

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ062860

JUZGADO DE LO PENAL N.º 1 DE OVIEDO

Sentencia 367/2017, de 11 de diciembre de 2017

Rec. n.º 349/2015

SUMARIO:

Homicidio imprudente. Imprudencia grave profesional. Imprudencia grave de una médica al dar el Alta a una niña de 19 meses sin realizar la prueba, broncoscopia, para confirmar o descartar la presencia de cuerpo extraño (sin que las radiografías mostraran presencia del cuerpo extraño), palomita de maíz, alojada en vías respiratorias, actuando con dejación de la mínimas reglas de la *lex artis* y con el resultado de muerte por asfixia. Se impone un año de prisión, tres de inhabilitación profesional e indemnización a los padres de la menor con 130.000 euros. La facultativa médica cometió «una imprudencia grave» y que la profesional sanitaria «minusvaloró el episodio de atragantamiento y la hipoventilación pulmonar» que presentaba la niña en el momento de su consulta, siendo su conducta «constitutiva de un delito de homicidio imprudente por imprudencia grave profesional». No atendió a la niña con el arreglo de «lex artis», puesto que tuvo ocasión de acordar una broncoscopia y no lo hizo. Para el magistrado esa prueba, aun con riesgos, hubiese permitido certificar la existencia del grano de maíz e incluso habría permitido su extracción y, por tanto, evitar la muerte posterior de la menor.

No nos hallamos ante un mero error de diagnóstico que excluiría la culpa médica, sino ante un error de diagnóstico cuantitativo y cualitativo de extrema gravedad, al minusvalorar los síntomas que presentaba la niña cuando le dio el Alta, con infracción de la Lex Artis, y de las más elementales cautelas exigibles al profesional médico en el desempeño de su actividad profesional, puesto que nada le impedía acordar que se llevara a cabo la broncoscopia a la niña para excluir cualquier riesgo, previsible, y evitable infringiendo elementales normas de precaución, cuidado, siendo su conducta constitutiva de un delito de homicidio imprudente por imprudencia grave profesional.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 66, 67, 72, 110, 113, 115, 116, 120 y 142.

PONENTE:

Don José María Serrano Alonso.

SENTENCIA

En OVIEDO, a once de diciembre de dos mil diecisiete.

El Ilmo. Sr. D. JOSÉ MARÍA SERRANO ALONSO, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de lo Penal nº 1 de OVIEDO y su partido judicial, HA VISTO Y OÍDO en juicio oral y público las presentes actuaciones sobre PROCEDIMIENTO ABREVIADO número 349/2015-L, procedente del JDO. INSTRUCCIÓN nº 2 de OVIEDO y tramitado en el mismo como PA, seguido por HOMICIDIO IMPRUDENTE contra Antonieta con D.N.I. NUM000 , nacida el NUM001 de 1980 en Vitoria, hija de Sebastián y de Lina y como responsable civil subsidiario el SESPA SERVICIO DE SALUD DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS y la compañía de seguros BERKLEY ESPAÑA W.R., como responsable civil Directo, habiendo sido partes el Ministerio Fiscal, la acusación particular ejercitada por Carlos Alberto y Raimunda , representados, respectivamente, por los Procuradores RAFAEL COBIAN GIL-DELGADO, MARTA SUAREZVALDIVIESO NOVELLA y Ángel Daniel y defendidos por los Abogados D. JULIO CESAR GALAN CORTES, D. FEDERICO GUIRADO GALIANA y D. IGNACIO PÉREZ ARÉVALO dictando, en virtud de las facultades que le han sido dadas por la Constitución y en nombre del Rey, la siguiente Sentencia.



I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por el Ministerio Fiscal se formuló escrito de acusación provisional contra Antonieta imputándole la comisión de un delito de Homicidio Imprudente del art. 142.1 y 3 del Código Penal , e interesando pena de un año y seis meses de prisión, en los términos y extensión que se recogen en el escrito de calificación que obra en los autos al folio 637, teniéndola aquí por reproducida.

Por la acusación particular se presentó escrito que obra en las actuaciones al folio 640.

Segundo.

Por la defensa de la acusada, una vez acordada la apertura de Juicio Oral, presentó escrito de defensa, emplazada para ello, con las consideraciones y precisiones que estimó oportunas, unido al folio 680, a donde nos remitimos y en donde solicitó la libre absolución.

Tercero.

Celebrado el Juicio Oral de acuerdo con las formalidades legales exigidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se procedió a la grabación de la vista oral, recogiendo en la misma las pruebas practicadas incidencias, el Ministerio Fiscal elevó sus conclusiones a definitivas, la Acusación Particular a definitivas, defensa de Antonieta a definitivas, defensa del SERVICIO DE SALUD, responsabilidad civil subsidiaria, a definitivas e invoca concurrencia de culpas en los padres; defensa responsable civil directo, a definitivas e invoca concurrencia de culpas de los padres para minorar en un 50% la indemnización y no intereses.

III. FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero.

La doctora Antonieta (médico especialista en cirugía pediátrica del Hospital Universitario Central de Asturias, dependiente del SESPA) es acusada de un delito de HOMICIDIO IMPRUDENTE cometido por IMPRUDENCIA GRAVE profesional, previsto y penado en el artículo 142 punto 1 y 3 del Código Penal , en su redacción vigente en la fecha de los hechos, anterior a la reforma operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, que modificó el código Penal, tanto por el MINISTERIO FISCAL como por la Acusación Particular, en nombre de Raimunda y Carlos Alberto , padres de la niña de 19 meses, María Virtudes , al estimar que incurrió en IMPRUDENCIA grave al dar el Alta sin realizar la prueba, broncoscopia, para confirmar o descartar la presencia de cuerpo extraño, palomita de maíz, alojada en vías respiratorias, actuando con dejación de la mínimas reglas de la LEX ARTIS.

Frente a las acusaciones, la doctora Antonieta , manifestó en la vista oral, que exploró a la niña; los síntomas no eran de entidad suficiente, no tosía, tenía una leve hipoventilación; la madre de la niña le indicó que la niña había tragado una palomita; al examinar a la niña, estaba asintomático, no tosía; las radiografías no indicaban la presencia de un cuerpo extraño; la niña estuvo en observación 24 horas, administrándole broncodilatadores, la niña mejoró; la hipoventilación que tenía la niña era leve, disminuyó la hipoventilación con el broncodilatador; por ello consideró que no existía cuerpo extraño, ya que a su juicio de existir tendría que haber empeorado; durante el tiempo de observación, la niña mejoró, por ello le dio el Alta, al constatar que la niña había mejorado, los síntomas que tenía eran correctos, la hipoventilación era discreta, la radiología no indicaba presencia de cuerpo extraño; por ello y porque la realización de la broncoscopia es una técnica incursiva, agresiva, con una mortalidad del 2%, le dio el Alta (obrante al folio 118), sin realizar la broncoscopia; insistiendo con firmeza, rotundidad, que obró correctamente, conforme a la LEX ARTIS; conforme al protocolo a seguir; la niña no presentaba la TRIADA CLASICA de los cuerpo extraños aspirados; tos, sibilaciones y disminución de la ventilación.

Estas afirmaciones han sido corroboradas por el testigo Genaro , pediatra del Hospital de Cangas de Narcea, quien, en el acto del juicio, manifestó: que examinó a la niña, elaboró el informe, obrante al folio 78 donde se recogen los síntomas que presentaba, indicando la presencia de cuerpo extraño, con hipoventilación, tos perruna ocasional,

sin que las radiografías mostraran presencia del cuerpo extraño, remitiendo a la niña al HUCA, en Oviedo, a petición de los padres; en ningún momento manifestó a los padres que tenían que hacer una broncoscopia a la niña.

La testigo Paula , médico residente de primer año, presente en el Servicio de Urgencias en el HUCA, en la vista oral, señaló que no estaba clara la existencia del cuerpo extraño en la niña, por eso quedó en observación, la clínica que presentaba no reflejaba la certeza de la existencia del cuerpo extraño, que la niña mejoró, la hipoventilación era leve, no había fiebre, no tosía, se actuó conforme protocolo.

El testigo Norberto , médico pediatra, en el acto del juicio, nos manifestó que le llamaron de cirugía pediátrica para valorar las radiografías de la niña, la niña se encontraba bien, sin síntomas, no observó nada anormal; la hipoventilación era leve, no tenía fiebre; la niña mejoró con broncolítico, fue correcto desechar la broncoscopia.

El testigo Manuel , médico de familia, en la vista oral, manifestó que fue el primer médico que observó a la niña en el Centro de Salud de Ibias a donde la llevó la madre, por atragantarse con una palomita de maíz, apreció hipoventilación en campo pulmonar derecho, la niña no se ahogaba, no tenía dificultad respiratoria; no vió mocos en la laringe, no estaba cianótica y la derivó al Hospital de Cangas del Narcea, descripción de los síntomas obrante al folio 66.

La testigo Zaira , médico de familia, en el acto del juicio, señaló que vió a la niña después del Alta; valoró a la niña, manteniendo sus informes, obrante al folio 76; los días 11, 13 de marzo, la niña tenía leve hipoventilación en base pulmonar derecha; no precisaba realizar broncoscopia pediátrica.

El testigo Cosme , jefe de Sección del Hospital de Cangas del Narcea, médico de urgencias, examinó, nos dijo en el acto del juicio, a la niña, no le apreció hipoventilación; las placas que se le realizaron eran normales; no tenía problemas respiratorios; los padres quisieron que vieran a la niña en el HUCA; a donde fue trasladada en ambulancia convencional, no asistencial, al no apreciar síntomas fuera de lo normal (traslado en ambulancia que así se confirmó en la vista oral por la testigo Sacramento , representante de la empresa); en ningún momento escuchó oír decir al pediatra Genaro manifestar que había que hacer una broncoscopia; las placas eran normales, la niña no tenía problemas respiratorios.

El testigo Germán , radiólogo en el Hospital de Cangas del Narcea, en el acto del Juicio señaló que vio las radiografías de la niña, después del fallecimiento, al comentárselo el doctor Cosme y el doctor Genaro , las radiografías del Hospital de Cangas del Narcea y los del HUCA, eran normales; no indicaban la presencia de cuerpo extraño.

Segundo.

En el acto del juicio oral, la madre Raimunda ha mantenido, con firmeza, rotundidad, claridad, precisión, sin dudar; que su hija se atragantó con una palomita, al tragarla; puesto que la encontró con una bolsa de palomitas en las piernas, tosiendo, intentando que la expulsara, dándole golpes en la espalda, oprimiéndole el vientre, la niña respiraba con dificultad, se ponía morada; la llevó al Centro de Salud de Tormaleo, viéndola el médico, derivándola al Hospital de Cangas de Narcea donde el médico pediatra Genaro , la examinó, diciéndole que para extraer la palomita había que realizar una broncoscopia, que únicamente la realizan en el HUCA, en Oviedo; que en urgencias del HUCA, sabían que la niña había ingerido una palomita, y no la había expulsado; que la niña respiraba con dificultad; y la doctora Antonieta que la examinó mantuvo a su hija en observación 24 horas; que hicieron placas a la niña y no hallaron el cuerpo extraño; que durante la observación la niña mejoró, la hipoventilación; siendo dada de alta por la doctora Antonieta por estimar que no había cuerpo extraño, y la broncoscopia era peligrosa, invasiva para su hija, insistiendo Raimunda que realizaran la prueba para extraer, localizar la palomita; ella, Raimunda , ya en su domicilio, apreció como la niña seguía respirando mal, con dificultad, llevándola a la médico del Centro de Salud, 11,13 de marzo, al seguir hipoventilando, falleciendo el 14 de marzo de 2013; su hija no tenía proceso catarral cuando se tragó la palomita.

En los mismos términos que Raimunda , el padre Carlos Alberto en el acto del juicio mantuvo que la niña no respiraba bien, que intentaron que expulsara la palomita, vomitando, la niña, sin expulsar la palomita; que le manifestaron en Cangas del Narcea que para realizar la broncoscopia había que ir al HUCA en Oviedo, y así lo hicieron, sin que en el HUCA le realizaran la broncoscopia para extraer la palomita, teniendo a la niña en observación 24 horas, dándole el Alta al estimar la doctora Antonieta que había mejorado, la hipoventilación.

Tercero.

La prueba testifical ofrecida por Raimunda (y el testigo Carlos Alberto , en la misma línea que su esposa Raimunda , y que en la vista oral nos manifestó que quien mantenía el contacto directo con los doctores era



Raimunda) al ser quien de forma directa, apreció la situación en que se hallaba su hija María Virtudes , es quien nos describe la realidad de cuanto aconteció: se percata que su hija tiene en sus piernas una bolsa de palomitas, la oyó toser; respiraba con dificultad, luego se había tragado una palomita, atragantado con ella, reaccionando para que la expulsara, sin lograrlo; llevándola al médico; forma de comportarse que, sin duda alguna, llevaría a cabo el común de los mortales en igual situación.

Por ello, a nuestro parecer, es clara, patente, la ingesta de la palomita de maíz, y así nos lo confirmaron los doctores que examinaron a la niña: el doctor Manuel , del Centro de Salud de Ibias, primer doctor que la examinó, el doctor Genaro , pediatra del Hospital de Cangas de Narcea, a donde aquel doctor la derivó), quienes constataron que la niña hipoventilaba (es decir, respiraba con dificultad) en campo pulmonar derecho, apreciando sospecha de presencia de cuerpo extraño, es decir desde el primer momento tenían clara la presencia del cuerpo extraño en la niña, (sospecha significa creer en la existencia de cierta cosa por alguna apariencia), puesto que la niña no respiraba correctamente, así se desprende de que estaba hipoventilando levemente, tosía, tos perruna (así se aprecia en los informes obrantes al folio 66, folio 78), en ninguno de ellos se recoge que la niña en ese momento presentara síntomas de catarro, ninguno de los médicos reflejó la existencia de un proceso catarral; y así mismo la doctora Antonieta , al examinar a la niña en urgencias del HUCA (a donde la derivó el pediatra doctor Genaro) sabía que se hallaba ante la SOSPECHA, la creencia de la existencia de un cuerpo extraño, la niña se había tragado una palomita de maíz, porque así se indicaba en el informe médico del Hospital de Cangas del Narcea; constatando la doctora Antonieta que la hipoventilación era leve: es decir, ningún doctor tenía duda de que la niña había ingerido una palomita de maíz, por las indicaciones dadas por la madre Raimunda , y percibir que la niña no respiraba correctamente, aunque los padres de la niña no hubieran visto cómo se metía la palomita de maíz en la boca, puesto que la situación en que la encontró la madre permite concluir, extraer la consecuencia lógica de que la niña había tragado una palomita de maíz; en consecuencia no hay ninguna prueba que permita afirmar que no había dato alguno que indicara que la niña había ingerido, tragado la palomita de maíz, y así lo afirmamos porque el que no se visualizara el momento concreto de meterse la palomita de maíz en la boca, no permite extraer la consecuencia lógica de afirmar con certeza (como pretende la defensa de la doctora Antonieta , y las defensas del SESPA y de la aseguradora; y como se verá a continuación por los peritos aportados por la defensa) que no hubiera ingerido la palomita, porque existe un indicio de fuerza extraordinaria (tener en las piernas la bolsa de palomitas, el que tosiera la niña) que permite afirmar que había ingerido la palomita de maíz.

Cuarto.

Una vez acreditado que la niña María Virtudes ha tragado la palomita de maíz, a continuación pasaremos a analizar la prueba pericial practicada en el acto del juicio.

La Prueba Pericial practicada en el acto del juicio, a instancia de las Acusaciones, los forenses Jesús Ángel y Adolfo , son claros, precisos, rotundos al manifestar que la causa del fallecimiento de la niña fue la falta de oxígeno debido a la obstrucción de las vías respiratorias por la palomita de maíz, grano de maíz que quedó bloqueado, haciendo tapón en la tráquea, al dilatarse, aumentar de tamaño, como se refleja en el informe, folios 5 a 23; pericial imparcial, objetiva, que refleja la realidad de cuanto ocurrió, sin que hayan reflejado indicio alguno de existencia de proceso catarral en la niña, ni reacción del nervio vago.

El perito forense Sr. Celso , imparcial, objetivo, en el acto del juicio ha mantenido con firmeza, precisión, de forma rotunda, contundente, que la Doctora Antonieta al dar el Alta a la niña minusvaloró el episodio del atragantamiento, minusvaloró la hipoventilación pulmonar derecha por el buen aspecto general de la niña, que carecía de signos externos de dificultad respiratoria, lo cual no debía ser determinante para excluir la broncoscopia pediátrica para localizar y extraer el cuerpo extraño, única forma posible para localizarlo y extraerlo, ratificando su informe obrante a los folios 316 a 321, 324 a 331 y la experta del Centro Nacional de Toxicología, Forense Valle en el acto del juicio ratificó su informe, confirmando donde se alojó el grano de maíz, en primer lugar en el pulmón derecho, causándole lesiones por hipoventilación (folios 139-144); ambas periciales objetivas, en ningún momento afirman que la niña tuviera proceso catarral relevante que la causa del fallecimiento fuera por reacción vagal, como argumenta la defensa.

Quinto.

Para rebatir la prueba pericial de la parte acusadora, al acto del juicio acudió a practicar la pericia a instancia de la defensa, el perito Iñigo indicó que la broncoscopia pediátrica es compleja de realizar, precisa anestesia general; lo relevante para indicar la presencia de cuerpo extraño es la hipoventilación; debe realizarse si hay motivos para



ello, debe existir una sospecha importante de haber tragado el cuerpo extraño; la hipoventilación de la niña era leve, del 99%, a su juicio, aquí, sería contrario a la "lex artis" haber realizado la broncoscopia; el Alta que dio la doctora Antonieta fue correcta.

El perito Remigio , cirujano pediatra, jefe de la doctora Antonieta , respaldó la actuación de la doctora Antonieta ; había sospecha de haber tragado cuerpo extraño, y como tal se trató, la actuación de la doctora fue correcta, no era necesario realizar la broncoscopia pediátrica por ser una prueba compleja, invasiva, con riesgos para la menor; se trataba de una sospecha de haber tragado cuerpo extraño al no ser visualizado por los padres; la ausencia de síntomas permitió estimar que no había cuerpo extraño.

El perito Juan Antonio , ratificando su informe obrante al folio 716, insistió en el acto del juicio, que, a su juicio, aquí no había la certeza de la existencia del cuerpo extraño, que la niña estaba asintomática, cuando se le dio el ALTA, que tenía una leve hipoventilación; que por ello no era conveniente, necesario realizar la prueba técnica de broncoscopia; la cual es muy invasiva, con riesgo mortal; que de hacerla habría sido contrario a la Lex Artis; aquí la doctora Antonieta actuó conforme a la Lex Artis.

El perito Amador , (a propuesta de la Compañía Aseguradora), en la misma línea que los anteriores señaló que aquí hubo sospecha de cuerpo extraño, no se visualizó; que el fallecimiento no fue previsible; que sería contrario a la Lex Artis haber realizado la broncoscopia; que la niña tenía hipoventilación leve; que un signo de la existencia del cuerpo extraño es la hipoventilación; que la broncoscopia localiza el cuerpo extraño.

El perito Casimiro , en el acto del ratificó su informe obrante al folio 362-365, juicio oral emitido como coordinador de Responsabilidad Patrimonial del Principado de Asturias; y en el presente caso no se estimó oportuno abrir expediente disciplinario a la doctora Antonieta por su actuación médica al estimar que fue conforme a la "lex Artis" , no compartiendo la conclusión de la inspección médica recogida en el folio 411 en su informe, en el que se proponía la realización de la realización de la broncoscopia; insistiendo el perito que la actuación de la doctora no fue imprudente.

El perito Felicísimo , ratificó su informe obrante al folio 1019 a 1027; informe emitido a instancia de la doctora Antonieta ; señalando en el acto del juicio que los síntomas apreciables por la doctora no indicaban la presencia de cuerpo extraño en la niña; que no comparte la conclusión de la autopsia sobre el fallecimiento por culpa del cuerpo extraño, que pudo producirse por otras causas; que los síntomas de la niña no aconsejaba la realización de la broncoscopia, esta técnica es muy invasiva, peligrosa, y en caso de niños debe ejecutarse con anestesia general; que a su juicio la hipoventilación de la niña, leve, podría ser por tener catarro la niña; que para localizar el cuerpo extraño se precisa realizar broncoscopia; que el hecho de no apreciar en radiografía el cuerpo extraño no quiere indicar que no exista cuerpo extraño.

Por último, la pericial practicada por la doctora Margarita , que fue jefa del Servicio de Pediatría del Hospital de Cabueñes, hoy jubilada, nos ha manifestado, (en la misma línea que los demás peritos propuestos por la defensa) que la Broncoscopia es invasiva, puede causar la muerte de la niña, precisa anestesia general; la presencia del cuerpo extraño hay que visualizar, ver, como se lo mete en la boca, para poder afirmar que se lo metió en la boca; aquí no había síntomas que indicaran la presencia del cuerpo extraño; aquí la niña tenía un proceso previo catarral, un proceso previo respiratorio, broncolítico; la niña tenía hipoventilación; hay que atender a aquello que cuentan los padres sobre la situación en que se encuentra el niño, cuando acuden el médico; en la ingesta del cuerpo extraño hay fases asintomáticas.

Sexto.

Todas las periciales practicadas a instancia de la defensa de la doctora Antonieta , este Tribunal Unipersonal no las considera imparciales, objetivas (como debe ser todo informe pericial de un profesional, técnico en la materia, siendo su función auxiliar al Tribunal, no sustituyen la labor judicial con sus pronunciamientos, sino que manifiestan su opinión, aquello que a su juicio ocurrieron los hechos (así se indica por el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de noviembre de 2012 , 20 de diciembre de 2011); la valoración de la prueba corresponde al Tribunal (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2013). Para llegar a la certeza de lo ocurrido deben tenerse presente otras pruebas (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2002 , 18 de febrero de 2002).

Aquí, los peritos mantienen la misma línea que la expuesta por la doctora Antonieta , señalando que obró correctamente, conforme a la Lex Artis, que no había motivo para realizar una broncoscopia a la niña, al no haber la certeza de la existencia del cuerpo extraño, puesto que no se visualizó el cuerpo extraño, no se le vió ingerirlo; los síntomas no indicaban la existencia del cuerpo extraño; la hipoventilación era leve, para ellos la respiración era correcta; que la niña tenía proceso catarral, mucosidad que enmascara la existencia del cuerpo extraño; llegando incluso a dudar, rechazar la causa de la muerte, manifestando que pudo ser por causa del nervio vago, por reacción



del nervio vago; por ello afirmamos que no son imparciales, objetivos porque todas sus afirmaciones, a nuestro parecer, se apartan de la realidad de lo acontecido, no tienen en cuenta las explicaciones dadas por la madre de la niña a los doctores que primeramente vieron a la niña; no tienen en cuenta la realidad del padecimiento soportado por la niña, tras tragarse la palomita de maíz, lo cierto, real, es que la niña María Virtudes , de 19 meses, no respiraba bien, hipoventilaba, es decir no respiraba correctamente, no tenía catarro así lo apreciaron los doctores, confirmando el parecer de la madre; y así lo apreció la doctora Antonieta , el que la hipoventilación leve mejorara, no quiere decir que respirara correctamente la niña; a nuestro parecer, debe estarse seguro que respira correctamente, y aquí no se constató que la respiración era correcta, la niña tenía una leve hipoventilación; no siendo motivada por proceso catarral alguno, como no lo reflejaron los médicos que examinaron a la niña; en consecuencia los informes periciales aludidos no tienen en cuenta la realidad de la situación soportada por la niña; no rebaten las afirmaciones de las pruebas periciales practicadas a instancia de la acusación (anteriormente ya reseñadas), y que reflejan cómo ocurrieron los hechos.

Por cuanto antecede, la prueba pericial de la defensa, en ningún momento ha acreditado que la doctora Antonieta actuara conforme a la "lex ARTIS" , sino que al no estimar necesaria la realización de una broncoscopia pediátrica a la niña María Virtudes , para localizar y extraer, en su caso, la palomita de maíz, creó una situación de riesgo, previsible y evitable (aunque la realización de una broncoscopia pediátrica, a una niña de 19 meses de edad, es invasiva, peligrosa para la niña, siendo necesaria dormirla, como así se expuso en la vista oral por los peritos de la defensa, ello no es causa, motivo (al igual que el hecho de que mejorara la hipoventilación, que no tuviera fiebre, que no sibilaza, al no ser exigencias de obligado cumplimiento para excluir la presencia de un cuerpo extraño, como así se ha mantenido por los peritos de la defensa, anteriormente reseñados, ninguno de ellos ha afirmado que fueran condiciones de obligado cumplimiento, al contrario han mantenido que la hipoventilación es aspecto esencial, y que aquella presencia puede ser sin síntoma alguno, para que se hubiera, aquí, realizado, al ser una prueba idónea, válida, admitida para la localización y extracción de un cuerpo extraño a una niña de 19 meses, con especialista para ello), infringiendo, pues, elemental norma de precaución, cuidado; la hipoventilación leve, la dificultad en respirar, en una niña de 19 meses, en la situación aquí soportada por María Virtudes , es un dato relevante, de interés esencial, para realizar la broncoscopia a la niña antes de darle el Alta, lo cual no estimó necesario realizar la doctora Antonieta ; es inadmisibles, contrario al buen actuar médico, el argumentar, sostener, que esta prueba no se realizó porque era peligrosa para la niña, por ser invasiva, pues, parecer, es más peligroso no localizar, extraer el cuerpo extraño como aquí ocurrió.

El comportamiento llevado a cabo por la doctora Antonieta al dar el ALTA a la niña de 19 meses siendo consciente de que el cuerpo extraño, la palomita de maíz, no había sido expulsado, y que presentaba hipoventilación, que respiraba con dificultad; no fue el adecuado el apropiado para conseguir localizar y extraer la palomita de maíz, toda vez que en su mano estaba acordar la realización de la broncoscopia (técnica idónea para tal fin, aplicable al caso, no por el capricho de la madre, como argumentó la defensa de la doctora, sino por aconsejarlo la situación en que se hallaba la niña María Virtudes). La doctora Antonieta obró con ausencia de cuidado, atención, precaución, sin la diligencia debida que requería el estado de su paciente, una niña de 19 meses, que no respiraba correctamente, hipoventilaba de forma leve, que no había expulsado, ni se había localizado el cuerpo extraño ingerido, no atendió a la niña con arreglo a la lex Artis (puesto que tuvo ocasión de acordar la broncoscopia y no lo hizo), incumpliendo, así, una elemental norma del cuidado. No nos hallamos ante un mero error de diagnóstico (como ha manifestado, sin profundidad, sin analizar, el letrado de la defensa de la doctora Antonieta en su informe final) que excluiría la culpa médica, sentencia del tribunal supremo del 25 de mayo de 1999 ; sino ante un error de diagnóstico (se ha de resaltar que la propia doctora Antonieta en ningún momento ha admitido, reconocido, haber tenido un error de diagnóstico en su actuar) cuantitativo y cualitativo de extrema gravedad, al minusvalorar los síntomas que presentaba la niña cuando le dio el Alta, con infracción de la Lex Artis, y de las más elementales cautelas exigibles al profesional médico en el desempeño de su actividad profesional, puesto que nada le impedía acordar que se llevara a cabo la broncoscopia a la niña para excluir cualquier riesgo, previsible, y evitable (así se apreció en el informe de la inspección médica obrante al folio 411, folios 408- 411); no compartiéndose la opinión, parecer del Perito Casimiro , coordinador de Responsabilidad Patrimonial del Principado de Asturias, reflejada en el informe unido a los folios 362-365, sobre el alcance de los hechos, la valoración, que fue hecha desde el punto de vista disciplinario, y que consideró la actuación de la doctora conforme a la Lex Artis, no apreciando conducta imprudente, negligente, al ser una opinión personal, una visión de parte interesada, que a nuestro parecer, como se expuso anteriormente, la pericia no ha tenido en cuenta, de forma objetiva, la realidad de la situación soportada por la niña, los padres.



Séptimo.

Sentado cuanto antecede, afirmamos que la doctora Antonieta con el comportamiento descrito en el relato de hechos probados, creó una situación de riesgo, previsible y evitable, infringiendo elementales normas de precaución, cuidado, siendo su conducta constitutiva de un delito de HOMICIDIO IMPRUDENTE POR IMPRUDENCIA GRAVE PROFESIONAL previsto y penado en el artículo 142 punto 1 y punto 3, del Código Penal , en su redacción vigente en la fecha de los hechos, no siendo más favorable la pena prevista para el Homicidio imprudente por imprudencia grave profesional, la redacción actual. La redacción actual, conforme a la reforma operada por la L.O. 1/2015, contempla un punto 2, castigando al que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, que tiene lugar cuando la conducta realizada no es peligrosa, cuando la magnitud de la infracción del deber de cuidado, no crea una situación de riesgo; atendiendo al caso concreto (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2011), aquí la imprudencia debe ser calificada de grave cuando la acción del autor genera un peligro para la vida, cuando la posibilidad de producción del resultado es considerable, como aquí ocurrió (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2009 , 13 de octubre de 2004).

Los elementos que integran el delito son:

1) Obrar con infracción de la Lex Artis, al acordar la realización de una broncoscopia pediátrica, para localizar y extraer el cuerpo extraño, la palomita de maíz.

2) Inobservancia del deber objetivo de cuidado, conducta negligente por falta de previsión para evitar el resultado producido;

Olvido total y absoluto de normas de previsión y cuidado, sin tener en cuenta el riesgo para la vida de una niña de 19 meses, y para esta niña, el deber de cuidado debe ser mayor, por ello la IMPRUDENCIA cometida es GRAVE (así se mantiene por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencia 282/2010 ; 1089 de 2009, 8 de febrero de 2013 , 20 de enero de 2010 , 6 de julio de 2006 ; aquí la causa del fallecimiento no admite duda alguna, fue la señalada por los forenses Jesús Ángel , Adolfo en su informe obrante al folio 5 a 23, ratificado en el acto del juicio oral, por minusvalorar la doctora Antonieta el episodio del atragantamiento, por minusvalorar la hipoventilación pulmonar derecha de una niña de 19 meses, como así se mantuvo por el perito forense Sr. Celso , en el acto del juicio e informes unidos a los folios 316 a 321, 324 a 331, peritos imparciales, objetivos, como ya indicamos en el fundamento 4, carentes de tacha que invalide sus conclusiones; quienes llevaron a cabo la autopsia, examinaron el cuerpo de la niña (forenses Jesús Ángel y Adolfo) concluyeron de forma rotunda que la causa de la muerte fue anoxia encefálica por insuficiencia respiratoria aguda, debida a obstrucción mecánica de tráquea por grano de maíz; y no hubo, no apreciaron, ninguna otra causa; lo cual anula, hace que se pueda afirmar que la causa del fallecimiento fuera una crisis del nervio vagal, que, ex novo, en el acto del juicio oral, argumenta, trajo al juicio, la defensa de la acusada (apoyado por la defensa de la aseguradora y por la defensa del SESPA), acogiéndose a las afirmaciones dadas por los peritos, Felicísimo , Margarita , cuya pericia, como se indicó anteriormente, no tiene en cuenta la realidad de lo acontecido, puesto que no estaban presente en el momento de la autopsia, constatando la realidad percibida por los forenses, cuando formularon sus escritos de conclusiones provisionales, que elevaron a definitivas en el acto del juicio.

Octavo.

La aplicación de la pena a imponer se ajustará a las reglas de los artículos 61 a 72 del Código Penal vigente y en concreto el artículo 66 del Código Penal que recoge las reglas a seguir cuando haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la pena se impondrá atendiendo al comportamiento realizado, de forma proporcional, equilibrada, en la mitad inferior, conforme establece el art. 66, regla 6ª del Código Penal , ante la gravedad del hecho cometido y las circunstancias personales de la acusada, imponiéndose las penas en la extensión mínima, previstas en el artículo 142-1º y 3º del Código Penal vigente en la fecha de los hechos, al estimarlas equilibradas, proporcionales, para el delito cometido; siendo la pena contemplada en el punto 3 inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, aquí médico, resulta indicada porque tal profesión guarda relación con hecho cometido, por lo que es adecuada la privación del derecho a ejercer la profesión de médico (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2016),



Noveno.

Toda persona responsable criminalmente de delito o falta, deberá reparar el daño causado, así lo previene el artículo 116 y 109/1 del Código Penal vigente, en relación con el artículo 110 punto 2 y 3 del referido Código Penal y teniéndose presente, cuando proceda, en defecto de los que lo sean criminalmente, la responsabilidad civil subsidiaria prevista en el artículo 120 del aludido Código Penal actual.

Alcanzando la reparación del mal causado por la doctora Antonieta por el daño moral causado a la unidad familiar de la niña fallecida, padres y hermanos, familia en sentido estricto en su conjunto como así se interesa por el MINISTERIO FISCAL, y se establece en el artículo 113 del Código Penal, que indica: perjuicio creado a sus familiares, personas afectadas por el vacío dejado, (así se indica por el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de febrero de 2008; 4 de mayo de 2012, 22 de enero de 2013, sentencia de 22 de octubre de 2015; daño moral, daño anímico que consiste en el dolor, la inquietud, la preocupación, que sin duda produce a la familia en su conjunto, el fallecimiento de una hija de 19 meses; siendo la cuantía indemnizatoria, su cuantificación, corresponde al ARBITRIO JUDICIAL, AL PRUDENTE ARBITRIO JUDICIAL no siendo de aplicación, el BAREMO previsto para los accidentes de circulación de vehículos; fijándose como base para la cuantificación (art. 115 del Código Penal, la aflicción, el penar, el dolor que causa el fallecimiento de una niña de 19 meses; en la cuantificación de la indemnización por el daño moral o anímico, no pueden utilizarse criterios o bases determinantes de la indemnización por daños materiales, perjuicios, susceptibles de una valoración; de su costo y cuantía; la única base para medir, fijar, la indemnización por daños morales es el hecho delictivo mismo del que estos son su consecuencia (así se mantiene por el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de diciembre de 2012, 22 de enero de 2013).

Corresponde al Tribunal sentenciador decidir la cuantía indemnizatoria conforme a la prudente discrecionalidad, al no tratarse de una materia reglada (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2006). El Tribunal sentenciador, aquí, ha atendido a las circunstancias concurrentes en el hecho producido: niña de 19 meses, fallecida por insuficiencia respiratoria aguda debido a obstrucción de la tráquea por un grano de maíz; fallecimiento (que para cualquier persona en la misma situación) que produce consecuencias negativas en la persona, en la vida familiar, en el aquí círculo familiar inmediato (formado por madre, padre, hermanos), causa un sufrimiento, padecimiento, angustia, determinante de un daño moral, anímico que debe ser reparado, conforme previene el Código Penal en su artículo 110-3 y art. 113 (línea mantenida por el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de mayo de 2012); cuantía indemnizatoria que pretende reparar un daño, sin duda alguna, irreparable, como es el fallecimiento de una niña de 19 meses, de difícil cuantificación, estimándose, racional, ponderada y equilibrada la cuantía reclamada por el MINISTERIO FISCAL, y por ende, desproporcionada la interesada por la acusación particular; respondiendo, de forma directa, la aseguradora WR BERKLEY INSURANCE, en virtud de la póliza de Seguro concertado, conforme establece el art. 117 del Código Penal; y de forma subsidiaria, por la relación laboral, el Servicio de Salud del PRINCIPADO DE ASTURIAS (acrónimo SESPA) conforme establece el art. 120-3º del Código Penal.

No concurre, en el presente caso, compensación de culpas, que demandan, en su informe final, los letrados de las defensas de la aseguradora y del SESPA, contemplada en el art. 114 del Código Penal, porque en ningún momento, en el acto del juicio, se ha practicado prueba alguna que constata, acredite, que la víctima, los padres, hayan contribuido con su conducta a la producción del daño, exigencia impuesta por el tenor literal del artículo 114 del Código Penal (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2013 y 9 de octubre de 2007).

Décimo.

Las costas procesales se imponen a los criminalmente responsables de todo delito o falta, artículo 123 del Código Penal y 124 del Código Penal Vigente, incluidas las de la Acusación Particular.

VISTOS.- Los artículos de aplicación del Código Penal y de la legislación orgánica y procesal,

FALLO

Que debo condenar y condeno a Antonieta como autora de un delito de HOMICIDIO IMPRUDENTE POR IMPRUDENCIA GRAVE PROFESIONAL, a la pena de 1 año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho al sufragio pasivo durante la condena; además, a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de médico por tiempo de 3 años; al pago de las costas procesales, incluidas las de



la acusación particular; y debiendo indemnizar, conjunta y solidariamente con la aseguradora WR BERKLEY INSURANCE, esta como responsable civil directa, a los padres de la niña fallecida, Raimunda y Carlos Alberto en la cantidad de 130 mil euros, por el daño moral causado a la familia, por el fallecimiento de la niña de 19 meses María Virtudes ; y respondiendo de forma subsidiaria el Servicio de Salud del Principado de Asturias; con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Así por esta sentencia de la que se unirá certificación las actuaciones originales para su notificación y cumplimiento, lo pronuncio, mando y firmo.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de apelación en este Juzgado para ante la lltma. Audiencia Provincial de ASTURIAS en el plazo de DIEZ DIAS siguientes a su notificación.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.