



Roj: **STS 1444/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1444**

Id Cendoj: **28079120012024100229**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/02/2024**

Nº de Recurso: **184/2022**

Nº de Resolución: **143/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Córdoba, Sección 2ª, 03-12-2021 (rec. 1881/2021),
STS 1444/2024**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 143/2024

Fecha de sentencia: 15/02/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: **184/2022**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/02/2024

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: **184/2022**

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 143/2024

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 15 de febrero de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº **184/2022**, interpuesto por **D^a. Catalina (acusación particular)**, representada por la procuradora D^a. Dolores María Grueso Martín, bajo la dirección letrada de D. Gregorio Delgado Guisado, contra la sentencia nº 521/2021, de fecha 3 de diciembre de 2021, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba, en el Rollo de Apelación nº 1881/2021. Ha intervenido el **Ministerio Fiscal**; y, como **parte recurrida**: D^a. Consuelo , representada por el procurador D. Jorge Laguna Alonso, bajo la dirección letrada de D. Francisco Sosa Chaves; D. Maximiliano , representado por la procuradora D^a. María Dolores Enriquez Sánchez, bajo la dirección letrada de D. Rafael Alberto Espejo Suárez; el Letrado de la Junta de Andalucía, en la representación y defensa que legalmente ostenta; y SegurCaixa Adeslas SA de Seguros y Reaseguros, representada por el procurador D. Ramón Roldán de la Haba, bajo la dirección letrada de D. José Antonio Muñoz Villarreal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 7 de Córdoba instruyó Procedimiento Abreviado nº 103/2019, contra Consuelo , y contra Maximiliano , por delito de homicidio imprudente y, una vez concluso, lo remitió al Juzgado de lo Penal nº 4 de Córdoba, que en el Juicio Oral nº 24/2021, dictó sentencia nº 191/2021, de fecha 11 de junio de 2021, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<En fecha 16 de Octubre de 2017 se aprobó por el Consejo Escolar del IES DIRECCION000 de la localidad de DIRECCION001 (Córdoba), la programación anual de actividades extraescolares prevista para el curso, entre las que estaba la actividad " DIRECCION002 -baño de DIRECCION003 -espeleología", para los alumnos de 2º de ESO a realizar en el mes de mayo.

Dicha actividad extraescolar precisaba de autorización paterna, en la cual se informaba a los padres de los pormenores de la misma, para prestar el consentimiento a que sus hijos participaran.

Así, los menores, el día programado para la actividad, saldrían a las 8:30 en autobús hacia DIRECCION002 donde realizarían una actividad de orientación con brújula y mapa, además de juegos.

La segunda actividad, comenzaría sobre las 16:00 horas, consistiendo en la visita a cuevas naturales en el valle del Guato, para lo que los menores irían equipados con el material adecuado para realizar la espeleología programada en el interior de dichas cuevas, acompañados de guías contratados con la empresa " DIRECCION004 ", cuyo titular era " DIRECCION005 ".

Dicha actividad extraescolar se llevaría a cabo con 71 niños distribuidos en dos días, concretamente los días 28 y 29 de mayo de 2.018.

Así pues, una vez realizada la actividad con 36 niños el día 28 de Mayo, al día siguiente, 29 de mayo de 2.018, 34 menores de 2º de ESO del citado IES, se desplazaron en autobús hacia la zona de DIRECCION002 para realizar la actividad de orientación y contacto con la naturaleza, siendo acompañados por los acusados, profesores, de educación física, Maximiliano , y de inglés, Consuelo , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales.

Entre las 14:00 horas y las 14:30 horas, el autobús los llevó a un camino de tierra que conecta DIRECCION006 con DIRECCION007 , y desde allí, estuvieron andando unos 300 metros hasta llegar a la denominada DIRECCION008 en el Valle del río DIRECCION009 , donde los esperaban los ayudantes de la empresa de aventuras para realizar la actividad de espeleología, quienes les entregaron el material para realizar la actividad.

De allí bajaron por un sendero empinado y abrupto hasta la orilla del río, junto a la cueva. Los cinco ayudantes que acompañaban a los menores al interior de la cueva, les ayudaron a colocarse la equipación consistente en neopreno, chaquetilla, casco con luz frontal y arnés. Seguidamente dividieron a los menores en dos grupos, de manera que mientras un grupo de 17 niños, entre los que se encontraba Eliseo (nacido el día NUM000 de 2004), realizaba la espeleología, el otro compuesto por 16 niños esperaba en una especie de remanso del río a unos 10 o 15 metros de la salida de las cuevas.

Sobre las 14:45 y las 15:00 horas, el primer grupo se dirigió al interior de la cueva, acompañado de 5 ayudantes y el acusado. El resto estuvieron bajo la supervisión de la acusada Sra. Consuelo .

Los menores que hacían la actividad de espeleología en el primer grupo, bajo la supervisión del Sr. Maximiliano , tenían que salir nadando a río abierto en cuya zona de salida de la cueva había un ayudante de la empresa organizadora que los guiaba; Eliseo salió nadando sin problema, supervisado por el Sr. Maximiliano .



Finalizada la actividad por parte del primer grupo, sin concretarse hora pero sobre las 17:15 o 17:30 horas, el personal de la empresa ayudó a los 17 menores primeros a despojarse de la equipación de espeleología dado que era necesario para el segundo grupo. Maximiliano ya no supervisó a ese grupo que entraba posteriormente, quedándose con Consuelo en la zona de orilla del río DIRECCION009 mientras los que ya habían realizado la actividad tenían tiempo libre para comer, descansar en la orilla o bañarse. Sobre las 18 horas de la tarde un grupo de cinco alumnos, dado que el baño era opcional, y entre los que iba el fallecido Eliseo decidió ir nadando hacia lo que llamaron "cascadas", esto es, pequeño salto de agua hacía dentro del río, para lo que debían atravesar zona en que éste se hacía más profundo y ya no se hacía pie. Pidieron consentimiento a Maximiliano contando también con la supervisión y anuencia de Consuelo, siendo grabados en tal acción por el primero de ellos que no advirtió, tras visualizar la grabación y el resto de fotos que estaba haciendo, situación extrema de tipo alguno. Eliseo seguía al resto de menores, entre los que se encontraban sus compañeros, lo que fue observado por el Sr. Maximiliano que miró el contenido de su grabación en terminal móvil. No advirtieron a los menores del peligro que entrañaba dicha acción, no viendo cómo el menor Eliseo no tenía soltura nadando y sin vigilar posteriormente que, tras haber alcanzado dicho lugar, volvieran todos a la orilla en buen estado.

No se percataron de la circunstancia de la profundidad del río y de que el menor Eliseo no era suficientemente ducho nadando, que se cansó y no solicitó ayuda a ninguno de sus compañeros ni a los profesores que se encontraban allí como tampoco del hecho de que de los siete menores que nadaban en el río en zona más alejada de la orilla, siendo un grupo no demasiado numeroso, sólo salieran seis de ellos. Finalizó dicha jornada de deporte sobre las 19 horas de la tarde que fue cuando, tras el recuento, echaron en falta al menor Eliseo que no había conseguido mantenerse a flote y que falleció a consecuencia de la inmersión en el río dado que no pudo alcanzar orilla.

La madre del menor, único progenitor reconocido del fallecido, reclama lo que a su derecho convenga.

La Consejería de Educación y Deportes de la Junta de Andalucía, titular del instituto que organiza la actividad y en el que estudiaba el menor Eliseo, tenía concertada póliza de seguro en vigor desde el día 1 de enero de 2.016 a 30 de junio de 2.018 con la entidad aseguradora SegurCaixa Adeslas. >>

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Penal nº 4 de Córdoba, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Que debo condenar y condeno a los acusados Maximiliano y Consuelo como autores, cada uno de ellos, de un delito de homicidio por imprudencia profesional menos grave ya definido, sin que concurra circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal, a la pena de multa de doce meses con cuota diaria de diez euros, responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago. Con imposición de costas, incluidas las de la Acusación Particular.

En vía de responsabilidad civil, ambos acusados, conjunta y solidariamente, indemnizarán a Catalina en la cantidad de 120.000 euros por daño moral y perjuicios derivados del fallecimiento de su hijo. Se declara con respecto a las mismas la responsabilidad civil directa y solidaria de la entidad aseguradora SegurCaixa Adeslas y responsabilidad civil subsidiaria del IES DIRECCION000 de DIRECCION001 y la Consejería de Educación y Deportes de la Junta de Andalucía. Las cantidades reflejadas vendrán incrementadas en el interés legal fijado en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que para la entidad aseguradora será el fijado en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro. >>

TERCERO.- Contra la citada sentencia, Maximiliano, Consuelo, la Junta de Andalucía, Catalina y la sociedad anónima SegurCaixa Adeslas interpusieron recurso de apelación, y tras los trámites legales oportunos, se elevaron las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba, que en el Rollo de Apelación nº 1881/2021, dictó sentencia nº 521/2021, de 3 de diciembre de 2021, que contiene los siguientes hechos probados:

<<Se acepta el relato de hechos declarado probado en la sentencia recurrida, salvo los apartados once -desde la expresión "...Sobre las 18 horas..." hasta el final- y doce, que quedan sustituidos por los que siguen:

Sobre las 18 horas, aproximadamente, algunos de estos alumnos pidieron permiso al profesor Maximiliano para nadar por el río en dirección a un pequeño salto de agua existente en su cauce, situado a pocos metros de la orilla en que se encontraban, y que alcanzarían tras nadar por una zona de baño de aguas mansas y menos profundas que la que habían superado a la salida de la DIRECCION008, zona de baño expresamente recomendada por la empresa citada como segura. Recibieron autorización del profesor, también de la profesora Consuelo, y emprendieron la marcha cinco de los menores -entre los que estaba Eliseo-, a los que se unieron luego dos más. Después de estar por las inmediaciones del salto, volvieron a la orilla todos los menores menos Eliseo, quien murió ahogado.

Los dos profesores estuvieron pendientes del nado de los alumnos durante el trayecto de ida y vuelta del grupo, llegando Maximiliano a grabar por vídeo el mismo. >>

Y cuyo **fallo** es del tenor literal siguiente:

<<PRIMERO.- Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Maximiliano , Consuelo y la Junta de Andalucía -con la adhesión de las sociedades anónimas SecurCaixa Adeslas y Allianz- contra la sentencia dictada el día 11 de junio de 2021 por la Jueza de lo Penal Número Cuatro de Córdoba en el Juicio Oral nº 24/2021 y, en consecuencia, absolvemos a aquellas personas físicas del delito por el que fueron condenados en la primera instancia.

SEGUNDO.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Catalina -con la adhesión del Ministerio Fiscal- contra la sentencia dictada el día 11 de junio de 2021 por la Jueza de lo Penal Número Cuatro de Córdoba en el Juicio Oral nº 24/2021.

TERCERO.- Declaramos de oficio de las costas procesales causadas en la primera y en la segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que, contra ella, cabe recurso de casación por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, que deberá prepararse ante esta Audiencia Provincial dentro de los cinco días siguientes a la última notificación. Una vez verificado, expídase testimonio y remítase al juzgado de procedencia para su ejecución. >>

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, por la representación procesal de la acusación particular de D^a. Catalina , 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.

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

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

Primero.- Por infracción de ley conforme lo dispuesto en el artículo 849.1 LECrim, según la interpretación que de los mismos ha realizado la jurisprudencia de la Sala II de nuestro alto Tribunal entre otras, en STS 210/20217, de 28 de marzo, aplicando asimismo los criterios adoptados en el acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de fecha 09 de junio de 2016 (relativo a la unificación de criterio sobre el alcance de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, en el ámbito del recurso de casación) señalando como infringido el art. 9.3 de la CE.

Segundo.- Por infracción de ley, se invoca al amparo del artículo art. 849.1 LECrim, señalando como infringido el artículo 142.1 CP.

Tercero.- Por infracción de ley, se invoca al amparo del artículo art. 849.1 LECrim, señalando como infringido el artículo 142.1 CP.

Cuarto.- Por infracción de ley, se invoca al amparo del artículo art. 849.1 LECrim, señalando como infringido el artículo 142.2 CP.

Quinto.- Por infracción de ley, se invoca al amparo del artículo art. 849.1 LECrim, señalando como infringido los artículos 117, 120.3 y 4, y 121 CP.

SEXTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 14 de febrero de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Catalina (acusación particular)

PRIMERO.- Contra la sentencia absolutoria dictada en apelación por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, nº 521/2021, de 3-12, que revocó la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Córdoba, nº 191/2021, de 11-6, que había condenado a Maximiliano y Consuelo como autores, cada uno de ellos, de un delito de homicidio por imprudencia profesional menos grave, sin concurrencia de circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal, a la pena de multa de 12 meses, con cuota diaria de 10 €, responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago e imposición de costas, incluidas las de la acusación particular. Y en vía de responsabilidad civil, ambos acusados, conjunta y solidariamente, indemnizarán a Catalina en la cantidad de 120.000 € por daño moral y perjuicios derivados del fallecimiento de su hijo, con



responsabilidad civil directa y solidaria de la entidad aseguradora SegurCaixa Adeslas y responsabilidad civil subsidiaria del IES DIRECCION000 de DIRECCION001 y la Consejería de Educación y Deportes de la Junta de Andalucía; se interpone el presente recurso de casación por la acusación particular de Catalina, por cinco motivos: el primero al amparo del art. 849.1 LECrim señalando como infringido el art. 9.3 CE; el segundo y el tercero al amparo del art. 849.1 LECrim, señalando como infringido un precepto penal sustantivo, art. 142.1 CP; el cuarto, igualmente al amparo del art. 849.1 LECrim, por la indebida inaplicación del núm. 2 art. 142 CP (imprudencia menos grave); y el quinto al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de los arts. 117, 120.3 y 4 y 121 CP, referidos a la responsabilidad civil derivada del delito, discutiendo el montante indemnizatorio.

1.1.- Previamente al estudio de los motivos es conveniente destacar que en el recurso no se pretende una condena "ex novo" de los acusados, no vulnerándose de esta forma, conforme a consolidada doctrina de TC y de esta Sala 2ª del Tribunal Supremo, 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, a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados. La pretensión de la recurrente de anular el pronunciamiento absolutorio en contra del reo, haciendo revivir el pronunciamiento condenatorio de la instancia, no tropieza, en principio, con obstáculo alguno (SSTS 1043/2011, de 21-11; 555/2014, de 10-7; 537/2021, de 18-6; 917/2021, de 24-11; 169/2023, de 9-3).

En este supuesto no nos enfrentamos a una decisión de condena que adoptaría ex novo esta Sala 2ª. El enjuiciamiento inicial lo llevó a cabo el Juzgado de lo Penal que encontró a los dos acusados culpables de un delito de homicidio por imprudencia profesional menos grave. Esta inicial apreciación ha sido sustituida por la Audiencia Provincial que al conocer en apelación entendió -modificando en parte los hechos probados- que de la narración histórica definitiva no se desprendía imprevisión de los dos docentes trascendente para el derecho penal aunque sí podía ser de interés para el derecho civil, de suerte que aquél, llamado por antonomasia a proteger el mínimo del mínimo ético social, no debe intervenir, procediendo la absolución de los dos docentes apelantes -estaríamos ante la simple imprudencia leve, que tras la reforma LO 1/2015, queda restringida a la responsabilidad civil extracontractual-.

1.2.- Ahora bien, en casación este Tribunal no ha de comparar ambas sentencias, la del Juzgado de lo Penal con la de la Audiencia Provincial, para dilucidar cuál le parece convincente y optar por una de las respuestas antagónicas ofrecidas a las pretensiones de las partes. No es esa la función de la casación. Lo que se recurre en casación es la sentencia recaída en apelación, la resolución de la Audiencia Provincial. Así lo ha pronunciado reiteradamente esta Sala (ver por todas STS 537/2021, de 18-6; y 806/2021, de 20-10). Solo indirectamente se valora la de instancia. El objeto del recurso de casación queda ceñido a fiscalizar la sentencia de apelación desde una perspectiva muy limitada: si ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por haber resuelto de una forma irracional o arbitraria, o ajena a parámetros de lógica, o si respetando los hechos probados es factible una subsunción jurídica distinta a la realizada por la Audiencia Provincial.

Por tanto esta Sala Segunda no puede volver a valorar los medios de prueba personales obrantes en la causa para determinar si su resultado permite las inferencias que sostienen la absolución del acusado, pero sí podría valorar si la realizada por el Juzgado de lo Penal ante el que se practicaron las pruebas, fue o no correctamente desautorizada por la sentencia dictada en apelación -que es la recurrida ante esta Sala Segunda-.

1.3.- Igualmente, como se ha expresado anteriormente, la sentencia objeto del presente recurso, resolvió la apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal. Por ello, tal como señala la reciente sentencia de esta Sala 2ª nº 78/2024, de 25-1, con cita de las sentencias 46/2021, de 21-1; 627/2021, de 14-7; 73/2022, de 27-1: <<1.Nos encontramos en la vía impugnativa que habilitó la reforma de la LECRIM operada por la Ley 45/2015 de 5 de octubre, al introducir en el artículo 847.1 b) la posibilidad de recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Responde a un esquema que permite el acceso a casación y, con él, a la función unificadora de doctrina que a esta Sala corresponde, de todos los delitos previstos en el CP con la única exclusión de los leves, salvo cuando estos se enjuician a través de los procedimientos previstos para delitos menos graves o graves.

Se trata de un recurso limitado en cuanto a sus posibilidades de planteamiento a la "infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849", orientado a enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal buscando la generalización, cuya admisión queda condicionada a la existencia de interés casacional. En este caso el interés casacional debe residenciarse en la contradicción del pronunciamiento cuestionado con la jurisprudencia de esta Sala.

Como dijimos en la Sentencia de Pleno 210/2017, de 28 de marzo, que resolvió la primera impugnación casacional contra sentencias dictadas por la Audiencia Provincial en apelación respecto a la pronunciada por el Juzgado de lo Penal, "estamos ante una modalidad del recurso que enlaza más con el artículo 9.3 de la



Constitución (seguridad jurídica) que con el artículo 24.1 (tutela judicial efectiva)", orientado a enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización.

2. En orden a interpretar el alcance de esta nueva posibilidad de acceso a la casación y concretar qué debe interpretarse por "interés casacional", esta Sala, reunida en pleno no jurisdiccional el 9 de junio de 2016, adoptó el siguiente acuerdo:

"A) El artículo 847 1º letra b) de la LECRIM 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 LECRIM, 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 la 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 LECRIM).

D) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (artículo 889 2º), entendiéndose que el recurso lo 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 LECRIM)".

Pleno de esta Sala 2ª que fue refrendado por el auto 40/2018, de 13-4, del Tribunal Constitucional, en un supuesto de inadmisión del recurso de casación, en un caso como el presente en el que la petición acusatoria había sido ya juzgada en doble instancia, concluyó que la apreciación de inadmisión cuestionada no podía entenderse arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni tampoco contraria a la plena efectividad de los derechos fundamentales, cuya supuesta vulneración sustentaba el recurso de la demandada, sino que se funda en la existencia de una causa legal que ha sido razonablemente aplicada.

Así, se razona por el T.C. que:

"... tres fueron los motivos de casación planteados por la demandante en su recurso. Según el primero habría visto indebidamente denegada una prueba pertinente para su defensa. A tenor del segundo, la solicitud de práctica de dicha prueba en segunda instancia debiera haber sido resuelta antes de dictar la Sentencia de apelación, y no en la misma. A ambas decisiones judiciales les imputó la recurrente la supuesta vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías. Por último, se denunció en casación la supuesta vulneración de su derecho a la presunción de inocencia discrepando de la suficiencia probatoria de la prueba testifical que le incriminaba, cuya credibilidad fue puesta en entredicho. Por tanto, las tres quejas formuladas en casación denunciaban la supuesta vulneración de garantías constitucionales del proceso penal reconocidas en el artículo 24 CE.

Las resoluciones impugnadas acordaron la inadmisión del recurso de casación con apoyo en tres consideraciones concurrentes: según la primera, se trataba de motivos de casación no previstos en el ámbito de aplicación del artículo 847.1 b) LECrim que establece los casos en los que cabe recurrir en casación las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales en causas tramitadas conforme al procedimiento abreviado; además, se entendió que las alegaciones que, cuestionando la credibilidad de un testigo, denunciaban la supuesta vulneración del derecho a la presunción de inocencia quedaban al margen del cauce casacional elegido (art. 852 LECrim); por último, la decisión de inadmisión señaló que, en sus alegaciones referidas a la vulneración de preceptos constitucionales y a la existencia de un posible error de subsunción, la recurrente tampoco había acreditado que su recurso tuviera interés casacional.

Para justificar que los motivos planteados no eran de los que permiten recurrir en casación las sentencias dictadas en apelación frente a otras dictadas por los jueces de lo penal, la Sala de casación adujo el tenor



literal del artículo 847.1 b) LECrim -introducido por la Ley 41/2015, de 5 de octubre-, interpretado conforme al preámbulo de dicha Ley, tal y como había sido fijado en el acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 9 de junio de 2016, y aplicado en anteriores Sentencias del Pleno de la Sala Segunda (SSTS 210/2017, 324/2017, 327/2017 y 369/2017). Estos argumentos son coherentes con la letra y finalidad de la reforma aplicada:

a) El tenor literal del artículo 847.1 b) LECrim justifica la decisión de inadmisión cuestionada pues establece que, contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional procede recurso de casación únicamente por infracción de ley del motivo previsto en el número primero del artículo 849 LECrim; esto es, "cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere 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". Cabe añadir que, en concordancia con estos preceptos, el artículo 792.4 de la LECrim -también reformado- establece, en el ámbito del procedimiento abreviado, que "contra la sentencia dictada en apelación solo cabrá recurso de casación en los supuestos previstos en el artículo 847", posibilidad ésta que es, literalmente, el contenido de la indicación de recursos que aparece en la sentencia de apelación cuestionada en casación a que se refiere este proceso de amparo.

b) También el preámbulo de la Ley 41/2015 permite sostener dicha interpretación pues, al justificar la decisión de generalizar la doble instancia penal para dar mejor cumplimiento a lo establecido en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el legislador hace referencia expresa al régimen procesal anterior que se reforma, cuyas limitaciones provocaron la necesidad de flexibilizar el entendimiento de los motivos de casación desvirtuando así la función del Tribunal Supremo como máximo intérprete de la ley penal (apartado IV). A esta situación, según se dice, se pone fin remodelando la casación "para conseguir que cumpla de forma eficaz su función unificadora de la doctrina penal". Tal objetivo se pretende conseguir con una doble decisión: se generaliza el recurso de casación por infracción de ley, pero queda acotado al motivo primero del artículo 849 (error iuris), "reservando el resto de los motivos para los delitos de mayor gravedad" (apartado V). La limitación expuesta es aplicable únicamente a las sentencias dictadas en apelación en causas tramitadas por los cauces del procedimiento abreviado (art. 757 LECrim). De esta manera, el legislador manifiesta en el preámbulo su voluntad de limitar las posibilidades de casación en los delitos que no son de mayor gravedad -cuya pena prevista es inferior a 5 años de duración-, admitiéndola únicamente en aquellos supuestos en los que se denuncie la infracción de aquellas normas o preceptos penales de carácter sustantivo que deban ser observados en la aplicación de la Ley penal.

c) El criterio interpretativo tomado en consideración por el Tribunal Supremo en las resoluciones cuestionadas tiene vocación de aplicación general, pues es uno de los incluidos en el acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 9 de junio de 2016, dictado con la finalidad de unificar criterios "sobre el alcance de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015 en el ámbito del recurso de casación". En el mismo se aboga por una interpretación en sus propios términos del artículo 847.1 b) LECrim, de manera que "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 art. 849 LECrim, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849.2, 850, 851 y 852". Y se añade: "Los recursos articulados por el art. 849.1 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".

d) Por último, en su motivación, la decisión de inadmisión se remitió a los criterios expuestos en anteriores resoluciones del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en las que se recoge y explicita la misma argumentación. Así, en la primera de ellas (STS 210/2017, de 28 de marzo, de la que las demás son secuela) se recuerda el proceso de transformación que, tras la aprobación de la Constitución, hubo de producirse en el entendimiento del recurso de casación penal para permitir que pudieran los condenados ver revisada su declaración de culpabilidad y la pena impuesta, incluido el juicio fáctico que servía de presupuesto de ambas. Dicha situación, unida al hecho de que la mayor parte de los delitos -los menos graves- no accedían a la casación, había provocado la ausencia de doctrina legal unificadora en gran parte de las previsiones del Código penal de 1995. A esta situación -se añade- vino a poner remedio el legislador de 2015 generalizando la doble instancia y abriendo por primera vez la casación a los delitos cuyo enjuiciamiento viene atribuido a los juzgados de lo penal, aunque por un solo motivo: la infracción de ley del artículo 849.1 LECrim. De esta manera es posible homogeneizar la interpretación del derecho penal sustantivo, lo que habrá de repercutir en una más efectiva satisfacción del principio de igualdad. En definitiva, se concluye: "colmadas ya las exigencias de la tutela judicial efectiva con esa doble instancia, se abren las puertas de la casación, pero con una muy limitada capacidad revisora: enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica. El horizonte esencial



de esta modalidad de casación es, por tanto, homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización. La respuesta a un concreto asunto también se proporciona, pero en un segundo plano, como consecuencia y derivación de esa finalidad nuclear. Es un recurso de los arts. 9.3 y 14 CE; más que de su art. 24".

Continúa diciendo el T.C. que:

"el mandato general explícito establecido en el artículo 5.4 LOPJ, según el cual en todos los casos en que, según la ley, procede recurso de casación será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional, respondía a la exigencia constitucional de satisfacer las necesidades de tutela judicial de los derechos fundamentales cuando no estuviera expresamente prevista en la ley, al tiempo que garantizaba el sometimiento del fallo y la pena impuesta a un tribunal superior. Dicho mandato no supuso la creación de recursos inexistentes, sino que era criterio de interpretación del régimen de recursos de casación ya previstos por la ley. Por lo tanto, una vez generalizada la doble instancia penal por la Ley 41/2015, el legislador no se encuentra limitado por el contenido de derecho fundamental alguno al definir los casos y supuestos en los que, en el ámbito penal, cabe acudir en casación."

Cabe añadir, por último, que la interpretación legal que analizamos no priva tampoco al Tribunal Supremo en su condición de órgano superior en el orden jurisdiccional penal (art. 123.1 CE) de la posibilidad de pronunciarse sobre los aspectos procesales del enjuiciamiento, pues dicha facultad permanece abierta, ex art. 847.1 LECrim, en relación con las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de justicia o la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional. Tampoco el justiciable ve cegada toda vía de alegación de sus derechos fundamentales de naturaleza procesal, pues en tales casos, agotada la vía judicial, puede acudir subsidiariamente en amparo en defensa de sus legítimas pretensiones de tutela.

1.4.- Asimismo debemos recordar que en los motivos formalizados por la vía del art. 849.1 LECrim, es constante la jurisprudencia de esta Sala -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 juridicidad, 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 juridicidad 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.

1.5.- Partiendo de estos presupuestos, analizaremos el motivo primero por infracción de ley conforme lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim, según la interpretación que de los mismos ha realizado la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, entre otras en STS 210/2017, de 28-3, aplicando asimismo los criterios adoptados en el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de dicha Sala 2ª de 9-6-2016 (relativo a la unificación de criterio sobre el alcance de la reforma de la LECrim de 2015 en el ámbito del recurso de casación), señalando como infringido el art. 9.3 CE.

Afirma, en síntesis, que la sentencia absuelve a los acusados, como autores de un delito de homicidio por imprudencia profesional menos grave del art. 142.2 CP y ello por la mutación del "factum" que hace la Audiencia Provincial, por cuanto suprime de los hechos probados por el juez "a quo", datos objetivos y no desmentidos por los testigos y que son muy importantes de cara a dilucidar la clase de imprudencia de los acusados, cuales son: que el menor ahogado, Eliseo, en contra de lo manifestado por el Juzgado de lo Penal, sabía nada bien, sobre la descripción del lugar y zona de baño expresamente recomendada como segura (zona de baño de aguas mansas y menos profundas) y los dos profesores D. Maximiliano y Dª. Consuelo, estuvieron pendientes del nado de los alumnos durante el trayecto de ida y vuelta del grupo.

Considera que este "novum indicium" para revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez "a quo" tiene unas limitaciones, que no son otras que aquellas pruebas sometidas al principio de inmediación, así como el de seguridad jurídica del art. 9.3 CE, y debe por ello admitirse el interés casacional que incluye el control del juicio de inferencia por la vía del art. 849.1 LECrim.

El motivo deberá ser desestimado, por cuanto formalmente se articula bajo la cobertura del art. 849.1 LECrim, lo que denuncia como infringido es el art. 9.3 CE, precepto constitucional, y no penal sustantivo como exige un motivo por error iuris, que, como ya hemos indicado, exige pleno respeto a los hechos declarados probados en la sentencia recurrida -esto es, la de la Audiencia Provincial- y la recurrente, tal como señala el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, se extiende en cuestiones de naturaleza probatoria ajenas a la vía en la que nos encontramos.

En este sentido, no basta la mera invocación de derechos constitucionales para sustentar el recurso. Es necesario que se denuncie la infracción de un precepto penal sustantivo. Solo está expedita la vía del art. 849.1, no la del art. 852 LECrim.

La sentencia 88/2022, de 3-2, en cuanto al recurso de casación en procedimientos competencia de los Juzgados de lo Penal, nos dice "solo cabe invocar el art. 849.1 LECrim. Otras discrepancias en cuanto a la valoración probatoria, defectos procesales, o normas constitucionales de relieve procesal quedan al margen de esa modalidad impugnativa pensada en exclusiva para unificar la interpretación de las normas sustantivas con trascendencia penal; sin perjuicio de que el justiciable pueda, en su caso, acudir al Tribunal Constitucional si entiende que aparece implicado un derecho fundamental.

El art. 849.1 LECrim es el único canal por el que pueden acceder a casación los asuntos ventilados en primera instancia ante un Juzgado de lo Penal. Obedece esa deliberada limitación a una clara filosofía, que enlaza con el objetivo perseguido por el legislador en la reforma procesal de 2015."

1.6.- No siendo ocioso recordar en orden a si la Audiencia Provincial no estaba procesal ni constitucionalmente autorizada para reformular el hecho probado como paso previo a la absolución, como esta Sala en STS 85/2022, de 27-1, tiene declarado que:

"la Audiencia se atuvo estrictamente a su ámbito competencial. No puede vaciarse el derecho a la doble instancia con una concepción alicorta o handicapante de la apelación. El tribunal de apelación goza de plenas facultades revisoras. El efecto devolutivo transfiere la potestad no solo de revisar el razonamiento probatorio sobre el que el tribunal de instancia funda la declaración de condena sino también, y ello es importante remarcarlo, la de valorar todas las informaciones probatorias resultantes del juicio plenario celebrado en la instancia, determinando su suficiencia o no para enervar la presunción de inocencia.

Este es el sentido genuino de la doble instancia penal frente a una condena. La apelación plenamente devolutiva es garantía no solo del derecho al recurso sino también de la protección eficaz de la presunción de inocencia del acusado que tiene derecho a que un tribunal superior revise las bases fácticas y no solo las normativas de la condena sufrida en la instancia. La STC 187/2013 descalificaba fórmulas reductoras del



efecto devolutivo de la apelación contra sentencias de condena, extendiendo indebidamente el efecto limitador que frente a sentencias absolutorias estableció la STC 167/2002:

"el recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho. Su carácter, reiteradamente proclamado por este Tribunal, de *novum iudicium*, con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el Juzgador *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez *a quo*, no solo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba (...) pues toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior y a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto. (...). Negarse a ello, como ocurrió sobre la base de una errónea apreciación de la doctrina de nuestra STC 167/2002, no solo revela el déficit de motivación aducido y de incongruencia con sus pretensiones, sino, como consecuencia, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por privarse al recurrente de su derecho a la revisión de la sentencia condenatoria".

SEGUNDO.- El motivo segundo por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, señalando como infringido el art. 142.1 CP.

Se pretende calificar de grave la imprudencia, dado que la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, en evidente contradicción y confusión conceptual (asimila la infracción del deber objetivo de cuidado con que el sujeto activo del delito puede y debe haber previsto las consecuencia de su conducta, cuando la imprudencia, aunque se infrinja el deber de cuidado, puede ser inconsciente o sin representación del resultado que luego se produce) considera que [hecho probado] "los dos profesores estuvieron pendientes del nado de los alumnos durante el trayecto de ida y vuelta del grupo, llegando uno de ellos a grabar por vídeo el mismo". Y si al menor ahogado no se le echa en falta hasta el tiempo del recuento, que tiene lugar una hora después de terminar la actividad (dato objetivo omitido, debe insistirse, de los hechos probados) en concreto, que solo se echa en falta al menor ahogado hasta finalizar dicha jornada una hora y media después, tras el recuento (sin embargo en el fundamento jurídico 4º de la sentencia de la Audiencia Provincial, se indica lo siguiente: "...saltando la alarma solo cuando al tiempo del recuento de los menores (no se indica la hora) se echa en falta a uno de ellos". Es evidente que los dos profesores acusados no estuvieron supervisando dicha actividad hasta el final, pues regresaron cinco menores, faltando uno.

Este motivo puede y debe analizarse conjuntamente con *el motivo tercero* por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, señalando como infringido el art. 142.1 CP.

Considera el motivo que, frente al criterio de la Audiencia (fundamentos jurídicos 2º y 4º) que califica de riesgo mínimo, una actividad extraescolar que lleva aparejada el baño es peligrosa en sí misma considerada, se sepa (corte de digestión) o no se sepa nadar, y en cuanto a la calificación y descripción del lugar (zona de baño de aguas mansas y menos profundas) y en cuanto a la autorización de la madre de Eliseo a la actividad que incluye baño opcional.

2.1.- Los motivos deberán ser desestimados, dado que pese a la inicial corrección del planteamiento, articulando éstos por la vía del art. 849.1 LECrim, en el desarrollo de los mismos se constata que no se respetan los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, planteando, en definitiva, cuestiones de valoración probatoria impropias del restringido cauce de los arts. 847.1 b) y 849 LECrim.

En efecto, la sentencia dictada por la Audiencia modificó el relato fáctico del Juzgado de lo Penal en lo relativo a los apartados once -desde la expresión "...Sobre las 18 horas..." hasta el final- y doce, sustituyéndolos por los que siguen:

"Sobre las 18 horas, aproximadamente, algunos de estos alumnos pidieron permiso al profesor Maximiliano para nadar por el río en dirección a un pequeño salto de agua existente en su cauce, situado a pocos metros de la orilla en que se encontraban, y que alcanzarían tras nadar por una zona de baño de aguas mansas y menos profundas que la que habían superado a la salida de la DIRECCION008 , zona de baño expresamente recomendada por la empresa citada como segura. Recibieron autorización del profesor, también de la profesora Consuelo , y emprendieron la marcha cinco de los menores -entre los que estaba Eliseo -, a los que se unieron luego dos más. Después de estar por las inmediaciones del salto, volvieron a la orilla todos los menores menos Eliseo , quien murió ahogado.

Los dos profesores estuvieron pendientes del nado de los alumnos durante el trayecto de ida y vuelta del grupo, llegando Maximiliano a grabar por vídeo el mismo."



Para llegar a esta modificación del relato fáctico la sentencia recurrida tiene en cuenta que la valoración del acervo probatorio que contiene la sentencia del Juzgado de lo Penal no es correcta respecto del lugar en que ocurre el trágico accidente, la destreza de nado del menor fallecido y la actuación de supervisión de los acusados respecto de lo que hacían los menores.

Así:

"Sobre el lugar del accidente, el plenario celebrado ofreció el siguiente acervo probatorio, del que en parte se hace eco la propia sentencia impugnada:

1º. Los bomberos que intervinieron en el rescate del cadáver del menor sostuvieron que era una zona de baño muy tranquila, con buena visibilidad, que no tiene ramas en el fondo ni obstáculos y es segura si se sabe nadar, la profundidad no es demasiada y la orilla se alcanza a poco que se den cuatro o cinco brazadas.

2º. La Guardia Civil confirma que es una zona de agua mansa y sin corrientes, sin pozas ni desniveles más allá de cierta profundidad por descenso leve del terreno, de manera que cualquier persona que supiese nadar no tendría peligro alguno.

3º. Las declaraciones de los profesores, menores y monitores que participaron en la actividad extraescolar programada, vienen de una manera u otra a confirmar esos datos objetivos que ofrecen bomberos y guardias civiles.

4º. El documento videográfico aportado a la causa por el acusado evidencia que se trata de una zona aparentemente plácida de baño, asequible a quien sepa nadar y muy próxima a la orilla.

5º. El documento que obra al folio 123 de las actuaciones acredita que el día 12 de abril de 2018 la empresa "Aventuras Límite" manda al acusado, como organizador de la actividad extraescolar programada, un correo electrónico en el que se puede leer: "...la zona de baño del río DIRECCION009 donde se une el arroyo del Molino, es decir, el arroyo que forma la cascada conocida como los baños de DIRECCION003 ...creo que es el sitio más idóneo para el baño...".

Sobre el lugar, la sentencia recoge que los menores "...iban nadando hacia lo que llamaron "cascadas", esto es, pequeño salto de agua hacia dentro del río, para lo que debían atravesar zona en que éste se hacía más profundo y ya no se hacía pie...", sin duda una descripción incompleta si nos atenemos a la aséptica descripción que dan todos los profesionales citados y ofrece la prueba documental referida, con lo que merece ser sustituida por la que se hace en el capítulo de hechos probados de esta sentencia.

En relación a la destreza de nado de la víctima, Eliseo, el relato fáctico de la sentencia describe, por un lado, que "los menores que hacían la actividad de espeleología en el primer grupo...tenían que salir nadando a río abierto en cuya zona de salida de la cueva había un ayudante de la empresa organizadora que los guiaba; Eliseo salió nadando sin problema, supervisado por el Sr. Maximiliano ...", y por otro, que "... Eliseo no tenía soltura nadando...no era suficientemente ducho nadando...". Ocurre, sin embargo, que sobre las habilidades de nado del menor el acto del juicio oral dio de sí lo que sigue:

1º. La madre de Eliseo consiente por escrito la actividad extraescolar organizada por el Instituto de Enseñanza Secundaria en el que su hijo cursaba estudios, actividad que incluye baño opcional y comida en los baños de DIRECCION003, según refleja el documento obrante al folio 338 de las actuaciones -que menciona el fundamento jurídico primero de la sentencia impugnada aunque nada diga al respecto su apartado de hechos probados-, lo que puede indicar que el silencio de la progenitora sobre una actividad de innegable riesgo para quien no sepa nadar, es confirmación de la preparación de su hijo para llevarla a cabo.

2º. La testigo Micaela cuenta en plenario, y así lo recoge la sentencia impugnada, que oye a Eliseo decir que sabía nadar bien.

3º. De la cueva hacia río abierto, la zona de más profundidad de las aguas, Eliseo nada sin problema alguno, según el propio relato fáctico de la sentencia, tal y como acabamos de transcribir.

4º. Ninguno de los dos profesores que seguían con la vista el nado del grupo de menores en el que se encontraba Eliseo observó un comportamiento anómalo de éste que pudiera llevar a pensar que no sabía nadar o que lo hacía torpemente.

5º. Una menor que formaba parte del grupo de menores nadando el día de autos, Nieves, para quien Eliseo "es su mejor amigo", declara que este sabía nadar bien.

6º. El menor Jaime, también integrante de ese grupo, señala que Eliseo "...nadaba bien, con cierta técnica incluso..." según recoge el fundamento jurídico primero de la sentencia.

7º. Los otros seis menores que nadan junto a Eliseo no observan comportamiento extraño alguno en el nado del menor fallecido, tal y como declaran en el acto del juicio oral.

8º. En el vídeo grabado por el acusado que ha sido incorporado a la causa no se observa anomalía o torpeza de nado en ninguno de los menores, y sí juegos de inmersión de los mismos en el agua que llevan a cabo sin complicación alguna.

Por tanto, consolidar de manera incuestionable, como consolida la sentencia en sus hechos probados, que el menor fallecido "no tenía soltura nadando o que no era suficientemente ducho nadando", para describir una escena que debieron de ver los profesores, es muy aventurado desde una interpretación lógica de ese particular acervo probatorio, porque ni el menor fallecido brindó durante el desarrollo de la actividad extraescolar el más mínimo indicio que apuntara a que no sabía nadar o a que tuviera falta de habilidad para hacerlo, ni su progenitora, sabedora que la actividad extraescolar podría incluir baño, ofreció dato alguno. En esa tesitura, es prudente suprimir esa arriesgada y nada contrastada conclusión fáctica que contiene la sentencia de primera instancia.

En lo que se refiere al capítulo de la atención supervisora de los dos profesores a la concreta actividad de baño de los menores a partir de las seis de la tarde, el relato histórico de la sentencia impugnada recoge: "... Maximiliano ...no advirtió situación extrema de tipo alguno...No advirtieron a los menores del peligro que entrañaba dicha acción, no viendo cómo el menor Eliseo no tenía soltura nadando y sin vigilar posteriormente que, tras haber alcanzado dicho lugar, volvieran todos a la orilla en buen estado. No se percataron de la circunstancia de la profundidad del río y de que el menor Eliseo no era suficientemente ducho nadando, que se cansó y no solicitó ayuda a ninguno de sus compañeros ni a los profesores que se encontraban allí como tampoco del hecho de que de los siete menores que nadaban en el río en zona más alejada de la orilla, siendo un grupo no demasiado numeroso, sólo salieran seis de ellos...". Sobre tal supervisión, el juicio oral celebrado arroja:

1º. Las declaraciones de los profesores acusados que reconocen haber estado pendientes de la concreta actividad de baño de los siete menores, cada uno a su manera, durante el tiempo que duró: la profesora, en contacto visual permanente con la escena de menores yendo y volviendo a un pequeño salto de agua del río, escena que tenía delante y a escasos metros de donde se encontraba; el profesor, de esa misma manera durante la mayor parte del tiempo y, de manera puntual, a través del teléfono móvil con el que estaba grabando a los menores en la actividad de nado que desplegaban.

2º. La grabación de la actividad de nado de los menores que está unida como prueba documental a la causa acredita que, al menos durante el tiempo que duró esa grabación, el profesor enfocaba directamente la actividad de nado desarrollada por los menores.

3º. Los menores que nadaban reconocen que sus profesores estuvieron pendientes de ellos tanto a la ida al salto como a la vuelta del mismo.

Entonces, las rotundas aseveraciones que la narración histórica de la sentencia impugnada contiene, apuntando a la desatención de los dos profesores a la específica actividad extraescolar de nado que desarrollaban los siete menores, quizás movidas por anudar de manera automática la desaparición por inmersión del menor fallecido con la atención debida de unos tutores que debieron de presenciar la escena, no puede aceptarse desde una sana y común interpretación del acervo probatorio practicado sobre ese extremo en el acto del juicio oral, con lo que las mismas deben de ser sustituidas por otras más asépticas y con crédito probatorio incuestionable. Ello, en el entendimiento de que las afirmaciones que contenga el capítulo de hechos probados de una sentencia penal deben de estar debidamente contrastadas por conclusiones probatorias válidas y sólidas que las eleven a la categoría de ciertas e indiscutibles, propiedades que desde luego no tienen las que contiene sobre este particular extremo la sentencia impugnada."

2.2.- La cuestión que se nos plantea es si aquel relato fáctico, con las modificaciones a que se ha hecho referencia, puede ser subsumido en un delito de homicidio por imprudencia profesional grave del art. 142.1 CP, que la sentencia recurrida descarta en el fundamento de derecho cuarto "porque de la narración histórica definitiva no se desprende imprevisión de supervisión de los dos docentes trascendente para el derecho penal, aunque sí pueda ser de interés para el derecho civil, de suerte que entonces aquel, llamado por antonomasia a proteger el mínimo del mínimo ético social, no debe de intervenir", esto es, 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 extracontractual.

Siendo así, es preciso recordar algunos pronunciamientos jurisprudenciales, que aunque no aportan criterios definitivos, sí pueden ser tenidos en cuenta.



En la sentencia TS 169/2023, de 9-3, con cita de las SSTs 54/2015, de 11-2 y 421/2020, de 22-7, nos recuerda la doctrina general anterior sobre la imprudencia grave. Precisó 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. Jesús Luis 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 aquellas 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".

Igualmente en la STS 909/2023, de 13-12, recordábamos como en la sentencia del Pleno Jurisdiccional de esta Sala 317/2021, de 15-4, decíamos que en la STS 1089/2009, de 27-10, a la que ya nos referimos entre otras en la STS 552/2018, de 14-11, se decía que el delito imprudente "... aparece estructuralmente configurado, de una parte, por la infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; y, de otra, por la vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos, o, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de éste le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito que se ha desencadenado. A estos requisitos ha de sumarse, en los comportamientos activos, el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado (vínculo naturalístico u ontológico), y la imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente, de forma que el riesgo no permitido generado por ésta sea el que se materialice en el resultado (vínculo normativo o axiológico)".

En cuanto a la diferenciación entre la imprudencia grave y la que no lo es, se decía en la STS 1823/2002, que la imprudencia grave "... ha requerido siempre la vulneración de las más elementales normas de cautela o diligencia exigibles en una determinada actividad", y con parecidos términos se recordaba en la STS 537/2005, que "la jurisprudencia de esta Sala suele considerar grave la imprudencia cuando se han infringido deberes elementales que se pueden exigir al menos diligente de los sujetos". Se ha dicho reiteradamente que es temeraria, cualidad que referida a la imprudencia se ha asimilado a la grave, cuando supone "un olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado".

Con otras palabras, en la STS 1089/2009, antes citada, se argumentaba que "... la gravedad de la imprudencia se determina, desde una perspectiva objetiva o externa, con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del imputado con respecto al bien que tutela la norma penal, o, en su caso, al grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias meramente casuales. El nivel de permisión de riesgo se encuentra determinado, a su vez, por el grado de utilidad social de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo). Por último, ha de computarse también la importancia o el valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: cuanto mayor valor tenga el bien jurídico amenazado menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado. De otra parte, y desde una perspectiva subjetiva o interna (relativa al deber subjetivo de cuidado), la gravedad de la imprudencia se dilucidará por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto. De forma que cuanto mayor sea la previsibilidad o cognoscibilidad del peligro, mayor será el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave resultará su vulneración".

2.3.- En el caso que nos ocupa, la sentencia recurrida destaca como:

"El fatal accidente ocurre al tiempo en que el grupo en que se integra el menor fallecido está descansando después de haber realizado una actividad espeleológica y esperando que otro grupo la culmine. Esa espera se traduce, según la programación efectuada por el centro docente, conocida y autorizada por los padres de los menores, en que estos comerían y se bañarían en un lugar recomendado por la empresa especializada con la que se concertó la actividad extraescolar. Siete menores optan por nadar por el río para alcanzar una cascada o salto y luego volver, y piden autorización para ello a los docentes aquí acusados. En consecuencia, el riesgo que deben de medir estos en el ejercicio de su deber de vigilancia se identifica con un eventual accidente de diverso origen en la travesía de ida y vuelta por el río, un riesgo que deben de valorar en función de las particulares circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes al tiempo en que se va a iniciar su ejecución. Resulta que éstas son las siguientes:



1ª. De todo el grupo, son siete menores en edad adolescente los que finalmente optan por nadar camino del salto, todos ellos con capacidad y habilidad suficientes para hacerlo, según han demostrado previamente en la zona de mayor peligro - en la poza existente a la salida de la DIRECCION008 - y según tienen reconocido de una manera u otra. El menor fallecido, por lo que hemos explicado en el considerando anterior, no era precisamente una excepción: reconoció a propios y extraños su habilidad de nado y la ejerció delante de los profesores y los guías de la empresa interviniente.

2ª. La zona en la que se va a efectuar la concreta actividad de baño está ya suficientemente perfilada en el relato fáctico corregido de la sentencia: a) es el lugar recomendado previamente por la empresa especializada, conocedora del terrero, como más seguro para que los adolescentes naden; b) se trata de un sitio habilitado para el baño y de uso común por la ciudadanía, que no cuenta con advertencia de peligro alguno, y que desde luego no está inhabilitado o prohibido por las autoridades; c) es un espacio de aguas mansas que fluyen hasta el pequeño salto, sin obstáculos y cuya travesía, por ser corta, se salva con unas pocas brazadas hasta llegar a la orilla; d) se trata de un tramo de río en el que en buena parte de su trayecto se hace pie.

3ª. Las condiciones climatológicas para llevar a cabo la actividad de nado el día de autos eran buenas, no había ningún accidente geológico que pudiera poner en peligro la seguridad de los menores y éstos iban vestidos adecuadamente para la ocasión.

4ª. Previamente al inicio de la concreta actividad, ninguno de los adolescentes que mostraron su interés por acercarse nadando al pequeño salto de agua hizo consideración o advertencia alguna a los docentes de indisposición o impedimento de cualquier tipo u origen para llevarla a cabo.

5ª. Los docentes acusados se encontraban en condiciones óptimas para intervenir en caso de haber surgido alguna emergencia para los menores dentro del agua.

En ese particular escenario y justo al inicio de la actividad, los riesgos más comunes que los responsables docentes de la actividad extraescolar deberían de representarse eran los de posibles golpes entre los nadadores entre sí, que iban a nadar unos cerca de otros y harían juegos de agua propios de adolescentes en estado de diversión, o alguna indisposición repentina y sobrevenida dentro del agua de alguno de ellos, particularmente en la restringida zona en la que no hacían pie y que exigiera el socorro inmediato. Y ante tal escenario de riesgo, una vez procesada en sus mentes toda la información sobre la actividad de nado y las concretas circunstancias objetivas y subjetivas del mismo que acabamos de describir, el comportamiento humano naturalmente diligente de esos responsables de la seguridad de los menores no podía ser otro que el de supervisar tal actividad estando pendientes del progreso de la misma y prestos a acudir en ayuda de alguno de los menores si la situación de emergencia lo requería. Ese era el verdadero deber objetivo de cuidado que la sociedad, a través de la Comunidad educativa, les exigía para evitar que los bienes constitucionales de los menores pudieran verse dañados en tal acción formativa de entretenimiento.

Pues bien, resulta que ha quedado acreditado de manera incontestable que, con todos aquellos datos en haber de los dos docentes acusados, se inicia sin contratiempo alguno la actividad de nado, primero de cinco de los siete adolescentes y luego de dos más que se unen inmediato, estando pendientes los profesores del grupo de menores que nadaban -y eso que también había otros menores a cuidar en la zona de playa, lo que prueba que los dos profesores pusieron el foco de atención en la actividad más arriesgada de todas-, continuando estos con la supervisión permanente del desenvolvimiento de los menores dentro del agua y no perdiendo el contacto visual directo con los mismos durante el trayecto de ida y vuelta, haciéndolo desde la zona de playa en que se encontraban, que estaba ubicada a pocos metros del "salto" -la meta que se habían marcado los menores-, no percibiendo el más mínimo indicador de inconveniente, obstáculo, problema o peligro en el desarrollo de la actividad, particularmente del progreso de nado de los menores hacia el salto y su posterior regreso a la playa, saltando la alarma sólo cuando, al tiempo del recuento de los menores, se echa en falta a uno de ellos."

Añadiendo que "por razones que se desconocen, este nadador tuvo problemas en el desarrollo de la concreta actividad que lo llevaron a inmersiones que acabaron con su vida por ahogamiento a corta distancia de todos y sin que nadie, absolutamente nadie -ni siquiera el resto de los menores que nadaban con él- se percatara de ello, una percepción inviable igualmente para todos, también para los dos docentes ojeadores, cuando resulta que, en el desarrollo de la actividad, tal menor se estaba comportando de la misma manera que lo hacían los demás, esto es, disfrutando del baño ... y sin dar en ningún momento muestra de problema de tipo alguno."

Estaríamos ante una imprudencia que antes era considerada como leve y que el legislador ha querido expresamente despenalizar 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, derivando esa hipotética falta de diligencia, en su caso, a la jurisdicción civil.



TERCERO.- El motivo cuarto por infracción de ley, se invoca al amparo del art. 849.1 LECrim, señalando como infringido el art. 142.2 CP.

Considera el motivo que a pesar de todas estas modificaciones en el ámbito fáctico, persisten los elementos indispensables para sustentar al menos condena por un delito de homicidio imprudente menos grave y en los términos que recayó en la primera instancia, lo que determinaría la aplicación del art. 142.2 CP, conforme a los hechos probados y fundamentos de derecho esgrimidos en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal.

Olvida la recurrente que, al igual que en los motivos precedentes, el recurso de casación contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales solo autoriza la impugnación del juicio de tipicidad, o lo que es lo mismo, la expresión de un error por parte del Tribunal "a quo" respecto a la calificación jurídica de los hechos.

Ello conlleva que el discurso argumental que sostenga la parte recurrente habrá de ajustarse, siempre y en todo caso, al relato de hechos probados, tal y como haya sido proclamado en la sentencia objeto del recurso, esto es, la de la Audiencia Provincial de Córdoba.

CUARTO.- El motivo quinto por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de los arts. 117, 120.3 y 4 y 121 CP.

Argumenta que en cuanto al montante indemnizatorio por responsabilidad civil, ambos acusados conjunta y solidariamente, indemnizarán a Catalina, única progenitora reconocida del fallecido, en la cantidad de 125.500 € por daño moral y perjuicios derivados del fallecimiento de su hijo, así como a sus dos hermanos menores de edad Cesareo Y Cosme por importe de 20.778,22 € respectivamente, y a sus abuelos maternos D. Doroteo y D^a. Rosalia, por el importe de 30.963,62 € respectivamente. Y con respecto a las mismas la responsabilidad civil directa y solidaria de la entidad aseguradora SegurCaixa Adeslas y la responsabilidad civil subsidiaria del IES DIRECCION000 de DIRECCION001 y la Consejería de Educación y Deportes de la Junta de Andalucía. Cantidades todas estas que se incrementará conforme a los intereses legales previsto en el art. 576 LEC y los intereses de mora del art. 20 LCS, estos últimos de las Cías. Aseguradoras.

Pretensión inaceptable.

La acción civil ex delicto no pierde su naturaleza por el hecho de ser ejercitada en un proceso penal y las normas de Derecho Civil son supletorias a las penales (STS 646/2005, de 19-5).

El conocimiento de la acción civil dentro del proceso penal tiene carácter eventual por estar condicionada por la existencia de responsabilidad penal.

Ejercitada la acción civil en el propio procedimiento penal para el resarcimiento del perjuicio estrictamente derivado del delito objeto de condena (art. 109.1 CP) es en el proceso penal en el que debe procederse a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados.

El ejercicio previo al inicio del proceso penal de la acción civil en la jurisdicción de esta clase impide que se revuelva en el primero sobre la misma (STS 1052/2005, de 26-9).

La responsabilidad civil derivada de un hecho ilícito exige como elemento estructural de la misma una relación de causalidad entre la acción u omisión delictiva y el daño o perjuicio sobrevenida, relación de causalidad que debe ser probada (STS 1094/2005, de 28-9).

- Rige el principio de justicia rogada y el principio dispositivo.

La sentencia no puede conceder más de lo pedido en aras al respeto al principio de congruencia (STS 175/2007, de 7-3).

Por tanto, la sentencia absolutoria por no ser los hechos constitutivos de delito, impide resolver la reclamación civil en el proceso penal y hace necesario plantear tal reclamación ante los Tribunales de esa jurisdicción (SSTS 1288/2005, de 28- 10; 1061/2005, de 30-9).

En la sentencia recurrida se absuelve a los acusados de todo delito y en consecuencia, no hace pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad civil derivada del delito, ni sobre las indemnizaciones solicitadas.

QUINTO.- Desestimándose el recurso, procede condenar en costas a la 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^a. **Catalina (acusación particular)**, contra la sentencia nº 521/2021, de fecha 3 de diciembre de 2021, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba, en el Rollo de Apelación nº 1881/2021.

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.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Antonio del Moral García

Andrés Palomo Del Arco Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR, EN EL RECURSO 184/2022.

Lamento disentir de la decisión de mis compañeros, porque en mi opinión el recurso de casación planteado por la representación procesal de la madre del menor que autorizó a que su hijo saliese de excursión con el colegio y pudiese bañarse en una pequeña laguna, adornada con una cascada al final de su masa acuática, debió ser estimado, y volviendo a la Sentencia dictada por la juez de lo penal, condenar a los dos profesores que fueron inicialmente acusados por el Ministerio Fiscal, a una pena de multa como autores de un delito de imprudencia, en su modalidad, casi mínima, de menos grave, a una multa y a la correspondiente indemnización a aquella madre por la pérdida de su hijo, que hubiese sido satisfecha por las correspondientes aseguradoras, sin hacer necesario el ejercicio de la acción civil frente a los mismos.

Naturalmente, la Audiencia Provincial de Córdoba para revocar dicho fallo de primera instancia, tuvo que retocar los hechos probados por el Juzgado de lo Penal, en tanto que en éstos se decía que los dos profesores no se percataron de la circunstancia de la profundidad del río y de que el menor Eliseo no era suficientemente ducho nadando, pero no pudo retocar ni el resultado final, esto es, la muerte por ahogamiento del menor (13 años), y que todo el mundo se enteró de tan luctuoso resultado, una vez finalizada la jornada estival de baño, cuando, tras el recuento, echaron en falta al menor Eliseo que no había conseguido mantenerse a flote y que falleció a consecuencia de la inmersión en el río dado que no pudo alcanzar orilla.

La Audiencia ha suprimido ese apartado fáctico, y lo ha sustituido por este otro:

"Después de estar por las inmediaciones del salto, volvieron a la orilla todos los menores menos Eliseo, quien murió ahogado".

Pero eso, claro, no suprime el inevitable recuento que hubo que practicarse antes de marchar, cuando echaron de menos a Eliseo (fueron siete los niños que se bañaron bajo la responsabilidad de los acusados), ni se enmascara tampoco su responsabilidad porque se declare que "los dos profesores estuvieron pendientes del nado de los alumnos durante el trayecto de ida y vuelta del grupo, llegando Maximiliano a grabar por vídeo el mismo".

Pues lo relevante del caso es que siete niños se bañaron, bajo la supervisión de los dos profesores acusados, que incluso grabaron por vídeo el baño, pero uno de los menores murió, y ellos no se dieron cuenta, ni tienen una mínima explicación sobre lo verdaderamente sucedido. En mi opinión, no se dieron cuenta porque no prestaron la atención debida, puesto que en las aguas tranquilas del estanque y con buena visibilidad (así se declara expresamente como veremos después), la desaparición del menor Eliseo hubiera sido inmediatamente advertida por al menos uno de ellos, si ambos, como parece ser, fueron los encargados de su vigilancia (y únicamente de siete niños).

Luego, aunque se declare lo contrario, los dos profesores no pudieron estar pendientes del nado de los alumnos durante el trayecto que duró la travesía, y menos si Maximiliano llegó a grabar por vídeo la misma, pues necesariamente en tal documento gráfico se comprobaría lo que ocurrió y nadie lo sabe, a excepción de lo inevitable: que entró a nadar bajo la responsabilidad y con el permiso de los profesores, y terminó en el fondo del agua perdiendo la vida.

Sorprende, por lo demás, la afirmación que contiene la sentencia recurrida acerca de que "[l]os bomberos que intervinieron en el rescate del cadáver del menor sostuvieron que era una zona de baño muy tranquila, con buena visibilidad, que no tiene ramas en el fondo ni obstáculos y es segura si se sabe nadar, la profundidad no es demasiada y la orilla se alcanza a poco que se den cuatro o cinco brazadas", pues de ello se deduce,



en primer lugar, que hubo que llamar a los bomberos para rescatar al cadáver del niño, lo cual sugiere que la zona no era tan accesible, pues en caso contrario, se hubiera rescatado al menor inmediatamente mediante la acción de cualquiera de los profesores que se encontraban en la excursión, prestándole la atención debida.

Y, en segundo lugar, si no hay ramas ni obstáculos, los acusados debieron haber visto la trayectoria del menor, que hubo de hacerse a las aguas, con alguna suerte de técnica de natación, para desaparecer más tarde en su profundidad, "que no es demasiada", sin que ninguno de ellos advirtiera nada.

Falló en mi opinión el deber de cuidado, que caracteriza la imprudencia, cuando de omisión de tal deber se trata.

La imprudencia menos grave puede ser definida 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.

Dicho con otras palabras, la imprudencia menos grave es la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir).

Esto es lo que, a mi juicio, ha ocurrido.

Estoy de acuerdo en desestimar el recurso en lo referente a que los profesores no desplegaron una imprudencia grave. No. Como acertadamente dice la mayoría, no podemos tomar ese módulo de imprudencia, dadas las circunstancias tomadas en consideración. Pero tampoco la imprudencia fue leve. El riesgo de ahogamiento en el baño en un río, cuando se está a cargo de la seguridad de un menor, por muy pacíficas que sean sus aguas, debe alertar el celo de sus vigilantes para no perder de vista tal actividad, peligrosa sin duda alguna, y poner la atención debida hasta que los siete niños hubieran salido del agua. Al no hacerlo así, y fallecer uno de ellos, la calificación como imprudencia menos grave que concedió la juez de lo penal nos parece acertada, por lo que el recurso, desde mi modesto entender, debió ser estimado.

Fdo.: Julián Sánchez Melgar.