



Roj: **SAP PO 1780/2017 - ECLI:ES:APPO:2017:1780**

Id Cendoj: **36038370022017100166**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **2**

Fecha: **24/07/2017**

Nº de Recurso: **882/2016**

Nº de Resolución: **179/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **MARIA DEL ROSARIO CIMADEVILA CEA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00179/2017

ROSALIA DE CASTRO NÚM. 5

Teléfono: 986.80.51.19

Equipo/usuario: MM

Modelo: 213100

N.I.G.: 36038 43 2 2014 0011375

ROLLO: RP APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000882 /2016 I

Juzgado procedencia: XDO. DO PENAL NÚM. 3 DE PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 150/2016

Delito/falta: LESIONES

Recurrentes: Carlos José , Magdalena , Luis Manuel , AGRUPACION MUTUA ASEGURADORA

Procuradores: SENEN SOTO SANTIAGO, MONTSERRAT FERNANDEZ NAZAR

Abogados: JOSE MANUEL VAZQUEZ LOJO, JESUS ESTARQUE MORENO

Recurridos: MAPFRE EMPRESAS, HOSPITAL MIGUEL DOMINGUEZ SL

Procuradores: PEDRO SANJUAN FERNANDEZ

Abogados: ANTONIO DE SAS FOJON

SENTENCIA Nº 179

=====
ILMOS/AS SR./SRAS

Presidente:

D. JOSE JUAN BARREIRO PRADO

Magistradas

DÑA. ROSA DEL CARMEN COLLAZO LUGO

DÑA. ROSARIO CIMADEVILA CEA
=====



En PONTEVEDRA, a veinticuatro de julio de dos mil diecisiete.

VISTO, por esta Sección 002 de esta Audiencia Provincial en la causa arriba referenciada, el recurso de apelación interpuesto por el Procurador SENEN SOTO SANTIAGO, MONTSERRAT FERNANDEZ NAZAR, en representación de Carlos José y Magdalena ; Luis Manuel y AGRUPACION MUTUA ASEGURADORA, contra Sentencia dictada en el procedimiento PA: 150/2016 del JDO. DE LO PENAL nº: 3; habiendo sido parte en él, como apelantes los mencionados recurrentes, como apelados MAPFRE EMPRESAS y HOSPITAL MIGUEL DOMINGUEZ SL, representados por el Procurador PEDRO SANJUAN FERNANDEZ y el Ministerio Fiscal (adherido), en la representación que le es propia, actuando como Ponente la Magistrada Ilma. Sra. **D^a ROSARIO CIMADEVILA CEA** .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de referencia se dictó Sentencia con fecha veintinueve de junio de dos mil dieciséis , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

Que debo CONDENAR Y CONDENO a Luis Manuel en quien no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como autor penalmente responsable de un DELITO DE LESIONES POR IMPRUDENCIA GRAVE del al artículo 152.3º y ultimo inciso en relación con el artículo 150 del Código Penal , a la pena de seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión coma medico durante seis meses. Con imposición de costas.

Y en concepto de responsabilidad civil indemnizará a Carlos José en 15.429,82 euros, con la responsabilidad civil directa y solidaria de AMA y MAPFRE, y subsidiaria del HOSPITAL MIGUEL DOMINGUEZ..

Y como Hechos Probados expresamente se recogen los de la sentencia apelada:

Probado y así se declara que el acusado, Luis Manuel , mayor de edad, sin antecedentes penales, atendió en su consulta como especialista en urología en el Hospital Miguel Domínguez de Pontevedra, el día catorce de marzo de 2013 a Carlos José , el cual acudió derivado del SERGAS para una intervención de circuncisión, que tuvo lugar al día siguiente. Y el día de la intervención, no actuando el acusado con la diligencias debida, se le operó de vasectomía por haberlo así anotado erróneamente el acusado en la solicitud de quirófano correspondiente.

Así pues, a Carlos José , se le practicó un método de anticoncepción consistente en la ligadura o remoción de ambos testículos a los conductos eyaculadores, el cual puede ser reversible mediante la vaso-vasostomía que supone una nueva cirugía. De hecho, Carlos José fue intervenido el 15-12-2015 practicándole una vaso -vasostormia siendo dado de alta hospitalaria al día siguiente precisando para su recuperación aproximadamente cuatro semanas. En los espermogramas realizados al mismo en marzo, abril y mayo de 2016 se encontraron espermatozoides en el semen.

Carlos José nació el NUM000 de 1976, está casado y tiene dos hijas.

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por la representación procesal del hoy recurrente, se interpuso recurso de apelación que formalizó exponiendo las alegaciones que constan en su escrito, el cual se halla unido a las actuaciones.

TERCERO.- Dado traslado del escrito de formalización del recurso a las partes, se presentó escrito de impugnación en base a considerar la sentencia objeto de recurso plenamente ajustada a derecho solicitando su confirmación.

CUARTO.- Por el Órgano Judicial sentenciador se remitieron a este Tribunal los autos originales con todos los escritos presentados y recibidos que fueron, previa la celebración de vista, se señaló día para deliberación, la que tuvo lugar el día 24 de julio de 2017.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan y dan por reproducidos los de la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Contra la sentencia del juzgado de lo Penal número Tres de los de Pontevedra presentan sendos recursos de apelación, la representación procesal de la acusación particular y la representación procesal del acusado así como de la aseguradora Agrupación Mutual Aseguradora (A.M.A).

1.-Con carácter previo: proposición de pruebas en la apelación

La representación procesal del acusado y de Agrupación Mutual Aseguradora (A.M.A) solicita en su recurso, que sea practicada en esta segunda instancia, al amparo del art. 790.3 de la LECr , prueba pericial a emitir por el Doctor Eliseo , licenciado en medicina y cirugía, especialista en urología y andrología así como Magister Universitario de Valoración del daño corporal. Alega la recurrente que en la instancia se ha vulnerado su derecho a la práctica de las pruebas pertinentes en relación con dicho informe pericial porque el mismo formó parte de su escrito de proposición de pruebas y fue admitido pero se denegó su pretensión de suspensión del juicio, pese a acreditar la imposibilidad de que el perito compareciera en el día señalado.

Consta en la causa que por una providencia del 16/01/2015, el juzgado de instrucción dio traslado para alegaciones a las partes en cuanto a si los hechos descritos en la denuncia podían ser conceptualizados como una lesión, según lo dispuesto en el código Penal. Alega el recurrente que exclusivamente para tal fin solicitó y presentó un *preinforme* del especialista en urología y andrología Dr. Eliseo limitado a la valoración de la posibilidad de reinversión de la cirugía de vasectomía, dictamen emitido por escrito a los folios 89 a 91, cuyo objeto se limita efectivamente, a informar sobre tal posibilidad y porcentaje de éxitos de la técnica reconstructiva, vasovasostomía. Posteriormente, en escrito de conclusiones provisionales, la defensa propone pericial del Dr. Eliseo , sin concreción alguna del objeto de la pericia (f. 230), prueba que fue admitida por un auto del 21/04/2016. Como el perito tenía otro juicio señalado con anterioridad al que debía asistir, la defensa solicitó la suspensión del señalamiento del juicio por imposibilidad de comparecencia del perito, lo que le fue denegado por providencia del 11-05-2016 (f.256) con el argumento de que *el informe pericial (f. 89) no fue impugnado por las partes y que no se discute la reversión de la vasectomía*. La defensa interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación argumentando que *el perito no había podido finalizar todavía el informe y que el emitido era solo un informe preliminar* , recurso rechazado por un auto (f. 284) motivado en *que el informe no ha sido impugnado y que la carga de trabajo del perito no puede condicionar los señalamientos del órgano judicial* . En acto de juicio reiteró la defensa la pretensión de suspensión, en este caso porque al perito se le había suspendido el vuelo que iba a coger para asistir a este juicio y aportaba los billetes de avión, lo que fue también le fue denegado, efectuando la recurrente la oportuna protesta a efectos de la posible nulidad de actuaciones o solicitud de prueba en la segunda instancia.

Alega aquí la recurrente que se trata de una prueba necesaria para sus pretensiones y derecho de defensa, porque solo un profesional de la especialidad del acusado, puede dar respuesta a cuestiones que afectan a la calificación jurídica de los hechos, así dice: en cuanto a determinar la entidad de la imprudencia a efectos de la aplicación del párrafo primero (grave) o del párrafo segundo (menos grave) del art. 152 CP , informaría el perito sobre cuestiones atinentes a la actuación médica antes, durante y después de la intervención de vasectomía del 15/03/2013; en cuanto al alcance de las lesiones sufridas por el paciente a efectos de tipificar la entidad del resultado por los arts. 147 , 149 o 150 CP informaría el perito sobre la situación en que se encuentra el paciente tras la intervención de vasectomía de marzo del 2013 y finalmente, en su condición de especialista en valoración del daño corporal informaría sobre la determinación del daño realmente sufrido como consecuencia de los hechos enjuiciados.

Dice que la decisión produce grave indefensión a la parte que no ha podido contar con el criterio médico de un especialista en urología y andrología, para valorar la actuación médica del acusado, desde el punto de vista técnico y de la propia experiencia. De manera que entiende relevante su opinión pericial para valorar la entidad de la imprudencia y del daño producido, por ello de la calificación acertada (aplicación de los arts. 147 , 149 y 150 CP (o ninguno de ellos), máxime habiéndose apartado la juzgadora de la calificación de las acusaciones (art. 152.1-2º esterilidad, pérdida o inutilidad de órgano o miembro principal) para penar conforme al 152.1-3º CP (pérdida o inutilidad de órgano o miembro no principal).

Se oponen el Ministerio Fiscal y la acusación particular por considerar que la pericial propuesta resulta innecesaria o inútil porque lo que discutía la defensa con apoyo en el informe unido a la causa, era que la vasectomía no producía esterilidad, lo cual ya fue acogido en la sentencia y que no corresponde al perito valorar la entidad de la imprudencia, por lo que no habría existido vulneración del derecho a la prueba ni a una tutela judicial efectiva, sin indefensión.

Sabido es que el rechazo de una diligencia de prueba no implica por sí la infracción del derecho a utilizar los medios de prueba y de una tutela judicial efectiva. La prueba ha de ser pertinente, es decir, tener relación con el objeto del juicio y cuando se pretende su práctica ya en vía de recurso contra la sentencia, ha de acreditarse su necesidad, esto es, su influencia para poder modificar el sentido del fallo.



En cuanto al derecho a la prueba y a la práctica de pruebas en la segunda instancia, la doctrina jurisprudencial recuerda los límites y los requisitos necesarios para la estimación en casación de la infracción del derecho a utilizar los medios de prueba y la declaración de nulidad de la sentencia por tal motivo, así en STS, Penal sección 1 del 02 de Diciembre del 2008 (ROJ: STS 6788/2008) Recurso: 459/2008 que los analiza ampliamente y la muy reciente STS, Penal sección 1 371/2017 del 23 de mayo de 2017 (ROJ: STS 2035/2017) en la que citando otras muchas sentencias del alto tribunal, ej. la STS 253/2016 del 31 de marzo , recoge el resumen de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 CE) y del propio Tribunal Supremo en los siguientes términos:

a) Constituye un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que para entenderlo lesionado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, y sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda (por todas, SSTC 133/2003 de 30 de junio).

b) *Este derecho no tiene carácter absoluto; es decir, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas.*

c) *El órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmitan o no se ejecuten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna, o la que se ofrezca resulte insuficiente, o supongan una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.*

d) *No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el artículo 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa. En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial (SSTC 1/1996 de 15 de enero) y 70/2002 de 3 de abril); y, por otro, la prueba denegada o no practicada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (SSTC 217/1998 de 16 de noviembre) y STC 219/1998 del 16 de noviembre).*

e) *Esta última exigencia se proyecta en un doble plano: por una parte, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional (SSTC 133/2003 de 30 de junio ; 359/2006 de 18 de diciembre ; y 77/2007 de 16 de abril).*

f) *Finalmente, ha venido señalando también el Tribunal Constitucional que el artículo 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar. En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia (SSTC 37/2000 de 14 de febrero ; 19/2001 de 29 de enero ; 73/2001 de 26 de marzo ; 4/2005 de 17 de enero ; 308/2005 de 12 de diciembre ; 42/2007 de 26 de febrero ; y 174/2008 de 22 de diciembre).*

También esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha recordado reiteradamente la relevancia que adquiere el derecho a la prueba contemplado desde la perspectiva del derecho a un juicio sin indefensión, que garantiza nuestra Constitución (Sentencias, por ejemplo, de 14 de julio y 16 de Octubre de 1995), y también ha señalado, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional , que el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado a que se admitan y practiquen todas las pruebas propuestas por las partes con independencia de su pertinencia, necesidad y posibilidad.

En esta línea ha establecido una serie de requisitos formales y materiales para que este motivo pueda prosperar, que sintetizan entre otras las SSTS 351/2016 de 26 de abril) o 498/2016 de 9 de junio). Entre los primeros, las pruebas han de ser propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase



de proceso. En segundo lugar, ante la resolución del Tribunal, que debe ser fundada, rechazando las que no considere pertinentes, o denegando la suspensión del juicio ante la imposibilidad de practicar en ese momento las previamente admitidas, quien ha propuesto la prueba debe hacer constar la oportuna protesta, patentizando así su oposición a la denegación a efectos de ulterior recurso. En tercer lugar, si se trata de prueba testifical, han de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento, y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta. En cualquier caso, la parte que la propone, debe preocuparse de que conste la eventual trascendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia. La omisión de este requisito no impedirá, sin embargo, la estimación del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprenda fácilmente de su propia naturaleza y características.

Como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone; ha de ser necesaria, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión; y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica. Todos estos aspectos han de ser acreditados por el recurrente cuando alega en vía de recurso la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes a su defensa.

Cuando el examen de la cuestión se efectúa en vía de recurso, el carácter necesario y relevante de la prueba debe valorarse teniendo en cuenta no solo las particularidades y finalidad de las propuestas tal como aparecían en el momento de admitir o denegar las pruebas, sino también las demás pruebas ya practicadas en el juicio oral y la decisión que deba adoptar el Tribunal respecto de los aspectos relacionados con la prueba cuya práctica fue denegada. Dicho de otra forma, la queja solo podrá ser estimada cuando en función de las características del caso concreto según resultan de todo lo ya actuado, su práctica podría suponer la adopción de un fallo de contenido diferente. En otro caso, la anulación del juicio para la celebración de uno nuevo no estaría justificada.

Como dijo entre otras la Sentencia de esta Sala 505/2012 de 19 de junio) la facultad del Tribunal, valorando razonada y razonablemente la pertinencia de las pruebas en el momento de la proposición y su necesidad en el momento de la práctica, a los efectos de evitar diligencias inútiles así como indebidas dilaciones, no vulnera el derecho constitucional a la prueba, sin perjuicio de la posibilidad de revisar en casación la razonabilidad de la decisión del Tribunal, en orden a evitar cualquier supuesto que pudiese generar efectiva indefensión a la parte proponente de la prueba. Por su parte la STS 948/2013 de 10 de diciembre) recordaba que a los efectos de esta revisión es determinante que la parte recurrente argumente de modo convincente, que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable en caso de haberse aceptado y practicado las pruebas objeto de controversia, es decir que se ponga de relieve la trascendencia de la prueba en orden a posibilitar una modificación del sentido del fallo (SSTC 73/2001 de 26 de marzo); 168/2002 de 30 de septiembre ; y 71/2003 de 9 de abril , entre otras).

SEXO.- Para la anulación de una resolución judicial por la no práctica de alguna prueba es necesario que la diligencia cuya omisión va a determinar la retroacción del procedimiento para ser practicada, sea no solo pertinente y posible, sino también necesaria. La necesidad es requisito inmanente a todos los motivos de casación en los que se solicita la anulación para practicar pruebas omitidas. Como decíamos en la STS 351/2016 de 26 de abril), si la prueba no practicada podía ser pertinente en un juicio ex ante, pero carece de utilidad a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. Asimismo la STS 250/2004 de 26 de febrero de 2004) que mientras la pertinencia se mueve en el ámbito de la admisibilidad de las pruebas, la necesidad se desenvuelve en el terreno de la práctica de manera que medios probatorios inicialmente admitidos como pertinentes pueden lícitamente no realizarse, por muy diversas circunstancias, entre ellas la decisión del Tribunal de no suspender el juicio pese a la incomparecencia de algún testigo; o, trasladándonos a la fase de recurso la ponderación sobre si la anulación de la sentencia y repetición del juicio se revela como indispensable para salvaguardar los derechos del recurrente. Si la prueba carece de aptitud para variar el sentido del fallo, pese a su eventual pertinencia, no puede arrastrar una nulidad que redundaría negativamente en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. La STC 142/2012, de 2 de julio), aunque desde una perspectiva diferente (amparo constitucional por vulneración del art. 24.2 de la CE) así lo expresa: «...este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el



recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 14/2001, de 28 de febrero, FJ 2)».]

En resumen, no es causa de indefensión la inadmisión de una prueba o la falta de práctica de una prueba ya admitida. En vía de recurso, para concluir esa indefensión, ha de ponerse de manifiesto que dicha prueba resultaba no solo pertinente sino también necesaria por su relevancia, dentro del resultado de las pruebas practicadas, para poder alterar el sentido del fallo y esa capacidad debe ser justificada y acreditada por quien interesa la nulidad de la sentencia o la práctica de la prueba ante el Tribunal ad quem.

En el presente caso, de acuerdo con la doctrina expuesta, coincidimos con el Ministerio Fiscal y con la acusación particular en que no se puede concluir la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, ni se ha ocasionado indefensión a la parte recurrente.

En primer lugar, la pericial propuesta entendemos que no cumplía los requisitos formales de proposición, dada la total inconcreción de su objeto. La propuesta de dicha pericial en los términos inconcretos y vagos del escrito de conclusiones provisionales, abocaba a interpretar como así hizo la juzgadora que se trataba de informar verbalmente en juicio, acerca del contenido del dictamen ya emitido por escrito. Cualquier otro objeto sustancialmente distinto, debía ser expresado en dicha proposición para conocimiento de las restantes partes en aras a garantizar el principio de contradicción e igualdad de armas y para que el órgano de enjuiciamiento pudiera pronunciarse sobre su pertinencia. Es así que, la defectuosa proposición de la pericial, abocó a las decisiones de la juzgadora, razonables en derecho pues efectivamente el dictamen escrito no había sido impugnado. Lo que no puede la recurrente es concretar por primera vez en el recurso un objeto pericial oculto y por ello sorpresivo para las restantes partes, que de admitirse ahora en la apelación, infringiría sus derechos de igualdad de armas y contradicción.

En segundo lugar y a efectos meramente hipotéticos, tampoco se dan sus requisitos materiales porque ni siquiera con el objeto que ahora se concreta, se acredita la relevancia de dicha prueba. Los hechos referidos a la actuación médica del acusado han sido sustancialmente admitidos por la propia defensa y así se hace constar además en su recurso de apelación. La valoración de tales hechos, de acuerdo con criterios jurídicos atinentes a la existencia y entidad de conducta imprudente, al resultado lesivo para el paciente y su entidad, así como al nexo causal entre una y otro, corresponde al tribunal, sin que se justifique que la opinión pericial pueda modificar el sentido del fallo ya que como tal perito, -que no testigo- su intervención debía limitarse a una valoración técnica, no a la afirmación acerca de cuestiones fácticas de la conducta médica enjuiciada.

Obran en autos, además del dictamen del urólogo Dr. Eliseo , el del perito Pascual que informó también en juicio y el informe forense (f. 137,138), atinentes al resultado y entidad de las consecuencias lesivas sufridas por el paciente. Por todo ello la pretensión debe ser desestimada.

La representación técnica de la acusación particular, propone en **Otrosí segundo**, como prueba documental invocando del art 790.3 LECr , un espermiograma del 13/07/2016 y hoja de curso clínico del 18/07/16, justificando esta aportación en que no pudieron proponerse en la primera instancia al ser dichos informes de fecha posterior a la celebración del juicio.

Se opondrá la defensa a su admisión, sobre la base de que el recurrente vendría actuando con deslealtad procesal al presentar el día del juicio tres espermiogramas del 30/03;13/04; y 24/05 del 2016 habiendo ocultado que realizara la vasovasostomía el 15/12/2015 cuando su escrito de acusación era de fecha posterior y porque los espermiogramas son pruebas fácilmente manipulables dependiendo su resultado del periodo de abstinencia sexual anterior a la fecha de la prueba, de manera que cuanto menos tiempo se dé a los espermatozoides para regenerarse, menor será su cantidad y calidad.

No falta razón a la defensa y también esta documental debe ser rechazada.

El resultado que con ella se pretende cuestionar, ha quedado enjuiciado en la primera instancia con la aportación para dicho enjuiciamiento de los espermiogramas y pruebas que la parte tuvo por convenientes y sobre cuyo resultado se posibilitó la debida contradicción. Admitir un nuevo espermiograma en la apelación sería abrir la posibilidad a anular el debate contradictorio, alterar el resultado de las pruebas practicadas en juicio y ello sin justificación, pues el objeto del debate quedó fijado en sus términos en la primera instancia, no encontrándose la prueba que se pretende aportar en los supuestos del art. 790.3 LECr , amén de no acreditar los requisitos de fiabilidad precisos.

2.- Fondo del asunto:

2.1.- Recurso de la defensa.

a) Alega en primer lugar, ausencia de protocolos clínicos . Dice que no existe ningún protocolo clínico que establezca que antes de iniciar una intervención quirúrgica se consulte la historia clínica del paciente. Que en



este caso además, el Dr. Luis Manuel ya había consultado al paciente el día anterior, cubriendo una nueva historia clínica (pese a tenerla ya el paciente por ser remitido por el Sergas) y haciéndole nuevos análisis. Asume que ha quedado demostrado que el 14/03/2013 incurrió en error a la hora de cubrir la orden de quirófano durante la consulta que tuvo con el paciente previamente a la intervención del día 15 y que éste día le practicó una intervención de vasectomía en vez de la circuncisión para la que había sido remitido por el Sergas, porque la fatalidad hizo que el error en la orden de quirófano no fuera detectado ni por el paciente cuando fue llamado, ni por la auxiliar de clínica cuando éste le comentó su situación personal ni por el Dr. Luis Manuel que tuvo que remontar al paciente de un episodio vascular por la anestesia local, razón por la cual no pudo comentar la operación, como se hace habitualmente con los pacientes que están despiertos por anestesia local, e insiste en que ningún protocolo clínico impone esto, ni la consulta de la historia clínica en ese momento.

Lo primero que hemos de decir es que no cuestionan las partes, tratándose por tanto de un hecho incontrovertido, que el Dr. Luis Manuel incurrió en error al cubrir la orden de quirófano del paciente Carlos José consignando en ella intervención de vasectomía, en vez de circuncisión, siendo sobre la circuncisión sobre la que él mismo había informado al paciente en el día anterior y respecto a la que éste firmó su consentimiento y para cuya práctica venía remitido por el Sergas al Hospital Domínguez de Pontevedra. Tampoco cuestionan que el Dr. Luis Manuel teniendo a su disposición la historia clínica del paciente en el ordenador de quirófano, no la consultó previamente a proceder a intervenir, tampoco comentó con el paciente la operación que se le iba a practicar y el error no fue detectado, por lo que practicó al paciente una vasectomía en vez de la circuncisión.

Recoge la sentencia de instancia que el mismo acusado admitió en plenario que el protocolo habitual de las intervenciones impone consultar la historia clínica del paciente antes de practicar la misma y que en este supuesto consultó únicamente los resultados de los análisis que era lo único que le faltaba por comprobar, del mismo modo que era habitual hablar con el paciente mientras se le prepara para la operación, lo que no hizo en este caso porque entró en taquicardia, exigiendo igualmente el protocolo de actuación preguntar al paciente sobre la operación a la que se va a someter; también recoge que el acusado admitió que *no hice todo lo que tenía que hacer sino no estaríamos aquí*; manifestaciones que el apelante no niega haber efectuado.

Pues bien, entiende el Tribunal que la consulta de la historia clínica antes de la intervención es una prevención requerida por el sentido común y por ello de obligada observancia de acuerdo con la *lex artis*, recogándose también en la sentencia de instancia, sin impugnación del recurrente, como manifestación de la enfermera Sra. Sara , que era normal consultarla (la historia clínica) antes de la intervención.

En cualquier caso, los protocolos médicos referidos en la Ley 44/2003 del 21 de noviembre de ordenación de las profesiones sanitarias (art. 4.7b) se definen como criterios de actuación basados en la evidencia científica y los medios disponibles aplicados de forma orientativa por los profesionales médicos. Por ese carácter orientativo consideramos que no se puede afirmar la inexistencia de actuación médica debida conforme a la *lex artis*, de no estar contemplada en un protocolo. De manera que, con independencia de su plasmación o no por escrito, la revisión de la historia clínica del paciente antes de proceder a su intervención quirúrgica debe considerarse una actuación básica del médico cirujano, aconsejada por el sentido común, que forma parte de la *lex artis ad hoc*. Y en tal sentido, coincidimos con el criterio de otras Audiencias Provinciales, citadas en la sentencia de instancia, en que el cirujano es responsable de comprobar que la zona quirúrgica preparada para la intervención sea la que deba ser intervenida y que la intervención a realizar sea la efectivamente programada o prevista, que tiene que asegurarse en cada momento cual es la dolencia del paciente y la intervención a realizar (Vid Sent 269/2001 AP Valladolid).

Como ya recogía la STS 828/1988 del 29 de marzo el reproche viene dado por la dejación de atenciones o comprobaciones sobre los que el médico ha de asentar su actividad, en relación al cuadro de exigencia básica comúnmente aceptada en el ejercicio y praxis de cualquier especialidad. Es así que el deber objetivo de cuidado ha de determinarse con referencia a cada situación concreta de acuerdo con los diferentes factores e intereses en juego el nivel de exigencia o deber de cuidado objetivo ha de acudir al módulo general en el respectivo ámbito de actuación y la STS nº 1188/1997 de 3 de octubre (recordando la del mismo Tribunal de 5 de julio de 1989 -EDJ 1989/6864) dice que; expresando una vez más la alta consideración que la Medicina y la clase médica merecen por la transcendencia individual y social de su tarea y los sacrificios, muchas veces inmensos, que su correcto ejercicio imponen, hay que poner de relieve que la imprudencia nace cuando el tratamiento médico o quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendidas las circunstancias del lugar, tiempo, personas, naturaleza de la lesión o enfermedad, que olvidando la *Lex Artis* conduzcan a resultados lesivos para las personas.

Dicho esto y en relación con el presente caso la consulta de la historia clínica en el propio quirófano por parte del cirujano, llevaría a detectar un eventual y previsible riesgo de error en la cumplimentación de la orden de quirófano o de confusión, por cualquier causa, por parte del cirujano sobre la intervención a la que se sometía el paciente y respecto a la cual había dado su consentimiento informado, pues lógicamente el campo operatorio



permitía, más de una clase de intervención quirúrgica Y coincidimos con la juzgadora de instancia en que esa consulta de la historia clínica, antes de iniciar la intervención, resulta una medida o precaución básica y esencial pues como dijo la STS 308/2001 del 26 de febrero de 2001 (ROJ: STS 1430/2001) es obligación del cirujano asegurarse de cual sea la intervención que debe practicar al paciente y sobre la que ha prestado su consentimiento informado; consentimiento informado que constituye presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal, forma parte de toda actuación asistencial (SSTS 29 de mayo ; 23 de julio de 2003 ; 21 de diciembre 2005 ; 15 de noviembre de 2006 ; 13 y 27 de mayo de 2011), porque, es precisamente el consentimiento del paciente lo que excluye la tipicidad de una intervención sobre su integridad física.

Ninguna importancia causal cabe atribuir al proceso vascular que se dice -nada consta en la historia clínica- haber sufrido el paciente, pues como se opone por la acusación, habría sido motivado por la anestesia, mientras que las comprobaciones requeridas tenían que realizarse previamente y en nada impedía al cirujano revisar la historia clínica, a su disposición o en el quirófano.

B) Error en la aplicación del artículo 152.1 del CP en su nueva redacción conforme a la LO 1/2015 de 30 de marzo.

Al amparo de este motivo se queja el recurrente de que la juzgadora no ha tenido en cuenta la modificación introducida por esta norma en el art. 152.1 en la que añade la expresión *en atención al riesgo creado y el resultado producido* con la que, según la recurrente, el legislador habría querido que en el ámbito de la imprudencia profesional, se valore además del acto médico, el riesgo creado y el resultado producido, para determinar si es de aplicación la imprudencia grave del punto 1º del art. 152, o la menos grave del punto 2º.

Añade que en el campo del resultado producido, se debe concluir que el aquí causado es atípico. Al efecto dice que no se habrían causado lesiones del art 149 CP al no haber quedado el paciente en situación de esterilidad pues desde la intervención de reversión de diciembre del 2015 sería tan fértil como cualquier otra persona; tampoco lesiones del art. 150 CP porque no se habría causado la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal o la deformidad y en tal sentido considera que los conductos deferentes no son un órgano o un miembro no principal y que, aunque a efectos hipotéticos se entendiera lo contrario, al no haber sido irreversible no cabría hablar de pérdida o inutilidad y con cita de sentencias de audiencias provinciales referidas al concepto de deformidad, sostiene que en los casos en que existe reversión, se viene aplicando por los tribunales el art. 147 CP , pero aun así, concluye su argumentación con que tampoco se darían las lesiones del art. 147 CP porque el paciente tras la intervención de vasectomía, no requirió más asistencia médica que tres consultas de control.

Resulta inasumible la alegación de atipicidad del resultado producido. Se ha practicado una intervención quirúrgica no consentida por el paciente. La autorización o consentimiento del paciente es determinante, como dijimos, para la atipicidad de la conducta del cirujano y causa excluyente de la punibilidad. Fue una intervención injustificada e innecesaria a tenor del art. 105 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1.986 que, por lo mismo, no cabe calificar de tratamiento médico curativo como causa de justificación de la conducta del cirujano.

Como dice las SSTS del 26/2/2001 (-EDJ 2001/2750 y EDL 1995/16398) el actual artículo 147 del Código Penal no sólo protege el derecho a la salud física o mental de las personas, sino también, y de manera autónoma, el derecho a la integridad corporal de las mismas, según se constata por la utilización de la conjunción disyuntiva o en la descripción de la figura delictiva. Quiere ello decir que el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la integridad física ... no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por toda clase de intervención en el cuerpo que carezca de consentimiento del titular (STC de 16-12-96), y esta diferenciación tiene también su reflejo en el tipo penal (...). La agresión física que soporta el cuerpo de una persona sometida a una intervención quirúrgica supone un objetivo y real quebranto de la integridad corporal. Por ello mismo, la antijuridicidad de tal acción quedará excluida como elemento consustancial de todo hecho delictivo siempre que tal agresión a la incolumidad corporal protegida constitucional y penalmente, haya tenido lugar con observancia de las normas que configuran la *lex artis* que debe regir la actuación del sujeto activo, de suerte que cuando la intervención traumática y agresiva que sufre el ser humano se produce no sólo de espaldas a la *lex artis*, sino en oposición frontal a la misma, la antijuridicidad de la acción aparece patente y, consecuentemente, el reproche penal si en el hecho concurren los demás requisitos que configuran el tipo.

Y del mismo modo la STS 9/06/1998 rec 1747/97 dice que: una lesión corporal se debe apreciar siempre que exista un daño en la sustancia corporal, una pérdida de sustancia corporal, una perturbación de las funciones del cuerpo, o una modificación de la forma de alguna parte del cuerpo.

Así pues, partiendo de la antijuridicidad de la intervención quirúrgica que practicó el recurrente, no ofrece dudas de que se trata de un resultado que por su entidad es constitutivo de delito, pues se ha ocasionado un daño y una pérdida de sustancia corporal y además una perturbación en las funciones del cuerpo y al margen de las



consultas y tratamiento que precisó el paciente para cicatrizar la zona intervenida, la recuperación funcional del miembro intervenido y dañado por esa intervención, requería y requirió una nueva intervención quirúrgica dirigida a restablecer los conductos deferentes que habían sido cortados, con su correspondiente tratamiento médico hasta la recuperación.

En cuanto a la aplicación del art. 150 CP por el que se condena al acusado, se niega el resultado típico afirmando que los conductos deferentes no son un órgano no principal del cuerpo. No compartimos tal afirmación. Conforme a la jurisprudencia, miembro principal es cualquier órgano o parte del cuerpo que ejerce una actividad funcional independiente y relevante para la vida, para la salud o para el normal desenvolvimiento del individuo (STS 2030/1992 del 15 de junio , STS 16/02/1990). Y ha considerado que será no principal cuando gozando de las mismas condiciones, le falte la de la función autónoma por hallarse al servicio de otros miembros u órganos principales y no resulte plenamente indispensable para la vida o para la salud completa del individuo pero que a consecuencia de su falta, no pueda éste realizar las funciones todas de su plena actividad por suponer su pérdida una minusvalía anatómico- fisiológica (STS 15/06/1992 y STS 1696 del 14/10/2002). Asimismo equipara la pérdida física a los casos de una grave disfunción o limitación (STS 18/03/02 y 14/02/89). Entendemos que, conforme a la jurisprudencia citada, los conductos deferentes como canal del aparato reproductor masculino a través del cual los espermatozoides discurren desde los testículos hasta la próstata, constituyen un órgano auxiliar de dicho aparato reproductor, necesario para que el varón pueda fecundar por vía natural.

Se alega que debe aplicarse el in dubio pro reo y rechazar un resultado del art.150 CP , porque, entiende el recurrente, no se habría producido pérdida o inutilidad de órgano o miembro no principal, dado el carácter reversible de la vasectomía, mediante la técnica quirúrgica de la vasovasostomía. No compartimos esta interpretación, dicha posibilidad es posterior a la producción del resultado típico y por ende a la consumación del delito (ej. STS 16/01/2007 Id Cendoj: 28079120012007100016 , en relación con un supuesto de pérdida parcial de visión de un ojo).

La doctrina jurisprudencial que el recurrente cita se refiere al ámbito de la deformidad. En ese ámbito el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2 del TS de 19 de abril de 2.002, aplicado en sentencias posteriores del TS , introdujo matizaciones para excluir de la consideración de deformidad, aquellos supuestos de menor entidad, atendida la relevancia de la afectación o las circunstancias de la víctima, así como las posibilidades de reparación accesible con carácter general sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado, supuestos que se castigarán conforme al tipo básico del artículo 147CP . Pero como decimos, entendemos que no afecta al caso que aquí nos ocupa dado que su ámbito no es el del resultado lesivo aquí producido y tampoco consideramos reparación sencilla la intervención de vasovasostomía que, según informe forense (f. 137 y ss) puede ocasionar de tres a cuatro semanas de incapacidad, salvo complicaciones sobrevenidas.

En el campo del riesgo creado, dice la recurrente que no nos encontramos ante un supuesto de imprudencia grave (art 152.1CP) sino de imprudencia menos grave (art 152.2CP) en base a que la vasectomía es un procedimiento reversible (informe Dr. Eliseo f. 89-91, Dr. Pascual 78-86) e informe forense (f. 137- 138). Que por ello el riesgo creado ha sido mínimo e incluso para el caso de que la vasovasostomía no fuera posible, los testículos seguirían produciendo espermatozoides con los que conseguir el embarazo de la mujer con técnicas asistidas.

Tampoco compartimos esta conclusión. El riesgo creado no fue mínimo sino grave con la falta de constatación de la intervención a practicar antes del inicio de la misma. El riesgo era ejecutar una intervención quirúrgica in consentida, en este caso sobre una parte del cuerpo que afectaba a la función reproductora y no cabe duda del valor del bien jurídico amenazado que afecta al menor nivel de riesgo permitido y que exigía la adopción del mayor deber de cuidado.

C) Error en la aplicación del art. 152.1 CP Ley Orgánica 1/2015 del 30 marzo. Imprudencia Grave (152.1) menos grave(152.2).

Sustenta la recurrente el error en la aplicación del artículo 152.1 CP , por una incorrecta ponderación de la entidad de la imprudencia como grave o menos grave, incide en la relevancia de las consecuencias de aplicar uno y otro precepto porque, mientras que la imprudencia profesional grave del art. 152.1 puede aplicarse a cualquier resultado lesivo (147,149 o 150) e impone la inhabilitación profesional; la menos grave (art 152.2) solo puede aplicarse a las lesiones más graves (149 o 150) y no conlleva la inhabilitación profesional. En este sentido llama la atención de que de las sentencias citadas por la juzgadora de instancia, ninguna de ellas aplica el nuevo tipo penal al ser anteriores a la reforma, tratándose la imprudencia menos grave, dice, de una categoría de la que apenas existe jurisprudencia todavía y que estaría comprendida entre la imprudencia leve y la imprudencia grave.



Sin entrar en disquisiciones sobre tales consideraciones acerca del significado de la reforma, que a nuestro juicio lo que hace es recoger explícitamente criterios jurisprudenciales establecidos y que se venían aplicando, coincidimos con la juzgadora de instancia en que la falta de cuidado por parte del acusado ha sido grave.

Sabido es que la graduación de la conducta imprudente se efectúa atendiendo a la mayor o menor falta de diligencia mostrada por el agente en la acción u omisión desencadenante del riesgo, atendidas las circunstancias concurrentes en cada caso; a la mayor o menor previsibilidad del evento que constituye el resultado y al mayor o menor grado de infracción por el agente del deber de cuidado según las normas socio culturales vigentes. La STS 111/2004 pone el énfasis en la entidad de la infracción del deber objetivo de cuidado, según la STS 186/2009 el criterio fundamental de distinción ha de estar en la mayor o menor intensidad o importancia del deber de cuidado infringido y conforme a la STS 181/2009 la imprudencia grave se configura por la ausencia de las más elementales medidas de cuidado, causante de un efecto fácilmente previsible y el incumplimiento de un deber exigido a toda persona en el desarrollo de la actividad que ejercita. Los criterios para su medición son la mayor o menor falta de diligencia de la actividad, es decir la omisión del cuidado exigible en el concreto actuar, la mayor o menor previsibilidad del evento en esa actividad y el mayor o menor grado de infracción que reporte el incumplimiento del deber que exige la norma socio-cultural y la específica que reglamenta ciertas y concretas actividades. Y para determinar cuál sería el nivel de exigencia o deber de cuidado objetivo ha de acudir al módulo general en el respectivo ámbito de actuación.

Como tiene establecido la jurisprudencia del TS la gravedad de la imprudencia se determina, desde una perspectiva objetiva o externa, con arreglo a la magnitud de la omisión del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al grado de riesgo no permitido que engendra esa omisión con respecto al bien que tutela la norma penal. El nivel de permisión de riesgo se encuentra determinado, a su vez, por el grado de utilidad social de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo). Por último, ha de computarse también la importancia o el valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: cuanto mayor valor tenga el bien jurídico amenazado menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado.

Desde una perspectiva subjetiva o interna (relativa al deber subjetivo de cuidado), la gravedad de la imprudencia se dilucidará por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto. De forma que cuanto mayor sea la previsibilidad o cognoscibilidad del peligro mayor será el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave resultará su vulneración.

De acuerdo con estos parámetros jurisprudenciales, concluimos que la infracción por parte del acusado del deber de cuidado en su actuación médica ha sido grave, dada la entidad del riesgo no permitido que creaba con su actuación descuidada y siendo para él fácilmente previsible y evitable dicho riesgo. En supuesto análogo al presente, en que no se comprobó por el cirujano el miembro que debía ser operado se pronunció el Tribunal Supremo STS, Penal sección 1 del 26 de febrero de 2001 (ROJ: STS 1430/2001 - ECLI:ES:TS:2001:1430, con cita de la STS 8- 11-1999 -EDJ 1999/33602) calificando de muy grave la omisión y casando la sentencia absolutoria de instancia dice:

[..., ningún debate suscita que el hacer de los acusados fue manifiesta y gravemente negligente al no tomar la más mínima precaución respecto a identificar y preparar la rodilla que debía ser operada, para lo que hubiera sido suficiente consultar el historial clínico de la paciente que estaba a su inmediata disposición. Esta omisión de las más elementales normas de cuidado que son exigibles a toda persona profesionalmente dedicada al ejercicio de la cirugía, se ubica con toda claridad en el ámbito de la temeridad, es decir, en el marco de la imprudencia temeraria profesional, pues, cuando la culpa recae en un profesional que tiene saberes y posibilidades específicas de actuación, las reglas socialmente definidas alcanzan un mayor grado de exigencia, pues no son ya las comunes exigibles a cualquier persona, sino que incluyen las del conocimiento y aplicación de los saberes específicos para los que ha recibido una especial preparación técnica avalada por un título facultativo que certifican esos especiales y específicos conocimientos en el campo donde desarrolla su actividad profesional, con lo que la inobservancia de esas reglas que deben presidir su actuación generan un plus de antijuridicidad (véase STS de 25 de mayo de 1.999) y, por consiguiente, un mayor reproche penal en relación con los bienes jurídicos afectados por las actuaciones que requieren un especial cuidado en su ejercicio, de suerte que la imprudencia del profesional en el ejercicio de su campo propio se perfila como una mayor gravedad en función del mayor nivel de exigencia a que éstos están obligados precisamente por disponer de una cualificación técnica sobre la actividad que desarrollan (véase STS de 8 de noviembre de 1.999).

La sentencia de instancia no cuestiona la realidad de una conducta temerariamente imprudente, sino que la acepta sin vacilación cuando de manera expresa afirma que en los hechos enjuiciados se da un desvalor de la acción, porque tanto el cirujano como el ayudante de quirófano deberían haber comprobado y verificado, ya



que ambos tenían medios a su alcance (puesto que el historial médico estaba en la camilla de la paciente) para conocer, comprobar y saber que la rodilla a operar era la rodilla derecha, añadiendo de seguido que los acusados olvidaron las mínimas reglas deontológicas en la ejecución de la actividad médico-quirúrgica..... (...el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la integridad física no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por toda clase de intervención en el cuerpo que carezca de consentimiento del titular (STC de 16 de diciembre de 1.996), y esta diferenciación tiene también su reflejo en el tipo penal.

La agresión física que soporta el cuerpo de una persona sometida a una intervención quirúrgica supone un objetivo y real quebranto de la integridad corporal. Por ello mismo, la antijuridicidad de tal acción quedará excluida como elemento consustancial de todo hecho delictivo siempre que tal agresión a la incolumidad corporal protegida constitucional y penalmente, haya tenido lugar con observancia de las normas que configuran la lex artis que debe regir la actuación del sujeto activo, de suerte que cuando la intervención traumática y agresiva que sufre el ser humano se produce no sólo de espaldas a la lex artis, sino en oposición frontal a la misma, la antijuridicidad de la acción aparece patente y, consecuentemente, el reproche penal si en el hecho concurren los demás requisitos que configuran el tipo.

Que en el supuesto analizado los acusados actuaron con absoluta omisión del mínimo deber de cuidado a que obliga la lex artis a la que debían haber ajustado su actuación, es algo que no admite la menor duda. Por la inexcusable y clamorosa negligencia de aquéllos se intervino quirúrgicamente un miembro que no había sido sometido a examen, ni había sido diagnosticado de deficiencia, alteración o disfunción alguna que hiciera necesaria o conveniente la operación; y, desde luego tampoco se obtuvo el consentimiento de la persona afectada para operar ese miembro del que, inicialmente, ninguna señal ni apariencia aparece en el factum de la sentencia que advirtiera de que adoleciera de alguna anomalía. A este respecto conviene significar la relevancia que la autorización o consentimiento del paciente tiene como determinante de la atipicidad de esta clase de conductas o como causa excluyente de la punibilidad que ya puso de relieve la sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 1.995 cuando advertía que salvo situaciones de extrema urgencia en que exista un riesgo inminente para la vida de la persona el médico no puede llevar a cabo este tipo de intervenciones sin contar con la voluntad de la persona interesada ni, por supuesto, en contra de ella. Supuestos análogos fueron considerados también como imprudencia temeraria en distintos pronunciamientos de la jurisprudencia del TS ((STS 7- 10- 86 y 4-9-91) y de las Audiencias Provinciales (ej SAP Madrid 332/12008 del 10/07/2008 Rec 171/2008).

Como dijimos anteriormente, el error inicial del acusado al cubrir la orden de quirófano, ya de por sí indicativo de una actuación descuidada relevante considerado el valor del bien jurídico en juego (la salud del paciente), cuando tenía en la historia clínica el consentimiento informado firmado por el paciente para una circuncisión, no pudo ser posteriormente detectado por el propio acusado que era quien debía asegurarse de cuál era la operación programada antes de su ejecución la cual practicó en el día siguiente. La constatación de la intervención que iba a realizar en las circunstancias aquí concurrentes (inexistencia de situación de urgencia o riesgo para la salud) antes de proceder a su ejecución, hubiera detectado el error y esa constatación era del todo punto posible y fácil con la consulta de la historia clínica que tenía a su disposición en quirófano. Consideramos que el riesgo o posibilidad de practicar una intervención distinta a la programada, no es mínimo ni anecdótico y ejemplos ha habido de ello en la praxis judicial y como era previsible para el acusado dada su formación, debía conforme a la lex artis, haber llevado a cabo lo necesario y posible para evitarlo. Como dijo el TS en sentencia anteriormente citada, los conocimientos científicos más elementales en materia intervenciones quirúrgicas indican que operar el miembro equivocado infringe las normas de la práctica médica exigible y permiten atribuir a la imprudencia la máxima calificación posible con arreglo a los parámetros legales.

Se dice también en el recurso que debe distinguirse entre culpa del profesional (imprudencia común en el ejercicio de su cargo) y culpa profesional (impericia profesional como falta de aptitud para el desempeño del cometido concreto de que se trate) y que en el presente caso, el error del Dr. Luis Manuel se produce al cubrir la orden de quirófano lo cual no constituiría una imprudencia profesional en la esfera propia de su trabajo facultativo, reiterando la inexistencia de protocolo que le exigiera revisar posteriormente la historia clínica en quirófano antes de operar, máxime cuando el mismo médico había consultado al paciente el día anterior .

Ciertamente es clásica la distinción a la que alude la parte recurrente. La STS de 3-10-97 (-EDJ 1997/6352-) dice que la imprudencia profesional se caracteriza por la inobservancia de las reglas de actuación, que vienen marcadas por lo que se conoce, en términos jurídicos, como Lex Artis, lo que conlleva un plus de antijuridicidad que explica la elevación penológica. El profesional que se aparte de estas normas específicas, que le obligan a un especial cuidado, merece un mayor reproche en forma de sanción punitiva. Al profesional se le debe demandar un plus de atención y cuidado en la observancia de las reglas de su arte, que no es exigible al que no es profesional. En el mismo sentido las STS 308/2001 -EDJ 2001/2750 o la STS 726/1998 recordando



esta última, con cita de las SSTs 29-3-88 , 27-5-88 - EDJ 1988/4521-, 5- 7-89 -EDJ 1989/6864-, 1-12-89 -EDJ 1989/10793 -, 8-6-94 -EDJ 1994/5198 -, 8-5-97 -EDJ 1997/4246 - y 16-12-97 -EDJ 1997/10545-) conforme a cuya doctrina la imprudencia profesional es aquella en la que el agente activo pese a ostentar un título que le reconoce su capacidad científica o técnica para el ejercicio de la actividad que desarrolla, contradice con su actuación aquella presunta competencia, ya porque en su origen no adquiriese los conocimientos precisos, ya por una inactualización indebida, ya por un dejación inexcusable de los presupuestos de la Lex Artis de su profesión, le conduzca a una situación de inaptitud manifiesta, o con especial transgresión de deberes técnicos que sólo al profesional competen y que convierten la acción u omisión del profesional en extremadamente peligrosa e incompatible con el ejercicio de aquella profesión. Esta imprudencia profesional , constituye un subtipo agravado caracterizado por un plus de culpa y no una cualificación por la condición profesional del sujeto.

En el supuesto que examinamos es perfectamente aplicable la doctrina jurisprudencial que se deja expresada para apreciar la concurrencia de la imprudencia profesional. El recurrente ha omitido deberes elementales que le eran exigibles para evitar el resultado producido y ha actuado con grave infracción de los deberes técnicos -Lex Artis- que como profesional de la medicina le competen, pues la capacitación oficial para determinadas actividades sitúa al profesional en condiciones de crear riesgos especialmente sensibles para determinados bienes jurídicos y proyecta consiguientemente sobre ellos, normas sociales de cuidado particularmente exigentes.

Y es una norma de cuidado básica exigible al cirujano, el llevar a cabo las comprobaciones necesarias para constatar y corroborar, antes de intervenir, la operación que haya de practicarse, lo que aquí no se hizo, por lo que su transgresión conforma la imprudencia profesional.

Finalmente se invoca la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, en particular:

D.- *Circunstancia atenuante de confesión y reparación del daño, del artículo 21 en sus apartados 4ª, 5ª y 6ª CP .*

Confesión, art 21.4ª CP .- La apelante invoca su aplicación porque el acusado consciente del error, el mismo día por la tarde 15/03/2013 hizo una anotación del problema ocurrido en la historia clínica, admitió que era el único responsable del error y se ofreció para solucionar el problema, aconsejando al paciente que se hiciera un espermiograma, a quien explicó los sistemas alternativos al embarazo natural y así, el propio paciente dijo en la reclamación previa al Sergas que el urólogo que me intervino, en presencia mía y de mi esposa muy afectado reconoce su error. Añade que al anotar en la historia clínica el error, pone en conocimiento de la autoridad y del propio perjudicado el reconocimiento del mismo y cita jurisprudencia que la habría considerado en supuestos, que el apelante entiende semejantes.

Consideramos que no se dan los requisitos de dicha atenuante, ni siquiera por la vía analógica. En relación con la atenuante de confesión, dice el TS, STS, Penal sección 1 del 22 de febrero de 2016 (ROJ: STS 539/2016 - ECLI:ES:TS:2016:539) *que la atenuante de confesión del artículo 21.4º CP exige que el sujeto confiese la infracción a las autoridades antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él. No es preciso ningún elemento subjetivo relacionado con el arrepentimiento por el hecho cometido. En relación con la atenuante de confesión, se ha apreciado la analógica en los casos en los que, no respetándose el requisito temporal, sin embargo el autor reconoce los hechos y aporta una colaboración relevante para la justicia.*

En el mismo sentido la STS, Penal sección 1 del 17 de marzo de 2016 (ROJ: STS 1224/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1224) recoge que el *fundamento de la circunstancia atenuante se encuentra en la utilidad que la confesión de la propia culpabilidad representa para una más fácil investigación de lo ocurrido . Si se produce una conducta voluntaria del sujeto culpable que, aunque propiamente no sea una confesión, favorece la investigación de lo ocurrido, si realmente ello tiene alguna significación o relevancia en ese favorecimiento, es posible aplicar esta circunstancia atenuante analógica (STS 25-06-09). Sólo se ha estimado la posibilidad de una atenuación por la vía de la atenuante analógica cuando la colaboración a los fines de la justicia sea especialmente relevante en función de la trascendencia de los datos que aporte el acusado para el esclarecimiento de los hechos, quedando excluida tanto cuando los datos aportados sean ya conocidos por la correspondiente autoridad, como cuando no se haya podido comprobar de alguna forma su trascendencia a los efectos de favorecer la acción de la Justicia (STS 16-1-03).*

En el presente caso, el acusado admitió lo que resultaba de la propia historia clínica del paciente. Existía una intervención programada, con su consentimiento informado y practicó otra distinta, siendo el mismo cirujano que practicó esta intervención, el que había cubierto el consentimiento informado y la orden de quirófano; por tanto, el reconocimiento del error no resultó relevante a los fines de la justicia. La atenuante no se aplica cuando se admite lo inevitable y en el presente caso además, la postura procesal del recurrente negando la tipicidad misma de su conducta está muy alejada de una confesión siquiera por vía analógica.



D.2 Reparación del daño art 21.5ª en relación con 7ªCP . Se argumenta la concurrencia de la atenuación de responsabilidad en que el doctor Luis Manuel se ofreció para solucionar el problema en el momento en que se dio cuenta del error el mismo día 15/03/2013 por la tarde (f. 64). Que en la consulta del 21/3/2013 le vuelve a proponer al paciente la intervención de vasovasostomía (f. 65) sobre la que de nuevo informa al paciente en la consulta del 4/4/2013 (f. 66) y en la del 21/11/2013 se le ofrece practicarla con cualquier otro médico del Hospital Domínguez. Dice que incluso se contactó con la clínica Teknon de Barcelona para solicitar presupuesto a la máxima autoridad en España en esta técnica reconstructiva, pero el paciente se opuso de hecho, entablando una reclamación infundada por exagerada de 400.000 euros y no sometiéndose a la reconstrucción hasta diciembre del 2015. Considera que como la reparación efectiva requería el consentimiento del paciente, debe aplicarse la atenuante con el intento serio por parte del médico para reparar el daño causado y que, aunque pudiera pensarse que con la intervención de vasovasostomía ofrecidas por el acusado y el Hospital Domínguez, no se agotaban los daños y perjuicios del Sr. Carlos José , siendo preciso además una compensación económica, la atenuante no exige que la reparación sea completa.

Del mismo modo coincidimos con la juzgadora de instancia en que no concurren sus requisitos, ni siquiera lo necesario para su apreciación por vía analógica. No se puede considerar tal la información acerca de la posibilidad de reconstrucción de los conductos seccionados, en el mismo hospital o en otro, sin perjuicio de que el paciente estaba en su derecho de someterse o no a una nueva intervención quirúrgica, para el restablecimiento de los conductos seccionados. El ofrecimiento de que la intervención de vasovasostomía fuera realizado por otro cirujano del Hospital Domínguez y no por el recurrente, o el hecho de que se consultara el importe de tal cirugía con otro profesional, máxima autoridad en esa técnica reconstructiva, atañen como dijimos al derecho del paciente, sin que supongan esfuerzo reparatorio por parte del acusado o del hospital, máxime cuando nada se dice de la repercusión económica que esa consulta tendría para el Sr. Carlos José . En definitiva, no habiéndose acreditado un esfuerzo reparatorio más allá de aquello a lo que el paciente accedería fácilmente conforme a sus derechos como tal, no apreciamos que se hubieran disminuido los efectos del delito, que es lo que requiere la aplicación de la atenuación por vía de reparación.

D.3 Atenuante de dilaciones indebidas el art. 21.6ª en relación con 7ª del CP . Funda la apelante tal circunstancia en que el hecho ocurrió el 15/3/2013, el paciente presentó reclamación administrativa el 14/3/2014 y la denuncia judicial es del 27/11/2014, habiendo transcurrido tres años desde el día de los hechos hasta la celebración del juicio, pese a ser una causa de tramitación muy sencilla e incide en que la denuncia penal fue presentada 1 año y 8 meses después, una vez que el paciente vio frustradas sus altas pretensiones económicas, mientras que el juzgado de instrucción tardó más de un año en tomar declaración al imputado, solicitar las historias clínicas del Sergas y del Hospital Domínguez y aguardar la elaboración de un informe pericial.

Tampoco se acreditan dilaciones indebidas. El tiempo transcurrido entre los hechos y la presentación de la denuncia, no puede tomarse en cuenta para las dilaciones indebidas que se refieren a la tramitación del proceso. Una vez iniciado el procedimiento, el transcurso de tres años hasta la sentencia, no se estima, teniendo en cuenta las diligencias de investigación practicadas y el tiempo medio en que causas análogas llegan a su enjuiciamiento, una demora excesiva o una dilación indebida, el procedimiento se incoó el 12/12/2014 celebrándose el juicio antes de los dos años siguientes, concretamente el 8/06/16. La recurrente no señala dentro de la tramitación procesal concretas paralizaciones, por lo que la atenuante resulta injustificada.

SEGUNDO.- Recurso de la acusación particular y adhesión parcial del Ministerio Fiscal.

Alega la acusación particular como motivos de apelación, el error en la valoración de las pruebas en cuanto al resultado lesivo declarado en la sentencia de instancia; infracción de los arts. 110 , 115 y 116 del CP debida a error en la valoración del daño causado y cuantificación de la indemnización procedente; falta de motivación y de proporcionalidad en la aplicación de la pena e incongruencia omisiva. El Ministerio Fiscal se adhiere al recurso en el único particular de la cuantía indemnizatoria para apoyar que en este extremo su parcial estimación.

Error en la valoración de las pruebas en cuanto al resultado de las lesiones.

Impugna la apelante, la conclusión de la juzgadora de instancia en cuanto a que el daño causado no es la esterilidad sino la pérdida de la funcionalidad de un miembro no principal. Invoca la misma sentencia de AP Sevilla 324/2005 de 25 julio Rec 2321/2005 que la Magistrado-juez de instancia acoge y en la cual se descartó la infertilidad porque solo se había seccionado uno de los conductos deferentes, afirmando que la *sección de ambos hubiera acarreado la esterilidad del lesionado y por tanto la aplicación del artículo 152,2 en relación con el art. 149 CP* . Sostiene, en definitiva, que existe un error en la valoración de la prueba porque quedó acreditada la esterilidad y la pérdida funcional de un miembro u órgano principal del paciente, tal como



avalarían los resultados de los espermogramas (f. 292,293,294), indicativos según dice, conforme al cuadro de resultados (f. 417) que la cantidad de espermatozoides ha disminuído progresivamente desde la realización de la vasovasostomía, igual que el porcentaje de movilidad y de los que presentan morfología normal, lo cual, según informó el Dr. Alonso sería debido a la obstrucción de la anastomosis deferencial (unión de los conductos deferentes). Y en base a todo ello interesa la condena por un delito del artículo 152.1.2º CP y último inciso, en relación con el art. 149.1CP .

Coincidimos con la juzgadora de instancia en que no se da la esterilidad de acuerdo con el tipo del artículo 149.1 CP , pues la intervención inconsciente no erradicó la capacidad del recurrente para producir un embarazo. Afectó a su capacidad y posibilidad de producirlo por vía natural, sin ninguna ayuda externa , pero no a la de causarlo mediante técnicas reproductivas extrayendo los espermatozoides que su aparato reproductor seguía produciendo. El art. 149 CP establece un número clausus y consideramos que debe ser interpretado de manera restrictiva; por tanto, en la medida en que el recurrente no perdió la capacidad de reproducirse y de tener descendencia habida cuenta de que no perdió la capacidad de producir espermatozoides aptos para ello, ni antes de la operación de vasovasostomía y menos aún tras la realización de ésta, con la cual recuperó la posibilidad de engendrar por vía natural, la esterilidad debe ser rechazada. En este último aspecto, los resultados de los espermogramas valorados por la juzgadora y temporaneamente presentados- excluidos los que aquí no aceptamos como prueba propuesta en la apelación- así lo avalan.

Se queja también de la falta de motivación de la pena impuesta, la cual considera inadecuada al reproche de culpabilidad que merecería la conducta del acusado, alegando que procede imponerle la pena de prisión de dos años e inhabilitación por igual tiempo. Tampoco acogemos esta objeción. Una cosa es que se deba calificar de grave la imprudencia tipificándola conforme al art. 152.1-3ª y otra que dentro de la pena prevista para la imprudencia grave, conforme a dicho tipo delictivo, la conducta del acusado merezca el máximo reproche y la máxima penalidad. Las circunstancias del caso ya valoradas, el tipo de error cometido y su resultado, junto con las circunstancias del autor, nos llevan a concluir que la individualización de la pena en su mínimo es adecuada al reproche de culpabilidad que merece su conducta.

Infracción de los arts. 110 , 115 y 116 del CP . Error en la valoración del daño causado y en la cuantificación de la indemnización procedente .

Se queja la parte apelante de que la sentencia aplica el baremo de tráfico del año 2014 por haberse practicado en ese año la vasovasostomía, y que con ello incurrió la juzgadora en un claro error porque dicha intervención fue practicada el 15/12/2015 y sería de aplicación el baremo del 2015. También considera que incurre en error la juzgadora porque dice que el baremo valora la secuela de impotencia entre 2-10 puntos, cuando no es cierto porque el baremo aplicado del 2014, la fija en una horquilla de 2-20. Y añade que dentro de esta horquilla, debe concedérsele la puntuación máxima atendido el resultado de los espermogramas que indicarían una movilidad inferior al 32%; que solo un 1% (informe 24/05/2016) tienen morfología normal y que tan solo el 4,3% son progresivos lo que conformaría la patología de astenozoospermia como causa de infertilidad (5ª edición Manual de la OMS del 2010).

En definitiva concluye que la valoración que se realiza es arbitraria, que el baremo del 2014 que se aplica no contempla la infertilidad y no cabe equiparar las secuelas aquí sufridas, a la de impotencia y a la de varicocele. Por ello solicita que se aplique el baremo correspondiente a la fecha de la sentencia de instancia, en concreto el de la Ley 35/2015 vigente desde 1/01/16 que establece 40 puntos para la pérdida traumática de dos testículos, por lo que interesa una indemnización de 73.267,50 euros, más la secuela por perjuicio estético,- cicatrices de las intervenciones quirúrgicas - a razón de 5 puntos resultando por ésta secuela 5323 euros; una cantidad por perjuicio moral de 70.000 euros (de 40.000 a 100.000); otra por incapacidad temporal de 4275; 57 días de incapacidad a razón de 75 euros día, y 405 euros por gastos médicos.

Lo primero que hay que decir es que tiene razón la defensa en que tales pretensiones sumarían 153.270,50 excediendo incluso los 150.000 euros solicitados por la acusación en conclusiones definitivas, lo que denota cierta incongruencia en sus pretensiones.

Al margen de ello, en la elección de la norma de valoración de los daños personales causados, es doctrina del TS que procede aplicar el sistema legal de valoración vigente en el momento en que se produjo el hecho causante de las lesiones, siendo este el régimen legal de aplicación para la concreción del daño reclamado (determinación de los días de incapacidad, clase de secuela acreditada y puntuación correspondiente) incluyendo el daño moral y que establecida conforme a tal sistema la valoración del daño, su cuantificación económica debe llevarse a cabo con arreglo a las cuantías publicadas por la Dirección General de Seguros para todo el año en que se produjo el alta definitiva (por todas STS Sala civil 284/2014 del 06/06/2014 , con cita de doctrina reiterada de la Sala (SSTS de 16 de diciembre de 2013, rec. nº 2245/2011 , y 18 de junio de 2013, rec. nº 368/2011 , entre las más recientes), doctrina sentada a raíz de las SSTS de 17 de abril de 2007,



en rec. nº 2908/2001 y rec. nº 2598/2002 , luego recogida en otras muchas (entre otras, SSTS de 9 de julio de 2008, rec. nº 1927/2002 ; de 10 de julio 2008, rec. nº 1634/2002 y rec. nº 2541/2003 ; de 23 de julio de 2008, rec. nº 1793/2004 ; de 18 de septiembre de 2008, rec. nº 838/2004 ; de 30 de octubre de 2008, rec. nº 296/2004 y de 9 de marzo de 2010, rec. nº 456/2006 etc)

En el caso presente, se considere la estabilización lesional durante el 2014 tras la intervención de vasectomía o durante el 2015 tras la intervención de vasovasostomía, el sistema de aplicación era el del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCSVM) aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre que era el vigente en la fecha de la producción de la intervención médica causante del daño; mientras que la norma de cuantificación o determinación del importe de la indemnización procedente sería la Resolución del 5/03/2014 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones que publicó las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarían de aplicar durante 2014 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación; baremo que rigió durante todo el año 2015 porque no se publicó en éste año la actualización que anualmente venía estableciendo la Dirección General de Seguros.

De manera que el sistema cuya aplicación pretende el recurrente, Ley 35/2015, de 22 de septiembre de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, no resulta de aplicación pues la propia norma excluye su carácter retroactivo. Conforme a su Disposición final quinta entró en vigor el 1/01/2016 y conforme a su Disposición transitoria. Aplicación temporal del sistema el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación que establece esta Ley se aplicará únicamente a los accidentes de circulación que se produzcan tras su entrada en vigor. 2. Para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley subsistirá y será de aplicación el sistema recogido en el Anexo y en el Anejo del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

En definitiva, el sistema aplicado en la sentencia de instancia es el procedente, sin perjuicio de que no resulte en modo alguno vinculante, sino optativo, dado que no estamos ante un resultado dañoso propio del ámbito de la circulación que tales sistemas regulan. En cuanto a las sumas que se pretenden en el recurso, comenzando por la secuela, coincidimos con la juzgadora de instancia en la consideración analógica conforme a las secuelas de impotencia y de varicocele, como más próximas al daño aquí causado, no siendo equiparable la de pérdida de testículos por su mucha mayor gravedad.

No apreciamos, error de valoración alguno en la interpretación del resultado probatorio exteriorizado en la sentencia. La vasectomía ha sido revertida y en cuanto a la recuperación de la fertilidad, consta en los espermogramas posteriores a la intervención que se encontraron espermatozoides en semen, informando el perito Sr. Pascual en juicio, que se descarta la esterilidad y que no cabe otorgar valoración de signo contrario a la variación a la baja en el espermograma de mayo del 2016 respecto de los resultados de los anteriores (marzo y abril del 2016) ya que se trata de un descenso anormal, en la cantidad siendo lo normal que los espermatozoides vayan en aumento, por lo que, consideramos razonable y acogemos la conclusión de que tal descenso pueda obedecer a distintas causas ajenas al resultado de la operación, incluso de naturaleza fisiológica.

La sentencia de instancia fija 10 puntos de secuela; la parte apelante considera que de no acogerse la secuela de pérdida de dos testículos y mantener el criterio de la sentencia, deben concederse los 20 puntos que para la secuela de impotencia establece el baremo. El Ministerio Fiscal se adhiere a la equiparación de la secuela de impotencia por ser la más próxima al caso y a que se le concedan el máximo de 20 puntos.

Pues bien, el sistema aplicado, RD 6/2004, establece para la secuela de varicocele una puntuación de 2-10 y para la secuela de impotencia una puntuación de 2-20 según repercusión funcional. Consideramos que resulta más ajustado asimilar la situación funcional del paciente tras la reversión de su vasectomía, a la secuela de impotencia, pero no se dan las repercusiones y gravedad requeridas para otorgarle la máxima puntuación como pretende la parte recurrente, sino, dada su diferente repercusión en la calidad de vida del afectado y en la capacidad de fecundación según lo que valoramos del resultado de los espermogramas, para concederle una puntuación media que fijamos en 15 puntos.

En cuanto al concepto de daño moral por calidad de vida grave, no cabe su apreciación. Nada se ha acreditado al respecto, ni se deduce de la entidad y naturaleza del daño más allá del estrés postraumático leve que se reconoce en la sentencia apelada, por lo que la indemnización por secuelas será de 16 puntos.

No ha quedado acreditada secuela estética. Se desconoce cualquier característica de las cicatrices quirúrgicas (entidad, morfología etc..) que pueda llevar a su consideración como tal secuela estética. En lo que respecta



al periodo de incapacidad temporal, las ocho semanas que acoge la juzgadora y que el recurrente no impugna suponen 57 días, siendo uno de ellos de hospitalización, con lo cual la indemnización es la recogida en la sentencia de instancia y por gastos médicos deben ratificarse, también los que en ella se acogen; aplicando sobre el daño personal el porcentaje de incremento del 10% como perjuicio económico.

Infracción de los arts. 110 y 115 CP así como del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro en cuanto a la ausencia de pronunciamiento sobre intereses. Alega la parte apelante que pese haberse solicitado los intereses del art. 20 Ley Contrato de Seguro a cargo de la compañía de seguros AMA, en la sentencia se omite todo pronunciamiento al respecto, incurriendo en incongruencia omisiva.

La representación de la compañía aseguradora Mafre Seguros de Empresas SA y de la Entidad Miguel Domínguez, se opone a dicha pretensión, alegando que en el suplico del recurso no se contiene la misma y porque concurre causa de exención dado que la falta de satisfacción de la indemnización o del pago del importe mínimo estaría fundada en causa justificada, pues -dice- ha sido necesaria la celebración del juicio para determinar la existencia de responsabilidad y el monto indemnizatorio del daño.

Ciertamente en el escrito de conclusiones provisionales (f. 155), luego elevadas a definitivas interesó la acusación particular la imposición a la aseguradora de los intereses previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguros, sin que en la sentencia de instancia se recoja previsión alguna al respecto. También es cierto que en el recurso de apelación nada se dijo de la omisión pero ello fue subsanado por un escrito posterior del recurrente y así se acogió por el juzgado. Dado el tenor del recurso y de las alegaciones, las partes instan y asumen un pronunciamiento ex novo de esta Audiencia sobre tal cuestión, omitiendo cualquier pretensión de nulidad parcial de la sentencia de instancia para un pronunciamiento de la Jueza a quo sobre tal cuestión.

Por tanto, entrando a decidir la pretensión, consideramos que deben imponerse a la aseguradora los intereses del referido artículo 20 LCS computados desde la fecha de comisión de los hechos, esto es la intervención quirúrgica de vasectomía, pues la falta de ingreso del importe mínimo no se justifica en un caso como el presente, en que la existencia de responsabilidad civil no ofrecía dudas desde el momento en que se produjo una intervención quirúrgica errónea y que se había comunicado el siniestro a la compañía por parte del asegurado, sin que justifique dicho impago la disparidad en las pretensiones resarcitorias del recurrente o la diferencia entre las pretendidas y las que finalmente le son concedidas.

TERCERO.- No apreciamos méritos para un pronunciamiento en las costas de la apelación.

FALLO

Desestimamos el recurso de apelación presentado por Luis Manuel y Agrupación Mutua Aseguradora.

Estimamos parcialmente el recurso de apelación presentado por Carlos José y Magdalena así como la adhesión parcial al mismo del Ministerio Fiscal y en su virtud, revocamos la sentencia de instancia en el particular de la puntuación concedida por secuelas funcionales, puntuación que fijamos en 15 puntos (16 con la secuela de perjuicio estético) cuyo quantum que se determinará en ejecución de sentencia conforme al baremo aplicado, se sumará a la indemnización concedida en la sentencia apelada por los restantes conceptos.

Condenamos a la aseguradora AMA al pago del interés del 20% sobre la indemnización concedida al lesionado, computado desde la fecha de los hechos hasta el pago.

En todo lo demás confirmamos la sentencia de instancia, sin efectuar un especial pronunciamiento en las costas de la apelación.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que La presente resolución es firme y contra la misma NO CABE INTERPONER RECURSO ALGUNO.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.