudo precisar el momento**, ya que su **aparición** tuvo lugar durante las más de dos horas en las que estuvo **suspendida, sin causa justificada, la monitorización.** Y si la alerta de tales complicaciones se hubiese producido antes, se podría haber actuado con una mayor garantía para el feto y la recién nacida.

Corresponde a **la Matrona**, dentro del ámbito que abarca su actividad profesional, **el seguimiento del proceso del parto inducido y la asistencia a la gestante.** Y es a tal profesional a quien incumbía **la responsabilidad de computar y controlar los registros tococardiográficos y de evitar la falta de tales registros con el fin de predecir situaciones de alerta que requerirían**, como la que nos ocupa, una **rápida actuación médica.**

Que **el líquido amniótico** cuando se produce la rotura de la bolsa sea **claro** no es un dato significativo, ni deriva la situación hacia otro terreno ajeno al que nos ocupa, (problema genético). Esa característica es **compatible** con la situación expuesta y con la consecuencia dañosa irreversible constatada y derivada de **los antecedentes y consecuencias detallados**

No es de recibo, como se ha dicho, **desplazar la parálisis cerebral a otros hipotéticos factores de índole genético**, como puede ser la **hipoplasia del cuerpo calloso.** Primero porque no hay datos que lo avale, a pesar de que haya podido quedar constatada su preexistencia, y por otro lado porque las consecuencias de éste no son tan graves como las conectadas con la parálisis cerebral reseñada, como así con claridad y precisión se reseña en la sentencia recurrida. **Las conectadas con la hipoplasia** se corresponden con un **retraso en el desarrollo, pobre coordinación, torpeza motora y espasticidad, déficit sensorial, visual y auditivo, hipersensibilidad al tacto, alto umbral del dolor y alteración del desarrollo del lenguaje.** Y **tampoco se corresponde con las más agravadas y que derivan de la agenesia del cuerpo calloso, las cuales igualmente quedan por debajo de las sufridas por la recién nacida.**

En definitiva, ha quedado plenamente constatada la dejadez y falta de diligencia profesional de la matrona en el seguimiento del proceso de parto inducido que nos ocupa y que esa actuación ha incrementado potencialmente el riesgo y la probabilidad del resultado dañoso sufrido, el cual se ha traducido en la parálisis cerebral que se ha detallado en cuanto a su origen y extensión. Y **la responsabilidad de la profesional que actúa como garante ha quedado ligada a ese incremento del riesgo más allá de lo permitido, lo que traduce su actuar en negligente.**

Se rechaza por ello también el motivo de apelación analizado. **Encaje Jurídico Penal de los hechos**

DÉCIMO.- Como recuerda la STS -Pleno- 421/2020, de 22 de julio "La **Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, ha procedido a una despenalización de la imprudencia leve, dibujando nuevos conceptos, imprudencia grave y menos grave en**

25

los tipos imprudentes de los arts. 142 y 152 del Código Penal.

Las razones de la distinción es **la modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave**, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal.

Así, según se expone en el Preámbulo de la LO 1/2015, el legislador considera "oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil" por considerar que estos supuestos deben quedar fuera del Código Penal razonando que "no toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad".

Dentro de las imprudencias que se consideran por el legislador que constituyen conductas merecedoras de reproche penal se establece esa modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, en las que se incluyen los delitos de homicidio por imprudencia grave y menos grave previstos en el párrafo primero y segundo del art. 142 del C.P, respectivamente, y las lesiones por imprudencia grave que se recogen en el art. 152. 1. del C.P y las lesiones previstas que se cometan por imprudencia menos grave que se recogen en el segundo apartado del citado precepto penal.

Se hace, pues, necesario un esfuerzo interpretativo para delimitar los conceptos de imprudencia grave y menos grave y proyectarlos sobre la realidad social diaria.

La distinción, al menos en su nomenclatura, es novedosa en nuestro sistema penal, y en concreto la expresión y concepto de imprudencia menos grave, pudiendo ayudarnos los antecedentes histórico- legislativos en la exégesis de la misma.

Desde el Código Penal de 1848, la imprudencia se venía graduando en tres categorías: imprudencia temeraria, imprudencia simple con infracción de reglamentos y simple o mera imprudencia. Con la reforma operada por LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, se consideró que la llamada infracción de reglamentos, por concurrir prácticamente en todo hecho culposo, no podía ser utilizada como criterio diferenciador entre delito y falta, antes al contrario, incluso para la falta debía requerirse tal infracción reglamentaria, aun admitiendo la posibilidad de un tipo mínimo de falta en que no concurriera ese elemento# razonamiento que ha de estimarse correcto pues la esencia del injusto imprudente no está fundado sólo en las infracciones de la legislación extrapenal.

La imprudencia temeraria venía definida jurisprudencialmente como la omisión de elementales normas de cuidado que cualquier persona debe observar y guardar en los actos de la vida ordinaria, o en la omisión de la diligencia que resulte indispensable en el ejercicio de la actividad o profesión que implique riesgo propio o ajeno (STS de 15 de octubre de 1991).

26

En la imprudencia simple se incluía dogmáticamente la omisión de la atención normal o debida en relación con los factores circunstanciales de todo orden que definen y conforman el supuesto concreto, representando la infracción de un deber de cuidado de pequeño alcance, aproximándose a la cota exigida habitualmente en la vida social (ver STS de 17 de noviembre de 1992).

El Código Penal de 1995 estableció un nuevo régimen de crimina culposa, utilizando las categorías de imprudencia grave y leve. La doctrina de esta Sala entendió que imprudencia grave era equivalente a la imprudencia temeraria anterior, mientras que la leve se nutría conceptualmente de la imprudencia simple (STS 1823/2002, de 7 de noviembre), persistiendo la culpa levísima como ilícito civil. La diferencia radicaba en la mayor o menor intensidad del quebrantamiento del deber objetivo de cuidado que, como elemento normativo, seguía siendo la idea vertebral del concepto de imprudencia.

Como hemos dicho, la LO 1/2015, contempla la imprudencia grave y menos grave, quedando la imprudencia leve reservada para el ámbito (civil) de la responsabilidad extracontractual.

La cuestión es pues si los conceptos imprudencia grave y menos grave son o no equivalentes a los anteriores de imprudencia grave y leve y si, por tanto, ha habido una reducción de la intervención penal.

En la doctrina científica, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, se pueden distinguir, fundamentalmente, dos posturas en torno a la elaboración conceptual de la nueva categoría de imprudencia menos grave -y su relación con la grave-. En primer lugar, la que tiende a identificar la imprudencia menos grave con la antigua leve, y junto a ella la de quienes la construyen como una tipología de imprudencia intermedia más intensa que la leve anterior, por lo que se separaría de esta última, nutriéndose de supuestos más graves y sin detraer ninguno de la imprudencia grave. En segundo lugar, la que elabora la nueva imprudencia menos grave como desgajada o separada de la grave, al alimentarse de sus conductas más leves, con las consiguientes repercusiones en el derecho transitorio centradas en la posibilidad de aplicación retroactiva de la nueva categoría como más beneficiosa.

La imprudencia menos grave no puede equipararse a la antigua imprudencia leve. Por otra parte, **la nueva imprudencia menos grave tampoco se integra totalmente en la imprudencia grave**, y no se nutre de las conductas más leves de la imprudencia, sino que **constituye una nueva categoría conceptual**. La nueva modulación de ese nivel de imprudencia delictiva contempla un matiz diferenciador de grados o niveles de gravedad# la vulneración del deber de cuidado es idéntica en una y otra y la diferencia está en la intensidad o relevancia -la imprudencia leve atípica vendría referida, por exclusión de las otras dos categorías, a la vulneración de deberes de cuidado de insuficiente entidad o relieve y de mayor lejanía a la imprudencia grave-.

La menor gravedad significa, en estos términos, partir de una previa valoración de la entidad o intensidad en la infracción de los deberes referidos, constitutivos de la imprudencia grave, que ante las circunstancias concurrentes, se degrada o desvalora.

Proyectando estas consideraciones al derecho transitorio, no cabría hablar de retroactividad con el argumento de que el nuevo texto surgido de la reforma podría ser más favorable, dado que la imprudencia grave no ha sufrido modificación alguna.

27

En suma, en una aproximación hermenéutica al concepto de **imprudencia menos grave**, se precisa una **vulneración de cierta significación o entidad de los deberes normativos de cuidado, en particular de los plasmados en los preceptos legales de singular relevancia, sin exclusión de los sociológicos.**

Por tanto, **la imprudencia menos grave ha de situarse en el límite superior de aquéllas conductas que antes eran consideradas como leves y que el legislador ha querido expresamente despenalizar, encontrándose supuestos que por la menor importancia y relevancia del deber de cuidado infringido, de conformidad con los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por la jurisprudencia para ello, y a los que con anterioridad se ha hecho referencia, pueden ser considerados como menos graves.**

La imprudencia menos grave puede ser definida como la constitución de un riesgo de inferior naturaleza, a la grave, asimilable en este caso, la menos grave, como la infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar correspondiente a la conducta que es objeto de atención y que es la causalmente determinante, única o plural, con el resultado producido, de tal manera que puede afirmarse que la creación del riesgo le es imputable al agente, bien por su conducta profesional o por su actuación u omisión en una actividad permitida social y jurídicamente que pueda causar un resultado dañoso. Así, **mientras la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir).**

Estas nociones, naturalmente, constituyen generalmente **conceptos jurídicos indeterminados, que necesitan del diseño, en el caso concreto, para operar en la realidad que ha de ser juzgada en el supuesto de autos.** La imprudencia grave es, pues, la omisión de la diligencia más intolerable, mediante una conducta activa u omisiva, que causa un resultado dañoso y que se encuentra causalmente conectada normativamente con tal resultado, mediante la teoría de la imputación objetiva, que partiendo de un previo lazo naturalístico, contribuye a su tipificación mediante un juicio basado en la creación de un riesgo no permitido que es el que opera como conexión en la relación de causalidad".

La antes mentada STS 805/2017, de 11 de diciembre añade que se ha de **estar en todo caso, a las circunstancias del caso concreto, estableciendo como criterios a tener en cuenta la mayor o menor intensidad**

o importancia del deber de cuidado infringido, que es el criterio fundamental aunque también demasiado genérico, y la previsibilidad del resultado, elemento, por otra parte, inherente al mismo concepto de deber de cuidado, ya que sólo lo que es resultado previsible puede servir para afirmar que alguien ha omitido el deber de cuidado.

Algunas sentencias de esta Sala, como la **STS 598/2013, de 28 de junio**, se mantienen que la **gravedad de la imprudencia se determina desde una perspectiva objetiva o externa y subjetiva o interna:**

28

1º. Perspectiva objetiva o externa: que supone la determinación de la gravedad con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor directamente vinculada con:

el grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del imputado o con el grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos derivados de la conducta de terceras personas o de circunstancias meramente casuales.

el grado de utilidad social de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo).

la importancia o valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: a mayor valor, menor el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado.

2º. Perspectiva subjetiva o interna (deber subjetivo de cuidado): la gravedad se determina por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo. A mayor previsibilidad, mayor nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave la vulneración.

Con todo, la Juzgadora de instancia desgrana y aplica correctamente la gravedad de la negligencia al caso concreto, ofreciendo una explicación plenamente acomodada a la apreciada figura del delito de lesiones por imprudencia grave del art. 152.1 2º con resultado encajable en el art. 1491.1 del CP, sin olvidar el apartado y párrafo relativo a la imprudencia profesional.

Tanto desde la perspectiva externa como desde la perspectiva interna, **la actuación de la matrona es altamente reprochable**, indicando al respecto:

la falta de justificación de la desmonitarización#

la falta de la debida asistencia a la gestante ante sus continuas quejas de dolor y llamadas de atención#

la aparición repentina pero no controlada de la alarmante bradicardia y de un sufrimiento fetal muy importante# y d) el elevado incremento del riesgo de esa actuación para la salud de la recién nacida que se plasmó finalmente en su nacimiento con parada cardiorespiratoria.

Tales circunstancias ponen de relieve la intensidad e importancia de la infracción del deber de cuidado y el valor del bien jurídico amenazado, quedando evidenciado que la integridad física de la niña quedó muy dañada y de manera irreversible, haciendo inviable una vida con un mínimo de autonomía y de suficiencia física, intelectual y sensorial.

Se desestima por ello en su integridad la apelación de la acusada condenada. **Delimitación de la responsabilidad civil y cuantificación**

DÉCIMO PRIMERO.- Tratándose de unos gravísimos resultados lesivos sufridos por una recién nacida y su carácter permanente durante toda la vida de la todavía menor de edad, sin olvidar la enorme trascendencia que la situación lesiva generada va a tener en la víctima y en su familia más directa, resulta evidente la imposibilidad de total reparación de tan dramática consecuencia. No obstante, a tal fin se ha de tener presente la situación en la que quedó la menor desde su nacimiento, su permanencia e irreversibilidad, no solo desde el punto de vista

29

económico y material (daño emergente y lucro cesante) sino también atendiendo al perjuicio moral, que se traduce en el dolor y sufrimiento generado a ella y a sus familiares más directos, (padre, madre y hermana). Todo ello siempre y cuando así se interese por las partes acusadoras debido a la plena vigencia en materia de responsabilidad civil de los principios de justicia rogada y dispositivo, (SSTS 868/2010, de 14 de octubre, y 224/2013, de 19 de marzo).

Y así, no se debe perder de vista lo establecido en el art. 116 del Código Penal, todo criminalmente responsable de un delito, lo es, también, civilmente en la medida y por los conceptos que se determinan en sus artículos 109 y siguientes del Código Penal, estando obligado a reparar los daños causados. Ni lo destacado en el artículo

115 C. P, donde se establecen la necesidad de fijar, de manera razonada, las bases en que las que se apoyen los conceptos indemnizatorios y su cuantía.

En el caso concreto, la Juzgadora de instancia ajusta la indemnización sirviéndose a título orientativo del baremo de accidentes de circulación y haciendo un singularizado estudio de las circunstancias concurrentes. Y con detalle y rigor establece las aludidas bases indemnizatorias y los distintos conceptos que se incluyen dentro de las mismas, los cuales son objeto de la correspondiente valoración y cuantificación. Esta Sala los comparte sin necesidad de agregar ni suprimir nada, más aún cuando se refiere cada una de las específicas circunstancias que son tenidas en cuenta para dar cumplida respuesta a tal finalidad.

Y así, literalmente se señala lo que se recoge en la sentencia:

Menor afectada:

Días de hospitalización.

24 días perjuicio muy grave de hospitalización a razón de 75 euros por día..... **1.800 euros.**

SECUELAS

-Secuelas físicas Gran invalidez (100 puntos) .**371.263,54 euros.**

-Secuelas por perjuicio estético es (artc. 2 de la ley 35/2015) equiparable a paraplejía, calificada como muy importante (30 puntos) **53.599,06 euros.**

DAÑOS MORALES

-Daños morales por secuelas superiores de 80 puntos.....**96.000 euros.**

-Perjuicio por pérdida de calidad de vida ..**150.000 euros DAÑO EMERGENTE**

-Rehabilitación domiciliaria, valorada en 9.500 euros anuales, asimilados a tetraplejas, tetraparesias graves, secuelas graves del lenguaje y trastornos graves neuropsicologicos y calculamos 30 años de esperanza de vida... un total de **285.000 euros.**

-Ayudas técnicas (sillas de ruedas, elevadores de baño, prótesis, plataforma de coche, grúa para cama y baño),.....**150.000 euros.**

30

-Vehículo específico, pérdida de autonomía que afecta a la movilidad de movilidad .**60.000 euros.**

-Ayuda de tercera persona (16 horas diarias).....**1.002.512,89 euros**

-Asistencia sanitaria futura, 12.000 euros anuales por tetraplejas y 4.000 por tetraparesias.....16.000 anual, con un total por 30 años de **480.000 euros.**

LUCRO CESANTE

-lesionada pendiente de incorporacion al mercado laboral con un calculo de SMI de 1,5 .**145.261 euros (tabla 2C7)**

-Pensión anual vitalicia de **25.000 euros**

Indemnización correspondiente a los padres y hermana de la menor: -Perjuicio por pérdida de calidad de vida de la familia.....**145.000 euros.**

-Adecuación de la vivienda (cambio de ancho de puertas, rampa de acceso vivienda, rampa acceso primera planta, adaptación de pasillos, baño adaptado y piscina accesible para terapia)**150.000 euros.**

Debe recordarse que el anexo de valoración del daño del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, que aprueba el texto refundido sobre responsabilidad civil y seguro obligatorio en materia de circulación de vehículos a motor y ciclomotor, ya sea en su versión anterior o posterior a la reforma operada por la Ley 35/2015, no resulta de aplicación vinculante al caso de autos. No procede, por consiguiente, la sujeción a ningún anexo de valoración en función de la fecha de producción del resultado.

Desde tal posición, y con carácter meramente orientativo, la cantidad fijada se sitúa en niveles cercanos a la que procedería de aplicar el anexo surgido de la reforma operada por la Ley 35/2015, junto con la aplicación de factores de corrección tales como el de perjuicio particular por hijo único y excepcional, y daños emergentes. Y en todo caso, si el resultado fuese superior al que resultaría de la aplicación estricta de la citada versión del

baremo, tal circunstancia no resulta en modo alguno relevante, pues las cantidades fijadas resultan justificadas y se consideran proporcionales al resultado lesivo y perjuicio causado. No son excesivas ni disparatadas. Ciertamente que el resultado sin contar la pensión anual vitalicia supera ligeramente los tres millones de euros, pero es que la situación demanda una serie de exigencias vitales importantes y que se relacionan con precisión y rigor. Y nunca se ha dejado de lado el carácter permanente de las grandes secuelas constatadas y necesidad de asistencia y cuidado continuados que precisa Miriam.

A título ilustrativo y complementario se destaca:

La STS 382/2017, de 25 de mayo, que a su vez se hace eco de la STS 314/2012, de 20 de abril, recuerda como "La aplicación de los criterios cuantitativos del Baremo legal, inicialmente relativo a las consecuencias de la siniestralidad automovilística, si bien en la actualidad se encuentra ya ampliamente recomendada a otros muchos y muy distintos ámbitos como el civil (vid. por ej. STS, Sala 1ª, de 9 de Febrero de 2011), administrativo (STS, Sala 3ª, de 20 de Septiembre de 2011), laboral (STS, Sala 4ª, de 17 de Julio de 2007) y, por supuesto, el penal (STS, Sala 2ª, de 10 de Abril de 2000, entre muchas otras), con base en señaladas razones como las de igualdad de trato, seguridad jurídica, predictibilidad de los pronunciamientos

31

judiciales, entre otras, **no deja de serlo con efectos meramente orientativos**, matizándose, concretamente en materia de delitos dolosos, la conveniencia de cierto incremento respecto de los importes inicialmente establecidos, con base en el mayor dolor (daño moral) que el padecimiento de esta clase de conductas, intencionadas, pueden originar en el ánimo de quien las sufre, frente a las meramente imprudentes."

La STS 458/2019, de 9 de octubre expone de forma extensa y detallada los criterios relacionados con el **daño moral**:

"En una primera aproximación la traducción económica de una reparación por daños morales es tarea reservada a la discrecionalidad del Tribunal de instancia y, por tanto, inatacable en casación. Se podrán discutir las bases pero no el monto concreto, que no solo no está sujeto a reglas aritméticas sino que resulta de precisión exacta imposible cuando hablamos de daños morales (STS 957/2007, de 28 de noviembre).

Cuando la cuantificación se ajusta a estándares habituales y parámetros que, sin ser exactos, se mueven en torno a pautas comúnmente compartidas y reconocibles, **no será preciso un razonamiento, imposible, que justifique por qué se dan.. una cantidad ligeramente superior, o ligeramente inferior. Solo cuando la cantidad fijada está huérfana de la más mínima fundamentación, y, además, se aparta de estándares habituales o comprensibles, de manera que se presente como el fruto de un puro voluntarismo o capricho será posible la revisión tal y como recuerda la STS 957/2007.**

La cuantificación en estos casos es impermeable a criterios reglados o aritméticos incompatibles por definición con la naturaleza de ese daño, "no patrimonial" frente al que solo cabe una "compensación" económica.

Estaremos siempre ante un ejercicio de prudente arbitrio: es una actividad valorativa aunque sea en equidad más que en derecho.

Mientras que **la finalidad de la restauración del daño patrimonial es la reparación íntegra, el daño moral no es reparable**. La indemnización tiene como función el alivio o la mera compensación de lo que son parámetros borrosos e imprecisos. La motivación no puede ser exigible en iguales términos, aunque tampoco puede ser del tipo "alguna-cantidad- habrá-que poner" como se ha dicho por algún tratadista de forma gráfica.

Ante la imposibilidad de encontrar estándares de referencia claros, hay que acudir a valoraciones relativas (vid. SSTC 42/2006 o 20/2003, de 10 de febrero). Pas de motivation sans texte se dice en el país vecino cuando las normas remiten al prudente arbitrio a la discrecionalidad o a la equidad. No puede afirmarse lo mismo en nuestro ordenamiento (así se desprende de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que acaban de citarse). Pero en caso de indemnización por daño moral una valoración genérica e incluso implícita puede ser suficiente.

Ese estándar mínimo que no puede estirarse más, salvo con el uso de una retórica o unas fórmulas huecas, pues no van a conducir a cifras concretas, está colmado por la sentencia (STS 684/2013, de 16 de julio). Era seguramente deseable alguna mayor retórica motivadora. Pero basta la remisión a las lesiones y daños sufridos que se efectúa combinada con la lectura del párrafo final del hecho probado para considerar suficientemente justificada la

32

cuantificación".

Para concluir este apartado, indicar que no empece lo dicho hasta aquí el hecho de que por la madre y el padre de la menor discapacitada hayan hecho una reclamación de responsabilidad patrimonial por vía administrativa de 1.255.209 euros. Esta circunstancia en modo alguno afecta al contenido antes expuesto, ya que es ajena al procedimiento penal y, como se indica por la apelante, no fue atendida. Otra cosa es que se hubiese solventado y en ella delimitados los conceptos abarcados. En tal caso, los datos y cuantía que se pudieran haber fijado podrían haber quedado excluidos de los ahora referidos, pero lo que no procede es convertir a las partes perjudicadas en presos del contenido de una reclamación que quedó sin cobertura y que se formuló por otra vía ajena a la que nos ocupa.

Y es más, la responsabilidad que deriva para la administración competente, (Servicio Canario de Salud) es de carácter subsidiario, (art. 121 del Cp), y en modo alguno queda delimitado su concreto alcance, más allá del tope que va ligado al máximo indemnizable. Por eso, si finalmente tiene que responder de manera efectiva, a la hora de delimitarse el quantum, lo que de hacerse se hará en ejecución de sentencia, se podrán hacer las matizaciones que se consideren oportunas a ese respecto.

Conforme a cuanto antecede, se desestima también este motivo. **Otros responsables civiles (directos y subsidiarios)**

DÉCIMO SEGUNDO.- Ya se ha adelantado que la responsabilidad del Servicio Canario de salud es subsidiaria, quedando ahora ahora por delimitar el alcance de la responsabilidad de las entidades de seguros.

En la sentencia de instancia se declara responsable civil directa a la entidad aseguradora Mapfre y se absuelve de tal responsabilidad a la otra entidad. Ahora en esta alzada la compañía primera pretende eludir su responsabilidad y trasladarla a quien le sucede en el Seguro Colectivo de Responsabilidad Profesional, bajo el prisma de que cuando se hace la reclamación a la aseguradora, (Junio de 2017), ya no estaba vigente la Póliza Colectiva de responsabilidad profesional concertada con Mapfre sino la concertada con AMA.

Para ello, se ampara en una condición particular de la póliza, (7.2) de delimitación temporal del riesgo, en la que se dice lo que sigue: **la cobertura del seguro se circunscribe a amparar las reclamaciones que se formulen al asegurador, por primera vez durante el periodo de vigencia del seguro, por errores, omisiones o actos negligentes acaecidos tanto durante dicho periodo de vigencia, como con anterioridad a la entrada en vigor del presente contrato.**

En relación a este tema, lo primero que hay que decir es que ambas pólizas de responsabilidad profesional son colectivas y abarcan al personal de Enfermería. Y al ser colectivas el tomador directo es el Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería y los asegurados serán exclusivamente los profesionales que se adhieran a la misma. La adhesión de la Matrona a la póliza de Mapfre resulta incuestionable# si bien no consta que se haya adherido a la otra, significando que en el momento de suscripción por el Colegio Profesional de esta última ya estaba jubilada y colegiada como no ejerciente.

33

DÉCIMO TERCERO.- Dicho esto, la primera cuestión a tratar es **si la citada cláusula de delimitación temporal, (claim made) es oponible a terceros**, es decir, a los perjudicados. Y la **respuesta afirmativa** nos la da la reciente **STSde la Sala Segunda 604/2022, de 16 de Junio**, de cuyo texto se destaca lo sigue:

La *sentencia de la Sala Primera núm. 545/2020, de 20 de octubre* , explica: **a) Sobre la validez de la cláusula claim made que invoca la recurrente**

En las pólizas de responsabilidad civil es habitual que transcurra un plazo de tiempo más o menos dilatado entre la producción del siniestro asegurado y la reclamación del asegurado o perjudicado. Ante esta realidad del aseguramiento se han venido utilizando distintos criterios en la práctica aseguradora:

El criterio del hecho causante (*action committed basis*), la póliza cubre los daños asegurados que se causaran durante la vigencia de la póliza, independientemente de cuándo se reclamen o manifestaron los daños.

El criterio de la exteriorización del daño (*loss occurrence basis*), el seguro cubrirá aquellos daños manifestados durante la vigencia de la póliza, sin importar el momento temporal en que se produjo el hecho causante o se efectuó la reclamación.

Y el tercer criterio es el de la reclamación (claim made basis) , conforme al cual se cubren los siniestros que se reclamen durante la vigencia de la póliza sin consideración al momento en que se produjo el hecho causante o se hubiese exteriorizado el daño.

Estas últimas cláusulas de limitación temporal de la cobertura no fueron contempladas inicialmente en la LCS, aunque con posterioridad se incorporaron a su articulado, mediante la reforma llevada a efecto por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados

Por imperativo legal y **según reiterado criterio jurisprudencial las cláusulas claim made se consideran limitativas, hallándose, en la actualidad, expresamente previstas en el art. 73 II de la LCS** . En estos casos, **no es suficiente la realización del siniestro, sino que además se produzca la reclamación del perjudicado dentro del plazo contractualmente previsto. Admiten dos modalidades distintas# así pueden ser prospectivas o de futuro**, a las que se refiere el primer inciso del *art. 73 II LCS* # y retroactivas o de pasado, del segundo inciso de tal precepto.

Este tipo de condiciones contractuales fueron objeto de tratamiento en la sentencia del Pleno de la Sala 1ª, 252/2018, de 26 de abril, resolviendo la cuestión relativa a si cualquier cláusula de delimitación temporal del seguro de responsabilidad civil debía o no cumplir simultáneamente los requisitos de las de futuro (reclamación posterior a la vigencia del seguro, inciso primero del párrafo segundo del *art. 73 LCS*) y de las retrospectivas o de pasado (nacimiento de la obligación antes de la vigencia del seguro, inciso segundo del mismo párrafo), problemática que fue contestada negativamente, estableciendo al respecto que:

"El *párrafo segundo del art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro* regula dos cláusulas limitativas

34

diferentes, cada una con sus propios requisitos de cobertura temporal, de modo que para la validez de las de futuro (inciso primero) no es exigible, además, la cobertura retrospectiva, ni para la validez de las retrospectivas o de pasado (inciso segundo) es exigible, además, que cubran reclamaciones posteriores a la vigencia del seguro".

En aplicación de esa doctrina la Sala estimó entonces el recurso de casación, porque siendo la cláusula litigiosa "de las retrospectivas o de pasado" la limitación temporal consistente en que la reclamación al asegurado se formulara "durante la vigencia de la póliza" se compensaba con una falta de límite temporal alguno respecto del hecho origen de la reclamación, lo que legalmente era suficiente para que ese tipo de cláusula fuera válida y eficaz, dado que su validez no dependía del cumplimiento además del requisito exigido en el *inciso primero del párrafo segundo del art. 73 LCS* para las de cobertura posterior o de futuro.

Con posterioridad, siguiendo tal doctrina se expresó este Tribunal en sus sentencias 170/2019, de 20 de marzo# 185/2019, de 26 de marzo, 555/2019, de 22 de octubre y 373/2020, de 30 de junio.

Por consiguiente, **no ofrece duda la validez de las cláusulas de limitación temporal de la cobertura pactadas con las compañías demandadas, así como el carácter limitativo de las cláusulas claim made.**

b) Sobre su efectiva oponibilidad a terceros

"(...) en el caso que nos ocupa, el hecho dañoso **se produce dentro la vigencia del primer contrato de seguro, pero se reclama su resarcimiento cuando era el contrato (sucesivo) el que estaba vigente**, el cual cubría, en su condicionado contractual, los siniestros acaecidos antes de su entrada en vigor reclamados durante su vigencia, con lo que **los actores estaban debidamente cubiertos por el seguro contratado con esta última compañía, y no, por el contrario, con el suscrito con (la anterior compañía) que no asumía los siniestros reclamados después del periodo contractual de su vigencia.**"

"(...) **Los demandantes no pueden pretender una doble cobertura del daño**, a modo de un inexistente coaseguro, al margen de las relaciones contractuales existentes entre tomadora responsable y aseguradoras. Precisamente la acción directa, a la que se refiere el *art. 76 de la LCS* , **es la que corresponde al perjudicado contra la compañía de seguros del causante del daño que, en el caso enjuiciado, es la compañía de seguros que sucede y no la anterior** que, en consecuencia, debe de ser absuelta de la demanda deducida contra ella."

4. La *sentencia de Pleno de la Sala Primera 321/2019, de 5 de junio*, delimita el ámbito de la oponibilidad por parte de la aseguradora al tercero perjudicado que ejercita la acción directa del *art. 76 LCS* :

"La inmunidad de **la acción directa a las excepciones que el asegurador tenga contra su asegurado significa que no puede oponer las excepciones personales ni las derivadas de la conducta del asegurado, como por ejemplo el dolo, pero sí las excepciones objetivas, tales como la definición del riesgo, el alcance de la cobertura y, en general, todos los hechos impositivos objetivos que deriven de la ley o de la voluntad de las partes del contrato de seguro** (*STS 200/2015, de 17 de abril, con cita de las de 26 de*

35

noviembre de 2006, 8 de marzo de 2007 y 23 de abril de 2009).

"En particular, "la delimitación del riesgo efectuada en el contrato resulta oponible [...] al tercero perjudicado, no como una excepción en sentido propio, sino como consecuencia de la ausencia de un hecho constitutivo del derecho de aquel sujeto frente al asegurador. Ese derecho podrá haber nacido frente al asegurado en

cuanto causante del daño, pero el asegurador no será responsable, porque su cobertura respecto al asegurado contra el nacimiento de la obligación de indemnizar sólo se extiende a los hechos previstos en el contrato. En tales casos, queda excluida la acción directa, pues el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato" (STS 730/2018, de 20 de diciembre , que cita las sentencias 1166/2004, de 25 de noviembre# 268/2007, de 8 de marzo# 40/2009, de 23 de abril # 200/2015, de 17 de abril# y 484/2018, de 11 de septiembre)".

Es decir, pueden oponerse al perjudicado las excepciones relativas a la cobertura del riesgo, pero no aquellas cláusulas de exclusión de riesgos que tengan su fundamento en la especial gravedad de la conducta dañosa del asegurado (STS, Sala Primera núm.200/2015, de 17 de abril).

Consecuentemente, la limitación temporal de la cobertura (que efectivamente es una cláusula limitativa por definición ex lege) resulta oponible al tercero, porque la compañía únicamente responde frente a él del riesgo contratado, en estos casos, dentro del límite temporal previsto en la póliza# y así lo viene reconociendo la Sala Primera desde la sentencia 40/2009, de 23 de abril:

Existía, por tanto, una delimitación del período temporal de cobertura, que las partes podían pactar en virtud de lo establecido en el art. 73 LCS, que les afecta y que nadie ha impugnado. En consecuencia, afecta también a los que ejerciten la acción directa. Como afirma la sentencia de 4 de junio de 2008 , "En conclusión nos hallamos ante unas cláusulas delimitadoras del riesgo, que definen de forma clara el siniestro que dará lugar a la reclamación y además, determinan el período temporal de la cobertura, que se identifica en tiempo de vigencia del contrato, dentro del que debe haberse efectuado la reclamación que obliga al asegurado a indemnizar al perjudicado, [...]".

Al no haberse podido oponer dichas cláusulas por la aseguradora, se ha vulnerado la norma del art. 76 LCS, porque es cierto que dicha aseguradora es responsable si su asegurado lo es, pero siempre de acuerdo con las condiciones pactadas en el contrato.

Criterio que mantiene hasta la actualidad, como resulta de la transcrita 545/2020, de 20 de octubre.

Hasta llegar al Pleno de 2018 y las sucesivas sentencias en pacífico criterio con su contenido, la evolución de la jurisprudencia de la Sala Primera, realizó un largo recorrido, desde los iniciales años de vigencia de la Ley de Contrato de Seguro, donde llegó a declarar nulas las cláusulas de delimitación temporal de la cobertura# en cuyo camino resultó determinante, la nueva redacción del art. 73.2 LCS dada por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre:

"Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de la presente Ley

36

que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración. Asimismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho artículo 3 serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquéllas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado".

De forma paralela, esta Sala Segunda, adaptó su jurisprudencia.

7. Ciertamente, en la sentencia invocada por la resolución recurrida, la STS 588/2014, de 25 de julio, en interpretación favorable al perjudicado, se cataloga como excepción de carácter personal la oposición en base a una cláusula de exclusión temporal, si bien el disfavor que se argumenta de estas cláusulas cuando perjudican al asegurado o al perjudicado parte de una jurisprudencia previa a la reforma de la LCS.

El inicio de la evolución de la jurisprudencia de esta Sala Segunda, se inicia en la STS 694/2019, de 14 de mayo de 2020 , donde se afirma que **estas cláusulas son válidas, tienen previsión legal y son oponibles a tercero# si bien, en ese caso, dada su naturaleza limitativa, al no constar aceptada por el tomador del seguro, se concluyó que carecía de operatividad.** La STS núm. 134/2018, de 8 de marzo, (Sala 1ª), precisaba que si bien se ha declarado por la jurisprudencia que la interpretación de estas cláusulas no debe perjudicar al asegurado ni al perjudicado (sentencias 87/2011, de 14 de febrero y 366/2012, de 19 de junio), es declaración que debe ponerse en relación o bien con sentencias sobre el art. 73 LCS antes de su modificación en 1995, o bien con la aplicación de su redacción posterior a casos de sucesión o concurrencia de seguros de responsabilidad civil para evitar periodos de carencia de seguro o de disminución de cobertura en detrimento del asegurado o del

perjudicado, pues claro está que las cláusulas de delimitación temporal, como limitativas que son, en principio siempre perjudican al asegurado.

Y es ya con la STS núm. 649/2020, de 1 de diciembre, cuando en detallado análisis de la naturaleza de la cláusula claim made, a partir de la jurisprudencia de la Sala Primera, con expresa mención a estar modificando nuestra anterior doctrina, estima el motivo por infracción de ley y deja sin efecto la condena de la aseguradora como responsable civil.

En definitiva, la cláusula claim made que invoca la recurrente, con previsión legal en el **art. 73.2 LCS**, es **oponible al perjudicado, en cuanto configura los términos objetivos de la cobertura del contrato de seguro, al desplazar la deuda de responsabilidad al momento en que se produzca la reclamación. Lógicamente, dada su naturaleza limitativa, en cuanto se ajusta a lo dispuesto en el art. 3 LCS, es decir, que aparezcan destacadas de modo especial en la póliza y sean específicamente aceptadas por escrito.**

De cuanto antecede resulta que en **los contratos de seguro de responsabilidad**

37

profesional se admite la cláusulas de delimitación temporal, entre ellas las claim made, conforme lo dispuesto en el art. 73.2 de LCS. Si bien, a tratarse de cláusulas limitativas de derechos para ser oponibles frente al asegurado y también los terceros perjudicados han de cumplir los requisitos del art. 3 de la citada norma y deben resaltarse en negrita y ser aceptadas por el tomador del seguro.

DÉCIMO CUARTO.- No obstante lo ya reflejado, no se debe perder de vista que en el presente caso se está ante una **póliza de seguros colectiva** y en relación al despliegue de efectos de esa cláusula recogida en el apartado 7.2 de la condiciones particulares de la póliza de Mapfre, es de destacar lo que se dice en la **STS Sala Primera 541/2016, de 14 de septiembre**, de cuyo contenido, fundamento cuarto, se extrae lo que sigue:

La delimitación de la cobertura y las cláusulas limitativas en los seguros colectivos de accidentes.

1.-...hemos de tener presente que **la póliza de seguro objeto de litigio no fue individual, sino colectiva. Y en los seguros colectivos, no sólo el tomador del seguro, sino cada asegurado, debe tener conocimiento y aceptar especialmente las cláusulas limitativas de derechos en los términos del artículo 3 LCS** (sentencia núm. 715/2013, de 25 de noviembre). Diferenciación entre seguros individuales y colectivos que fue tratada extensamente en la sentencia núm. 1058/2007, de 18 de octubre, al decir:

«En los seguros colectivos o de grupo no hay coincidencia entre el tomador del seguro y el asegurado porque la póliza se contrata con la aseguradora por aquél para facilitar la incorporación de quienes forman parte del grupo, unidos por alguna circunstancia ajena a la mera voluntad de asegurarse, los cuales manifiestan ordinariamente su voluntad de incorporarse mediante la firma de un boletín de adhesión y reciben una certificación individual expresiva de las condiciones del aseguramiento (STS 6 de abril de 2001, rec. 878/1996).

»De acuerdo con el artículo 7 LCS, en los casos de distinción entre el tomador y el asegurado, las obligaciones y los deberes que derivan del contrato corresponden al tomador, salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado. De este principio se infiere que la carga de información que pesa sobre el asegurador para cumplir con el principio de transparencia contractual está en relación con la posición que respectivamente ocupan en el contrato el tomador y el asegurado. Las exigencias formales que afectan a las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado impuestas por el artículo 3 LCS, entre las cuales figura la especial aceptación por parte de éste, deben ser interpretadas en consonancia con este principio.

»En los seguros colectivos, según se desprende de la jurisprudencia invocada (SSTS de 14 de junio de 1994 y 24 de junio de 1994), el tomador del seguro debe tener conocimiento y aceptar especialmente las cláusulas limitativas. Esta exigencia resulta adecuada a la posición del tomador del seguro, en cuanto al contratar contrae obligaciones como tal tomador, aunque el seguro tenga un carácter genérico y requiera para su perfección respecto de los distintos asegurados la declaración de voluntad individual en que consiste la adhesión.

»Sin embargo, la exigencia de transparencia contractual, especialmente en lo que

38

afecta a las cláusulas limitativas, exige que, al menos cuando la perfección del contrato está subordinada a un acto de voluntad por parte de solicitante, consistente en su adhesión al seguro colectivo, el asegurador cumpla con el deber de poner en conocimiento del asegurado dichas cláusulas limitativas con la claridad y énfasis exigido por la ley y recabe su aceptación especial, para lo cual constituye instrumento idóneo la solicitud de adhesión que se prevé para este tipo de seguros.

»Así lo declara la **STS 27 de julio de 2006, rec. 2294/1999**, la cual, en un supuesto de seguro colectivo en que "los únicos documentos que fueron facilitados al demandante fueron el boletín de adhesión y el certificado de seguro", declara la imposibilidad de oponer al asegurado el contenido de las cláusulas delimitadoras del riesgo incluidas en las cláusulas generales de la póliza, "por cuanto a ellas ha de proyectarse la voluntad contractual, en la medida en que integran el objeto del contrato, y sobre ellas ha de recaer el consentimiento que lo perfecciona, lo que se resume en la necesidad de aceptación de las mismas previo su conocimiento."

»Es menester, pues, que cuando la aseguradora interviene expidiendo un documento individual en favor del solicitante que se adhiere a un seguro colectivo y con ello presta su consentimiento para la perfección del contrato, haga constar en el expresado documento con suficiente claridad no sólo la cobertura del seguro, sino también la existencia de cláusulas limitativas, con los requisitos formales exigidos por el **artículo 3 LCS** ».

DÉCIMO QUINTO.- Sentado lo anterior, resulta que en el presente caso la compañía aseguradora Mapfre ha presentado una póliza de aseguramiento, curiosamente la fechada en 2013 y no la que se corresponde a la fecha concreta del siniestro objeto de cobertura, (20 de septiembre de 2008). Si bien, la reseña en la poliza matriz de la clausula de delimitación temporal no resulta discutida.

Dicha cláusula prevista en el art. 7.2 de la póliza está resaltada en negrita y ha sido aceptada por el tomador del seguro, aunque no consta que esa información haya llegado a la asegurada y no se debe obviar que se está ante un seguro colectivo de responsabilidad profesional. Se dice por Mapfre que no era necesario expedir el documento individual en favor de quien se adhiere a ese seguro. Pero **sin el consentimiento de la asegurada expresado en documento o boletín de adhesión con suficiente claridad en modo alguno se podrá aplicar el contenido de cláusulas limitativas, por no concurrir los requisitos formales exigidos por el artículo 3 LCS.**

Por consiguiente, conforme a la doctrina jurisprudencial y situación expuesta, **tal cláusula limitativa no es oponible a la asegurada y por extensión tampoco a la parte perjudicada por carecer de los requisitos necesarios para su vigencia y aplicabilidad.** Pero es que además en el presente caso, no existe otra compañía que haya sucedido a Mapfre respecto a la asegurada que nos ocupa, (no consta su posterior adhesión al nuevo seguro y ni consta entre la relación de asegurados). Así pues, no cabe más que estar **al contenido del contrato de seguro colectivo de responsabilidad profesional concertado con Mapfre vigente en la fecha del siniestro.**

Es más, y para concluir no se debe perder de vista que por los progenitores de la menor se

39

presentó denuncia en julio de 2011, (momento en el que seguía vigente la relación contractual con Mapfre) y esa documento pone de relieve ya la voluntad de ellos de reclamar contra todos los responsables, incluida la aseguradora.

Este último motivo también ha de ser desestimado **Conclusión final**

DÉCIMO SEXTO.- Por todo lo expuesto se desestima en su integridad los recursos de apelación de la acusada, de Mapfre y del Servicio Canario de Salud, así como las apelaciones adhesivas formalizadas con los mismos.

En materia de costas procesales, al desestimarse los recursos de apelación procede imponer las mismas a las partes apelantes que han visto rechazados sus recursos (arts. 4, 394 y 398 de la LEC).

Por lo anteriormente expuesto y vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, esta Sala acuerda el siguiente

FALLO

Que **desestimando los recursos** apelación formalizados por por **Doña Carmela, (acusada)** representada por el Procurador Don Agustín David Travieso Darías y defendida por la Abogada Doña María Rosa Díaz Bertrana Marrero# la **entidad aseguradora Mapfre, (responsable civil directo)**, representada por la Procuradora Doña Guayarmina Nereida Ruiz Suárez y defendida por el Abogado Don Javier Marrero Pulido# y por **el Servicio Canario de Salud, (responsable civil subsidiario)**, representado y asistido por los Letrados del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, # contra la sentencia de fecha 10 de Noviembre de 2020, (completada por auto de 4 de febrero de 2021) del Juzgado de lo Penal Número 2 de Arrecife con sede en Puerto del Rosario, **SE CONFIRMA LA MISMA manteniendo inalterables sus pronunciamientos.**

Todo ello, con imposición de las costas procesales causadas en esta alzada. Notifíquese esta resolución a las partes.

MODO DE IMPUGNACIÓN.-Contra la presente resolución conforme al art. 792.4 en relación con el art. 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se podrá interponer recurso de CASACIÓN por infracción de ley del

motivo previsto en el numero 1 del art. 849 de la misma ley procesal en el plazo de CINCO días a partir de su notificación, por medio de escrito que se presentará ante este tribunal.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.