



Roj: **ATS 6951/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:6951A**

Id Cendoj: **28079120012018200973**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2018**

Nº de Recurso: **2058/2017**

Nº de Resolución: **746/2018**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Auto núm. 746/2018**

Fecha del auto: 24/05/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2058/2017

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

Procedencia: Audiencia Provincial de Jaén (Sección Tercera)

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Transcrito por: AMO/MGG

Nota:

Resumen

RECURSO CASACION núm.: 2058/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Auto núm. 746/2018**

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Antonio del Moral Garcia

En Madrid, a 24 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto



Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la Audiencia Provincial de Jaén (Sección Tercera), se dictó sentencia de fecha 19 de julio de 2017, en los autos del Rollo de Sala 418/2017, dimanante de las Diligencias Previas del Procedimiento Abreviado número 6/2016 procedentes del Juzgado de Instrucción número 1 de Linares, cuya parte dispositiva, entre otros pronunciamientos, señala expresamente:

*"Debemos absolver y absolvemos al acusado de la responsabilidad penal por la comisión de la falta del art. 617.1 del Código Penal al haber sido despenalizada por la Ley Orgánica 1/2015 y debemos condenar y condenamos a dicho acusado, Ceferino, como autor responsable de un delito de lesiones por imprudencia grave del art. 152.1.2º en relación con el art. 149 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 2 años de prisión, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a que indemnice a Ezequias en la cantidad de 60.400 euros, más los intereses legales del art. 576 de la L.E.C, y al pago de las costas procesales del juicio incluidas las de la acusación particular".*

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia Ceferino, bajo la representación procesal del Procurador de los Tribunales D. Luís E. Colado Olmo, formuló recurso de casación y alegó los siguientes motivos:

- i) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al amparo del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- ii) Infracción de ley por indebida aplicación de los artículos 152.1º y 2º y 149, todos ellos, del Código Penal, al amparo del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- iii) Quebrantamiento de forma por insuficiencia del hecho probado y predeterminación del fallo, al amparo del artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**TERCERO.-** Durante la tramitación del recurso, se dio traslado al Ministerio Fiscal que formuló escrito de impugnación e interesó la inadmisión de todos los motivos y, subsidiariamente, su desestimación.

Asimismo, se dio traslado del recurso a Ezequias quien, bajo la representación procesal del Procurador de los Tribunales Don José María Villanueva Fernández, de igual modo, formuló escrito de impugnación e interesó la inadmisión y, subsidiariamente, su desestimación.

**CUARTO.-** Conforme a las normas de reparto aprobadas por la Sala de Gobierno de este Tribunal Supremo, es Ponente de la presente resolución el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio del Moral Garcia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Como consideración previa, anunciamos que alteraremos el orden de los motivos formulados por el recurrente por razones de sistemática casacional.

**PRIMERO.-** A) La parte recurrente denuncia, como tercer motivo de recurso, quebrantamiento de forma por falta de claridad en los hechos probados y predeterminación del fallo, al amparo del artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sostiene que el relato de hechos probados es impreciso, inconcreto y poco claro ya que no hace mención a la causa de la parálisis del nervio limitándose a constatar dicho extremo.

Asimismo, afirma que contienen un elemento predeterminante del fallo y consistente en que "la parálisis del nervio radial provoca la inutilidad de la mano".

B) En relación con la denuncia de falta de claridad hemos dicho que los requisitos que hacen viable este motivo contenido en el artículo 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (omisión o falta de claridad de los hechos probados) son los siguientes: a) Que en el contexto del hecho probado se produzca la existencia de una imprecisión, bien por el empleo de términos o frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incomprensible el relato, o por el empleo de juicios dubitativos, por la absoluta carencia de supuesto fáctico o por la mera descripción de la resultancia probatoria sin expresión por el juzgador de lo que considera probado, debe ser interna y no podrá oponerse frente a otros apartados de la sentencia, y debe ser gramatical, sin que quepa su alegación frente a una falta de comprensión lógica o argumental, cuya impugnación deberá articularse por otras vías, como el error de derecho. b) La incomprensión, la ambigüedad, etc. del relato fáctico debe estar causalmente relacionado con la calificación jurídica de la sentencia. La falta de claridad impide la comprensión del hecho probado e impide una correcta subsunción. c) Además, la falta de claridad debe



producir una laguna o vacío en la descripción histórica del hecho que se declara probado. d) Las imprecisiones en cuanto a fechas o intervención de personas podrán dar lugar a la falta de claridad en función de la prueba practicada pues, si bien es exigible la mayor precisión de cuantos datos fácticos sean necesarios para la calificación, y es claro que toda sentencia penal tiene que contener junto al relato de hechos probados, la oportuna referencia a cuando ocurrieron los hechos enjuiciados, al menos con referencia aproximada, sino es posible una precisión concreta, como sería deseable, su incompreensión por falta de acreditamiento no dará lugar al vicio procesal, pues el hecho probado debe recoger aquello que, efectivamente, resulte acreditado.

Ahora bien la falta de claridad no se integra por las meras omisiones de datos fácticos en el relato de hechos probados, ya que como la contradicción, es vicio puramente interno del mismo que solo surge por omisiones sintácticas o vacíos de comprensibilidad que impiden conocer qué es lo que el Tribunal consideró o no probado, siempre que la incorporación del relato esté directamente relacionada con la calificación jurídica y que la falta de entendimiento o incompreensión del relato provoque una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos.

Por ello se insiste en que no concurre el quebrantamiento de forma en las meras omisiones de datos fácticos que el Tribunal puede no considerar probados o meramente irrelevantes, cuando con dicha omisión no se origina incompreensión del sentido del texto ( STS 236/2012, de 22 de marzo , entre otras muchas y con mención de otras).

Y en relación con la denuncia de predeterminación del fallo, establece numerosa jurisprudencia de esta Sala que la misma es aquella que se produce exclusivamente por conceptos jurídicos que definen y dan nombre a la esencia del tipo penal aplicado, exigiéndose para su apreciación: a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado; b) que tales expresiones sean por lo general asequibles tan solo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común o coloquial; c) que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo; y d) que, suprimidos tales conceptos jurídicos, quede el hecho histórico sin base alguna y carente de significado penal.

C) Los hechos probados en la sentencia señalan, en síntesis, que Ceferino sobre las 00:15 horas del día 21 de febrero de 2015, se encontraba en la cafetería Cuatro Naciones sita en el municipio de Jaén donde, tras discutir con el camarero Ezequias por motivos relativos a los tickets de consumición, le propinó a éste dos puñetazos, siendo sujetado por el jefe del establecimiento quien intentó que el acusado abandonara el local, sin conseguirlo. Inmediatamente después, el acusado volvió a agarrarse a Ezequias provocando que cayera al suelo con el propio acusado encima, ocasionándole la fractura del tercio medio de la diáfisis del humero izquierdo con tres fragmentos, diagnosticándole en días posteriores la parálisis del nervio radial.

Dichas **lesiones**, precisaron además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico quirúrgico con colocación de material de osteosíntesis, que tardaron en curar 240 días impeditivos para sus ocupaciones habituales y 3 días de ingreso hospitalario, quedando como secuela material de osteosíntesis en el brazo y parálisis del nervio radial, perjuicio estético ligero y trastorno depresivo leve.

El relato de hechos probados de la sentencia concluye con la afirmación de que la parálisis del nervio radial provoca a Ezequias la abolición de la movilidad de la muñeca y la limitación en la funcionalidad de la mano y, por tanto, la inutilidad de la mano.

Las alegaciones deben ser inadmitidas.

No concurre en el relato de hechos probados el vicio de oscuridad o insuficiencia consistente en que no se expresa la razón de la parálisis del nervio. Al contrario, el *factum* de la sentencia antes referido expresa, de un lado, que las **lesiones** padecidas por la víctima fueron causadas por el hecho de que el recurrente "volvió a agarrarse a Ezequias provocando que cayera al suelo con el propio acusado encima"; y, de otro lado, que tales hechos causaron en la víctima distintas **lesiones** y quedando como secuela de las mismas, entre otras, la parálisis del nervio radial. Es decir, vincula de forma directa y causal la acción del recurrente con la secuela padecida por la víctima. La pretensión debe inadmitirse.

Tampoco concurre el vicio de predeterminación del fallo. De conformidad con la jurisprudencia antes referida, la expresión de que "la parálisis del nervio radial provoca la inutilidad de la mano" no reúne los requisitos cumulativos exigidos para estimar la denuncia. Tales expresiones, de un lado, carecen de significación técnico-jurídica (en su caso, sería técnico-médica) que defina o de nombre a la esencia del tipo aplicado; y, de otro lado, no son sólo comprensibles por juristas o técnicos en derecho sino que son compartidas en el uso del lenguaje común o coloquial.

En todo caso, debemos recordar que hemos dicho de forma reiterada que los hechos probados tienen, en cierto modo y necesariamente que predeterminar el fallo, "pues si no se describieran en la sentencia unos hechos subsumibles en la norma penal no sería factible la condena por no poder activarse el precepto sin la



constatación de una conducta objeto del reproche que prevé el texto legal." ( STS 183/2016 de 4 de marzo , entre otras y con mención de otras).

Por cuanto se ha expuesto, el motivo no puede ser acogido con sujeción a lo dispuesto en el artículo 885.1º LECrim .

**SEGUNDO.-** A) La parte recurrente denuncia, como primer motivo de recurso, la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española , al amparo del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Sostiene que en el acto del plenario no se practicó prueba bastante de signo incriminatorio para dictar el fallo por el que fue condenado. Asimismo, sostiene que la prueba de cargo fue valorada de forma ilógica e irracional y, por ello, con vulneración de su derecho a la presunción de inocencia.

El recurrente afirma que las **lesiones** imprudentes por las que fue condenado se produjeron de forma fortuita y, a tal efecto, afirma que fue la víctima quien tiró de él y, por ello, cayó encima del primero.

B) La función casacional encomendada a esta Sala, respecto de las posibles vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución , ha de limitarse a la comprobación de tres únicos aspectos, a saber: a) Que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; b) Que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos; y c) Que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba ( SSTS 128/2008 ; 448/2011, de 19 de mayo y 741/2015, de 10 de noviembre ).

La jurisprudencia de esta Sala considera que el control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia autoriza a esta Sala de Casación a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada y, de otra, su suficiencia. La prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal. Está también fuera de dudas que el control de racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional, el juicio de inferencia del Tribunal "a quo" sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia ( SSTS 70/2011, de 9 de febrero y 156/2016, de 29 de febrero , entre otras muchas).

En cuanto a la credibilidad de los testigos y la aplicación del contenido detallado de su testimonio, hemos afirmado que queda fuera, salvo supuestos excepcionales, de las posibilidades de revisión en el marco del recurso de casación, dada la naturaleza de este recurso y la imposibilidad de que el Tribunal que lo resuelve disponga de las ventajas y garantías que proporcionan, en la valoración probatoria, la inmediatez y la contradicción (STSS 1262/2006, de 28 de diciembre y STS 33/2016, de 19 de enero , entre otras).

C) Las alegaciones del recurrente deben inadmitirse.

La sentencia impugnada evidencia que el Tribunal dictó la misma sustentada en bastante prueba de cargo obtenida válidamente con sujeción a los principios de oralidad, publicidad, inmediatez, contradicción e igualdad de armas, propios del juicio oral. Asimismo, la sentencia revela que la Sala de Instancia dictó el fallo condenatorio después de realizar una valoración conjunta de la prueba practicada, con sujeción a las reglas de la razón, la lógica y las máximas de experiencia, de conformidad con lo prevenido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , y, en virtud de la cual, la misma Sala razonó y concluyó que el recurrente agredió a la víctima en los términos expuestos en el relato de hechos probados.

En concreto la prueba de cargo, apreciada por el Tribunal *a quo* como bastante a fin de enervar el derecho a la presunción de inocencia, consistió en la declaración de la víctima y del recurrente, en el visionado del CD en el que se grabaron los hechos, en los informes médicos obrantes en las actuaciones y en las declaraciones de los facultativos que los llevaron a cabo. Examinaremos tales medios de prueba.

En primer lugar, el Tribunal de instancia destacó en sentencia que tanto el perjudicado como el recurrente reconocieron haber participado en los hechos objeto de enjuiciamiento, máxime cuando los mismos fueron visionados en el mismo acto del plenario.

En concreto, el Tribunal de instancia destacó que en la videograbación se observó la actitud de agresividad del acusado quien (a pesar de ser sujetado por dos personas de más envergadura física quienes no consiguieron que saliera del local) se revolvió, corrió hacia la víctima, se quitó la chaqueta, agarró al perjudicado y "le hizo



como una llave" por la que cayeron, quedando la víctima en el suelo, mientras que el recurrente insistía en querer ir hacia él. Asimismo, el Tribunal de instancia destacó que se aprecia que al perjudicado no le sujetó nadie.

El Tribunal de instancia también valoró como prueba de cargo la declaración de la víctima, quien afirmó en el plenario, de forma coincidente con las imágenes visionadas, que el acusado le pegó dos puñetazos en la cara y le dijo "te voy a matar, a ti nadie te ha partido la cara" por lo que él se retiró mientras la gente que estaba presente en el bar lo sujetaba, incluido su jefe. Afirmó que el recurrente, cuando intentaban sacarlo del bar, se volvió, se quitó la chaqueta, fue hacia él, le cogió del cuello y le hizo "como una llave" por la que cayeron él, el recurrente encima de él y su jefe al lado (pues intentaba sujetarlo). Por último, afirmó que las **lesiones** que padeció y las secuelas que tiene fueron consecuencia de tales hechos, secuelas que le impiden trabajar como camarero, aunque podría realizar otro trabajo en el que no tenga que utilizar la mano izquierda.

La Audiencia también tomó en consideración la declaración testifical de Simón (jefe de la víctima al tiempo de los hechos) quien declaró que observó una discusión entre el acusado y la víctima, que se pegaron ambos y que cayeron al suelo. El Tribunal de instancia destacó que la referida declaración era contradictoria con la prestada en sede de instrucción donde afirmó que fue el acusado quien pegó un puñetazo a la víctima y que cuando trataron de sacarle del establecimiento, el acusado se resistió y volvió hacia la víctima.

Asimismo, el Tribunal de instancia valoró, de forma conjunta, los informes médicos obrantes en las actuaciones y las declaraciones de los facultativos que lo llevaron a cabo.

En concreto, el Tribunal de instancia valoró como prueba de cargo, el informe realizado por el Dr. Juan Carlos quien se ratificó en el informe obrante a los folios 106 a 113 en el que se expresa que la fractura padecida por la víctima afectó al nervio radial, que el paciente tuvo una magnífica recuperación de la fractura del humero, con normalidad completa del codo excepto en lo que no era tratable "como era la parálisis", que el tratamiento fue curativo porque no había alcanzado la movilidad y que la férula no le mejora ni le ayuda a la recuperación pero hace que el dolor disminuya y evita la rigidez.

Asimismo, el Tribunal de instancia valoró el informe realizado por el médico forense Dra. Rosalia quien, sin embargo, no compareció al acto del plenario por lo que fue sustituida por otro facultativo, la Dra. Benedicto. Esta afirmó que, si bien no había examinado de forma personal al paciente, sí examinó la documental médica que sirvió de base al referido informe y que compartía el criterio mantenido por su compañera. En concreto, afirmó que compartía la conclusión relativa a la afectación del nervio radial, aclarando que "la **lesión** del nervio radial es normalmente permanente, aunque a veces pueden recuperar y otras veces no".

En este punto daremos respuesta a un reproche formulado por el recurrente en el motivo segundo de su recurso que, sin embargo y por motivos de sistemática casacional, debe ser analizado al examinar las referidas pruebas periciales médicas. En concreto, el recurrente denuncia que el Tribunal de instancia valoró de forma indebida el referido informe pericial ya que, de un lado, lo impugnó, y, de otro lado, no compareció al plenario la misma facultativo que lo redactó. Por ello, sostiene que no existió prueba de cargo demostrativa de la referida parálisis.

No obstante, no asiste la razón al recurrente en su reproche tanto porque el Tribunal de instancia valoró el informe pericial elaborado por el Dr. Juan Carlos (quien sí compareció al acto del plenario y versó sobre la misma cuestión) en el que se constató la existencia de la referida parálisis; como por el hecho de que la médico forense que depuso en el juicio oral afirmó que examinó de forma personal la documental médica obrante en las actuaciones (realizadas sobre el perjudicado) y que compartía las conclusiones del informe en base a ese previo examen de la documental médica. Por tanto, la referida prueba fue rectamente practicada en el acto del plenario y por ello debidamente valorada por el Tribunal de instancia.

De conformidad con lo expuesto, no es acogible la denuncia del recurrente de vulneración de su derecho a la presunción de inocencia por cuanto el Tribunal de instancia, en sentencia, valoró la prueba en su conjunto, justificó sobradamente la entidad y suficiencia de la prueba de cargo y expuso, con sujeción a las reglas de la lógica, la razón y a las máximas de experiencia, los razonamientos a través de los cuales llegó al convencimiento de que el recurrente realizó los hechos por los que fue condenado en la forma descrita en el *factum* de la sentencia, sin que tal conclusión pueda ser tachada de ilógica o arbitraria y, por ello, sin que pueda ser objeto de tacha casacional en esta instancia.

Por último, daremos respuesta a la denuncia formulada de que los hechos se produjeron de forma fortuita.

No asiste la razón al recurrente. La prueba antes expuesta, como hemos dicho, permitió al Tribunal de instancia concluir de forma racional que el recurrente realizó una conducta agresiva que comprendía, de un lado, una acción violenta (la "llave") revestida de un componente doloso, y, de otro lado, la producción de un resultado lesivo, más grave que el pretendido, revestido de un componente culposo, ya que, en atención a las circunstancias en que se produjo, el referido resultado no era descartable. En este sentido y en concreto, la Sala *a quo* afirmó que el acusado al provocar la caída de la víctima (le hizo "como una llave") conocía la posibilidad





de que el riesgo causado se concretara en un resultado especialmente grave y ello, aunque no persiguiese causar ese resultado concreto ni se lo representase como probable.

Por todo ello, procede la inadmisión del presente motivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 885.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

**TERCERO.-** A) La parte recurrente denuncia, en su motivo segundo del recurso, infracción de ley por indebida aplicación de los artículos 152.1º y 2º y **149** del Código Penal , al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Sostiene, de forma subsidiaria al motivo precedente, que no quedó acreditado en el acto del plenario la parálisis del nervio radial de la víctima y que la conducta que llevó a cabo no debió ser considerada como imprudencia grave, sino, en su caso, como leve.

B) El cauce casacional elegido implica la aceptación de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, sin que con base en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pueda pretenderse una modificación de dicho relato fáctico, ya que lo que se denuncia es una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia; de ahí que reiterada jurisprudencia de esta Sala haya afirmado que el recurso de casación por infracción de ley exige el respeto absoluto e íntegro de los hechos probados en sentencia ( SSTS 171/2008 ; 380/2008 y 131/2016, de 23 de febrero , entre otras).

C) Las alegaciones deben ser inadmitidas.

En primer lugar, por cuanto el recurrente vincula el éxito de su reproche a la previa estimación del motivo precedente (infracción de su derecho a la presunción de inocencia) que, sin embargo, hemos denegado de conformidad con lo expuesto en el anterior Razonamiento Jurídico a cuyos argumentos nos remitimos.

En segundo lugar, por cuanto el Tribunal de instancia subsumió conforme a Derecho la conducta desplegada por el recurrente en un delito de falta de **lesiones** ( artículo 617.1 CP ) en concurso ideal con un delito de **lesiones** agravadas imprudentes ( artículos 152.1 y 2º y **149** CP ), de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala.

A tal efecto, conviene recordar que hemos dicho en distintos precedentes semejantes al que nos ocupa que "el conocimiento de la posibilidad de que se produzca el resultado y la conciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca caracteriza la figura del dolo eventual desde el prisma de la doctrina de la probabilidad o representación, frente a la teoría del consentimiento que centra en el elemento volitivo- asentimiento, consentimiento, aceptación, conformidad, o en definitiva querer el resultado- el signo de distinción respecto de la culpa consciente.

Ambas constituyen las dos principales posiciones doctrinales en la fundamentación del dolo eventual. En la evolución de nuestra doctrina desde la doctrina del consentimiento a la de la probabilidad es relevante la sentencia de 23 de abril de 1992 (conocida como *caso de la colza* ), en la que se afirma que, si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante ello, obró en la forma en que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado que -con diversas intensidades- ha exigido la jurisprudencia para la configuración del dolo eventual.

Afirmando que la aceptación del resultado existe cuando el autor ha preferido la ejecución de la acción peligrosa a la evitación de sus posibles consecuencias no se rompe, en realidad, con la teoría del consentimiento, tratándose en el fondo de una cuestión probatoria: el dolo requiere, en cualquier caso, conocimiento y voluntad, pero la voluntad se infiere del hecho de que, conociendo el agente el peligro generado por su acción y la elevada probabilidad de causación de un resultado, decida voluntariamente actuar, de lo que cabe deducir que acepta o asume el resultado que acaba derivándose de su voluntaria decisión.

Estos supuestos que anteriormente se resolvían por la vía de la preterintencionalidad, desaparecida en el C. P. 95, actualmente se subsumen en el concurso ideal de delitos. De forma que se considera que una misma acción tiene un componente doloso en lo que atañe a la acción agresora y a su resultado natural, frecuente o habitual, y un componente culposo o imprudente en lo que atañe al resultado más gravoso que resulta inhabitual o infrecuente, atendiendo al acto agresor y el riesgo que conllevaba.

Por ello, para aprehender todo el grado de ilicitud de la conducta ejecutada por el acusado se precisa castigarle, en primer lugar, como autor del delito de **lesiones** y, en segundo lugar, se la debe aplicar el tipo penal imprudente del art. 152 del mismo texto legal en cuanto al riesgo generado negligentemente y a su materialización en un resultado lesivo muy grave" ( STS 464/2016, de 31 de mayo ).

En el caso que nos ocupa nos hallamos, como de forma correcta interpretó el Tribunal de instancia, ante una primera acción que comprendía un componente doloso relativo a la acción ( la llave realizada por el acusado



que motivó la caída al suelo de la víctima y que el primero cayese sobre el segundo) y un componente culposo en el que se produce un resultado más grave del que generalmente conllevaría la acción realizada (en el caso concreto, la fractura del tercio medio de la diáfisis del humero izquierdo con tres fragmentos con parálisis del nervio radial) que, no obstante, no es absolutamente improbable.

Por lo tanto, ha de considerarse que el acusado incurrió, en primer lugar, en una conducta dolosa constitutiva de una falta de **lesiones** prevista en el artículo 617 del Código Penal vigente al tiempo de comisión de los hechos (LO 5/2010) y, en segundo lugar, en un comportamiento culposo grave en lo que atañe al resultado que finalmente se produjo (fractura tercio medio de la diáfisis del humero izquierdo con causación de las **lesiones** y secuelas expuestas en el relato de hechos probados de la sentencia, incardinable en el tipo del artículo **149** del Código Penal ), en el que el grado de probabilidad del resultado, de conformidad con los múltiples casos examinados en esta Sala en supuestos semejantes, fue suficiente para poder hablar del riesgo típico prohibido por el subtipo agravado del art. **149** del Código Penal .

En definitiva, procede confirmar la sentencia impugnada en el sentido de apreciar el concurso ideal ( art. 77 del C. Penal ) de la falta de **lesiones** dolosas ( art. 617.1 CP ) y del delito de **lesiones** agravadas del art. **149.1º** del Código Penal cometidas por imprudencia conforme al art 152 1.2º del mismo cuerpo legal .

Por todo ello, procede la inadmisión de los presentes motivos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 884.3 º y 885.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

#### PARTE DISPOSITIVA

**LA SALA ACUERDA : NO HABER LUGAR A LA ADMISIÓN** del recurso de casación formalizado por el recurrente contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de origen en la causa referenciada en el encabezamiento de esta resolución.

Las costas del recurso se imponen a la parte recurrente.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.