

En la Villa de Madrid, a veintitrés de octubre de dos mil doce.

Visto el recurso de casación que pende ante esta Sala con el número 101/27/2012, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Miguel Angel Heredero Suero, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Ana y D<sup>a</sup> Rosana, como Acusación Particular, contra la sentencia dictada por el Tribunal Militar Central en el Sumario 2/01/09, el día 7 de marzo de 2012, en la que se absolvía al Teniente Coronel Médico del Cuerpo Militar de Sanidad D. Joaquín del delito contra la eficacia del servicio, en su modalidad de "Negligencia profesional en acto de servicio con resultado de lesiones", previsto y penado en el artículo 159, párrafo segundo, del Código Penal Militar, y del delito contra la eficacia del servicio, en su modalidad de "Incumplir los deberes técnicos de su profesión especial dentro de las Fuerzas Armadas, por impericia o negligencia profesional", previsto y penado en el artículo 160.4º del mismo cuerpo legal, habiéndose personado como parte recurrida la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> María Esther Centoira Parrondo en nombre y representación de dicho Teniente Coronel y de Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros, el Excmo. Sr. Fiscal Togado y el Abogado del Estado en la representación que le es propia. Han concurrido a dictar Sentencia los Excelentísimos Señores Magistrados reseñados al margen, bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Javier Juliani Hernán quien expresa el parecer de la Sala, con arreglo a los siguientes:

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Tribunal Militar Central con fecha 7 de marzo de 2012 dictó Sentencia, cuyo fallo es del siguiente tenor:

"Que debemos absolver y absolvemos, libremente y sin restricciones, al procesado Teniente Coronel Médico del Cuerpo Militar de Sanidad D. Joaquín del delito contra la eficacia del servicio, en su modalidad de "Negligencia profesional en acto de servicio con resultado de lesiones", previsto y penado en el artículo 159, párrafo segundo, del CPM, y del delito contra la eficacia del servicio, en su modalidad de "Incumplir los deberes técnicos de su profesión especial dentro de las Fuerzas Armadas, por impericia o negligencia profesional", previsto y penado en el artículo 160.4º del mismo cuerpo legal, de los que venía acusado. Sin costas.

Y decretamos la cancelación de la fianza de cuatrocientos ochenta mil euros (480.000,00 €) constituida por la Compañía de Seguros y Reaseguros Zurich España S.A."

En la Sentencia dictada por el Tribunal Militar Central se recogen como hechos probados los siguientes:

"Único. Se declara expresamente probado que:

1. En el año 2007 era obligatorio para todo el personal perteneciente al Ejército de Tierra en situación de servicio activo que tuviera cumplidos menos de cincuenta años edad la realización de la Prueba Anual de Evaluación Física (PAEF), con exigencia de unas puntuaciones mínimas. Esta PAEF comprendía cuatro pruebas, a elegir dentro de una lista reglada, debiendo ser una de ellas alguna de las incluidas en la cualidad física "Resistencia". La lista de pruebas y el sistema de puntuación eran los establecidos en el Manual de Pruebas Físicas M-0-3-1 del Estado Mayor del Ejército y en la Instrucción Técnica 05/05 del Mando de Personal del Ejército. Dentro de la lista de pruebas estaban comprendidas las de salto vertical, flexión de brazos, carrera de 50 metros y, como prueba de resistencia, la carrera de 1.000 metros.

La misma Instrucción Técnica 05/05, de previa cita, en su apartado 17, dedicado a la "Prevención de riesgos", señalaba como uno de los factores de riesgo el estado de salud, "considerado no sólo como la ausencia de enfermedades sino también como el estado de perfecta adecuación de los diferentes órganos y sistemas al esfuerzo a realizar", haciendo hincapié en la necesidad de:

-El entrenamiento adecuado a las aptitudes iniciales de cada sujeto, con evitación del sobreentrenamiento y de la realización de ejercicios violentos o prolongados en los días anteriores a las pruebas, debiendo vigilarse la presencia de "signos menores", (irritabilidad, somnolencia, etc.), así como de cualquier otra actividad desarrollada con antelación al día de la prueba física que pudiera inducir fatiga, como los viajes o el descanso o sueño escaso.

-Proscribir la ingestión de alcohol, antes y durante la realización del ejercicio.

-Y evitar el consumo de tabaco, antes y durante las pruebas, aconsejando a los fumadores reducir o suprimir el tabaco, en beneficio de la función respiratoria.

El resultado de la PAEF era el de "Apto Nivel Físico" para quienes hubieran alcanzado las puntuaciones mínimas, o "No Apto Nivel Físico", en caso contrario. La obtención del "Apto Nivel Físico" se valoraba positivamente en los procesos de evaluación del personal militar.

Cada Unidad realizaba su PAEF en tantas convocatorias como fuera necesario para que todo el personal pudiera tomar parte en ella, con arreglo a un calendario anual aprobado por la Junta Regional/Zona de Educación Física, que también determinaba el orden de ejecución de las diversas pruebas, si bien las de resistencia debían celebrarse en último lugar, salvo circunstancias excepcionales o derivadas del uso de alguna instalación específica. La PAEF debía llevarse a cabo en un solo día, dentro de las horas en que las condiciones meteorológicas fueran más favorables, evitando los períodos de elevadas temperaturas o frío intenso, y dejando entre cada dos pruebas un período de descanso que permitiera iniciar la siguiente en las mejores condiciones. Un Tribunal de Evaluación constituido al efecto era responsable del correcto desarrollo de la PAEF, en cada convocatoria, pudiendo, en caso necesario, variar el orden de ejecución de las pruebas.

Dentro de la 1ª Subinspección General (SUIGE) del Ejército, la Junta de Área de Educación Física y Deportes Centro, en su Plan Anual de Competiciones Deportivas y PAEF's 2007 había previsto la realización de esta última en las Bases y Acuartelamientos de las Unidades o en el Centro Deportivo Militar "M.", de Madrid. En este último caso, debía contarse con el apoyo de, al menos, un médico y una ambulancia.

No existía un protocolo específico que regulara la actuación médica durante las pruebas físicas.

2. Con carácter previo a la PAEF era preciso someterse a un reconocimiento médico, regulado en los Anexos I al III de la repetida Instrucción Técnica 05/05 del Mando de Personal del Ejército y que debía ajustarse al protocolo establecido por la Inspección General de Sanidad del Ministerio de Defensa en fecha 12 de mayo de 2006.

El reconocimiento médico consistía en:

-La auscultación cardíaca basal y toma de tensión arterial, en posición de sentado.

-Seguidamente, la realización del test de Ruffier-Dickson, que proporciona un Índice de adaptación del individuo al ejercicio físico, mejor cuanto menor sea su valor numérico. A partir de un valor superior a 15 está contraindicada la participación en la PAEF.

-Y, a continuación, la auscultación cardiopulmonar, en posición de pie, en la que se busca la existencia de soplos, roces y ruidos sobreañadidos, para detectar patologías no manifestadas en reposo.

Procedía la realización de un electrocardiograma (ECG) cuando se tratara de mayores de cuarenta y cinco años sin ECG normal en los dos años anteriores; si el interesado no había

realizado pruebas de evaluación física en los últimos dos años; o si concurrían circunstancias individuales valoradas en el reconocimiento.

El resultado del reconocimiento médico podía ser de "apto", "no apto" o "no apto temporal". Para poder realizar la PAEF era condición indispensable haber sido declarado "apto". En los casos dudosos y aquellos de declaración de "no apto", en ausencia de una patología que lo desaconsejara, se preveía la repetición del reconocimiento otro día, vigilando cuidadosamente su desarrollo.

La realización y resultado del reconocimiento médico debían documentarse en una "Ficha Médica de la PAEF" normalizada, que firmaba el médico interviniente y tenía la consideración de documento clínico, de uso facultativo. El período de validez de esta Ficha Médica era de tres meses.

A su vez, en el ámbito de la Junta de Área de Educación Física y Deportes Centro, de la 1ª SUIGE, se preveía que el resultado del reconocimiento médico, avalado con la firma del médico interviniente, quedara incorporado a una "Ficha PAEF", que cada participante debía presentar al Tribunal de Evaluación antes de comenzar la ejecución de las pruebas de la PAEF. En esta Ficha se hacía constar posteriormente también el resultado de la propia PAEF.

3. El Cabo del Batallón de Honores del Regimiento de Infantería "Inmemorial del Rey", numero ..., del Cuartel General del Ejercito, D. Ricardo, de veintisiete años de edad, se presentó el 12 de junio de 2007 al reconocimiento médico previo a la PAEF, con el propósito de realizarla en la convocatoria de su Unidad del día 22 del mismo mes.

Practicó el reconocimiento el Teniente Coronel Médico D. Joaquín, jefe de los servicios sanitarios del Regimiento, con los resultados siguientes, que expresa la correspondiente Ficha Médica de las PAEF:

-Auscultación cardiopulmonar: normal.

-Tensión arterial en reposo: 120/80.

-Índice de Ruffier-Dickson (IR-D): 14.

-Auscultación cardiopulmonar (de pie): normal.

Como parte de la exploración, preguntó el Oficial Médico al Cabo si fumaba tabaco o consumía alcohol, y si había salido la noche anterior, respondiendo este último que fumaba unos veinte cigarrillos diarios, que era bebedor esporádico y que no había salido. Los datos relativos al tabaco y el alcohol quedaron anotados en el apartado de "Observaciones" de la Ficha Médica.

No aparecieron indicios de patología cardiaca o de otra clase en el Cabo Ricardo.

Pese a que los resultados se movían dentro de la normalidad y el valor del IR-D, por no ser superior a 15, tampoco desaconsejaba la realización de la PAEF, consideró el Teniente Coronel Médico preferible que el Cabo mejorara su condición física mediante el entrenamiento y acudiera a la siguiente convocatoria, que se celebraría en septiembre, y le clasificó por ello "no apto temporal":

4. El 21 de agosto de 2007 acudió de nuevo a reconocimiento médico el Cabo Ricardo, con vistas a realizar la PAEF programada para el 10 de septiembre siguiente, y de nuevo fue explorado por el Teniente Coronel Médico D. Joaquín, quedando indicados en la Ficha Médica de las PAEF estos resultados:

-Tensión arterial en reposo: 129/80.

-IR-D: 13,2.

-Auscultación cardiopulmonar (de pie): normal.

Al igual que en el reconocimiento del 12 de junio, preguntó el Oficial Médico al Cabo por sus hábitos en relación con el tabaco y el alcohol, anotando las mismas observaciones que en la anterior ocasión; también volvió a preguntarle si había salido la noche previa, recibiendo de nuevo una respuesta negativa, pues su vida en pareja estable discurría sin excesos.

Tampoco en esta ocasión se evidenciaron indicios patológicos en el Cabo Ricardo.

A la vista de los resultados, y habiendo mejorado el IR-D, el Teniente Coronel Joaquín clasificó al Cabo como "apto" para realizar la PAEF desde el punto de vista médico.

5. Sobre las ocho y media de la mañana del día 10 de septiembre de 2007, en las instalaciones del Centro Deportivo Militar "M." y bajo la supervisión del Tribunal de Evaluación designado, auxiliado por el personal militar de apoyo, comenzó el desarrollo de la PAEF para el personal del Batallón de Honores del Regimiento de Infantería "Inmemorial el Rey", número ..., del Cuartel General del Ejército. Se hallaba presente el Teniente Coronel Médico D. Joaquín, asistido por el Capitán Enfermero D. Arturo, y dotado de una ambulancia no medicalizada y sin desfibrilador, con su conductor, que no poseía instrucción sanitaria. La ambulancia estaba situada junto a la pista de atletismo, cerca de la línea de meta.

Los militares participantes en la PAEF que se habían desplazado al Centro Deportivo en sus automóviles particulares contaban con autorización para marcharse directamente a sus respectivos domicilios al concluir la ejecución de las pruebas. Los demás, que habían sido trasladados en un autobús, debían esperar a que los que la habían elegido finalizaran la prueba de natación, última de las programadas, para abandonar juntos y en el mismo autobús el Centro.

El Cabo D. Ricardo, que era de los que habían acudido en su vehículo particular, realizó, sucesivamente, las pruebas de flexiones de brazos en barra, salto vertical, carrera de cincuenta metros y, por último, carrera de mil metros, que finalizó sobre las once horas, alcanzando la calificación provisional de "Apto nivel físico", con un total de cincuenta y ocho puntos. Después de esta última carrera de resistencia se dirigió a las gradas, donde se sentó junto a algunos de sus compañeros. Tenía un aspecto fatigado y estaba pálido. A los pocos instantes, manifestó que estaba mal, que le dolía el pecho, y se dirigió por su propio pie y sin ser ayudado ni acompañado por nadie, hacia la cercana ambulancia, en la que fue atendido, durante aproximadamente diez minutos, por el Teniente Coronel Joaquín. El Cabo había llegado sujetándose el pecho con una mano, algo inclinado y pálido, pero no presentaba disnea ni congestión. En el interior de la ambulancia, el Capitán Enfermero Arturo le tomó las pulsaciones y la tensión y el Teniente Coronel Médico efectuó una auscultación cardiopulmonar. El Cabo Ricardo estaba consciente, dialogante y, orientado y no presentaba síntomas perceptibles de infarto u otra patología cardíaca. El dolor de pecho era inespecífico y fue remitiendo, sin llegar a desaparecer, y el Cabo pidió y se le dio un botellín de agua, lo que el Teniente Coronel interpretó como un signo de mejoría, por lo que recomendó al Cabo que se sentara al sol en el césped contiguo a la ambulancia, puesto que había sudado por el esfuerzo físico previo. El Teniente Coronel Joaquín ignoraba que el Cabo Ricardo había venido en su propio vehículo y por ello podía marcharse cuando quisiera.

En ese momento, se reclamó la presencia del equipo sanitario en las pistas, por que el Capitán Enfermero, primero, y el Teniente Coronel Médico poco después se trasladaron al punto de llegada de la carrera de ocho mil metros, uno de cuyos participantes había sufrido un tirón muscular que, finalmente, no requirió asistencia sanitaria.

El Cabo Ricardo permaneció breves minutos sentado en el césped. Cerca de él se encontraba el conductor de la ambulancia, que no estaba pendiente del Cabo ni tenía instrucciones de observarle. A continuación, y por decisión propia, el Cabo Ricardo se levantó y se dirigió hacia su automóvil con intención de marcharse a su domicilio, cruzándose separadamente, con el Cabo 1º D. Fermín y con el Soldado D. Pablo, con cada uno de los cuales intercambio unas pocas palabras. Estos dos últimos encontraron al Cabo Ricardo pálido y con mala cara, pero no pensaron que estuviera grave.

Ni el Teniente Coronel Joaquín ni el Capitán Enfermero, que se hallaban a sesenta o setenta metros de distancia del punto en que había quedado el Cabo Ricardo sentado en el césped, le vieron marcharse. A los quince o veinte minutos ambos Oficiales de Sanidad regresaron a la ambulancia y el Teniente Coronel Médico no se sorprendió de que no se hallara ya allí el Cabo.

6. El Cabo D. Ricardo abandonó en Centro Deportivo Militar al volante de su automóvil, matrícula España ...-...L con dirección a su domicilio y, sobre las once y treinta y cinco horas, mientras conducía, sufrió un desvanecimiento con pérdida de conciencia. El vehículo, descontrolado, colisionó a escasa velocidad con una furgoneta estacionada a la altura de la calle de las Trompas, número 1, de Madrid, ocasionando mínimos daños materiales, no acreditados ni reclamados en esta causa.

Sobre las once y cuarenta y seis horas, avisada al efecto, llegó al lugar una Unidad de Soporte Vital Avanzado del SAMUR, que encontró al Cabo Ricardo sin traumatismos por la colisión y en situación clínica de parada cardiorrespiratoria. La médico responsable le aplicó tratamiento de reanimación cardiopulmonar avanzada, con IOT, masaje y desfibrilación, y, en una intervención estándar, consiguió reanimarle tras llevar a cabo maniobras de reanimación avanzada durante trece minutos, pero no logró sacarle del coma en que se hallaba.

Inmediatamente trasladado al Hospital Militar Central de la Defensa "Gómez Ulla", el Cabo Ricardo ingresó en la Unidad de Cuidados Intensivos a las doce y diecinueve horas, en situación de coma arreactivo, con pupilas midriáticas y diagnóstico de infarto agudo de miocardio por obstrucción trombótica de la arteria coronaria descendente anterior y encefalopatía post-atóxica, tras parada cardiorrespiratoria, practicándosele una angioplastia primaria.

Durante su permanencia en el Hospital Militar referido, se llevaron a cabo pruebas específicas para determinar la etiología de la trombosis masiva sufrida por el Cabo D. Ricardo, y pudo entonces comprobarse que padecía un Síndrome de Hipercoagulabilidad (Trombofilia), por mutación heterocigota G202110A del gen del factor II (Protombina), factor de elevado riesgo cardiovascular, especialmente cuando se une a otros factores de riesgo, como el tabaquismo. Hasta ese momento, se desconocía que el cabo Ricardo estuviera afectado de tal patología.

8. El 23 de octubre de 2007, el cabo D. Ricardo fue trasladado al Hospital Nisa Aguas Vivas de Carcaixent (Valencia), donde permanece en situación neurológica compatible con Estado Vegetativo, presentado una dependencia total en la ejecución de las actividades de la vida diaria básicas (I. Barthel 0/100) y precisando asistencia total (FIM 18) y ayuda máxima (FAM 30).

9. Por resolución de la Sra. Subsecretaria de Defensa de 31 de julio de 2008 se acordó declarar la insuficiencia de condiciones psicofísicas, acaecida en acto de servicio, del cabo D. Ricardo, quien pasó a retiro por incapacidad en virtud de resolución de la Sra. Ministra de Defensa de 31 de julio de 2008, publicada en el Boletín Oficial .del Ministerio de Defensa número 180, de 12 de septiembre de 2008. Actualmente percibe el haber pasivo correspondiente a tal situación, junto a una pensión o ayuda por la atención que precisa.

10. Las consecuencias económicas de la responsabilidad por daños corporales y materiales y perjuicios consecuenciales consecutivos causados por acción u omisión a terceros por razón del ejercicio de las actividades que corresponden a la Sanidad Militar por cuenta del Ministerio de Defensa, que pudieran ser exigibles al Teniente Coronel Médico D. Joaquín, se encontraban aseguradas, hasta el límite de cuatrocientos ochenta mil euros (480.000,00 €) por víctima o lesionado, por la Compañía de Seguros y Reaseguros Zurich España, S.A., en virtud de la póliza de responsabilidad civil profesional, sector sanidad, número 20251351, suscrita con la Inspección General de Sanidad de la Defensa.

SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia el Ministerio Fiscal, por escrito de 13 de marzo de 2012, y el Procurador de los Tribunales D. Miguel Angel Heredero Suero, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Ana y D<sup>a</sup> Rosana, como Acusación Particular, por escrito de 15 de marzo, anunciaron su propósito de interponer contra la misma recurso de casación, que se tuvo por preparado por Auto del Tribunal Militar Central el día 10 de abril de 2012, emplazándose seguidamente a las partes para que compareciesen ante esta Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Mediante escrito de fecha 3 de mayo de 2012, presentado en el Registro del Tribunal Supremo el mismo día, la Fiscalía Togada presenta escrito desistiendo del recurso de casación en su día preparado por la Fiscalía del Tribunal Militar Central contra la Sentencia de 7 de marzo de 2012 dictada por el Tribunal Militar Central en la causa 1/2009, dictándose el 10 de mayo de 2012 Decreto por el que se tiene al Excmo. Sr. Fiscal Togado por desistido del recurso de casación preparado.

CUARTO.- Por sendos escritos de fecha 18 de abril la Procuradora D<sup>a</sup> María Esther Centoira Parrondo, se personó en nombre y representación del Teniente Coronel D. Joaquín y de Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros, en concepto de parte recurrida, y por escrito de fecha 16 de abril de 2012 el Abogado del Estado se personó en la representación procesal que le es propia.

QUINTO.- Mediante escrito de fecha 4 de mayo de 2012 presentado el siguiente día 7 en el Registro General del Tribunal Supremo, el Procurador D. Miguel Angel Heredero Suero, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Ana y de D<sup>a</sup> Rosana, formaliza el recurso de casación interpuesto, formulando dos motivos de casación: el primero por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1, en relación con el artículo 9.3. referente a la interdicción de la arbitrariedad y artículo 120.3, relativo a la motivación de las Sentencias, todos de la Constitución; y el segundo, por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo o normas jurídicas, en concreto por infracción del artículo 159, párrafo segundo del Código Penal Militar, por delito contra la eficacia del servicio, en su modalidad de negligencia profesional en acto de servicio con resultado de lesiones, y por infracción del artículo 160.4º del Código Penal Militar, en su modalidad de incumplir los deberes técnicos de su profesión especial dentro de las Fuerzas Armadas, por impericia o negligencia profesional.

SEXTO.- Dado traslado del recurso interpuesto a las partes personadas, el Abogado del Estado por escrito de fecha 29 de mayo de 2012, impugna el recurso de casación interpuesto, solicitando la inadmisión del mismo o, subsidiariamente su desestimación; la Fiscalía Togada por escrito de fecha 18 de junio de 2012, solicita la desestimación del recurso de casación interpuesto, y la Procuradora D<sup>a</sup> Esther Centoira Parrondo, en nombre y representación de D. Joaquín y de Zurich España, por escrito de fecha 8 de junio de 2012, impugna la admisión del recurso por infracción de precepto constitucional contra la Sentencia dictada por el Tribunal Militar Central en fecha 7 de marzo de 2012, y para el caso de su admisión formula su

oposición al mismo, interesando la confirmación de la sentencia de instancia, con imposición de costas al recurrente.

SEPTIMO.- Por Diligencia de Ordenación de 19 de junio de 2012 se acordó dar traslado por tres días de la impugnación instada por la Procuradora Sra. Centoira Parrondo a la parte recurrente, quien en fecha 27 de junio de 2012 presentó escrito formulando alegaciones a los escritos presentados por el Ministerio de Fiscal, Abogado del Estado y la defensa de Joaquín y Zurich Compañía de seguros y reaseguros.

OCTAVO.- No habiéndose interesado por las partes la celebración de vista, por Providencia de fecha 25 de julio de 2012 se señala para deliberación, votación y fallo de la Sala el día 19 de septiembre de 2012, a las 10:30 horas de la mañana, iniciándose en la fecha y hora señaladas y continuándose la deliberación hasta el día 27 de septiembre.

NOVENO.- Declinada la redacción de la sentencia por el Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Calvo Cabello, al discrepar del resultado de la votación efectuada, por Providencia de 1 de octubre de 2012 queda encomendada, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 206.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al Magistrado Excmo. Sr. D. Javier Juliani Hernán la ponencia y redacción de la sentencia, habiéndose excedido el plazo fijado para dictarla por ausencia reglamentariamente autorizada del Magistrado ponente.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente formula su primer motivo de casación amparándose en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 de la Constitución, en relación con el artículo 9.3 referente a la interdicción de la arbitrariedad y el artículo 120.3 relativo a la motivación de las sentencias. En su alegato se queja el recurrente de que el Tribunal de instancia sólo ha tenido en cuenta la prueba de descargo sin valorar la prueba de cargo y afirma que la sentencia impugnada ha discriminado de forma indebida las pruebas testifical, pericial y documental de cargo practicadas en los autos y en el acto del juicio oral, con violación de los preceptos constitucionales que anteriormente hemos dejado señalados.

En este sentido significa que el Tribunal de Instancia no ha tenido en cuenta declaraciones fundamentales como la del Capitán enfermero D. Arturo, tanto en su primera declaración (folio 513), como la ofrecida en el acto de la vista, ni las contradicciones entre las declaraciones del acusado y las del citado testigo (en especial la relativa a que recomendara al Cabo que se quedara en las instalaciones deportivas) a las que la sentencia en sus fundamentos de convicción no hace referencia. Tampoco se hace referencia, nos dice el recurrente, a las declaraciones de testigos que vieron por última vez al Cabo Ricardo sobre su aspecto físico al abandonar las instalaciones deportivas militares y a los comentarios, en definitiva, que hicieron aquéllos después de lo sucedido, sobre la nula asistencia prestada por el médico, y que coincidían en afirmar que el médico se desentendió del Cabo Ricardo.

Así, y por lo que se refiere al citado Capitán, aduce que en ningún momento dicho Oficial dijo en su declaración en la vista oral que el médico hiciera una auscultación cardiopulmonar al Cabo, ni tampoco describe que aquél hiciera otra cosa que no fuera aconsejarle que se tumbara al sol, lo que pone de manifiesto -a juicio del recurrente- una clara actitud pasiva del acusado en cuanto a su condición de médico en el interior de la ambulancia. También, respecto de la intención del Cabo de abandonar las instalaciones, afirma el recurrente que el citado Oficial aseguró que no oyó al Cabo que insistiera en marcharse, ni tampoco escuchó al Teniente Coronel que le dijera a aquél que se quedara allí, que luego volvería, sino que le dijo que se tumbara en el césped al sol. Considera por último igualmente relevante el testimonio del

Capitán en cuanto manifestó que "el Cabo Ricardo se seguía quejando de dolor en el pecho y después de ese tiempo fue cuando el Teniente Coronel Joaquín le dijo que saliera de la ambulancia y que reposara al sol".

Ahora bien, antes de analizar lo manifestado por el recurrente, hemos de recordar que, como señalan las Sentencias 60/2008, de 26 de mayo y 124/2008, de 20 de octubre, el Tribunal Constitucional desde la STC 167/2002, de 18 de septiembre viene reconociendo límites constitucionales a la posibilidad de revisión fáctica de las sentencias absolutorias, que derivan de la exigencia de respetar los principios de publicidad, inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas. Y en cualquier caso, hay que partir del principio básico de que la valoración de la prueba corresponde al tribunal de instancia, y hemos venido diciendo reiteradamente que éste tribunal casacional -salvo las facultades de control que le asisten- no puede revalorar la prueba, siquiera quizás en mayor medida, cuando se trata de pruebas personales en las que la percepción y la credibilidad dependen de la insustituible inmediación de la que sólo dispone el Tribunal sentenciador (Sentencias de 2 de noviembre y 3 de diciembre de 2004 y 11 de abril de 2005).

Por otra parte, resulta evidente que el derecho a la tutela judicial efectiva exige que las resoluciones judiciales se encuentren suficientemente motivadas, de manera que en ellas se razone cuando menos básicamente las razones que las sustentan, ya que sólo así podrá el justiciable conocer en lo esencial la fundamentación de la decisión adoptada, pues no sólo tal derecho fundamental garantiza como parte de su contenido esencial el derecho a obtener una resolución de fondo sobre las pretensiones planteadas, sino que ésta además sea razonable, motivada y fundada en Derecho, lo que obviamente alcanza a una explicación suficiente, lógica y coherente en su motivación fáctica, que por lo que se refiere a la función revisora pueda ayudar a conocer la base probatoria del relato fáctico finalmente aceptado por los juzgadores.

Sin embargo, cuando nos referimos al deber de motivación fáctica y jurídica de las resoluciones judiciales hemos de precisar que la suficiencia en la explicación no lleva a exigir un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que, como recuerda el Tribunal Constitucional en su Sentencia 144/2007, de 18 de junio, "deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, la ratio decidendi; de manera que no existe un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial".

Y en el presente caso no cabe duda que la tacha de falta de motivación en la valoración de la prueba es puramente retórica y no se encuentra fundada, pues basta una simple lectura de los fundamentos de convicción y los fundamentos de derecho de la sentencia para comprobar la extensa explicación que el Tribunal ofrece de la valoración efectuada sobre la amplia prueba testifical y pericial practicada, sin perjuicio de que el recurrente pueda discrepar sobre la apreciación del bagaje probatorio tenido en cuenta.

Pues bien, examinados aquellos extremos concretos sobre los que el recurrente extiende su queja, señalaremos en primer lugar, respecto de que en su declaración en la vista oral el Capitán Arturo en ningún momento dijera que el médico hiciera una auscultación cardiopulmonar, hemos de precisar que en la primera declaración que prestó dicho Oficial ante el Juzgado Togado de Instrucción el 26 de febrero de 2008 ya señaló, al ser preguntado por la actuación del Teniente Coronel Joaquín, que "se le tomaron las constantes, el médico le auscultó y el declarante le tomó la tensión y las pulsaciones estando dentro de la normalidad", sin modificar en las posteriores declaraciones ante el Juzgado o en el juicio oral lo manifestado, y sin que el hecho de que no se le preguntara en éste sobre tal extremo y no se pronunciara



sobre ello en ese momento, pueda conducir a alterar tal extremo respecto de la actuación del médico y variar la valoración del anterior testimonio.

También, y por lo que se refiere a que el referido testigo, el Capitán Arturo, no oyera al Cabo que insistiera en marcharse, ni escuchara al Teniente Coronel que le dijera a aquél que se quedara allí y que luego volvería, hay que señalar que en el relato fáctico de la sentencia impugnada no se hace referencia a tales extremos, pero tampoco puede establecerse como incontestablemente acreditado que no lo hiciera, en razón tan sólo de que no lo escuchó uno de los testigos, cuando además, según se recoge en los hechos probados, se alejó del lugar en el que se encontraban el Cabo Ricardo y el Teniente Coronel Médico poco antes de que éste lo hiciera, por lo que, como el propio testigo reconoció, no coincidió todo el tiempo con ellos.

En cuanto a los testigos que declararon sobre el aspecto del Cabo Ricardo cuando éste abandonaba las instalaciones deportivas militares y los comentarios que hicieron sobre la nula asistencia prestada por el médico, y que coincidían en afirmar que el médico se desentendió del Cabo Ricardo, el Tribunal se refiere expresamente al testimonio del soldado Pablo, "que en la fase de instrucción había manifestado que el Cabo Ricardo 'justo cuando se marchó se despidió de él, pero que no hablaron nada más' (folio 477)", señalando que en el acto de la vista añadió un pormenor novedoso, manifestando que cuando preguntó al Cabo Ricardo por lo que le hubiera dicho el médico, le respondió que no le había dicho nada, que se fuera a su casa. Sin embargo se precisa en la sentencia que esta declaración última no mereció a la Sala la suficiente credibilidad, "tanto por lo inesperado -teniendo en cuenta que han pasado cuatro largos años y la tendencia natural de los testigos es a olvidar, más que a recordar-, cuanto, fundamentalmente, porque el Cabo Fermín, que también dice haberse encontrado con el Cabo Ricardo (folio 480 vuelto, aunque en la vista manifiesta no acordarse de ello), no refiere nada de ello, afirmando 'que el declarante después de las pruebas le encontró bien. Y después fue con un compañero al baño y se le encontró volviendo de la ambulancia y con la mano en el pecho le dijo que se encontraba un poco mal y el declarante pensó que era una bajada de tensión, entonces le vio más pálido" y, preguntado "para que manifieste si le comentó el Sr. Ricardo el tipo de atención médica que recibió en la ambulancia, Dijo: Que no". Razonamiento empleado por los juzgadores de instancia para valorar la credibilidad y fiabilidad del particular dato aportado por el testigo, que no puede tacharse de ilógico o arbitrario.

Finalmente, y por lo que respecta al análisis de las diferentes manifestaciones de los peritos médicos que han intervenido a lo largo de las actuaciones -y que como el propio recurrente señala "han venido a disculpar, en definitiva, la actuación del Teniente Coronel médico porque 'lo sucedido era imprevisible'- se insiste por el recurrente en plantear una posible desatención médica sobre la base de diversas consideraciones efectuadas a partir de manifestaciones concretas de algunos de los peritos relativas a la mayor observación que debería haberse efectuado sobre el Cabo Ricardo en razón de la persistencia del dolor, con especial referencia a manifestaciones puntuales efectuadas por el Coronel Médico D. Manuel en el curso de su declaración en la vista oral "cuando ha asegurado que 'siempre hay que tenerlo en observación si hay persistencia del dolor', 'si tiene un dolor estás con él, tienes que volverlo a explorar', concluyendo que 'pasados diez minutos, si sigue el cuadro o no disminuye, claro que hay que evacuarlo a urgencias', 'previsiblemente es más adecuado que esté en el hospital cuando hay una parada' y 'los tiempos de atención son importantes; no es lo mismo en el hospital que esperar en la ambulancia". Pero tales manifestaciones extraídas de la declaración del citado perito no pueden ser descontextualizadas del conjunto de aquélla ni de su carácter de generalidad, y lo que resulta sustancial, sin reflejar que tanto la conclusión final de dicho médico, como la del resto de peritos que han intervenido en el proceso, fue la de entender que el acusado obró correctamente en su actuación profesional, no reconociendo ninguno de ellos una posible conducta negligente del Teniente Coronel Médico en su actuación.

En definitiva, entiende la Sala que no cabe achacar al Tribunal de instancia una valoración parcial ni arbitraria de la prueba de que ha dispuesto, que ha sido razonablemente analizada y valorada para establecer el relato fáctico sobre el que se construye la sentencia dictada.

SEGUNDO.- Invoca en su segundo motivo de casación el recurrente, formulado al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la infracción de dos preceptos del Código Penal Militar, el artículo 159, párrafo segundo, en el que se tipifica el delito contra la eficacia en el servicio, en su modalidad de negligencia profesional en acto de servicio con resultado de lesiones, y el artículo 160.4º, que castiga el incumplimiento de los deberes técnicos de la profesión especial que se desarrolle dentro de las Fuerzas Armadas por impericia o negligencia profesional.

Cabe recordar que, como el propio recurrente apunta, nos hemos pronunciado reiteradamente en relación con las conductas culposas de los militares, tipificadas en el párrafo segundo del artículo 159 del Código Penal Militar, que castiga al militar que en la ejecución de un acto de servicio, por negligencia profesional o imprudencia, causara muerte, lesiones o daños, recogiendo en su inciso final un subtipo agravado para el caso de que la imprudencia fuera temeraria y el autor un militar profesional. Así decíamos en Sentencia de 8 de mayo de 2002, en relación con dicho precepto, que la negligencia profesional o imprudencia dimanaban de "la existencia de una acción u omisión consciente y libre, con resultado lesivo no querido ni consentido por el sujeto, pero típicamente delictivo, una relación de causalidad entre acción y resultado que permita la imputación objetiva de éste a la situación de riesgo creada por aquélla y la infracción de las normas de cuidado o de diligencia que imponen dos deberes sucesivos, el de advertir la inminencia y gravedad del peligro que suscita la propia conducta y el de comportarse de acuerdo con los requerimientos que la situación de riesgo plantea, esto es, con la diligencia y prudencia exigida por la misma (SS., de la Sala Segunda de 16.06.88; 22.06.89 y 27.02 y 18.09/01; así como las de esta Sala 9-06-99 y 13-12-01)". En el mismo sentido, y como cita el recurrente, con expresa referencia al artículo 159 2º, la reciente Sentencia también de esta Sala de 25 de enero de 2011, confirma nuestra jurisprudencia, que "destaca que en el precepto que se dice vulnerado por inaplicación -el artículo 159.2º del Código Penal Militar- se tipifica una conducta imprudente que, conforme a la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo, conlleva como elementos: la acción desprovista del deber de cuidado exigible, el resultado lesivo o dañoso, la relación o nexo causal entre ambos elementos y la imputación objetiva del resultado al autor (Sentencia de esta Sala V de 8 de Marzo de 2006). La base de la imprudencia punible se halla en la infracción del deber subjetivo y objetivo de cuidado, es decir, en la falta de previsión de lo previsible y de evitación de lo evitable, si el sujeto hubiera desplegado la diligencia exigible en el caso concreto (Sentencia de 31 de Marzo de 2010)".

Pues bien, con referencia a la comisión del delito previsto en el artículo 159, párrafo segundo del Código Penal militar, imputa el recurrente al Teniente Coronel Médico Joaquín una conducta negligente "al no tomar las medidas de prevención y vigilancia adecuadas al Cabo Ricardo ante la persistencia del dolor, debiendo emplazar al citado Cabo a una nueva observación, para verificar la desaparición total del dolor, derivando a un centro médico, si aquél persistía, donde con los medios adecuados e inmediatos el resultado dañoso pudiera haber sido menos grave que el padecido". Considera el recurrente que "por su condición de profesional médico debía conocer las reglas básicas de atención al paciente" y que "ocasionó un daño causalmente relacionado con su conducta inobservante de la norma objetiva de cuidado, sin que su conducta pueda excusarse en que el dolor que padecía el Cabo remitía y que el propio militar decía sentirse mejor, pues dicha persistencia del dolor imponía precisamente adoptar unas reglas generales de cuidado o prevención, que evidentemente excluye un desentendimiento por parte del profesional médico del Cabo Ricardo".

Por lo que se refiere a la posible infracción del artículo 160.4º, la pone en relación el recurrente, dada la cualificación técnica del acusado en el momento de realizarse las pruebas PAEF, como

supervisor médico de éstas, "con la falta de cumplimiento real efectivo, tanto respecto de su condición de médico, al no agotar todas las medidas de aseguramiento del perfecto estado del Cabo Ricardo, materializado mediante otro reconocimiento castiga el incumplimiento de los deberes técnicos de la profesión especial que se desarrolle dentro de las Fuerzas Armadas por impericia o negligencia profesional".

En la sentencia objeto del presente recurso, el Tribunal de instancia establece como probado que, después de haberse procedido a tomarle las pulsaciones y la tensión y que el Teniente Coronel Médico efectuara una auscultación cardiopulmonar, "el Cabo Ricardo estaba consciente, dialogante y, orientado y no presentaba síntomas perceptibles de infarto u otra patología cardíaca" y que "el dolor de pecho era inespecífico y fue remitiendo, sin llegar a desaparecer"; y en el fundamento de derecho segundo, tras ponderar las manifestaciones de los peritos que depusieron en la vista oral en relación con los hechos que consideran probados, en la sentencia impugnada se concluye que "no era previsible que un joven de veintisiete años como el Cabo Ricardo, de aparente buena salud y sin antecedentes conocidos de patología cardíaca, fuera a sufrir un infarto de miocardio cuando se presentó al procesado para ser atendido, tras finalizar las pruebas físicas", y se recuerda que "el paciente no presentaba síntomas reveladores y ni el dolor inespecífico en el pecho, la palidez, la tensión o las pulsaciones permitían al Teniente Coronel Médico, desde una perspectiva profesional razonable, sospechar ni diagnosticar un infarto", significando además que "también, y con mayor motivo, eran imprevisibles la parada cardiorrespiratorio acaecida, la anoxia y las graves lesiones cerebrales subsiguientes, pues no se conocía la hipercoagulabilidad congénita del paciente".

Y finalmente, en relación con la posible comisión de la conducta negligente tipificada en el artículo 160.4 del Código Penal Militar, se termina afirmando en la sentencia de instancia que "la actuación del procesado fue correcta con arreglo a los cánones de la lex artis ad hoc, por lo que no existió impericia ni negligencia profesional ni incumplimiento de los deberes técnicos que, como Oficial Médico de la Sanidad Militar le competían", habiendo razonado anteriormente, ante la insistencia de la acusación particular en señalar que, ante la persistencia del dolor torácico, el médico no podía, sin incurrir en negligencia profesional dejar de volver a examinar al paciente, que, según los peritos médicos que informaron durante el curso de las actuaciones sumariales y en la vista oral, "lo relevante no era que el dolor continuara, sino que su intensidad era menor, lo que, como hechos dicho, interpretó el procesado como mejoría".

El recurrente, como ha quedado antes anotado, reitera en el presente recurso que con su conducta el acusado inobservó la norma objetiva de cuidado y que la persistencia del dolor imponía precisamente adoptar unas reglas generales de cuidado o prevención que excluían un desentendimiento por parte del médico, pero -como se resalta también en la sentencia impugnada- "los mismos peritos consideran ajustado a la buena práctica profesional dejar en observación al paciente en vista de lo inespecífico del dolor que manifestaba, que además parecía ir remitiendo".

Porque, en definitiva -y ante la achacada desatención del médico a su paciente, que constituye sin duda la base sobre la que pivota en las alegaciones del recurrente la imputación de una conducta negligente, que operaría en relación con los dos delitos contra la eficacia en el servicio invocados-, considera la Sala de instancia que no se produjo un abandono del paciente por el hecho de que el Teniente Coronel Médico se desplazara a las pistas de atletismo para atender el aviso de incidencia y dejara al Cabo Ricardo sentado al sol junto a la ambulancia, pues no estaba sólo, sino que tenía cerca al conductor de la ambulancia, que podía llamar al médico si se sentía peor, dado que éste se encontraba a unos setenta metros, entendiéndose el Tribunal sentenciador que esta situación no puede calificarse de desatención, "pues permitía responder con eficacia a una eventual situación de emergencia, y resulta comprensible dentro de la consideración de que el estado del paciente no era preocupante, y que evolucionaba a

mejor", sin dejar de precisar además que "no fue el procesado quien dio por terminada la observación clínica, sino el propio paciente que, libre y voluntariamente -con toda seguridad por no ser tampoco consciente de su estado y creer también él que había mejorado- puso fin a la atención diagnóstica, al abandonar por sus propios medios el lugar".

Y no cabe sino corroborar tales consideraciones, pues no habiendo quedado acreditado que el Teniente Coronel Médico Joaquín ordenara o aconsejara al Cabo Ricardo que abandonara las instalaciones deportivas, poniendo fin a la atención médica que le estaba prestando, no podemos concluir que se desentendió de su cuidado -porque no se encontraba lejos de un paciente que estaba mejorando-, y resulta evidente que la posibilidad de que se llevara a cabo una nueva observación para comprobar la evolución del Cabo Ricardo se frustró con la decisión de éste de abandonar las instalaciones.

Así las cosas, y dado que como señalamos en Sentencia de 3 de marzo de 2006, que cita el Tribunal de instancia, "la base de la imprudencia punible se halla en la infracción del deber subjetivo y objetivo de cuidado, es decir, en la falta de previsión de lo previsible y de evitación de lo evitable, si el sujeto hubiera desplegado la diligencia exigible en el caso concreto", hemos de corroborar sobre la base de los hechos que se dan por probados en la Sentencia de instancia y que ahora son inamovibles, que no se puede atribuir al Teniente Coronel Médico Joaquín una conducta negligente o imprudente en su atención al Cabo Ricardo, confirmando que -como apunta la Fiscalía Togada y la defensa del recurrido- los diferentes peritos médicos intervinientes en la Causa y particularmente los que comparecieron en el juicio oral, coinciden en lo esencial en sus manifestaciones -como la propia recurrente reconoce- al señalar lo atípico e imprevisible del infarto agudo de miocardio que sufrió el Cabo, significando que no se presentaron síntomas específicos que pudieran razonablemente haber inducido al Teniente Coronel Médico a considerar que su paciente se podía encontrar en una situación de infarto, que no era predecible en razón de que se trataba de una persona de 27 años, de aparente buena salud y sin antecedentes conocidos de patologías cardíacas, pues en ese momento no se conocía que padecía una hipercoagulabilidad genética, influyente cuando menos en lo sucedido, como también apunta el Tribunal de instancia, pues -significan los peritos y así lo recoge la sentencia impugnada- sometía al paciente a un riesgo cardiovascular elevado, padecimiento que de haber sido detectado anteriormente habría hecho tomar más precauciones y evitar posiblemente el desenlace finalmente ocurrido.

Recordemos que conforme a la doctrina de la imputación objetiva, recogida por esta Sala entre otras Sentencias en las de 20 de enero de 2000 y 9 de mayo de 2005 y reiterada en las más recientes de 15 de enero y 11 de noviembre de 2010, la atribución del resultado habría de realizarse conforme a criterios normativos antes que causales, partiendo para ello de la afirmación del nexo causal basado en la causalidad natural, para imputar luego objetivamente el resultado en función de que la acción u omisión haya creado o incrementado un riesgo o peligro jurídicamente desaprobado, que el riesgo creado se concrete en el resultado y que la evitación de éste entre dentro del fin de protección de la norma.

Si nos atenemos a los hechos que se tienen por probados en la sentencia, no resulta posible la imputación objetiva de las lesiones sufridas por el Cabo Ricardo al Teniente Coronel Médico ahora absuelto, no sólo porque éste en su actuación -desconociendo la enfermedad congénita que el Cabo padecía- no infringiera el deber de cuidado en su atención al paciente, y no creara o incrementara con su conducta una previsible situación de riesgo, sino porque el posible nexo causal entre la conducta desplegada por el médico militar y la lesiones que desgraciadamente sufrió el Cabo quedó interferido por la propia decisión del Cabo Ricardo de abandonar las instalaciones deportivas, sin que haya quedado constatado que su salida de las mismas le fuera médicamente autorizada. Lo que también conduce a rechazar la posible subsunción de los hechos relatados en la figura delictiva contemplada en el párrafo segundo del artículo 159 del Código Penal Militar.

Aunque, como bien señala también la sentencia impugnada, resulta ahora cierto que por parte del Teniente Coronel Médico se produjo un error de diagnóstico, ello no lleva consigo, en este caso y según han reconocido los peritos, que el acusado obrara incorrectamente o falto de la diligencia exigible, y así se manifiesta al significar los juzgadores de los hechos que "concuerdan los peritos médicos a la hora de valorar como ajustada a la lex artis ad hoc la actuación del procesado, significando, todos y cada uno de ellos, que con toda la probabilidad hubieran actuado del mismo modo de haberse encontrado en el lugar del procesado."

Finalmente, parece conveniente efectuar una precisión sobre la afirmación del Tribunal de instancia que asegura que lo ocurrido fue inevitable, además de imprevisible. Entiende esta Sala que del relato de hechos no cabe inferir -como se refiere en la sentencia- un caso de fuerza mayor con un indefectible final como el que se produjo, ya que haber dispuesto por los facultativos que atendieron al paciente de otros medios más adecuados a la situación que se presentaba, quizás hubiera permitido establecer un posible correcto diagnóstico de lo que podía suceder y anticipar una decisión más favorable para el paciente, sin que tal posibilidad - que no cabe descartar- invalide en forma alguna la valoración médica efectuada, pues es lo cierto que los síntomas detectados, según los peritos, no hacían prever el desenlace de los hechos. Y, efectivamente, según coinciden los peritos, si la observación del paciente se hubiera podido mantener y se hubiera llegado a producir el infarto de miocardio en presencia de los facultativos militares que atendieron al Cabo Ricardo, su evacuación en la ambulancia no medicalizada no hubiera variado el curso de los hechos, como afirmaron con absoluta rotundidad los Dres. T. y P., y se deja consignado en la Sentencia de instancia.

En definitiva, hemos de concluir, corroborando en lo esencial la sentencia de instancia, que en la conducta desplegada por el Teniente Coronel Médico Joaquín no concurrió una negligencia punible exigida para la apreciación de los dos tipos penales invocados por la acusación particular ante el Tribunal Militar Central y ante esta Sala.

Por lo que hemos de desestimar los motivos de casación invocados y, por consiguiente, el recurso formalizado.

TERCERO.- Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la Justicia Militar, conforme al artículo 10 de la L.O. 4/1.987 de 15 de julio.

En consecuencia,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación núm. 101/27/2012, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Miguel Angel Heredero Suero, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Ana y D<sup>a</sup> Rosana, como Acusación Particular, contra la sentencia dictada por el Tribunal Militar Central en el Sumario 2/01/09, el día 7 de marzo de 2012, en la que se absolvía al Teniente Coronel Médico del Cuerpo Militar de Sanidad D. Joaquín de un delito contra la eficacia del servicio, en su modalidad de "Negligencia profesional en acto de servicio con resultado de lesiones", previsto y penado en el artículo 159, párrafo segundo, y del un delito contra la eficacia del servicio, en su modalidad de "Incumplir los deberes técnicos de su profesión especial dentro de las Fuerzas Armadas, por impericia o negligencia profesional", previsto y penado en el artículo 160.4<sup>o</sup> del mismo cuerpo legal, por los que venía acusado. Sentencia ésta que declaramos firme.

Y declaramos de oficio las costas de este procedimiento.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Angel Calderón Cerezo.- José Luis Calvo Cabello.- Javier Juliani Hernán.- Fernando Pignatelli Meca.- Benito Gálvez Acosta.

## VOTO PARTICULAR

FECHA:24/10/2012

Voto particular que formula el Magistrado José Luis Calvo Cabello, anterior ponente, en relación con la sentencia de 23 de octubre de 2012 dictada en el recurso de casación núm. 27/2012. Al presente voto se adhiere el magistrado D. Fernando Pignatelli y Meca.

Decliné la ponencia y, en consecuencia, formulo el presente voto particular porque, en mi opinión, la Sala debió estimar el recurso de casación, casar la sentencia recurrida y, dictando para ello otra, condenar al teniente coronel D. Joaquín, como autor de un delito contra la eficacia del servicio del segundo párrafo del artículo 159 del Código penal militar, a la pena de tres meses y un día de prisión.

1.- Comparto los antecedentes de hecho de la sentencia de la Sala.

2.- Respecto de sus fundamentos de derecho, que contienen las razones por las que son desestimados los motivos de casación, me remitiré a ellos cuando los comparta y expondré lo que, a mi juicio, sea lo procedente cuando discrepe.

En el primer motivo de casación, las recurrentes denuncian la postura del Tribunal de instancia en relación con el testimonio del capitán enfermero D. Arturo, el testimonio del soldado Pablo y los informes periciales médicos.

Comparto con la mayoría de la Sala la falta de consistencia del argumento de las recurrentes respecto a la valoración del testimonio del capitán Arturo. Sorprende ciertamente que la sentencia de instancia no se refiera a que, al declarar en el juicio oral, dicho oficial enfermero no mencionara que el teniente coronel médico D. Joaquín había auscultado al cabo D. Ricardo. Pese a que fue preguntado, y de forma expresa por un miembro del Tribunal, sobre las atenciones que dispensaron a dicho cabo durante el tiempo que estuvo en la ambulancia, el capitán enfermero Arturo no mencionó la auscultación. (También sorprende que nadie preguntara de forma directa al testigo sobre tal extremo). Pero la declaración como hecho probado de que el teniente coronel realizó una exploración cardio-pulmonar al cabo se asienta en lo declarado por este oficial en el juicio oral, valorado por el Tribunal de instancia, y lo que declaró durante la instrucción del sumario el capitán enfermero.

En relación con la valoración que el Tribunal de instancia hizo de lo declarado por el soldado Pablo, asumo la argumentación de la mayoría de la Sala.

Y en orden a la denuncia efectuada por las recurrentes respecto de la valoración de la prueba pericial, entiendo que la Sala debió subrayar que, como es sabido, los informes periciales no son vinculantes y, en consecuencia, pueden no ser asumidos por los Tribunales. Se trata de un distanciamiento de los informes, consecuencia de un riguroso examen de estos, que ha de estar justificado, y así ha sucedido en distintos casos, como recuerda la sentencia de esta Sala de 26 de marzo de 2012, con base en, por ejemplo, la falta de idoneidad del perito, el método utilizado, la incongruencia entre el contenido del dictamen y sus conclusiones, la contradicción entre estas y el insuficiente examen de la materia objeto de la peritación.

Pues bien, analizados como corresponde hacer los informes periciales, entiendo obligado exponer que en cada uno de ellos existe algún extremo que resta solidez a las conclusiones. Así, el coronel médico D. Manuel afirma varias veces, traspasando los límites de su cometido, que el cabo se marchó del recinto porque se encontraba bien; el médico forense D. Juan hace equivalentes «dolor» y «molestias», reduciendo así la significación del dolor que el cabo sentía en el pecho, y afirma que si a este militar no se le dio consejo o prescripción clínica fue porque se ausentó del lugar; en el dictamen realizado por cinco médicos (Asesoría médica "Dictamed,

S.L.") se afirma que, tras ser reconocido, el cabo «insistió en salir de la ambulancia ya que se encontraba mejor», y asegura lo que no consta en ningún lugar de la causa: que «la molestia [del cabo] desapareció durante el reposo que supuso la exploración en la ambulancia». (Disminuyó, pero no desapareció); y, por último, en el informe emitido por el médico D. Luis T. (también de la Asesoría «Dictamed, S.L.») se hace una valoración de determinadas declaraciones formulando una conclusión rotundamente ajena a su cometido: «De las declaraciones de los testigos e intervinientes no se desprende que el Dr. Joaquín le ordenara al paciente que se marchara a su casa, sólo hay constancia de que le dijo que permaneciera en la ambulancia o descansando cerca de la misma o sea que su atención médica al paciente no había concluido; se deduce que lo volvería a ver después de que descansara».

3.- Discrepo -y de aquí que declinara la ponencia- de la desestimación del segundo motivo del recurso de casación.

Comparto las precisiones que la mayoría de la Sala hace respecto de los requisitos que deben concurrir para estimar cometido cualquiera de los dos delitos imputados: el descrito en el segundo párrafo del artículo 159 del Código penal militar y el descrito en el artículo 160.4º del mismo Código. Y también hago mío el análisis que sobre la misma cuestión se contiene en la sentencia de instancia.

Por el contrario, no comparto la valoración del caso efectuada por la sentencia de la que discrepo.

Dice esta sentencia que no se puede atribuir al teniente coronel D. Joaquín «una conducta negligente o imprudente en su atención al cabo...», manteniendo así la conclusión del Tribunal de instancia: los hechos probados no constituyen ninguno de los dos delitos imputados: ni el delito contra la eficacia del servicio descrito en el artículo 159 del Código penal militar, ni el delito descrito en el siguiente artículo 160.4.

Como he anticipado, no comparto tales conclusiones (ni la valorativa de los hechos, ni, por tanto, la referente a la inexistencia de los delitos) con base en la argumentación -que debió ser la argumentación de la sentencia de la Sala- que expongo en los apartados siguientes.

4.- Ante todo, resulta imprescindible subrayar, por una parte, que la ambulancia carecía de electrocardiógrafo y desfibrilador, y por otra, que estas carencias eran conocidas (lo reconoció y no podía desconocerlo) por el teniente coronel médico, cuyo servicio consistía en atender a los militares que antes, durante y después de las pruebas físicas necesitaran su intervención.

El Tribunal de instancia prescinde de la significación de estas inaceptables carencias: pese a que los militares realizaban esfuerzos físicos, la Administración no había dispuesto los medios técnicos indispensables para realizar un reconocimiento adecuado.

En este punto creo oportuno transcribir la consideración que la mayoría de la Sala hace al final del fundamento de derecho segundo de la sentencia de la que discrepo: «Entiende esta Sala que del relato de hechos no cabe inferir -como se refiere en la sentencia [de instancia]- un caso de fuerza mayor con un indefectible final como el que se produjo, ya que haber dispuesto por los facultativos que atendieron al paciente de otros medios más adecuados a la situación que se presentaba, quizás hubiera permitido establecer un posible correcto diagnóstico de lo que podía suceder y anticipar una decisión más favorable para el paciente sin que tal posibilidad - que no cabe descartar- [...]»

Es cierto que, ante el alcance de esta consideración, la Sala continúa así: «[sin que tal posibilidad -que no cabe descartar-] invalide en forma alguna la valoración médica efectuada, pues es lo cierto que los síntomas detectados, según los peritos, no hacían prever el desenlace de los hechos».

Comparto, es obvio, la referencia que la mayoría de la Sala hace a la posibilidad, en el caso de haber contado con los medios adecuados, de haber establecido «un posible correcto diagnóstico de lo que podía suceder y anticipar una decisión más favorable para el paciente». Pero discrepo de la explicación posterior que ofrece a fin de matizar lo ya dicho. Lo procedente era argumentar que las carencias eran una realidad que debió tener en cuenta el teniente coronel médico. Las carencias mencionadas no convertían en innecesario lo que era necesario o muy adecuado o no podía descartarse como muy conveniente. Cuando el cabo D. Ricardo llegó a la ambulancia algo inclinado y pálido, sujetándose el pecho con una mano a causa del dolor que sufría (son hechos probados), el médico, precisamente por carecer de los medios técnicos adecuados para reconocerlo, debió disponer su traslado al centro hospitalario más próximo a fin de que le fueran practicadas las elementales pruebas destinadas a conocer su estado y específicamente el de su corazón.

No existe duda alguna (es un hecho notorio) de que el infarto de miocardio no es la única causa de dolor torácico. Tan cierto como que ante un dolor torácico no cabe descartar que su causa sea un infarto de miocardio. Los peritos médicos, cuyas conclusiones fueron aceptadas sin reserva alguna por el Tribunal de instancia realizando una valoración que la mayoría de la Sala estima inobjetable, opinaron que, a causa de determinados datos referentes al cabo (edad, falta de antecedentes de patología cardiaca, realización de un esfuerzo físico intenso e inexistencia de otros síntomas) no existía motivo médico para pensar en una dolencia cardiaca. Pero sucede que con esos mismos datos y de haber existido un electrocardiograma en la ambulancia, el electrocardiograma hubiese sido realizado porque -también es un hecho notorio- es la práctica médica habitual ante una persona que llega a un centro médico con los síntomas que exteriorizaba el cabo D. Ricardo. Para disponer su traslado a un centro hospitalario, no era preciso tener la certeza de que este militar estaba sufriendo un infarto de miocardio o de que el infarto estaba anunciándose. Porque no podía descartarse que ese grave daño al corazón fuese la causa del dolor torácico, ni del aspecto que presentaba el cabo, el teniente coronel médico debió disponer su traslado. De aquí que su responsabilidad penal por imprudencia debió ser declarada.

5.- El Tribunal de instancia concluyó, aceptando lo informado por los peritos médicos, que coincidieron con la tesis de la defensa, que la decisión médica de dejar al cabo en observación era correcta.

No procedía que la Sala asumiera tal conclusión.

La decisión de dejar a un paciente en observación contiene implícita la exigencia de un nuevo reconocimiento. Sin él, la decisión carece de sentido.

Pues bien, ese nuevo reconocimiento podía evidenciar una realidad quizá insalvable. Es uno de los tres posibles resultados: el paciente sigue igual o mejora o empeora. Si se puede disponer de inmediato de los medios que el estado actual de la tecnología y la ciencia médica ofrecen, si están al alcance, la observación del paciente, que exige un nuevo reconocimiento, puede ser adecuada ya que, si se detecta un empeoramiento, puede intervenir. Pero ante las carencias técnicas subrayadas arriba, la espera para ver la evolución del paciente comporta un riesgo inasumible.

6.- Aunque se admitiera que nada exigía trasladar al cabo a un centro hospitalario y, en consecuencia, que dejarlo en observación era una decisión correcta, la Sala también debió concluir que el teniente coronel médico actuó sin diligencia alguna.

Como se ha indicado en el apartado anterior, esa decisión solo tiene sentido si se efectúa otro reconocimiento. Pues bien, ese reconocimiento no fue efectuado porque el teniente coronel médico no tuvo intención de efectuarlo.



El Tribunal de instancia, aceptando la opinión de los peritos (opinión emitida pese a no ser su cometido), entendió que el teniente coronel no volvió a reconocer al cabo porque este se había marchado. Pero los datos que existen apuntan inequívocamente a que el teniente coronel no tenía el propósito de reconocer nuevamente al cabo y a que había dado por terminada su intervención cuando le dijo a este que descansara sentado al sol. Así lo indica en primer lugar el testimonio del capitán enfermero D. Arturo, ya que sostuvo en todo momento que no oyó al teniente coronel decirle al cabo que esperara para reconocerlo de nuevo o que no se fuera. (Este dato ha sido cuestionado por la mayoría de la Sala mediante una argumentación sobre la que luego expondré mi disconformidad). Después es valorable la conducta seguida por el teniente coronel por cuanto indica que no tenía proyectado reconocer otra vez al cabo: si lo hubiera tenido, habría vuelto a la ambulancia nada más comprobar que su presencia en las pistas era innecesaria (y lo comprobó en cuanto llegó a ellas); sin embargo, se quedó a la espera de que terminaran determinadas pruebas y tardó en regresar a la ambulancia -así lo dice la declaración de hechos probados- entre quince y veinte minutos.

También la Sala debió argumentar que no es indiferente el tiempo que se tarda en realizar un nuevo reconocimiento, salvo que se acepte -rotundamente irresponsable tal aceptación- el riesgo de que el resultado sea ya irremediable. Dado que el cabo llegó a la ambulancia en el estado antes descrito (inclinado, pálido y sujetándose el pecho a causa del dolor que sufría en él) y dado que, después del tiempo que estuvo en el interior de ella (unos diez minutos), ese dolor persistía (solo había disminuido), el teniente coronel médico no debió quedarse en las pistas sino volver de forma inmediata para asegurarse del estado en que se encontraba el cabo.

Por último, también se proyecta en el sentido dicho la reacción del teniente coronel cuando pasado ese tiempo volvió a la ambulancia: dice el relato de hechos probados que «no se sorprendió de que no se hallara ya allí el cabo». No es esta la reacción coherente si había decidido reconocerlo otra vez para comprobar la evolución de su estado. (Y menos aún si le había dicho que esperara).

7.- En relación con el extremo referente a si el teniente coronel dijo o no al cabo que se quedara, la mayoría de la Sala cuestiona la fuerza probatoria del testimonio del capitán Arturo. En la sentencia de la que discrepo se lee: «Pero tampoco procede establecer como incontestablemente acreditado que no lo hiciera [que el teniente coronel no dijera al cabo que se quedara allí y que luego volvería], en razón tan solo de que no lo escuchó uno de los testigos, cuando además, según se recoge en los hechos probados, se alejó del lugar en que se encontraban el cabo Ricardo y el teniente coronel médico poco antes de que este lo hiciera por lo que, como el propio testigo reconoció no coincidió todo el tiempo con ellos».

Disiento de esta argumentación por varias razones. Primero porque el capitán Arturo fue el único testigo de lo que el teniente coronel dijo o no al cabo dentro de la ambulancia, lugar donde sí le dijo que saliera y se sentara al sol. Y luego porque es irrazonable que el cabo se marchara si el teniente coronel le había dicho que se quedara. Dado que persistía el dolor en el pecho, no encuentro razón alguna por la que pueda entenderse que hiciera caso omiso al teniente coronel médico. (La explicación, afirmada unas veces con rotundidad, insinuada otras, de que se fue porque ya se encontraba bien, carece de toda consistencia ante el proceso patológico que se desencadenó poco después). Por otra parte si el teniente coronel le hubiera dicho algo al cabo cuando salió de la ambulancia camino de las pistas, el conductor de ésta habría sido un testigo idóneo para la defensa.

En definitiva, porque no dispuso el traslado del cabo a un centro hospitalario y porque dio por terminada su intervención cuando dijo a este que se sentara al sol, el teniente coronel actuó con la imprudencia que la acusación particular le imputa.

8.- Establecida la actuación imprudente y no debatida la realidad del gravísimo resultado lesivo, queda por analizar si hubo relación entre ambas.

La sentencia recurrida entendió, como la mayoría de la Sala ha entendido, que no se dio la relación causal porque una dolencia no conocida hasta mucho después (la hipercoagulabilidad) determinó el gravísimo resultado lesivo. O, en otros términos, el resultado se hubiera producido cualquiera que hubiera sido la actuación médica: la que llevó a cabo el teniente coronel o la consistente en ordenar el traslado a un centro hospitalario o llamar a una ambulancia del Samur.

En el caso que se examina, la Sala no debió mostrarse conforme con esta consideración. Son conocidas, sobre todo en el mundo de los deportes que exigen gran esfuerzo físico, las muertes repentinas por causas cardiacas (algunos peritos se refirieron a ellas). Pero en el caso del cabo don Ricardo no hubo un repentino resultado. La dolencia cardiaca estaba avisando. Ante un estado como el que el cabo presentaba, cualquier deportista hubiera sido inmediatamente objeto de los correspondientes exámenes y controles médicos, sin que en ningún caso se hubiera optado por dejarlo en observación. Y al no haber actuado de forma que pudieran ser utilizados los medios de un centro hospitalario, el teniente coronel no hizo posible que se llegara a tiempo, propició que se llegara tarde. Con su pasividad negligente privó al cabo don Ricardo de la asistencia médica que le era debida y que hubiera evitado o al menos reducido el resultado lesivo.

9.- Concurren pues -debió argumentar la Sala- los requisitos para estimar cometidos los dos delitos imputados. Ahora bien, aceptando el correcto razonamiento expresado por el Tribunal de instancia en el primer fundamento de derecho de su sentencia, debió condenarse al teniente coronel D. Joaquín como autor -y así lo he indicado al comienzo del presente voto particular- únicamente del delito contra la eficacia del servicio descrito en el párrafo segundo del artículo 159 del Código penal militar. La razón es la expuesta por el Tribunal de instancia: no se está ante un concurso ideal de delitos, sino ante un concurso de normas (las contenidas en el mencionado artículo y en el siguiente artículo 160.4), que, en aplicación del principio de absorción dispuesto por la regla tercera del artículo 8 del Código penal, procede resolver en el sentido dicho.

10.- La responsabilidad civil derivada de la responsabilidad penal no fue sometida a debate por cuanto esta había sido rechazada. En este punto expongo lo que hubiera propuesto a la Sala: que se concedieran las indemnizaciones en las cantidades y en los términos obrantes en el escrito de conclusiones provisionales, elevadas a definitivas en el acto del juicio oral, del Ministerio Fiscal.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Javier Juliani Hernán, estando el mismo celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que como Secretario, certifico.