

NOTIF: 27 - JUNIO - 2003

RP 186-2003  
Juicio Oral 412-2003  
Juzgado de lo Penal 11 de Madrid



AUDIENCIA PROVINCIAL  
SECCIÓN DECIMOQUINTA  
Santiago de Compostela, 96  
Tfno.: 91.3973069-70  
Madrid-28071

SENTENCIA 285 / 2003

**Magistrados:**  
Alberto JORGE BARREIRO  
M<sup>a</sup> Pilar OLIVAN LACASTA  
Carlos MARTIN MEIZOSO (ponente)

En Madrid, a 20 de junio de 2003

Este Tribunal ha deliberado sobre los recursos de apelación interpuestos por L C A L contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal 11 de Madrid, el 19 de febrero de 2003, en la causa arriba referenciada.

#### ANTECEDENTES PROCESALES

**Primero:** El relato de hechos probados de la Sentencia apelada dice así:

El día 27.07.1997 en la clínica \_\_\_\_\_ sita en la \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ de Madrid. L C A L fue  
operada de juanetes por J P G A en su manifestada  
condición de podólogo, en cuyo transcurso le fue colocada una aguja de  
Kirschner.

Comoquiera que L\_\_\_ C\_\_\_ A\_\_\_ L\_\_\_ afirmara padecer sintomatología dolorosa, el 30.07.07 le fue retirada la referida aguja, cediendo aquélla.

Posteriormente en la zona cicatricial queloide fue objeto de resección en abril de 1998 (folio 77), siéndole también efectuadas infiltraciones locales con corticoides y un tratamiento con laserterapia y magnetoterapia.

L\_\_\_ C\_\_\_ A\_\_\_ L\_\_\_ presenta entre otros extremos - según informe forense obrante a los folios 138 y siguientes - cicatriz en la zona intervenida, dolor con inflamación del antepié y limitación de la movilidad del primer dedo del pie izquierdo (folio 139).

Por escrito de 18.07.0 Luz Cielo Alvarez López dirigió querrela contra J\_\_\_ P\_\_\_ G\_\_\_ A\_\_\_ y como responsable civil subsidiario contra la Clínica \_\_\_\_\_, en la persona de su representante legal L\_\_\_ L\_\_\_ L\_\_\_ P\_\_\_ dando origen a las presentes actuaciones."

La resolución impugnada contiene el siguiente fallo:

"Que debo absolver y absuelvo a J\_\_\_ P\_\_\_ G\_\_\_ A\_\_\_ con DNI \_\_\_\_\_ de los hechos a que se refieren las presentes actuaciones, declarando de oficio las costas devengadas."

**Segundo:** La parte apelante interesó se revocara la Sentencia apelada y se dictara otra por la cual se condene a J\_\_\_ P\_\_\_ G\_\_\_ A\_\_\_, como autor de un delito de imprudencia del artículo 150, en relación con el artículo 152 del Código Penal y subsidiariamente como autor de una falta prevista en el artículo 621.1 del mismo texto penal.

**Tercero:** El Ministerio Fiscal solicitó igualmente que se condene a J\_\_\_ P\_\_\_ G\_\_\_ A\_\_\_ como autor de un delito del artículo 403 y otro del 152.3º, 3º del Código Penal.

**Cuarto:** Las restantes partes solicitaron la desestimación del recurso, con confirmación de la sentencia impugnada.

### HECHOS PROBADOS

**Unico:** Se aceptan los relatos en la Sentencia apelada, si bien su párrafo cuarto debe ser sustituido por el siguiente:

L. C. A. L. presenta, según informe forense obrante a los folios 138 y siguientes:

Dolor, inflamación del antepié, cicatriz y limitación de la movilidad del primer dedo del pie izquierdo.

La palpación del primer radio es dolorosa. Aparece cicatriz quirúrgica de 7 cm. sobre el dorso. Se palpa edema, con fóvea. El diámetro del antepié y tercio anterior de pierna derecha son 0.5 cm mayores que los contralaterales.

El primer dedo se muestra acortado respecto al del pie izquierdo, siendo la longitud total del pie de casi 1 cm menor que el otro.

No puede adoptar posición de puntillas.

La flexión plantar del dedo está abolida.

Refiere intenso dolor e inflamación tras bipedestación o cortos periodos de marcha, aportando informe de urgencia del 11-8-2001 por uno de estos episodios.

El primer metatarsiano se encuentra en ligero valgo y la articulación metatarso-falángica es muy dolorosa.

En radiografías recientes se aprecia desviación hacia dentro del metatarsiano y osteotomías consolidadas, con callo deforme en el cuello del metatarsiano. Discretos signos de osteopenia.

## MOTIVACIÓN

**Primero:** Son dos los recursos presentados. Uno por la acusación particular, otro por el Fiscal.

El Ministerio Fiscal interpone recurso de apelación, el 30-4-2003, al serle dado traslado del interpuesto por L. C. A. L. Por su contenido y momento procesal, parece que se trata de una adhesión al recurso formulado por la acusación particular. Añade en cambio la petición de que se condene al acusado por un delito de intrusismo.

El recurso del Fiscal no puede ser admitido, pues se ha formulado fuera del plazo legal, ya que la última notificación de la Sentencia tuvo lugar el 25-3-2003 y no interpuso el recurso hasta que hubo pasado más de un mes, en clara vulneración del plazo de 10 días establecido por el 790.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (795.1 del texto anterior).

**Segundo:** La otra recurrente pretende la condena de quien resultó absuelto en primera instancia.

Para resolver la cuestión suscitada es imprescindible entrar a valorar, con detalle, las declaraciones escuchadas durante la celebración del Juicio Oral, como señala el propio recurso al decir que *"no es de recibo extractar frases del acta del juicio oral, las cuales, fuera de contexto, pueden dar lugar a equívocos"* o, en otro lugar, que el Juez ha sacado *"fuera de contexto frase obrantes en el acta del juicio oral (con el nulo reflejo que dicho medio consigue, por cierto, de lo realmente acaecido en el plenario), ignorando el resto del testimonio prestado"*.

La recurrente entiende que,

1. La imparcial médico forense, en el plenario, al ratificar el informe que emitió y obra a los folios 138 y siguientes, dejó claro que:
  - 1.A. La técnica de abordaje de la intervención fue incorrecta, en cuanto debía haberse procedido a realizar la primera incisión por vía lateral y no dorsal.

1.B. Esa técnica incorrecta

1.B.a. Limitó el campo de visión operatorio.

1.B.b. Acarreó graves consecuencias pues:

1.B.b.I. Provocó una mala cicatrización ya que la cicatriz se adhirió al tendón

1.B.b.II. Originó que al colocar la aguja de Kischner se atravesase el tendón

1.B.b.III. La lesión del tendón provocó la abolición de la flexión plantar

2. Que todo ello fue confirmado por el testigo V\_\_\_\_\_F\_\_\_\_\_ al decir que La técnica de abordaje debe ser lateral, pues en caso contrario puede producir mala cicatrización.

3. Que el perito de la acusación particular, SASTRE ha ratificado todo ello, al indicar que:

3.A. No se le realizó isquemia

3.B. La vía correcta es la lateral

3.C. No se han atajado todos los elementos que conforman el juanete

3.D. La aguja se colocó atravesando el tendón y el hueso

3.E. No se midieron los ángulo de desviación de los dedos, a fin de decidir el procedimiento

3.F. No se desenganchó el abductor

3.G. No se corrigió la luxación de los sesamoideos

3.H. Se produjo rigidez en el dedo

3.I. Se atrapó el tendón.

4. Los peritos de la defensa, Fernando LADERO y BECERRO BENGOA, no tienen gran valor, al no haber visto siquiera la cicatriz, si bien coinciden en la necesidad de isquemizar la zona.

Sin embargo el Juzgado de instancia, consideró, a la vista del testimonio prestado por cuantos participaron en el juicio y de los documentos e informes aportados, dar mayor valor probatorio a la versión contraria.

El Juez "a quo" razona en su sentencia, los pasos que le han llevado a sus conclusiones y termina por aplicar el principio "in dubio pro reo", en cuanto que, desde su privilegiada posición de intermediación, entiende que las pruebas practicadas no bastan para constituir prueba de cargo bastante para dictar condena, pues si bien, los peritos y testigos, realizaron las manifestaciones, que, de forma sesgada, repasa la recurrente y se han consignado, también realizaron otras, no menos importantes que precisó el juzgador en su resolución y que hacen surgir serias dudas sobre si se ha interrumpido la relación de causalidad entre la acción negligente y el daño producido.

Así que:

1. Ana AIZCORBE ARROYO, médico forense, ratificó en el plenario el informe que había emitido, en el que se enumeran las secuelas y consta unido a los autos, si bien lo *"atemperó en el acto del juicio oral al afirmar que la rigidez puede deberse a un(a) complicación (folio 417)"*
2. Laudelino VIEJO FERNANDEZ manifestó que *"la rigidez del dedo puede ocurrir por una mala praxis pero también por una mala cicatrización. la rigidez no ocurre únicamente por una mala praxis (folio 416)"*
3. José María SASTRE MARTIN, propuesto por la acusación particular, *"si bien afirmó que si se hubieran realizado correctamente no hubieran"*

*ocurrido estas consecuencias, a continuación expreso que, al menos no es habitual (folio 417), lo que desde luego matiza, y mucho, su previa manifestación al no descartar la posibilidad de que tales consecuencias se hubieran producido aún habiendo actuado correctamente, añadiendo seguidamente que la rigidez puede ser producida por una operación de juanetes aunque se haga correctamente (folio 418)".*

4. El perito de la defensa Fernando LADERO ALVAREZ afirmó (folio 419) que *"el tratamiento realizado por el acusado fue correcto... que hay varias formas de abordaje... y elegir una y otra depende de cada profesional... en su opinión estuvo realizada correctamente la intervención... la extracción de la aguja no influyó para nada. La tromboflebitis no debe relacionarse con la operación y el esguince que padeció tampoco... donde estaba colocada la aguja no afecta nunca al tendón exterior (folio 420)".*
5. El perito propuesto por la defensa, Ricardo BECERRO BENGUA VALLEJO afirmó que *"el tratamiento realizado por el acusado fue correcto... la técnica realizada fue correcta... (folio 420)"*

Según el Tribunal Constitucional, el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal superior "ad quem", para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un "novum iudicium" (SSTC 124/83, 54/85, 145/87, 194/90, 21/93, 120/94, 272/94 Y 157/95). Si bien se excluye toda posibilidad de una "reformatio in peius" (SSTC 15/87, 17/89 Y 47/93).

El supremo intérprete del texto constitucional tiene también declarado que nada se ha de oponer a una resolución que, a partir de una discrepante valoración de la prueba, llega a una conclusión distinta a la alcanzada en primera instancia (STC 43/97), pues tanto "por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma como por lo que se refiere a la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba" el Juez "ad quem" se halla "en idéntica situación que el Juez "a quo"" (STC 172/97, fundamento jurídico 4º; y, asimismo SSTC 102/94, 120/94, 272/94, 157/95 Y 176/95) y, en consecuencia, "puede valorar la

*ponderación llevada a cabo por el juez a quo*" (SSTC 124/83, 23/85, 54/85, 145/87, 194/90, 323/93, 172/97 y 120/99).

No obstante, la amplitud del criterio fiscalizador que se proclama en el plano normativo, se ve cercenada, sin duda, en la práctica a la hora de revisar la apreciación de la prueba efectuada por el juez "a quo". Especialmente cuando el material probatorio del juicio de primera instancia se centra, primordialmente o exclusivamente, en la prueba testifical, supuestos en los que deben distinguirse las *zonas opacas*, de difícil acceso a la supervisión y control, y las que han de considerarse como *zonas francas*, que sí son más controlables en la segunda instancia.

Las primeras aparecen constituidas por los datos probatorios estrechamente ligados a la inmediación: lenguaje gestual del testigo, del acusado o del perito; expresividad en sus manifestaciones; nerviosismo o azoramiento en las declaraciones; titubeo o contundencia en las respuestas; rectificaciones o linealidad en su exposición; tono de voz y tiempos de silencio; capacidad narrativa o explicativa, etc.

Es obvio que todos estos datos no quedan reflejados en el acta del juicio, donde ni siquiera consta el contenido íntegro de lo declarado, dada la precariedad de medios técnicos que se padece en los juzgados y tribunales. Ha de admitirse, pues, que esta perspectiva relevante del material probatorio resulta inaccesible al juzgador en la segunda instancia, de modo que el escollo de la falta de inmediación le impide ahondar con holgura en el análisis de la veracidad y credibilidad de los diferentes testimonios.

Ahora bien, ello no quiere decir que no quepa revisar y fiscalizar la convicción plasmada en la sentencia sobre la eficacia probatoria de las manifestaciones que las partes y testigos prestaron en la primera instancia, ya que existe una zona franca y accesible de las declaraciones, integrada por los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, que al resultar ajenos a la estricta percepción sensorial del juzgador a quo, sí pueden y deben ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.



Sin embargo, toda esta doctrina sobre el recurso de apelación ha sido matizada y, en no escasa medida, rectificada por la sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, de 18 de septiembre, para los recursos de apelación contra sentencias absolutorias. En estos casos, cuando la apelación se funda en la apreciación de la prueba, si en la segunda instancia no se practican nuevas pruebas no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la indole de las mismas, es exigible la inmediación y la contradicción (fundamento jurídico 1º, en relación con los fundamentos 9º y 11º).

Los nuevos criterios restrictivos sobre la extensión del control del recurso de apelación implantados por la precitada sentencia, se han visto reafirmados y reforzados en resoluciones posteriores del mismo Tribunal Constitucional (SSTC 170/2002, 197/2002, 198/2002, 200/2002 Y 212/2002). De forma que, incluso en los supuestos en que se trate de apreciar pruebas objetivas junto con otras de carácter personal que dependen de los principios de inmediación y de contradicción, el Tribunal Constitucional veda la posibilidad de revocar el criterio absolutorio de la primera instancia sin que se practique la prueba testifical con arreglo a tales principios ante el tribunal ad quem (STC 198/2002).

Así las cosas, y ante la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sólo caben dos interpretaciones: o entender que no resulta factible revocar una sentencia absolutoria sin practicar de nuevo en la segunda, las pruebas personales que dependan de los principios de inmediación o de contradicción (con todos los inconvenientes que ello entraña, sin garantía además de que las pruebas reproducidas en la segunda resulten más fiables y veraces que las de la primera, máxime dado el tiempo transcurrido desde la ejecución de los hechos); o entender como segunda opción que no cabe revocar en la segunda instancia las sentencias absolutorias dictadas en las causas en las que la práctica de la prueba depende en gran medida de los principios de inmediación y contradicción, limitándose así el derecho a los recursos de las partes perjudicadas y del Ministerio Fiscal.

Como puede comprenderse, ninguna de las dos opciones resulta satisfactoria. Una última posibilidad, de efectos más prácticos y plausibles que las dos anteriores, sería la de grabar las imágenes y las declaraciones del juicio de

primera instancia, pues de esa forma se podría controlar la apreciación de la prueba del juzgador a quo sin necesidad de reproducir la práctica de la prueba ante el órgano de apelación.

En consecuencia, sólo cabe confirmar la Sentencia dictada, con declaración de oficio de las costas de esta instancia.

### FALLO

Se desestiman los recursos formulados por el Ministerio Fiscal y L C A L, confirmando íntegramente la Sentencia dictada el 19 de febrero de 2003, por el Juzgado de lo Penal 11 de Madrid, en Juicio Oral 412-2002.

Se declaran de oficio las costas de esta instancia.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes y devuélvase la causa al Juzgado de procedencia con testimonio de lo acordado.