



Roj: **STS 1210/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1210**

Id Cendoj: **28079120012023100165**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/03/2023**

Nº de Recurso: **1798/2021**

Nº de Resolución: **169/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 169/2023**

Fecha de sentencia: 09/03/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1798/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/03/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1798/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 169/2023**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 9 de marzo de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 1798/2021, interpuesto por D<sup>a</sup> **Berta (acusación particular)**, representada por el procurador D. Román Gutiérrez Alonso, bajo la dirección letrada de D. José Antonio Quince Fanjul, contra la sentencia nº 37/2021, de fecha 4 de febrero de 2021, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el Rollo de Apelación Procedimiento Abreviado nº 467/2020. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida: D. Jeronimo y AGRUPACIÓN MUTUAL ASEGURADORA ("AMA"), representados por el procurador D. Antonio Álvarez Arias de Velasco, bajo la dirección letrada de D. Javier Álvarez Arias de Velasco.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Avilés instruyó Diligencias Previas nº 2/2018, contra Jeronimo, por un delito de lesiones por imprudencia profesional y, una vez concluso, lo remitió al Juzgado de lo Penal nº 1 de Avilés, que en el Procedimiento Abreviado nº 115/2019, dictó sentencia nº 31/2020, de fecha 24 de febrero de 2020, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<De lo actuado en el juicio, se declaran expresamente probados los hechos que a continuación se relacionan:

**PRIMERO.**- El día 16/11/2017 el acusado Jeronimo, en el ejercicio de su profesión como traumatólogo en la FUNDACION HOSPITAL DE AVILES, con la omisión de las más elementales normas de diligencia exigibles, realizó a Berta una operación artroscópica de la rodilla derecha cuando, en realidad, debería haberla realizado en la rodilla izquierda, tal y como se recogía en la documental aportada por el HUCA y en las fichas de información elaboradas el mismo día en que estaba programada la intervención en cuestión.

La paciente fue examinada en consulta rutinaria por el acusado, donde le explicó en que iba a consistir la intervención de artroscopia, refiriéndose siempre y en todo momento a la rodilla izquierda.

Como consecuencia de lo anterior Berta tuvo que esperar para ser intervenida de su rodilla izquierda, que le generaba importantes dolores y padecimientos hasta el día 19/12/2017, una vez restablecida de la anterior cirugía practicada, por error, en la rodilla derecha.

**SEGUNDO.**- Como consecuencia lo anterior, la perjudicada sufrió lesiones consistentes en: menisectomía parcial interna de la rodilla derecha.

De las mismas tardó en alcanzar su completa sanidad 153 días de carácter moderado, restándole secuelas meniscales en la rodilla derecha operada de carácter leve. No se aprecia perjuicio estético alguno.

No se estima suficientemente acreditado que la paciente sufriera daño moral alguno al margen de las lesiones, días de incapacidad y secuelas que se acaban de reflejar.

**TERCERO.**- El acusado tenía concertado un seguro de responsabilidad civil con la compañía de seguros AMA.

La FUNDACION HOSPITAL DE AVILES tenía concertado un seguro de responsabilidad civil con MAPFRE.

**CUARTO.**- El acusado carece de antecedentes penales. >>

**SEGUNDO.**- El Juzgado de lo Penal nº 1 de Avilés, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Que debo **CONDENAR Y CONDENO** a Jeronimo como autor penalmente responsable de UN DELITO DE LESIONES POR IMPRUDENCIA PROFESIONAL, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de TRES MESES PRISION, con la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena, así como la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión médica por tiempo de SEIS MESES; más las costas generadas, incluidas las de la acusación particular.

Jeronimo deberá indemnizar a la perjudicada con la cantidad total de ocho mil setecientos cincuenta euros (8.750 €), siendo responsables directas de dicha cantidad las compañías aseguradoras AGRUPACION MUTUAL ASEGURADORA (AMA) y MAPFRE ESPAÑA CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS; y respondiendo subsidiariamente la FUNDACION HOSPITAL DE AVILES. Cantidad a la que serán de aplicación los intereses legales correspondientes.

Las compañías aseguradoras prestaron fianza. Caso de existir alguna cantidad consignada en la presente causa, una vez sea firme la presente resolución, hágase oportuna entrega de la misma a la parte perjudicada.

Una vez alcance firmeza la presente sentencia, póngase en conocimiento del ILUSTRE COLEGIO DE MÉDICOS DE ASTURIAS su contenido a los efectos de controlar la pena accesoria de inhabilitación profesional a que ha resultado condenado Jeronimo.



Notifíquese la presente resolución a todas las partes personadas y al MINISTERIO FISCAL.

La presente resolución no es firme, sino que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante este juzgado en el plazo de DIEZ DIAS ante la ILMA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS. >>

**TERCERO.-** Notificada la referida sentencia a las partes, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado Jeronimo , remitiéndose las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo, que en el Rollo de Apelación nº 467/2020, dictó sentencia nº 37/2021, de fecha 4 de febrero de 2021, que aceptó los antecedentes de hecho de la sentencia apelada a excepción de la DECLARACIÓN DE HECHOS PROBADOS, que se sustituye por lo siguiente:

<<El 16 de noviembre de 2017 el acusado Jeronimo , en el ejercicio de su profesión como traumatólogo en la Fundación Hospital de Avilés, realizó a Berta , paciente que le había sido derivada desde el Hospital Universitario Central de Asturias, una meniscectomía parcial interna mediante artroscopia en la rodilla derecha, intervención que debería haberse realizado en la rodilla izquierda. La cirugía artroscópica en la rodilla izquierda se realizó, finalmente, el 19 de diciembre de 2017. >>

**CUARTO.-** La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Que ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación de Jeronimo contra la sentencia dictada en los autos de Juicio Oral nº 115/2019 por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Avilés de que dimana el presente Rollo, debemos REVOCAR dicha resolución, absolviendo a Jeronimo del delito de lesiones por imprudencia profesional por el que había sido condenado, con todos los pronunciamientos favorables, que se hacen extensivos a la declaración de responsabilidad civil directa de Agrupación Mutual Aseguradora y Mapfre España Compañía de Seguros y Reaseguros y a la declaración de responsabilidad civil subsidiaria de Fundación Hospital de Avilés, declarando de oficio las costas de ambas instancias. >>

**QUINTO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por la representación procesal de D<sup>a</sup>. Berta , por infracción de ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**SEXTO.-** La representación de la recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

**Motivos aducidos en nombre de la recurrente Berta (acusación particular):**

**Primero y Único.-** Por infracción de ley, art. 849.1 LECrim, por inaplicación del art. 152.1 CP.

**SÉPTIMO.-** Instruidos el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso interpuesto, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**OCTAVO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 8 de marzo de 2023.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### RECURSO Berta (acusación particular)

**PRIMERO.-** Contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo de fecha 4-2-2021, que estimó el recurso de apelación interpuesto por la representación del acusado Jeronimo contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Avilés, de fecha 24-2-2020, autos de Juicio Oral 115/2019, y revocó esta resolución, absolviendo al referido del delito de lesiones por imprudencia profesional por el que había sido condenado a la pena de 3 meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión médica por tiempo de 6 meses, más las costas generadas, incluidas las de la acusación particular, así como a indemnizar a D<sup>a</sup>. Berta en la cantidad total de 8.750 € con la responsabilidad civil directa de las compañías aseguradoras Agrupación Mutual Aseguradora (AMA) y Mapfre España Cía Seguros y Reaseguros y la responsabilidad subsidiaria de la Fundación Hospital de Avilés, se interpone el presente recurso de casación por la acusación particular por un único motivo con base procesal en el art. 849.1 LECrim por infracción de ley por inaplicación del art. 152.1 CP, alegando en síntesis que Berta acudió a un Centro Sanitario para que se le practicara una artroscopia de la rodilla izquierda, y el acusado, médico traumatólogo, a pesar de los informes médicos obrantes en el historial médico y de la manifestación de la denunciante en el formulario preoperación, le intervino la rodilla derecha el 16-11-2017. Señala que la documentación sobre la rodilla derecha se aportó durante la tramitación de las diligencias y se refiere a una intervención en el año 2010 y que manifestar que la rodilla derecha estaba afectada para devaluar el grado de culpabilidad de los hechos o imprudencia de la conducta enjuiciada, resulta desenfocar el problema que planteó a la denunciante la intervención errónea que,



lejos de aliviarse, tuvo que operarse a la rodilla izquierda al mes siguiente (diciembre 2017) sin estar recuperada de la intervención anterior, al necesitar rehabilitación hasta abril 2018.

Asimismo, descargar la responsabilidad en la denunciada desdibuja un escenario en la que una persona sin ninguna experiencia ni vinculación en el ámbito sanitario, difícilmente puede inducir a confusión a cinco profesionales del ámbito sanitario (anestésista, tres enfermeras y el propio cirujano).

Por último que la conducta imprudente descrita generó un riesgo innecesario para la paciente dado que la intervención en la rodilla derecha no estaba programada, expuso a la paciente a una situación de riesgos reales latentes, y entre ellos, como ya se ha indicado, la necesidad de practicar otra intervención quirúrgica en el espacio de un mes.

**SEGUNDO.-** Previamente habrá que precisar que no se pretende una condena ex novo del acusado, vulnerándose de esta forma la consolidada doctrina tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala Segunda, el derecho a un proceso con todas las garantías ( art. 24.2 CE) que se produce cuando un órgano judicial conociendo en vía de recurso, condena a quien había sido absuelto en la instancia o empeora su situación, a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados. La pretensión de la acusación particular de anular el procedimiento de apelación absolutorio en contra del reo, haciendo revivir el pronunciamiento condenatorio de la instancia, no tropieza con obstáculo alguno ( SSTS 1043/2012, de 21-11; 555/2014, de 10-7; 537/2021, de 18-6). En este supuesto no nos enfrentamos a una decisión de condena que adoptaría ex novo esta Sala 2ª por vía de recurso. El enjuiciamiento inicial lo llevó a cabo el Juzgado de lo Penal que encontró al acusado culpable de un delito de imprudencia profesional grave. Esta inicial apreciación ha sido sustituida por la Audiencia Provincial que al conocer en apelación entendió que la incidencia que la conducta de la paciente tuvo en el resultado determinó que la culpa del agente debía degradarse a la simple imprudencia leve, que tras la reforma LO 1/2015 queda restringido al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual.

**2.1.-** Ahora bien, como se ha expresado anteriormente, la sentencia objeto del presente recurso resolvió el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal.

Como hemos dicho en STS 599/2022, de 15-6, conforme señala el art. 847.1 b) LECrim, procede recurso de casación: "Por infracción de ley del motivo previsto en el núm. 1º del art. 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional". Y según dispone el art. 884.3º, el recurso será inadmisibile: "Cuando no se respeten los hechos que la sentencia declare probados o se hagan alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con aquéllos, salvo lo dispuesto en el número 2º del artículo 849".

Esta Sala, en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 9 de junio de 2016, interpretando el art. 847.1, letra b) LECrim, estableció el ámbito de este recurso en los siguientes términos:

a) El art. 847 1º letra b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los artículos 849. 2º, 850, 851 y 852.

b) Los recursos articulados por el artículo 849. 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

c) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio ( artículo 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

d) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés ( artículo 889 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

e) La providencia de inadmisión es irrecurrible ( artículo 892 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).



**2.2.-** En el caso que nos ocupa, el recurso se articula por la vía de dicho precepto, art. 849.1 LECrim, debemos por ello insistir en la constante jurisprudencia, por todas SSTs 146/2022, de 17-2; 228/2022, de 10-3, que precisa que el recurso de casación cuando se articula por esta vía ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juricidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr ( STS 421/2018, de 20 de septiembre).

El artículo 849.1 de la LECrim fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECrim (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal, pues no resulta posible pretender un control de la juricidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable ( STS 511/2018, de 26 de octubre).

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**2.3.-** Siendo así, los hechos declarados probados por la sentencia recurrida -no olvidemos la dictada en apelación por la Audiencia- recogen:

"El 16 de noviembre de 2017 el acusado Jeronimo , en el ejercicio de su profesión como traumatólogo en la Fundación Hospital de Avilés, realizó a Berta , paciente que le había sido derivada desde el Hospital Universitario Central de Asturias, una menissectomía parcial interna mediante artroscopia en la rodilla derecha, intervención que debería haberse realizado en la rodilla izquierda. La cirugía artroscópica en la rodilla izquierda se realizó, finalmente, el 19 de diciembre de 2017."

La cuestión que se nos plantea es si tal relato fáctico, -que suprimió expresamente de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia "con la omisión de las más elementales normas de diligencia exigibles" y "la paciente fue examinada en consulta rutinaria por el acusado, donde le explicó en qué iba a consistir la intervención de artroscopia, refiriéndose siempre y en todo momento a la rodilla izquierda"- puede ser subsumido en un delito de lesiones por imprudencia grave del art. 152.1, en su modalidad de comisión por imprudencia profesional, que la sentencia recurrida descarta al considerar que no nos encontramos ante una equivocación inexcusable del médico, una vulneración total de los deberes vinculados a la lex artis, que determine la concurrencia de una imprudencia grave, ni siquiera ante una negligencia que por la menor relevancia de las normas infringidas pueda ser considerada como menos grave. La incidencia que la conducta de la paciente tuvo en el resultado determina que la culpa del agente haya de degradarse, cuanto menos, dos grados, por lo que únicamente podría ser constitutiva de una simple imprudencia leve, lo que tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, queda restringido al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual.





**2.4.-** Es preciso recordar algunos pronunciamientos jurisprudenciales que, aunque no aportan criterios definitivos, sí pueden ser tenidos en cuenta.

Así, la STS 54/2015, de 11-2, citada por la STS 421/2020, de 22-7, nos recuerda la doctrina general anterior sobre la imprudencia grave. Así, precisa que lo que constituye la esencia del delito de imprudencia es "la infracción del deber de cuidado que hace reprochable su comportamiento porque ese cuidado le era exigible. En estos delitos culposos es la falta de atención la que determina ese error de cálculo que ocasionó no tomarse en serio la producción del resultado o la mencionada esperanza equivocada, lo que traslada el título de imputación al ámbito de la imprudencia.

A este respecto la jurisprudencia viene señalando que la imprudencia se configura por la concurrencia de los siguientes elementos: a) una acción u omisión voluntaria no intencional o maliciosa, con ausencia de cualquier dolo directo o eventual; b) el factor psicológico o subjetivo consistente en la negligente actuación por falta de previsión del riesgo, elemento no homogeneizable y por tanto susceptible de apreciarse en gradación diferenciadora; c) el factor normativo u objetivo representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, concretado en normas reglamentarias o impuesto por las normas socio culturales exigibles al ciudadano medio, según común experiencia; d) producción del resultado nocivo; y e) adecuada relación causal entre el proceder descuidado desatador del riesgo y el daño o mal sobrevenido, dentro del ámbito de la imputación objetiva ( SSTS. 1382/2000 de 24.10, 1841/2000 de 1.12.

En efecto esta teoría de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el ámbito de la imprudencia donde es precisamente el resultado lesivo lo que condiciona la relevancia penal de un comportamiento descuidado, que por muy grave que sea, sin la concreción de aquél, queda sustraída del marco de lo punible.

Efectivamente la tradicional estructura del delito imprudente se basa en dos elementos fundamentales: el psicológico o previsibilidad del resultado y el normativo o reprochabilidad, referido al deber de evitar el concreto daño causado. Sobre esta estructura se requiere: una acción u omisión voluntaria, pero no maliciosa, referida a la acción inicial, puesto que el resultado no ha sido querido ni aceptado; que dicha acción u omisión será racionalmente peligrosa, no permitida, al omitirse el deber de cuidado normalmente exigido por el ordenamiento jurídico, por las costumbres o por las reglas de la convivencia social; finalmente, esta conducta con conocimiento del peligro o sin él, ha de ser causa eficiente del resultado lesivo o dañoso no perseguido, que constituye la parte objetivo del tipo.

Así las cosas, la operación de conexión jurídica entre la conducta imprudente y el resultado no puede realizarse desde una perspectiva exclusivamente naturalística, sino que el resultado será objetivamente imputable a una conducta infractora de la norma de cuidado siempre que, constatada entre ambos la relación de causalidad conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones, pueda afirmarse que dicho comportamiento descuidado ha producido una situación de riesgo para el bien jurídico protegido suficientemente importante y grave para que se haya materializado en un determinado resultado lesivo.

En STS. 1050/2004 de 27.9, hemos precisado que la esencia de la acción imprudente se encuentra en la infracción del deber de cuidado y el tipo objetivo se configura con la realización de una acción que supere el riesgo permitido y la imputación objetiva del resultado. En el delito imprudente, por consiguiente, se produce un resultado socialmente dañoso mediante una acción evitable y que supera el riesgo permitido. La tipicidad se determinará mediante la comparación entre la acción realizada y la que era exigida por el deber de cuidado en la situación concreta.

Respecto al momento y fuentes del deber de cuidado, la situación debe ser objeto de un análisis "ex ante" y teniendo en cuenta la situación concreta en la que se desarrolló la acción. La norma de cuidado, al igual que el riesgo permitido, puede estar establecida en la ley, en un reglamento, en disposiciones particulares y, desde luego, basada en la experiencia.

La acción peligrosa tiene que producir un resultado que pueda ser imputado objetivamente a la misma. Así pues, el resultado debe ser evitable conforme a un análisis "ex ante".

Varios son los criterios de imputación del resultado, y como más destacados señalaremos la teoría del incremento del riesgo; conforme a la misma es preciso que el resultado constituya la realización del riesgo generado por la acción y que la conducta del sujeto haya incrementado la probabilidad de producción del resultado comparándola con el peligro que es aceptable dentro del riesgo permitido. Para la teoría del ámbito de protección de la norma, no habrá imputación del resultado cuando éste no sea uno de los que se pretenden impedir con la indicada norma. En otras palabras, la norma que impone los deberes pretende evitar ciertos resultados, cuando el resultado no es uno de ellos, significa que se encuentra fuera de su ámbito de protección y, consecuentemente, debe negarse la imputación de dicho resultado. Por último la teoría de la evitabilidad, conforme a la cual habrá que preguntarse que hubiera sucedido si el sujeto hubiera actuado conforme a la



norma. Si a pesar de ello, es decir, si aunque el sujeto hubiera cumplido con la norma el resultado se hubiera producido igualmente, habrá que negar la imputación objetiva del resultado.

En el delito imprudente, el tipo subjetivo lo constituye el desconocimiento individualmente evitable del peligro concreto. Desconocimiento que le es imputable ya que pudo haber previsto el resultado si su comportamiento hubiera sido adecuado al deber de cuidado.

En el caso presente la determinación de la relación de causalidad no ofrece duda alguna al ser evidente el nexo causal entre la acción del acusado y el resultado lesivo producido y en cuanto a la calificación de la culpa, habrá de partirse de que en las infracciones culposas es la intensidad y relevancia de la previsión y diligencias dejadas de observar la que va a determinar la incardinación en una u otra modalidad, y de ahí que en los casos de lesiones imprudentes del artículo 152, la gravedad en la culpa es exigencia del tipo delictivo, convirtiéndose en falta en los casos de levedad en la imprudencia aunque el resultado lesivo fuese de los previstos como delito (art. 621).

Pues bien la jurisprudencia de esta Sala SSTS. 171/2010 de 10.3, 282/2005 de 25.2, 665/2004 de 30.6 y 966/2003 de 4.7, señala que "el nivel más alto de la imprudencia está en la llamada "culpa con previsión", cuando el sujeto ha previsto el resultado delictivo y pese a ello ha actuado en la confianza de que no habrá de producirse y rechazándolo para el supuesto de que pudiera presentarse. Aquí está la frontera con el dolo eventual, con todas las dificultades que esto lleva consigo en los casos concretos. En el vértice opuesto se encuentra la culpa sin previsión o culpa por descuido o por olvido, en que el sujeto no prevé ese resultado típico, pero tenía el deber de haberlo previsto porque en esas mismas circunstancias un ciudadano de similares condiciones personales lo habría previsto. Es la frontera inferior de la culpa, la que separa del caso fortuito".

Desde otra perspectiva, generalmente se ha entendido que la omisión de la mera diligencia exigible dará lugar a la imprudencia leve, mientras que se calificará como temeraria, o actualmente como grave, cuando la diligencia omitida sea la mínima exigible, la indispensable o elemental, todo ello en función de las circunstancias del caso.

De esta forma, la diferencia entre la imprudencia grave y la leve se encuentra en la importancia del deber omitido en función de las circunstancias del caso, debiendo tener en cuenta a estos efectos el valor de los bienes afectados y las posibilidades mayores o menores de que se produzca el resultado, por un lado, y por otro, la valoración social del riesgo, pues el ámbito concreto de actuación puede autorizar algunos particulares niveles de riesgo.

La jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en ocasiones en este sentido, afirmando que la gravedad de la imprudencia se determinará en atención, de un lado, a la importancia de los bienes jurídicos que se ponen en peligro con la conducta del autor y, de otro, a la posibilidad concreta de que se produzca el resultado, ( STS nº 2235/2001, de 30 de noviembre).

Por su parte la STS 805/2017, de 11 de diciembre (caso *Madrid Arena* ), tras unas consideraciones generales sobre la imprudencia, trata de establecer algunos criterios que ayuden a perfilar qué debemos entender por *imprudencia menos grave*, inspirándose en buena medida, lo que no se oculta, en el Dictamen 2/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial:

"Como acertadamente se razona, y resulta de la jurisprudencia de esta Sala, el delito imprudente exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1º) La infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión).
- 2º) Vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado).
- 3º) Generación de un resultado.
- 4º) Relación de causalidad.

A lo anterior debe sumarse:

1) En los comportamientos activos:

- a) el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado (vínculo naturalístico u ontológico)
- b) la imputación objetiva del resultado (vínculo normativo): que el riesgo no permitido generado por la conducta imprudente sea el que materialice el resultado.

2) En los comportamientos omisivos: dilucidar si el resultado producido se hubiera ocasionado de todos modos si no se presta el comportamiento debido. Pero no que no se puede saber o conocer si el resultado se hubiera producido, o no, de haberse prestado la atención debida.



Conforme a la teoría de la imputación objetiva, se exige para determinar la relación de causalidad:

- 1) La causalidad natural: en los delitos de resultado éste ha de ser atribuible a la acción del autor.
- 2) La causalidad normativa: además hay que comprobar que se cumplen los siguientes requisitos sin los cuales se elimina la tipicidad de la conducta:

1º) Que la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, lo que se entiende que no concurre en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se trata de riesgos permitidos.
- b) Cuando se pretende una disminución del riesgo: es decir, se opera para evitar un resultado más perjudicial.
- c) Si se obra confiado en que otros se mantendrán dentro de los límites del riesgo permitido (principio de confianza).
- d) Si existen condiciones previas a las realmente causales puestas por quien no es garante de la evitación del resultado (prohibición de regreso).

2º) Que el resultado producido por la acción es la concreción del peligro jurídicamente desaprobado creado por la acción, manteniéndose criterios complementarios nacidos de la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, de forma que en estos casos hay que indagar cuál es la causa que realmente produce el resultado.

Como alegación subsidiaria, el recurrente sostiene que la conducta del Sr. Cesareo podría constituir una imprudencia menos grave.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, ha procedido a una despenalización de la imprudencia leve, dibujando nuevos conceptos, imprudencia grave y menos grave en los tipos imprudentes de los arts. 142 y 152 del Código Penal.

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

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

Dentro de las imprudencias que se consideran por el legislador que constituyen conductas merecedoras de reproche penal se establece esa modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, en las que se incluyen, por lo que afecta a la presente resolución, los delitos de homicidio por imprudencia grave y menos grave previstos en el párrafo primero y segundo del art. 142 del C.P., respectivamente, y las lesiones por imprudencia grave del art. 147.1 del C.P. que se recogen en el art. 152.1.1º del C.P., no considerándose constitutivas de infracción penal las lesiones previstas en el art. 147 del C.P. que se cometan por imprudencia menos grave puesto que el segundo párrafo del art. 152 del C.P. sólo sanciona al que por imprudencia menos grave cometiere alguna de las lesiones a que se refieren los arts. 149 y 150 del C.P.

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

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

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





razonamiento que ha de estimarse correcto pues la esencia del injusto imprudente no está fundado sólo en las infracciones de la legislación extrapenal.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La imprudencia menos grave puede ser definida como la constitución de un riesgo de inferior naturaleza, a la grave, asimilable en este caso, la menos grave, como la infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar correspondiente a la conducta que es objeto de atención y que es la causalmente determinante, única o plural, con el resultado producido, de tal manera que puede afirmarse



que la creación del riesgo le es imputable al agente, bien por su conducta profesional o por su actuación u omisión en una actividad permitida social y jurídicamente que pueda causar un resultado dañoso. Así, mientras la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir).

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

No sobra reiterar esta doctrina jurisprudencial.

**2.5.-** Expuesto lo anterior, la sentencia recurrida para llegar al relato fáctico que declara probado tiene en cuenta que el Juzgado de lo Penal no tomó en consideración en la valoración de la prueba circunstancias relevantes a la hora de graduar la imprudencia, como son lo que declararon el personal sanitario que atendió a la paciente: Angelina , auxiliar de enfermería de quirófano, Aurora , supervisora de quirófano, y Elsa , enfermera instrumentista, que corroboraron la versión de descargo del acusado, en lo que hace a las reiteradas manifestaciones que hizo la paciente acerca de la rodilla que debía ser operada y al nivel de consciencia que mostraba en ese momento la paciente; las sospechas de simulación que se derivarían del informe médico de evaluación de incapacidad laboral unido a las actuaciones; las patologías de rodilla preexistentes en ambas rodillas, tal como revela la historia médica de Berta -en el curso de la artroscopia de la rodilla derecha el facultativo se encontró una rodilla degenerativa, que procedió a limpiar y un menisco roto-, y otras dos circunstancias que la sentencia de instancia omitió, como son que ni el consentimiento informado ni el volante de derivación de la paciente a la Fundación Hospital de Avilés, que únicamente menciona "artroscopia diagnóstica o terapéutica de rodilla", sin especificar cual de las dos había de ser intervenida.

Y en base a ello estima que contribuyó a la producción del resultado la conducta o actuación de la propia paciente y degrada la imprudencia del acusado a leve, pronunciando este conforme con la doctrina jurisprudencial -por todas STS 1823/2002, de 7-11- que recuerda que la actuación del perjudicado puede en ocasiones tener una relevancia capaz de influir en la calificación de la imprudencia del acusado, dando lugar, en ocasiones, a unos efectos degradatorios de la aparente entidad de la culpa. La jurisprudencia sí lo admite mediante la concurrencia de conductas, que desplaza el problema al campo propio de la causalidad, con su correlativa repercusión en la culpabilidad, valorando los comportamientos confluyentes en la producción del resultado. Para su respectiva calificación debe procederse al examen de cada conducta con individualización y obtenida la graduación específica de cada conducta determinar su eficacia preponderante, análoga o de inferioridad respecto a las otras, llegando por este sistema a su delimitación y estimación penal más adecuada y correcta, pudiendo apreciarse criterios de experiencia general y de ordinario entendimiento, siempre circunstanciales y relativos por la naturaleza común de los diversos grados de influencia.

**2.6.-** La parte recurrente discrepa -a pesar de la vía casacional del art. 849.1 LECrim- de esa valoración probatoria, olvidando que en esta sede casacional, no nos corresponde en este tipo de recurso fiscalizar si esa valoración probatoria ha sido correcta, o si podría resultar más convincente la efectuada por el Juzgado. Nos limitamos a recoger acriticamente la versión del Tribunal de apelación que ha hecho un examen meticuloso de toda la prueba y ha llegado a aquellas conclusiones.

Cuestiona la recurrente la credibilidad que el Tribunal otorga a distintos testigos, no es este el ámbito propio de la infracción de ley. No nos incumbe ahora realizar una nueva valoración de la prueba. No nos resulta posible, en fin, proceder a un análisis secuencial de todas y cada una de las alegaciones mediante las que la parte recurrente trata de demostrar el error valorativo en que ha podido incurrir el Tribunal de apelación.

**TERCERO.-** Desestimándose el recurso, procede condenar en costas a la parte recurrente ( art. 901 LECrim).

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1º Desestimar** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Berta (**acusación particular**), contra la sentencia nº 37/2021, de fecha 4 de febrero de 2021, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el Rollo de Apelación Procedimiento Abreviado nº 467/2020.



**2º) Imponer** a la recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez, presidente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz Leopoldo Puente Segura

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ