

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4493 *Sala Segunda. Sentencia 18/2021, de 15 de febrero de 2021. Recurso de amparo 3966-2018. Promovido por don Simón Viñals Pérez respecto de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que le condenó por un delito de homicidio imprudente. Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia: condena en casación que no llevó a cabo una modificación del relato de hechos probados ni una nueva valoración de la prueba y que hace uso de la teoría del incremento del riesgo como modelo de imputación del resultado en los casos de imprudencias médicas. Voto particular.*

ECLI:ES:TC:2021:18

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por la magistrada doña Encarnación Roca Trías, presidenta, y los magistrados don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez y don Ricardo Enríquez Sancho, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3966-2018, promovido por don Simón Viñals Pérez, representado por la procuradora de los tribunales doña Rosa María Martínez Virgili y asistido por el abogado don José Fernando Crespo Torres, contra la providencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2018, por la que se inadmite el incidente de nulidad de actuaciones promovido por el demandante frente a la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2017, dictada en el recurso de casación núm. 2019-2016, que revocó la sentencia absolutoria de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de septiembre de 2016, dictada en el procedimiento abreviado núm. 970-2015, y condenó al recurrente como autor de un delito de homicidio imprudente. Han comparecido y formulado alegaciones don José Arce San José, doña Isabel de la Fuente Morales y doña Verónica Arce de la Fuente, representados por la procuradora de los tribunales doña María Soledad Castañeda González y asistidos por la letrada doña María José Siñeriz Terrón. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente la magistrada doña Encarnación Roca Trías.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este tribunal el 11 de julio de 2018, la procuradora de los tribunales doña Rosa María Martínez Virgili, en nombre y representación de don Simón Viñals Pérez y bajo la dirección del abogado don José Fernando Crespo Torres, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones que se mencionan en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo son los siguientes:

a) El recurrente fue absuelto de los delitos por los que venía siendo acusado por sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de septiembre de 2016, dictada en el procedimiento abreviado núm. 970-2015.

(i) En lo que al recurrente se refiere y es aquí relevante, los hechos probados narran que la noche del 31 de octubre al 1 de noviembre de 2012 se celebraba una fiesta en el Pabellón Madrid Arena en la que, por una concurrencia de causas (sobreaforo, cierre de cinco de ocho vomitorios que unen la pista central con el pasillo perimetral y son vías de evacuación, apertura de portones para la entrada masiva de público e incorrecta gestión de flujos de público en las escaleras entre diversos niveles), se produjo una avalancha que sepultó a algunos asistentes debajo de hasta ocho personas. Entre las víctimas se hallaba doña Cristina Arce de la Fuente, joven de dieciocho años que había acudido a la fiesta.

Se explica que, habiéndose producido la avalancha sobre las 3:35 horas, «las tareas de rescate de las víctimas que quedaron atrapadas en el vomitorio se realizaron de manera absolutamente descoordinada, lenta y poco eficaz, colaborando en las mismas parte de los propios asistentes, consiguiendo entre todos evacuar a todas las personas atrapadas alrededor de las 3:55 horas, veinte minutos después de que se produjera el incidente». Resultaron lesionados de diversa entidad veintinueve jóvenes que se encontraron en el interior del vomitorio y de extrema gravedad cinco jóvenes, que posteriormente fallecieron.

Dos de las jóvenes fueron atendidas en el exterior del recinto por el Samur, consiguiendo recuperarlas de la parada cardiorrespiratoria, si bien ambas murieron días después. Las otras tres jóvenes, entre las que se encontraba doña Cristina Arce, fueron trasladadas de manera sucesiva y casi inmediata entre las 3:55 y las 4:00 horas del vomitorio en el que habían quedado aplastadas por multitud de gente a la enfermería del pabellón. El relato consigna que «[a] la llegada a la enfermería, lejos de actuar con rapidez y hacer todo lo que estaba a su alcance, Simón Viñals Pérez y Carlos Viñals Larruga, los cuales eran los médicos del servicio sanitario del evento y el primero el responsable del mismo, no realizaron un correcto diagnóstico de que, al menos Cristina Arce [y otra víctima] se encontraban en situación de parada cardiorrespiratoria ni le practicaron a las tres jóvenes una adecuada reanimación cardiopulmonar para intentar que se recuperaran».

Se recoge que a doña Cristina Arce la reconoció en primer lugar un técnico sanitario, que constató que se encontraba en parada cardiorrespiratoria, por lo que se dirigió rápidamente a su ambulancia para llevar a la enfermería un desfibrilador. Mientras tanto, el doctor Viñals realizó masaje cardíaco a la herida, y, cuando regresó el técnico con el desfibrilador, le aplicó tres descargas, «siguiendo para ello las instrucciones del técnico sanitario puesto que Simón Viñals desconocía, pese a ser médico, el funcionamiento del desfibrilador».

Tras ello, continúa el relato fáctico, don Simón Viñals dejó de asistir a doña Cristina Arce, al entender, erróneamente, que la joven había fallecido, «puesto que, cuando llegó el Samur, Cristina Arce se encontraba en fibrilación ventricular, no pudiendo ser recuperada pese a que los facultativos del Samur, que llegaron sobre las 4:20 horas, le practicaron una reanimación cardiorrespiratoria avanzada, falleciendo sobre las 5:00 horas».

Consta en el *factum* que ni el ahora demandante de amparo ni el otro médico (su hijo) hicieron transferencia a los facultativos del Samur de las tres pacientes dándoles los datos de sus estados y asistencia prestada, y que «no colaboró con el primer equipo del citado servicio de emergencia en el cuidado de las pacientes hasta la llegada de más técnicos. Ninguno de los dos doctores elaboró posteriormente informe médico de su intervención».

Se afirma que doña Cristina Arce y las otras dos jóvenes atendidas en la enfermería «fallecieron como consecuencia de las gravísimas lesiones padecidas en el

aplastamiento sufrido en el vomitorio, sin que Simón Viñals Pérez y Carlos Viñals Larruga les prestaran la asistencia médica que precisaban durante el tiempo que permanecieron en el botiquín que gestionaban antes de que llegara al mismo el Samur aumentando así la posibilidad de que no pudieran recuperarse de las lesiones sufridas, no resultando acreditado, sin embargo, que en el supuesto de que les hubieran prestado una asistencia correcta las fallecidas hubieran podido salvar su vida».

(ii) En el fundamento jurídico tercero la Sala razona la absolución del recurrente y del otro médico de conformidad con la valoración de la prueba realizada en el fundamento anterior. De un lado, no considera probado que, salvo por la edad del ahora demandante de amparo y del auxiliar sanitario (77 y 80 años al tiempo de los hechos, respectivamente), el servicio médico dispuesto en el evento no contara con material adecuado para atender a los perjudicados, al menos hasta la llegada del Samur, ni que ello haya influido en el resultado producido. De otro lado, sí estima acreditado que «la actuación de los dos doctores Viñals, en relación con las tres víctimas que fueron trasladadas al botiquín para ser asistidas fue claramente negligente en cuanto que no realizaron diagnóstico alguno de Katia Esteban Casielles, a la que parece que ni siquiera se acercaron, y el que efectuaron de Cristina Arce y Rocío Oña fue erróneo, entendiendo equivocadamente que se encontraban fallecidas, siendo esta la razón por la que comenzaron una recuperación, aplicándoles el desfibrilador casi por la insistencia del técnico de emergencias que fue a buscarlo a la ambulancia, practicando algún intento de masaje y ventilación y poco más, abandonando al poco tiempo, y antes de la llegada del Samur, la reanimación de ambas jóvenes, reiterándose al respecto todo lo expuesto en la valoración de la prueba practicada».

Desde tal constatación, la Audiencia Provincial de Madrid opone que los delitos de homicidio por imprudencia profesional del art. 142.1 y 3 del Código penal (en adelante, CP) imputados son delitos de resultado y no de peligro, para cuya concurrencia exige la jurisprudencia «no solo que resulte acreditada la conducta negligente de los acusados sino también el nexo de causalidad entre la misma y el mortal resultado producido, esto es, que la asistencia sanitaria que los doctores Viñals hubieran debido de prestar a las tres jóvenes y no prestaron, habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, el fallecimiento de las mismas», lo que no se ha acreditado a la luz de los informe periciales sobre las posibilidades de recuperarse de una parada cardiorrespiratoria cuando no se interviene de inmediato. Reconoce que «una parte de la doctrina como Roxin mantiene como suficiente para la imputación objetiva del resultado lo que se denomina "teoría del incremento del riesgo" conforme a la cual cabría imputar objetivamente el resultado una vez que se constata que el autor generó el riesgo desaprobado aunque no sea seguro que la conducta ajustada a Derecho hubiera evitado el resultado». Pero contrapone que «otros autores como Manuel Cancio concluyen que esta interpretación convierte el delito de resultado en una infracción de peligro e infringe el principio *in dubio pro reo* que exigiría el que exista prueba, al menos con la probabilidad fijada por la jurisprudencia, rayana en la certeza, de que el resultado es concreción de la conducta omisiva y que sin la misma tal resultado no se habría producido», tesis que, si bien implica una evidente dificultad probatoria, a su entender, es la «seguida por la jurisprudencia y la que, en consecuencia, debe aplicar».

b) La familia de doña Cristina Arce de la Fuente interpuso recurso de casación en el que, entre otros motivos, se denunciaba la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, por el razonamiento probatorio que conduce a absolver al doctor Simón Viñals y la indebida falta de aplicación del art. 142, apartados 1 y 3 del Código penal. El recurso fue impugnado por la representación procesal del ahora demandante de amparo por escrito de 5 de enero de 2017.

c) Tras celebrarse vista el 14 de noviembre de 2017, sin presencia del recurrente y en la que informó su letrado solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por sentencia de 11 de diciembre de 2017, estimó parcialmente el recurso interpuesto por la mencionada acusación particular. Se condenó al recurrente como autor de un «delito de imprudencia grave con resultado de muerte, en

la modalidad de imprudencia profesional», tipificado en los apartados 1 y 3 del art. 142 CP, a las penas de un año y medio de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión médica por un período de cuatro años.

En el fundamento vigésimo de la sentencia impugnada, la Sala de lo Penal, después de repasar los hechos declarados probados y la fundamentación jurídica de la sentencia de primera instancia, subraya que «[d]e lo expuesto queda sobradamente constatado que la Audiencia declara que con la mala actuación de Simón Viñals se incrementó el riesgo de muerte, "aumentando así la posibilidad de que no pudieran recuperarse [ambas jóvenes] de las lesiones sufridas". En suma, se declara indiscutiblemente que se aumentó el riesgo de perder la vida de Cristina por el actuar (o mejor, inacción) negligente del acusado. Lo que, por otro lado, se traslada también a la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, y los juzgadores de instancia no se detienen a la hora de proclamar que la actuación de los doctores Viñals, aunque ahora analizamos exclusivamente el comportamiento de Simón Viñals Pérez, "fue claramente negligente", en cuanto que no realizó diagnóstico alguno de Katia Esteban Casielles, a la que parece que ni siquiera se acercó, y el que efectuó a Cristina fue erróneo, entendiendo equivocadamente que se encontraba fallecida, por lo que su actuación fue claramente insuficiente». Junto a tal constatación, rechaza como criterio decisor que «no se haya probado qué hubiera pasado si se hubiese actuado correctamente por parte del médico, sino que lo que hubiera importado es que se hubiese acreditado, fuera de toda duda razonable, que, aunque hubiera hecho el acusado todo lo que estaba en su mano, la joven hubiese lamentablemente fallecido. Solamente así se le podría haber exonerado de su responsabilidad».

Sentado lo anterior, la Sala recuerda (i) que es incuestionable la posición de garante de la vida y de la salud de la víctima en la que se encontraba el recurrente, (ii) que se declara probado en el *factum* y la fundamentación jurídica que no llevaron a cabo las maniobras más elementales de reanimación con omisión de toda diligencia debida, (iii) que se incrementó el riesgo para la vida de la joven como consecuencia de tal comportamiento, pues se declara probado que la falta de prestación de la asistencia médica que se precisaba «aumentó la posibilidad de que no pudieran recuperarse de las lesiones sufridas», aclarando que esa conclusión sería imposible si el resultado de muerte fuera inevitable, y (iv) que se produjo el resultado de muerte.

Desde tales consideraciones, el órgano judicial sostiene que, para imputar responsabilidad penal por la muerte, es preciso determinar el nexo entre el actuar negligente y el resultado mortal producido, aspecto que juzga complejo en el supuesto, «al tratarse de un comportamiento negligente sucesivo a una imprudencia previa; y además de carácter omisivo» y en el ámbito médico. A su entender, para fijar el criterio de imputación en las infracciones imprudentes omisivas, se ha de acudir a la doctrina de la imputación objetiva, que conoce distintos criterios de imputación, entre los que destaca la teoría del incremento del riesgo, la teoría del ámbito de protección de la norma y la teoría de la evitabilidad; supliéndose en estos casos de comportamiento omisivo la imposibilidad de una causación en términos naturalísticos por el concepto de cursos causales hipotéticos, que atienden a la virtualidad causal de la acción exigida por la norma.

En este contexto, rechaza la teoría de la evitabilidad que sigue la sentencia de instancia, que pone el acento en dilucidar si la conducta omitida habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, la lesión o el menoscabo del bien jurídico que tutela la norma. Si bien reconoce que tal criterio se enuncia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, también precisa que raramente como criterio decisor aplicado a casos específicos, y no en casos de negligencia médica subsiguiente a una imprudencia previa, «con independencia de que si se acredita que el resultado no se hubiera evitado, de realizar la conducta obligada, se entienda lógicamente que la omisión no ha generado o incrementado riesgo alguno». La Sala esgrime la falta de utilidad de esa fórmula en el ámbito de la prestación médica, que no es una ciencia exacta y depende de las

circunstancias individuales, como ha destacado también el Tribunal Supremo Federal alemán. De seguirse, advierte, conduciría a la impunidad, dado que casi nunca resulta descartable el riesgo de resultado lesivo –muerte o lesiones– a pesar de realizarse la conducta que indica la *lex artis* médica, con el efecto indeseado de fomentar conductas pasivas de los profesionales ante la imposibilidad de condenar.

A juicio del Tribunal Supremo, lo que se debe constatar para exonerar al médico es lo contrario, que aun en caso de haber dispensado el tratamiento médico correctamente, no se hubiera evitado el resultado. «Pero si no se hace nada, o lo que se hace es patentemente negligente, como por otra parte asegura la Audiencia, no puede fundamentarse su absolución en el hecho de que, de todos modos, no se sabe cuál hubiera sido el desenlace». Por el contrario, «la responsabilidad del médico surge porque ha incrementado el riesgo permitido, y lo ha hecho al haber actuado negligentemente, y con tal comportamiento ha contribuido al resultado, siéndole reprochada su conducta a través de la teoría de la imputación objetiva», sin que ello suponga exonerar de culpabilidad a título de imprudencia a los demás coacusados, pues, conforme a lo sostenido por la Audiencia, todos ellos contribuyeron mediante el concurso causal múltiple al resultado producido.

Puntualiza finalmente que su conclusión resulta acorde con la mantenida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que repasa, y conforme con la posibilidad reconocida por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de convertir en condenatoria una sentencia absolutoria en la instancia casacional cuando no se modifican los hechos probados, máxime en este caso, en que tratándose de imprudencia no hay que declarar ningún ánimo tendencial.

d) La sentencia del Tribunal Supremo cuenta con el voto particular de un magistrado, quien, si bien coincide en que «los datos fácticos que se destacan en la sentencia mayoritaria de Sala se ajustan a las pericias practicadas y al resultado probatorio acogido por la Audiencia», considera que se ha minusvalorado el estado de extrema gravedad y crítico con que entró la víctima en la enfermería. Ese dato cobra importancia en el marco de la tesis que prefiere para dirimir la imputación del resultado en un delito imprudente, equidistante de las tesis de la evitabilidad y del incremento del riesgo adoptadas en la sentencia de instancia y en la de casación, respectivamente, que juzga extremas. A su entender, debe examinarse que la grave negligencia del acusado, consistente en no neutralizar ni disminuir debidamente el grave riesgo de muerte, desencadenado por la acción imprudente de otros (organizadores y gestores del evento) que afectaba a doña Cristina Arce, impidió una disminución de cierta entidad de ese riesgo y no de mínimos fehacientemente acreditada desde una perspectiva *ex post*, de lo que no hay prueba ni consta en el *factum*. A juicio del magistrado discrepante, la tesis de la mayoría convierte un delito de resultado en un delito de mero riesgo, desbordando los límites del tipo penal en una interpretación que entra en conflicto con las exigencias del principio de legalidad penal y con los criterios dogmáticos aplicables a un delito de resultado cuando se trata de infracciones omisivas.

e) Por providencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2018 se acordó la no admisión a trámite del incidente excepcional de nulidad de actuaciones planteado por el demandante de amparo, donde se denunciaba una doble vulneración de su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE): (i) por la falta de una instancia posterior a la condena y la modificación de la base fáctica de la sentencia de instancia con revaloración de pruebas personales sin audiencia del acusado ni respeto al principio de inmediación para revisar una sentencia absolutoria y condenar; (ii) por la inversión de la carga de la prueba y correlativa infracción del principio *in dubio pro reo*, que supone, además, la lesión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

En su respuesta, la Sala aduce que, conforme a su jurisprudencia, la del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es posible reemplazar una sentencia absolutoria en los supuestos en que el hecho probado permanece incólume y el debate se ciñe al juicio de subsunción, como fue el caso de autos, sin que

el incidente de nulidad sea un cauce para que se puedan plantear de nuevo las cuestiones ya resueltas.

3. El recurrente formula dos motivos en su demanda de amparo y solicita que se reconozcan los derechos fundamentales invocados y se declare la nulidad de las resoluciones recurridas.

a) El primer motivo denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva en su concreción de no sufrir indefensión (art. 24.1 CE) por la falta de una instancia penal posterior a la condena y la modificación de la base fáctica de la sentencia de instancia con revaloración de pruebas personales (testificales y periciales) sin audiencia del acusado ni respeto al principio de inmediación.

Tras exponerse la doctrina de este tribunal sobre la posibilidad de condenar en segunda instancia de la mano de la STC 146/2017, de 14 de diciembre, FFJJ 6 y 7, y su acogimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con cita de la STS 582/2017, de 19 de julio, se denuncia que el Tribunal Supremo se aparta de dicha doctrina. Según el criterio del demandante, si bien la resolución justifica la revisión condenatoria como una corrección de un error de subsunción jurídica, las pretendidas consideraciones jurídicas sobre la aplicación del tipo penal evidencian una alteración de la declaración de hechos probados, revalorando pruebas personales que no se han practicado a su presencia y sustituyendo la preceptiva audiencia del acusado por la defensa técnica de su letrado. Además de dar por reproducidos los argumentos del voto particular de la sentencia impugnada, en apoyo de la plural lesión, defiende que se modifica indebidamente la declaración de hechos probados para aplicar la teoría del incremento del riesgo en su versión más radical en tres direcciones. A saber:

(i) Se revalora la existencia de una duda absolutoria por no haberse acreditado que una actuación correcta hubiera evitado el resultado de muerte, en tanto el Tribunal Supremo opone que lo que debió constatarse es que, a pesar del tratamiento médico correcto, no se hubiera salvado. Ese cambio supone apartarse de un resultado probatorio fruto de las testificales y periciales médicas, la probabilidad muy alta de fallecimiento aunque se actuara de forma correcta, dado el estado crítico o de extrema gravedad de la víctima, mientras que la posibilidad de disminución del riesgo era muy escasa o más bien de mínimos; dato que no se compadece con la decisión de atribuirle el resultado homicida. Con el añadido de que el hecho de que otras dos víctimas de la avalancha murieron a pesar de recibir una correcta atención médica, choca con el criterio manejado por la Sala de que se debe exonerar si se acredita que la conducta diligente no hubiera impedido el resultado de muerte.

(ii) Se revalora el hecho probado de quién o quiénes crearon el riesgo determinante del resultado de muerte cuando se sostiene que la actuación del recurrente es una de las causas múltiples determinantes del riesgo que confluyen a un mismo resultado, pues la conducta generadora del riesgo determinante de las muertes (avalancha) es imputable al resto de los acusados, no a él. Su grave negligencia consistió en no neutralizar ni disminuir el grave riesgo de muerte, pero no en incrementarlo.

(iii) Se revalora su conducta desde la perspectiva del grado de omisión cuando se viene a afirmar por el Tribunal Supremo que «no hizo nada», como se sigue de varias expresiones: «Sin embargo, quien no actúa y puede hacerlo» (pág. 104), «y nada hizo el acusado por reanimarla» (págs. 105 y 108), o «[p]ero si no se hace nada» (pág. 108), ya que los hechos probados recogen que realizó masaje cardíaco a doña Cristina Arce y le aplicó tres descargas con el desfibrilador.

b) Como segundo motivo se alega la vulneración de los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) por inversión de la carga de la prueba y correlativa infracción del principio *in dubio pro reo*.

El demandante subraya la posición reforzada del acusado conforme a la doctrina constitucional (SSTC 141/2006, de 8 de mayo; 575/2008, de 7 de octubre, y 116/2011 de 1 de febrero), que se manifiesta en un abanico de derechos de los que destaca el derecho a la presunción de inocencia, que obliga a que sea la acusación quien deba probar la participación en el delito del acusado, y el principio *in dubio pro reo*, que, a su entender, obliga al juez, en su dimensión normativa, a adoptar el sentido o alcance de la norma más beneficioso para el reo y, en su dimensión procesal, a absolver si no alcanza la certeza judicial de la participación en el hecho del acusado. Frente a ello, la argumentación de la sentencia condenatoria de que solo podrá exonerarse al médico omitente si se constata que el tratamiento debido no hubiera evitado el resultado, «retuerce la teoría de la imputación objetiva para considerar probada la relación de causalidad, hasta el punto de reprochar al reo no haber probado la ausencia de causalidad, invirtiendo la carga de la prueba».

Según el criterio del recurrente, en la sentencia de la audiencia «se considera probado que el resultado de muerte podría ser inevitable (aunque no se diga con estas palabras)». Sin embargo, la sentencia condenatoria sostiene que el acusado tendría que haber probado, fuera de toda duda razonable, que, aun habiendo actuado bien, la víctima habría fallecido (inevitabilidad), en lugar de que sea la acusación la que pruebe, en términos razonables, que, si el médico hubiera actuado bien, la víctima habría sobrevivido (evitabilidad), cuestión sobre la que existen dudas razonables y opera el principio *in dubio pro reo*. Además, añade, la inevitabilidad del resultado es imposible de probar conforme al criterio de la Sala de lo Penal de que la probabilidad rayana en la certeza no resulta de aplicación a los casos médicos, por ser la medicina una ciencia de medios no exacta y no de resultados, de modo que en ningún caso es posible absolver al médico que incurre en negligencia.

El demandante finaliza sus alegaciones reiterando las consideraciones del voto particular respecto a «la inexistencia de relación causalidad de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, ya se siga la teoría de la evitabilidad del resultado o la teoría del incremento del riesgo, dado que la extrema gravedad de la víctima a su llegada a la enfermería, los tiempos transcurridos desde la avalancha hasta la primera asistencia y consiguiente parada cardiorrespiratoria de origen traumático y extrahospitalario, no han acreditado desde una perspectiva *ex post* una posibilidad significativa de disminución del riesgo, sino, más al contrario, una posibilidad de mínimos».

La especial trascendencia constitucional de la demanda se cifra en la concurrencia de dos de los supuestos enunciados en el fundamento segundo de la STC 155/2009, de 25 de junio. De un lado, el designado con la letra e), es decir, por la existencia de resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros, que razona remitiéndose la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las garantías de la condena en segunda instancia. De otro lado, el supuesto g), referente al planteamiento de una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social, que identifica con la afectación del principio *in dubio pro reo* y, por ende, de la presunción de inocencia que genera la interpretación extremista de la teoría del incremento del riesgo sostenida en la sentencia impugnada, que valora como un precedente peligroso para la profesión médica.

4. La Sección Tercera de este tribunal, por providencia de 18 de junio de 2019, acordó admitir a trámite la demanda de amparo, tras apreciar que ofrece especial trascendencia constitucional [art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)], porque la doctrina de este tribunal sobre el derecho fundamental que se alega podría estar siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria o pudieran existir resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2 e)].

En aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, también se acordó dirigir atenta comunicación a los órganos judiciales a fin de que en plazo que no exceda de diez días

remitieran testimonio de las actuaciones, debiendo emplazar previamente la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción del recurrente, para que pudieran comparecer en el plazo de diez días en el proceso de amparo.

5. La Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este tribunal, por diligencia de 18 de septiembre de 2019, tuvo por personados a los procuradores doña María Soledad Castañeda González, en nombre y representación de los familiares de doña Cristina Arce (don José Arce San José, doña Isabel de la Fuente Morales y doña Verónica Arce de la Fuente); doña Adela Cano Lantero, en nombre y representación del responsable civil directo Zurich Insurance, P.L.C.; don Ignacio Melchor Oruña, en nombre y representación del responsable civil subsidiario Seguriber, S.L.U.; don Alejandro González Salinas, en nombre y representación de los familiares de otra víctima mortal (don Nicolás Langdon Ruiz y doña Yolanda del Real Puyuelo), y doña Patricia Martín López, en nombre y representación del condenado don Miguel Angel Flórez Gómez. Igualmente acordó dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal para que pudieran presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, por plazo común de veinte días, de conformidad con el art. 52.1 LOTC.

Acordó, asimismo, conceder a los procuradores don Ignacio Melchor Oruña, don Alejandro González Salinas y doña Patricia Martín López el plazo de diez días para aportar escritura de poder o apoderamiento *apud acta* que acredite la representación que dicen ostentar, con el apercibimiento de que, de no efectuarlo, se les tendría por decaídos en su derecho.

6. La representación procesal de los familiares de doña Cristina Arce formuló sus alegaciones mediante escrito registrado en este tribunal el 17 de octubre de 2019, en el que solicita la desestimación de la demanda de amparo.

Con carácter preliminar, no obstante, señala como óbice de admisibilidad la falta de una justificación suficiente de la especial trascendencia constitucional, ya que considera que los apartados e) y g) esgrimidos no concurren, pues no se indica en la demanda sobre qué derecho fundamental existen resoluciones contradictorias ni cuáles son esas resoluciones, sin que pueda estimarse que el derecho es el principio *in dubio pro reo* en tanto que no se plantea una duda en la valoración de la prueba que permita su invocación.

Como alegaciones sobre el fondo del asunto y respecto al primer motivo, opone, frente al derecho a la segunda instancia penal, el derecho a los recursos reconocido a las víctimas de los delitos y el dato de que el recurso de casación se estimó por infracción de ley, sin que se aprecie lesión de las garantías del proceso debido, que se han observado, ni indefensión, ya que no existe la alteración de la base fáctica de la sentencia de instancia que se aduce en la demanda. Por el contrario, advierte que sí se aprecia ese cambio en el voto particular y en las alegaciones del demandante, donde se revalora la prueba testifical y pericial. Tampoco tiene sostén, a juicio de la parte, el segundo motivo, que afirma la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y la correlativa del principio *in dubio pro reo* con el argumento de que en la sentencia absolutoria «se considera hecho probado que el resultado de muerte podría ser inevitable (aunque no se diga con estas palabras)», inciso final que precisamente revela que ese dato no se contiene en la sentencia de instancia y supone una alteración de los hechos probados. A la postre, termina diciendo, el recurso se limita a mostrar la discrepancia con el criterio de imputación objetiva manejado en la sentencia de casación.

7. El recurrente, en escrito registrado el 23 de octubre de 2019, se ratificó en todas las alegaciones contenidas en su demanda.

8. El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 30 de octubre de 2019, interesó que se denegara el amparo solicitado en todos sus términos, tras una amplia exposición de

los antecedentes y las alegaciones del recurrente y rechazar los dos motivos de la demanda.

a) Aborda el primer motivo con la exposición de la doctrina constitucional sobre las garantías procedimentales exigibles para la condena agravatoria en segunda instancia recogida en la STC 78/2019, de 3 de junio, FJ 6, con base en la STC 146/2017. A la luz de tal doctrina, fija como cuestión determinante si ha habido realmente alteraciones fácticas de los hechos declarados probados en la sentencia de primera instancia, lo que niega en los tres aspectos subrayados en la demanda.

(i) En lo que respecta a la primera denuncia, apunta que la afirmación de la sentencia de casación de que lo que debe constatarse en un caso de imprudencia médica como el planteado para exonerar la responsabilidad del doctor actuante es que, pese a dispensarse el tratamiento médico de modo correcto, no se hubiera salvado la vida de la sometida a la asistencia, responde a la plasmación de un postulado en el marco de examen de una cuestión estrictamente jurídica, vinculada a la posición jurisprudencial que opta por una de las construcciones dogmáticas sobre la controvertida cuestión del criterio de imputación objetiva aplicable en un tipo de casos, la del incremento del riesgo. Algo que, destaca el fiscal, más allá del acierto o no, pertenece al propio ámbito competencial del Tribunal Supremo como unificador de doctrina jurisprudencial y máximo intérprete –ex art. 123 CE– de la legalidad ordinaria, en este caso penal, y que se asienta en la existencia de un concurso causal múltiple y el aumento de las posibilidades de falta de recuperación de las lesiones sufridas que consta en el relato fáctico, que no se ve alterado como tampoco se ve revalorada prueba alguna.

(ii) En consonancia con lo anterior, el fiscal insiste en que no hay una afirmación novedosa en casación cuando se señala la actuación del recurrente como una las causas múltiples determinantes del riesgo que confluieron al resultado de muerte, porque los hechos declarados probados recogen que no prestó la asistencia médica precisa «aumentando así la posibilidad de que no pudieran recuperarse de las lesiones sufridas», lo que permite apreciar el nexo entre el obrar del agente y el resultado.

(iii) Por lo que atañe a la denuncia de alteración fáctica por emplearse referencias a la inacción del recurrente del tenor «[s]in embargo, quien no actúa y puede hacerlo» (pág. 104), «y nada hizo el acusado por reanimarla» (pág. 105), o «[p]ero si no se hace nada» (pág. 108), considera que «su aparente enfrentamiento con el hecho afirmado de realización por el recurrente de masaje cardiaco y tres descargas del desfibrilador no se sostiene más que si se descontextualizan y se contemplan de manera aislada». Pone de relieve que la falta de actuación no va referida a una total inacción, sino a una acción adecuada a todo lo que se podía hacer, dato probado y reiterado en la sentencia de instancia. En este contexto, «las afirmaciones reprochadas en la demanda se efectúan en el marco de reflexiones incididas por un componente intensamente omisivo –tanto desde la perspectiva cualitativa como cuantitativa– y realizadas con vocación de aplicación general a situaciones de negligencia médica profesional para los supuestos tanto de inacción total como de acción parcial deficiente –en alguna de sus expresiones más intensivas de tan nulo efecto reparador de la salud como la absoluta inacción– en la prestación sanitaria de un médico ante una urgencia vital sometida a su intervención que requiere de un máximo esfuerzo profesional».

b) Frente a la plural lesión que el recurrente atribuye al modo de entender la teoría de la imputación objetiva por el Tribunal Supremo para atribuirle el resultado, el Ministerio Fiscal reitera que ese tribunal actúa dentro de sus atribuciones como máximo intérprete de la legalidad ordinaria. Fija un criterio aplicativo del tipo penal con base en una de las opciones dogmáticas que se han barajado en la doctrina y la jurisprudencia para imputar al agente el resultado dañoso, singularmente, en supuestos de prestación sanitaria médica subsiguiente a una situación de urgencia vital ocasionada por un

acontecimiento lesivo previo; y lo hace, precisamente, en atención a las características de la ciencia médica.

El fiscal añade que los hechos probados fueron fijados conforme a la actividad probatoria de carácter personal, pericial y documental desplegada en sede de la propia Audiencia Provincial, sin que, en el aspecto concernido, el relato sufriera modificación sustancial ni revaloración alguna en el análisis habido en sede de casación, de modo que la razonabilidad que une la actividad probatoria y el relato fáctico no puede resultar ahora objeto de cuestionamiento. Aclara que la duda sobre la salvación de la vida de aplicarse una correcta actuación médica es irrelevante desde la perspectiva de la teoría del incremento del riesgo una vez que se acredita la contribución al resultado por el incremento del riesgo fruto de la omisión de la prestación médica sanitaria que se precisaba, aumento que está recogido en el relato de hechos probados como resultado de la prueba practicada.

9. Por providencia de la Sección Tercera de este tribunal de 25 de noviembre de 2019, se acordó no tener por personados a los procuradores don Ignacio Melchor Oruña, don Alejandro González Salinas y doña Patricia Martín López, al no haber procedido a la subsanación del defecto que se les puso de manifiesto de no acreditar la representación que dicen ostentar (arts. 49.4 y 50.4 LOTC).

10. Por providencia de 11 de febrero de 2021, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 15 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso de amparo y pretensiones de las partes.

Se impugna en el recurso de amparo la sentencia de 11 de diciembre de 2017, dictada por la Sala Penal del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 2019-2016, que revocó la sentencia absolutoria respecto al demandante de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de septiembre de 2016, dictada en el procedimiento abreviado núm. 970-2015, condenando al recurrente como autor de un delito de homicidio imprudente en la modalidad de imprudencia profesional (art. 142.1 y 3 CP). La impugnación se extiende a la providencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2018, por la que se inadmite el incidente excepcional de nulidad de actuaciones promovido por el demandante frente a la citada sentencia de la Sala Penal.

El demandante de amparo considera vulnerados (i) sus derechos a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en tanto la condena se asienta en una modificación implícita de los hechos probados fruto de una revaloración de la prueba personal sin las debidas garantías y sin haberle dado trámite de audiencia; y (ii) sus derechos a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en tanto la sentencia impugnada adopta una interpretación típica que supone una inversión de la carga de la prueba y la infracción del principio *in dubio pro reo*, cuyos requisitos tampoco se han probado.

El fiscal y la acusación particular interesan que se desestime la demanda de amparo, pues la condena no lesiona el derecho a un proceso con todas las garantías, ya que obedece a estrictas consideraciones jurídicas. No existe alteración alguna en el relato de hechos probados formulado en la instancia, sino una subsunción distinta fruto de una concepción dogmática diversa, que, por lo demás, no vulnera el derecho a la presunción de inocencia aducida. En sus alegaciones, la parte comparecida manifiesta, con carácter previo, que no concurre la especial trascendencia constitucional alegada y deficientemente justificada.

2. Óbice de admisibilidad.

Antes de entrar al fondo, debe resolverse la doble objeción a la admisión de la demanda planteada por la parte comparecida, que alega falta de una justificación suficiente de la especial trascendencia constitucional, que, además, no estima concurrente [arts. 49.1 y 50.1 b) LOTC]. Frente a tales aseveraciones, se aprecia un razonamiento específico en el apartado III del recurso que apela a dos de los supuestos de especial trascendencia constitucional enunciados sin ánimo agotador en el fundamento jurídico 2 de la STC 155/2009, de 25 de junio. De una parte, al enunciado con la letra e), identificando como doctrina constitucional sobre la que existen resoluciones contradictorias, la relativa a las garantías procesales de la reforma peyorativa en segunda instancia y como tales resoluciones conflictivas las del propio Tribunal Supremo. De otra, al supuesto g), con el argumento de que se plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social, por cuanto la interpretación defendida por el Tribunal Supremo en la sentencia impugnada es un precedente que se proyecta a la profesión médica. A tenor de tal desarrollo, no puede compartirse el óbice en lo que atañe a la justificación insuficiente de la especial trascendencia constitucional, ya que se identifican dos de las causas de relevancia constitucional expuestas en la STC 155/2009 y se razona sobre su concurrencia. Se aprecia un esfuerzo argumental de la parte recurrente destinado a cumplir la carga impuesta en el art. 49.1 LOTC, al haberse disociado suficientemente en la demanda de amparo los argumentos destinados a probar la existencia de las lesiones de los derechos fundamentales de aquellos otros encaminados a justificar la especial trascendencia constitucional del recurso en términos que coinciden con los criterios establecidos en la jurisprudencia constitucional (SSTC 89/2016, de 9 de mayo, FJ 2, y 172/2016, de 17 de octubre, FJ 2).

Por lo que se refiere a la apreciación de especial trascendencia constitucional, cuya concurrencia también cuestiona la parte, es doctrina reiterada que «es a este tribunal a quien corresponde apreciar si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional, que encuentra su momento procesal idóneo en el trámite de admisión contemplado en el art. 50.1 LOTC» [últimamente, entre otras, SSTC 46/2019, de 8 de abril, FJ 3 c); 54/2019, de 6 de mayo, FJ 3 c); 3/2020, de 15 de enero, FJ 4, y 143/2020, de 19 de octubre, FJ 2]. En la providencia de admisión a trámite consta que hemos considerado que el presente recurso tiene especial trascendencia constitucional, porque la doctrina de este tribunal sobre el derecho fundamental que se alega podría estar siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria o pudieran existir resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2 e)]. En concreto, y desde la perspectiva del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y las exigencias para poder condenar o agravar la pena en vía de recurso, la dificultad de su traslación al ámbito de la casación, donde no se prevé ni se ha admitido la celebración de vista con audiencia del acusado, ha provocado que hayamos tenido que pronunciarnos en diversas ocasiones sobre resoluciones peyorativas del Tribunal Supremo en las que se aplicaba la doctrina referida con desigual tino. En particular, en supuestos en los que, sin modificar formalmente los hechos probados, sin embargo, no siempre se está decidiendo sobre cuestiones estrictamente jurídicas, lo que es conforme con las exigencias del art. 24.2 CE, sino fácticas, incumpliendo las exigencias constitucionales. Como muestra de esa aplicación contradictoria de la doctrina constitucional cabe traer, entre otras, las SSTC 172/2016, de 17 de octubre; 146/2017, de 14 de diciembre, o 36 y 37/2018, ambas de 23 de abril. O más recientemente, las SSTC 1/2020, de 14 de enero, o 35/2020, de 25 de febrero, donde hemos apreciado como razón de especial trascendencia constitucional que su doctrina podría estar siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria o pudieran existir resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2 e)].

3. *Doctrina constitucional sobre las garantías procedimentales de la condena o agravación en segunda instancia.*

El primer motivo del recurso denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), si bien en el desarrollo del motivo se aprecia que la queja se circunscribe al primero de los derechos. Así, tras exponerse la doctrina constitucional sobre las garantías procesales que el art. 24.2 CE exige a los órganos judiciales para revisar una sentencia penal absolutoria o agravar una condenatoria, se concluye que el Tribunal Supremo altera la literalidad de los hechos probados en tanto se añaden unos (el acusado «no hizo nada») y se prescinde de otros (las periciales que acreditan el estado crítico o de extrema gravedad de la víctima y las escasísimas posibilidades de recuperación), de modo que las consideraciones jurídicas determinantes de la condena (versión extrema de la teoría del incremento del riesgo) no son respetuosas con aquellos hechos probados ni congruentes con el resultado de la prueba, que se revalora sin inmediatez.

Este tribunal cuenta con una consolidada jurisprudencia sobre las exigencias que debe reunir una condena penal o agravación en segunda o ulteriores instancias para respetar el derecho a un proceso con todas las garantías. En la reciente STC 35/2020, de 25 de febrero, FJ 2, el Pleno de este tribunal recuerda haberla resumido en las SSTC 88/2013, de 11 de abril, FFJJ 7 a 9; 146/2017, de 14 de diciembre, FFJJ 6 y 7, y 1/2020, de 14 de enero, FJ 4. En todas ellas se pone de relieve que la cuestión ha sido objeto de un detenido y extenso análisis en numerosas resoluciones –inspiradas en los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos– que arrancan de la STC 167/2002, de 18 de diciembre, FFJJ 9 a 11. Entonces, este tribunal en pleno declaró que el respeto a los principios de publicidad, inmediatez y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción. Esta doctrina fue complementada con la STC 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 3, en la que señalamos que también en estos casos se debe igualmente atender a la exigencia de la audiencia personal del acusado como garantía específica vinculada al derecho de defensa (art. 24.2 CE).

Desde tales hitos, se ha afianzado una doctrina constitucional que, en síntesis, fija los siguientes márgenes de revisión: (i) Vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en la que se desarrolle la necesaria actividad probatoria con las garantías de publicidad, inmediatez y contradicción que le son propias y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal. (ii) No cabe efectuar este reproche constitucional cuando la condena o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una controversia estrictamente jurídica entre los órganos judiciales de primera y segunda instancia en la que no estén implicadas las garantías de publicidad, inmediatez y contradicción y para cuya resolución no resulte necesario oír al acusado. Ninguna incidencia podría tener la audiencia en la decisión que pudiera adoptarse y la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado.

Estos criterios han tenido una particular proyección en supuestos en los que la controversia o discrepancia se produce en relación con la concurrencia de un concreto elemento típico, el elemento subjetivo necesario para establecer o agravar la responsabilidad penal. Al respecto, hemos subrayado que el enjuiciamiento sobre dicha presencia deberá venir presidido por la previa audiencia al acusado, ya que forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos

judiciales (ya en STC 88/2013, FJ 8, con cita de la STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4). Este criterio, reiterado, entre otras, en las SSTC 157/2013, de 23 de septiembre, FJ 7; 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 5; 125/2017, de 13 de noviembre, FJ 6; 146/2017, de 14 de diciembre, FJ 7; 59/2018, de 4 de junio, FJ 3, 73/2019, de 20 de mayo, FJ 2; 149/2019, de 25 de noviembre, FJ 2; 1/2020, de 14 de enero, FJ 4, o 35/2020, de 25 de febrero, FJ 2, traduce la consideración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que, con carácter general, la revisión de los elementos subjetivos del delito es también una cuestión de hecho y no una estricta cuestión de calificación jurídica y, por ello, precisa, cuando menos, la audiencia del acusado (SSTEDH de 10 de marzo de 2009, caso *Igual Coll c. España*; 22 de noviembre de 2011, caso *Lacadena Calero c. España*; 13 de diciembre de 2011, caso *Valbuena Redondo c. España*; 20 de marzo de 2012, caso *Serrano Contreras c. España*; 27 de noviembre de 2012, caso *Vilanova Goterris y Llop García c. España*; 8 de octubre de 2013, caso *Nieto Macero c. España*; 8 de octubre de 2013, caso *Román Zurdo c. España*; 12 de noviembre de 2013, caso *Sainz Casla c. España*; 8 de marzo de 2016, caso *Porcel Terribas y otros c. España*; 29 de marzo de 2016, caso *Gómez Olmeda c. España*; 13 de junio de 2017, caso *Atutxa Mendiola y otros c. España*; 13 de marzo de 2018, caso *Vilches Coronado y otros c. España*, o 24 de septiembre de 2019, caso *Camacho Camacho c. España*). No obstante, debe distinguirse el enjuiciamiento relativo a la concurrencia del hecho subjetivo de la estricta calificación jurídica que deba asignarse a ese hecho una vez acreditada su existencia. No cabe objeción constitucional a la condena o la agravación en vía de recurso, a pesar de no haberse celebrado vista pública, en tanto traiga causa de erróneas consideraciones jurídicas sobre su necesaria concurrencia, es decir, si se trata de la corrección de errores de subsunción jurídica a partir de los elementos fácticos reflejados en la resolución impugnada (SSTC 125/2017, FJ 6, 35/2020, FJ 2). En tal caso, el debate desarrollado en la jurisdicción revisora no atañe a cuestiones de hecho y de Derecho, donde sería precisa la celebración de audiencia pública con participación del acusado, sino a aspectos puramente jurídicos, objeto de la contradicción imprescindible para el derecho de defensa a través de la intervención de su abogado (SSTEDH de 22 de octubre de 2013, caso *Naranjo Acevedo c. España*, § 17 a 19, y de 23 de febrero de 2016, caso *Pérez Martínez c. España*, § 37, 39 y 40).

4. *Aplicación de la doctrina al caso: distinta comprensión de un elemento típico y ausencia de modificación de los hechos o de revaloración de la prueba.*

La proyección de los criterios expuestos al asunto que nos ocupa conduce a negar la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) aducida, ya que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha revocado la absolución y condena con base en consideraciones puramente jurídicas tras un examen respetuoso de sus exigencias.

a) *Distinta comprensión de un elemento típico.* Se debate en casación sobre el criterio de imputación objetiva del resultado a una omisión imprudente que conduce a responder por ese resultado en comisión por omisión u omisión impropia. En esa discusión, la sentencia de la Audiencia Provincial, la del Tribunal Supremo y el voto particular manejan las principales teorías propuestas, la teoría de la evitabilidad y la teoría del incremento/disminución del riesgo, que, además, siguen en versiones diversas. Sin descender a los matices con que pueden formularse esas posturas básicas, resulta claro que la teoría de la evitabilidad, por la que se inclina el tribunal *a quo*, para imputar el resultado exige que se acredite *ex post* que la conducta debida *ex ante* habría logrado evitar el resultado con una posibilidad rayana en la certeza o, en versiones menos rigurosas, con una elevada probabilidad. En cambio, la teoría del incremento del riesgo que defiende el Tribunal Supremo, que suele enunciarse como teoría de la disminución del riesgo en el ámbito de la omisión, imputa el resultado si se constata *ex post* que la conducta que resultaba diligente al tiempo de actuarse habría disminuido el riesgo de acaecimiento del resultado, admitiendo a su vez diversos grados de disminución del

peligro –del mínimo al sustancial– como umbral para atribuir el resultado a la omisión y condenar por el delito de resultado de que se trate.

Se entiende así que, ante unos mismos hechos y, en particular, ante un determinado nivel de incertidumbre sobre la producción o evitación del resultado con la conducta correcta, la opción por una u otra posición dote de significado típico o no a la conducta omisiva de un garante. Ciertamente podrá preferirse una concepción u otra, podrá discutirse sobre su corrección dogmática y político-criminal e, incluso, sobre su respeto al derecho a la presunción de inocencia o su compatibilidad con las previsiones legales desde la perspectiva del derecho a la legalidad penal. Pero, en lo que cumple al análisis de este motivo, lo determinante es que se trata de una cuestión estrictamente jurídica, en la que los elementos fácticos objetivos y subjetivos fijados en la sentencia de primera instancia, fruto de una práctica válida de la prueba y sobre los que ha podido pronunciarse el acusado, se subsumen o no en el tipo correspondiente en función del entendimiento de ese tipo.

Como se expuso en los antecedentes, la Sala Segunda del Tribunal Supremo parte de la posición de garante del demandante como médico que atendió a la joven herida en la avalancha, de la grosera omisión de la diligencia debida por no realizarse las maniobras más elementales de reanimación, del incremento del riesgo para la vida de la joven y de su muerte. Todos ellos, datos fácticos y valoraciones que constan en la sentencia de primera instancia y se ajustan a las pericias practicadas y al resultado probatorio acogido por la Audiencia Provincial, como reconoce el voto particular. La diferente calificación jurídica de los hechos se explica porque el Tribunal Supremo sostiene que esos datos son suficientes para imputar el resultado de muerte a la negligente conducta omisiva del médico. El aumento de las posibilidades de que la joven herida no pudiera recuperarse de las lesiones sufridas que desencadenó su actuación, afirmado textualmente por el tribunal *a quo*, supone un incremento del riesgo de muerte, que, en la opción interpretativa del órgano de casación, es el criterio determinante de la imputación del resultado, sin que sea exigible la práctica certeza sobre la eficacia salvadora de la conducta debida y omitida por el médico que, por el contrario, demandaba la sentencia absolutoria revocada.

Con base en los elementos de hecho declarados probados por la Audiencia Provincial, la sentencia impugnada se limita a modificar su calificación jurídica, supuesto de revisión peyorativa en vía de recurso que, conforme a la doctrina más arriba expuesta, no precisa la celebración de vista pública con audiencia al acusado y, en su caso, práctica de prueba para resultar conforme con las exigencias del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Se maneja una tesis distinta sobre un elemento objetivo, la imputación del resultado a la omisión. Como ocurría en los supuestos de distinta concepción sobre el elemento subjetivo del tipo más arriba referidos, el cambio de calificación jurídica obedece exclusivamente a la interpretación de los requisitos del delito y no a una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas o una revisión de las inferencias a partir de los mismos.

b) *Ausencia de modificación de los hechos o de revaloración de la prueba.* Aduce el recurrente que, a pesar de mantenerse formalmente el *factum*, se altera en tanto (i) se obvia la «duda absolutoria» fruto de no haberse acreditado que una actuación correcta hubiera evitado el resultado, (ii) se revalora el hecho de quién creó el riesgo, que solo es imputable a las conductas generadoras de la avalancha, y (iii) se afirma que «no hizo nada», a pesar de que consta que practicó masaje cardíaco y tres descargas con el desfibrilador. Sin embargo, ninguno de los tres extremos señalados constituyen tal modificación prohibida, sino una crítica a la aplicación de la versión de la teoría del incremento del riesgo manejada por el órgano judicial, esto es, una discrepancia sobre cuestiones jurídicas y no fácticas.

(i) La primera objeción no plantea realmente que se haya producido una modificación de los hechos. En ningún momento ha negado el Tribunal Supremo que falte la certeza de que la actuación debida hubiera impedido el resultado, de modo que

tampoco ha revisado la prueba en que se apoya tal conclusión. Lo que ha negado es que ese dato determine una duda absoluta en tanto que, conforme al criterio del incremento del riesgo, como criterio elegido de imputación del resultado, esa incertidumbre no es relevante, lo relevante es que efectivamente hubiera un incremento del peligro (o una no disminución). Se trata de un hecho probado en la resolución casada («aumentando así la posibilidad de que no pudieran recuperarse de las lesiones sufridas») que ahora se valora como suficiente para condenar. En el mismo sentido, tampoco existe una desatención a las mínimas posibilidades de supervivencia apuntadas por las periciales practicadas, que no se revaloran, en tanto que para el Tribunal Supremo lo relevante es la existencia de una posibilidad de aminoración del riesgo de muerte, por mínima que fuera, sin exigir una posibilidad sustancial de disminución del riesgo.

(ii) La segunda objeción del demandante olvida que su responsabilidad penal no deriva del riesgo desencadenado por la conducta de otros acusados, determinante de la avalancha, sino del incremento del riesgo de desenlace fatal fruto de la omisión de la conducta debida a que estaba obligado en su condición de garante. La resolución impugnada no revaloriza el origen del riesgo inicial desencadenado por la avalancha, que ni se cuestiona ni se le atribuye en absoluto, sino que califica el peligro de su conducta omisiva, incremento del riesgo frente al permitido que, como hemos repetido, se afirma ya en la sentencia de primera instancia.

(iii) Por último, alega una genuina alteración fáctica en relación con la descripción de su conducta en diversas expresiones de la sentencia impugnada como un «no hacer nada», cuya oposición al hecho probado de que practicó maniobras de reanimación es, a lo sumo, aparente y viene desmentida por su contextualización, como ha manifestado el fiscal en sus alegaciones. Las frases de la sentencia impugnada «[s]in embargo, quien no actúa y puede hacerlo» (página 104) o «[p]ero si no se hace nada» (página 108) se formulan con vocación general al exponerse la posición dogmática adoptada por el Tribunal Supremo y no como descripción de la conducta del acusado. Además, esas expresiones generales se conectan en las páginas citadas, al igual que la locución «nada hizo el acusado por reanimarla» en las páginas 105 y 108, con la valoración de su conducta como omisiva de la prestación sanitaria adecuada, refiriéndose esa «nada» a la no realización del comportamiento debido, hecho fijado tanto en el relato de hechos probados como en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, que califica la actuación del médico como «claramente negligente». El Tribunal Supremo no pone en duda que el demandante hiciera un masaje cardíaco a la víctima y aplicara tres descargas con el desfibrilador, sino que acoge la valoración en la sentencia de primera instancia de esa exigua atención como gravemente imprudente.

En suma, a diferencia de otros asuntos, los aspectos analizados por el Tribunal Supremo para pronunciarse sobre la culpabilidad del demandante no atañen a cuestiones de hecho y de Derecho entrelazadas, sino puramente jurídicas, relativas al criterio para afirmar la existencia del nexo objetivo típicamente exigible entre el resultado desvalorado y la conducta del agente. Se parte del mismo sustrato fáctico, como el propio voto particular admite, pero se opta por una interpretación del delito de homicidio imprudente en comisión por omisión (art. 142 CP en relación con el art. 11 CP), del concreto elemento objetivo del tipo de la imputación objetiva, que torna la atipicidad en tipicidad y, por ello, la absolución en condena. Las tres alteraciones fácticas que, según criterio del demandante, desmentirían la conclusión anterior, no son tales, sino una crítica a la concepción del elemento típico de la imputación objetiva acogida por el Tribunal Supremo. En la medida en que se trata de una nueva definición jurídica del delito enjuiciado y, por ello, de un estricto cambio de calificación jurídica a partir de los hechos probados y de la valoración realizada por la audiencia de la conducta del médico como gravemente imprudente, no era precisa la celebración de una vista pública con reproducción de pruebas personales y audiencia del acusado, siendo bastante que su letrado tuviera oportunidad de presentar por escrito los argumentos que estimó oportunos en su defensa, habiendo incluso informado al respecto en la vista celebrada

en casación (SSTC 35/2020, FJ 3, y SSTEDH de 16 de diciembre de 2008, caso *Bazo González c. España*, § 36; de 22 de octubre de 2013, caso *Naranjo Acevedo c. España*, § 17-19, y de 23 de febrero de 2016, caso *Pérez Martínez c. España*, § 37, 39 y 40).

El motivo debe decaer, pues no se ha vulnerado el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

5. *Presunción de inocencia, in dubio pro reo e interpretación penal.*

En el segundo motivo, se alega la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías en general, del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la tutela judicial sin indefensión. En su desarrollo, no obstante, se pone en duda, con carácter principal, la compatibilidad con las exigencias del derecho a la presunción de inocencia de la interpretación manejada en la sentencia del Tribunal Supremo sobre los requisitos para imputar objetivamente el resultado de muerte a la omisión de la conducta médica debida, a la que se atribuye una inversión de la carga de la prueba y la vulneración del principio *in dubio pro reo*. A esa crítica absoluta se suma (ya en los parámetros de la concepción criticada), que la prueba que se exige al acusado para ser absuelto –que el resultado se hubiera producido aun desplegando la conducta debida– precisa una certeza imposible de acreditar conforme a lo defendido por el propio Tribunal Supremo sobre la incertidumbre en el ámbito médico. También se reprocha que no se ha acreditado *ex post* la posibilidad de una disminución relevante del riesgo por la acción médica diligente.

El Pleno del tribunal recordó en la STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 3, que la «doctrina de este tribunal ha reconocido que el derecho a la presunción de inocencia es "uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal" (por todas, SSTC 138/1992, de 13 de octubre, y 133/1995, de 25 de septiembre) y es consciente de la importancia garantista del derecho a la presunción de inocencia, al que considera quizás "la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada" (SSTC 141/2006, de 8 de mayo, FJ 3, y 201/2012, de 12 de noviembre, FJ 4). Como regla de tratamiento, la presunción de inocencia impide tener por culpable a quien no ha sido así declarado tras un previo juicio justo (por todas, STC 153/2009, de 25 de junio, FJ 5) y, como regla de juicio en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, se configura como derecho del acusado a no sufrir una condena, a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable (entre muchas, últimamente, STC 78/2013, de 8 de abril, FJ 2). El art. 24.2 CE significa que se presume que los ciudadanos no son autores de hechos o conductas tipificadas como delito y que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos del tipo delictivo, corresponden a quienes, en el correspondiente proceso penal, asumen la condición de parte acusadora (STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 3). Como regla presuntiva supone que "el acusado llega al juicio como inocente y solo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones" (SSTC 124/2001, de 4 de junio, FJ 9, y 145/2005, FJ 5). La presunción de inocencia es, por tanto, una presunción *iuris tantum* de ausencia de culpabilidad "que determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria" (STC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 2)».

Destacábamos, asimismo, que la eficacia garantista de la presunción de inocencia se despliega ante el juez y frente al legislador, en tanto que el derecho a ser presumido inocente es un derecho subjetivo público con una «obvia proyección como límite de potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes» (STC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1). En concreto, «el tribunal ha incluido en la configuración constitucional de este derecho la interdicción de las presunciones de los elementos constitutivos del delito (SSTC 111/1999, de 14 de junio, FJ 3; 87/2001, de 2 de abril, FJ 9; 267/2005, de 24 de octubre, FJ 4, y 92/2006, de 27 de marzo, FJ 2). Con independencia de la modalidad delictiva de que se trate, no es

tolerable que alguno de los elementos típicos se presuma en contra del acusado, sea con una presunción *iuris tantum*, que supone una traslación o inversión de la carga de la prueba irreconciliable con el art. 24.2 CE (ya en STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 3), sea con una presunción *iuris et de iure*, ilícita en el ámbito penal desde la perspectiva constitucional, por cuanto prohíbe la prueba en contrario de lo presumido, con los efectos vulneradores de la presunción de inocencia de descargar de la prueba a quien acusa y de impedir probar la tesis opuesta a quien se defiende» (STC 185/2014, FJ 3).

De otro lado, desde la STC 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2, hemos distinguido entre el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, situando a este último en el momento de la valoración o apreciación probatoria, de modo que «solo entra en juego cuando existe una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal, aunque se haya practicado una prueba válida» (STC 16/2000, de 31 de enero, FJ 4). Y mantiene que, «con la perspectiva constitucional, el principio *in dubio pro reo*, "en tanto que perteneciente al convencimiento íntimo o subjetivo del órgano judicial", ni está dotado de la protección del recurso de amparo, "ni puede en modo alguno ser objeto de valoración por este tribunal cuando el órgano judicial no ha albergado duda alguna acerca del carácter incriminatorio de las pruebas practicadas"» (así últimamente, STC 147/2009, de 15 de junio, FJ 2, con cita de las SSTC 63/1993, de 1 de marzo, FJ 4; 103/1995, de 3 de julio, FJ 4; 16/2000, de 16 de enero, FJ 4; 209/2003, de 1 de diciembre, FJ 5; 61/2005, de 14 de marzo, FJ 4, y 137/2005, de 23 de mayo, FJ 3).

No obstante, conforme a nuestra doctrina, la regla de juicio que impone el derecho a la presunción de inocencia es muy clara: «se configura como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable» (entre muchas, las ya citadas SSTC 78/2013, FJ 2, y 185/2014, FJ 3). Exige, como presupuesto de una condena penal conforme con el art. 24.2 CE, la certeza sobre la culpabilidad del imputado, entendida como ausencia de duda razonable respecto a la concurrencia de todos aquellos extremos relevantes para la condena. En tal medida, la razonabilidad de las conclusiones del juzgador sobre el resultado de los medios de prueba, justificadas a través de la debida motivación, y su suficiencia para condenar son exigencias entrelazadas del derecho a la presunción de inocencia (SSTC 268/2000, de 27 de noviembre, FJ 9, y 78/2013, FJ 2). La existencia de una duda razonable en términos objetivos (o mejor, intersubjetivos) implica una valoración probatoria deficiente y la ausencia de prueba de cargo suficiente y, en definitiva, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Así ocurrirá, como hemos repetido, si se presentan por el acusado hipótesis fácticas alternativas razonables frente a la hipótesis acusatoria (SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3; 155/2002, de 22 de julio, FJ 7; 145/2005, de 6 de junio, FJ 5, y 12/2011, de 28 de febrero, FJ 10). Sin que, por lo demás, pueda haber diferencia cualitativa desde la perspectiva del art. 24.2 CE entre una absolución resultante de una constatación incontestable de la inocencia del acusado y una absolución fundamentada en la ausencia de pruebas suficientes para enervar la presunción de inocencia –por existir una duda razonable– (SSTC 8/2017, de 19 de enero, FFJJ 7 y 8; 10/2017, de 30 de enero, FJ 4; 85/2019, de 19 de junio, FJ 10, y STEDH de 16 de febrero de 2016 asunto *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*, § 40).

Sin embargo, no puede vincularse al derecho a la presunción de inocencia un principio *favor rei* en la interpretación de las normas penales, de forma que hayan de dirimirse las posibles comprensiones de los preceptos o solventarse las dudas de subsunción con un criterio *pro reo*. Las opciones interpretativas deben decantarse con el instrumental hermenéutico al uso, siempre, por supuesto, con respeto a las exigencias de razonabilidad gramatical, metodológica y axiológica que impone el derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE (STC 137/1997, FJ 7; seguida, entre muchas, por SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4; 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4; 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8; 196/2013, de 2 de diciembre, FJ 5; 146/2017, de 14 de

diciembre, FJ 4, o 1/2020, de 14 de enero, FJ 8). Nuestra doctrina parte de que «toda norma penal admite diversas interpretaciones, como consecuencia natural, entre otros factores, de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3), y de que la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE, sin que pueda este tribunal sustituirlos en dichas tareas, ni determinar cuál de entre todas las interpretaciones posibles de la norma es la más correcta, ni qué política criminal concreta debe orientar esa selección (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3)» (SSTC 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 163/2004, de 4 de octubre, FJ 7; 151/2005, de 6 de junio, FJ 9, y 34/2009, de 9 de febrero, FJ 6). Es ajena al contenido de nuestra jurisdicción la interpretación última del contenido de los tipos penales y el control de la corrección del proceso de subsunción (por todas, STC 137/1997, FJ 7). Por tanto, el examen que nos corresponde atañe a la razonabilidad de la comprensión de la norma penal y de la subsunción de los hechos probados en ella, y se limita al control de que se respeta el tenor literal de la norma, no se incurre en quiebras lógicas y resulta acorde con modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica y es conforme con las pautas valorativas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 129/2008, 27 de octubre, FJ 3; 34/2009, de 9 de febrero, FJ 6; 91/2009, de 20 de abril, FJ 6; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8, y 196/2013, de 2 de diciembre, FJ 5).

6. *Criterio de imputación objetiva del resultado conforme con el derecho a la presunción de inocencia.*

El argumento central y reiterado del demandante en apoyo del reproche de inversión de la carga de la prueba y vulneración del principio *in dubio pro reo* es que la opción interpretativa manejada por el Tribunal Supremo conduce a que la defensa deba probar que la conducta correcta hubiera producido el mismo resultado para ser absuelto, y no a que la acusación pruebe que la conducta debida lo hubiera evitado, para condenar. En tales términos, se trata de la objeción clásica a la variante de la tesis de la evitabilidad sostenida por el *Reichsgericht* en el conocido caso de la dogmática penal llamado «los pelos de cabra», en tanto que el tribunal alemán partía de que la conducta imprudente es «causal» respecto al resultado, salvo que se pruebe que la actuación ajustada a Derecho lo hubiera desencadenado igualmente. No puede olvidarse, sin embargo, que el Tribunal Supremo expresamente advierte que no maneja en la resolución impugnada una teoría de la evitabilidad, sino que opta por la teoría del incremento del riesgo como modelo de imputación del resultado en los casos de imprudencias médicas.

Como ya hemos explicado más arriba, con ambas propuestas se busca ofrecer criterios para determinar la relación normativamente adecuada entre conducta imprudente y resultado que permite atribuir este a la actuación del sujeto, singularmente cuando no resulta claro que el comportamiento diligente hubiera podido evitar el resultado. Y en tanto no se fije la opción interpretativa, no puede hablarse de una inversión de la carga de la prueba o de la lesión del principio *in dubio pro reo*. La teoría de la evitabilidad exige como elemento típico para imputar un resultado que se acredite que la conducta correcta hubiera impedido el resultado con práctica certeza o de forma muy probable. Esto es, opera con criterios de causalidad hipotética, de modo que es relevante con carácter principal la posible eficacia de la conducta diligente. Sin embargo, la teoría del aumento del riesgo, desde la premisa de que el sistema penal pretende evitar acciones que supongan un mayor riesgo para el bien jurídico que el permitido por el legislador, no atiende de principio a esa hipotética conducta correcta, sino que se fija en si la conducta imprudente ha incrementado el riesgo por encima del permitido, lo que, en el caso de la omisión, supone que ha disminuido las posibilidades de salvación respecto a las que incorpora la acción debida. El Tribunal Supremo justifica su

preferencia por la teoría del aumento del riesgo con argumentos relativos al deber de tutela de los bienes jurídicos y de eficacia preventiva de las norma penales. Atiende, en concreto y en línea con pronunciamientos del Tribunal Supremo Federal alemán, a las peculiaridades que la actividad médica presenta, donde raramente puede acreditarse la posibilidad segura de salvación con la conducta correcta, con el negativo efecto preventivo de tal criterio de imputación, que conduce a la impunidad de las omisiones de la prestación médica debida, dada esa duda sobre la eficacia salvadora de la acción conforme a la *lex artis* médica.

En tal medida, cuando el recurrente reprocha a la tesis del aumento del riesgo que opera con una inversión de la carga de la prueba y que vulnera el principio *in dubio pro reo*, ya que, ante la duda sobre la eficacia salvadora de la acción diligente, se imputa el resultado a la omisión imprudente y se castiga por el delito de resultado, parte implícitamente de un modelo de imputación distinto, anclado en la idea de evitabilidad y que exige como elemento típico que, con práctica seguridad o alta probabilidad, el comportamiento correcto hubiera evitado el resultado. Pero la teoría del incremento del riesgo no confiere relevancia a efectos de responder por el resultado a la mera posibilidad de que la acción correcta tampoco hubiera impedido el resultado, solo a que no exista el aumento del peligro –genuino elemento típico que debe probar la acusación–, pues, en tal caso, no hay un riesgo por encima del permitido que desincentivar. Así sucede, y aquí es cuando indirectamente converge con la teoría de la evitabilidad respecto a la atención al curso alternativo correcto, cuando la conducta debida, con certeza, hubiera tenido el mismo resultado dañoso, dado que no existe un incremento (o no disminución) del riesgo que los bienes jurídicos deben soportar con carácter permitido. Y así lo pone de relieve la sentencia impugnada, que advierte que «si se acredita que el resultado no se hubiera evitado, de realizar la conducta obligada, se entiende lógicamente que la omisión no ha generado o incrementado riesgo alguno», corolario que hay que poner en conexión con su concepción de la imputación objetiva y la necesidad de que exista un aumento del peligro acreditado.

A la vista de las consideraciones anteriores, no puede estimarse la queja de vulneración del derecho a la presunción de inocencia imputable a la teoría de la imputación objetiva por la que opta la Sala Segunda. La denuncia se apoya en la atribución de una exigencia típica propia de otros modelos de imputación, señaladamente, la posibilidad de evitar el resultado con la conducta ajustada a derecho con alta o segura probabilidad, pero no demandada por la teoría del incremento del riesgo, que requiere la prueba de ese incremento y, en buena lógica, no solo no presupone la concurrencia de dicha segura evitabilidad, sino que ni siquiera se pregunta por ella.

7. Prueba de cargo suficiente de la conexión entre omisión y resultado.

Descartada la incompatibilidad de la teoría del incremento del riesgo con el derecho a la presunción de inocencia, hay que abordar, por último, las quejas relativas a la lesión de ese derecho fundamental en la concreta decisión sobre la responsabilidad penal del demandante.

En el asunto que nos ocupa, la concreta pregunta a la que se enfrentan los órganos judiciales es si es posible atribuir responsabilidad al recurrente por el resultado de muerte de la víctima en un contexto de incertidumbre sobre la posibilidad evitar el fallecimiento si se hubiera practicado la conducta debida, esto es, una reanimación cardiopulmonar durante el tiempo estipulado por el protocolo médico que recoge la *lex artis* (un mínimo de treinta minutos). Para pronunciarse, el Tribunal Supremo parte de la existencia de una omisión por parte del demandante, a quien atribuye la condición de garante de la vida de la joven, gravemente lesiva del deber de cuidado que «disminuyó las posibilidades de recuperarse de las lesiones». Se trata de hechos y valoraciones jurídicas consignadas en los hechos probados y la fundamentación de la sentencia de primera instancia y no discutidos en la demanda. En particular, considerar acreditado que la omisión de la asistencia médica correcta disminuyó las posibilidades de recuperarse,

dato afirmado en el *factum* y no contradicho por el recurrente, supone afirmar, en términos hipotéticos, que el tratamiento debido hubiera disminuido el riesgo de muerte, aun cuando no haya certeza sobre su posible éxito salvífico o, incluso, se acepte que las posibilidades de evitar el resultado eran mínimas. Se sostiene con ello que está probado que la omisión de la conducta debida incrementa el peligro en el sentido de que no se produce la disminución que busca el mandato de actuar dirigido al agente, tal y como requiere el criterio de imputación del aumento del riesgo que prefiere el órgano de casación.

En realidad, la demanda no defiende la falta de prueba de aquellos elementos que se han estimado precisos para afirmar la existencia del delito en cuestión, que no se presumen en la sentencia condenatoria, sino que, desde la tesis implícita de que han de ser otros los elementos que deben probarse, sostiene las quejas de inversión de la carga de la prueba y de lesión del criterio *in dubio pro reo*. En tal medida, hay que rechazar las alegaciones de falta de prueba de la conexión entre la omisión y el resultado. En particular:

(i) El reproche de que se produce una inversión de la carga de la prueba cuando la sentencia condenatoria afirma que solo cabe absolver si se prueba que la actuación correcta tampoco habría impedido el resultado, no puede prosperar por su parcialidad. Valga insistir en que, conforme a la tesis por la que opta el Tribunal Supremo, lo que debe probarse para imputar la muerte a la omisión del recurrente es que la actuación correcta hubiera disminuido el riesgo vital, esto es, que la omisión supuso un incremento del riesgo respecto al permitido. Hecho que se afirma en la sentencia absolutoria tras valorar la prueba, singularmente la pericial, y que, como es lógico, es lo habitual cuando no se realiza la actuación diligente fijada por el legislador para mantener el riesgo dentro de lo permitido. El Tribunal Supremo no presume la posible eficacia de la conducta correcta omitida, una reanimación cardiorrespiratoria de treinta minutos, sino que toma esa afirmación de los hechos probados, de modo que, cuando arguye que solo se podría absolver en caso de probarse la absoluta ineficacia de la conducta debida –que la persona herida hubiera muerto igualmente en caso de haber actuado de forma diligente–, está reiterando, quizá con una fórmula poco afortunada, que esa posibilidad está descartada al haberse acreditado precisamente el incremento del riesgo.

(ii) No es cierto tampoco, como ya hemos dicho en el fundamento jurídico cuarto, que se vulnere el principio *in dubio pro reo* por obviar una duda absolutoria, porque la necesidad de certeza sobre la evitación del resultado con la conducta exigida por la *lex artis* corresponde a una comprensión del tipo distinta de la seguida en la resolución impugnada. El recurrente, como la Audiencia Provincial, apuesta por una teoría de la evitabilidad, por lo que no basta para condenar el hecho probado de que la no realización de la reanimación disminuyera las posibilidades de superar el riesgo vital. Es preciso un elemento adicional más que no está probado, que la actuación médica diligente hubiera salvado a la persona herida, al menos muy probablemente. Pero, en las coordenadas interpretativas que adopta el Tribunal Supremo, lo que debía demostrarse es que la omisión supone un riesgo mayor que la actuación debida, y que se había considerado como probado en la sentencia de la Audiencia Provincial, que no duda al respecto, solo duda sobre la segura eficacia salvífica de la conducta correcta. No puede aceptarse, por ello, la afirmación del recurrente de que «se considera hecho probado que el resultado de muerte podría ser inevitable (aunque no se diga con estas palabras)», pues, no solo es que no se diga expresamente en la resolución de instancia, como reconoce, sino que se descarta como hipótesis desde el momento en que se vincula a la omisión imprudente que disminuyera las posibilidades de recuperación.

(iii) El demandante concluye su recurso recriminando a la resolución que lo condena que no haya acreditado desde una perspectiva *ex post* una posibilidad significativa de disminución del riesgo, sino una posibilidad de mínimos. De nuevo discrepa aquí del entendimiento de las exigencias típicas sobre la relación entre omisión y resultado y no estrictamente sobre la existencia de prueba de cargo. Si bien dice situarse en las coordenadas de la teoría del incremento (disminución) del riesgo,

introduce un criterio corrector de tipo estadístico o probabilístico, cual es que la posible disminución del riesgo con la acción debida sea significativa. Pero lo cierto es que no es esa la tesis que acoge el Tribunal Supremo, que se conforma para conectar la omisión y el resultado con la posibilidad de tal disminución, aunque sea de mínimos, que el propio recurrente reconoce acreditada. Tampoco en este punto pone en tela de juicio la existencia de prueba de los elementos del delito en la interpretación del órgano judicial, pues reconocer que las posibilidades de evitar la muerte eran escasas implica reconocer que había tal posibilidad.

En definitiva, el Tribunal Supremo acoge el criterio del incremento del riesgo como criterio de imputación objetiva del resultado frente al criterio de la probabilidad de evitación rayana en la certeza que sostuvo la Audiencia Provincial. Lo hace en el ámbito de sus atribuciones, como máximo intérprete de la legalidad ordinaria, en atención a las peculiaridades fenomenológicas de las prestaciones médicas, el fin de tutela de bienes jurídicos y la finalidad preventiva a la que sirven las disposiciones penales. Desde tal comprensión y definición de los elementos típicos, examina los hechos probados fijados por el tribunal de primera instancia tras una valoración de la prueba cuya razonabilidad no se ha cuestionado, como tampoco lo ha sido la suficiencia del material incriminador al respecto. Concluye a partir de esas premisas fácticas que el resultado de muerte es imputable a la conducta del recurrente, que era garante de la vida de la persona lesionada, por cuanto omitió palmariamente la actuación profesional correcta y, con su conducta manifiestamente negligente, contribuyó a que el riesgo vital culminara en la muerte de la joven herida en la avalancha. Ni la concepción manejada por el órgano judicial sobre los requisitos para imputar el resultado a la previa omisión imprudente ni su aplicación en el caso concreto vulneran el derecho a la presunción de inocencia, por lo que también el segundo motivo de la demanda de amparo debe ser desestimado y, con ello, el recurso en su integridad.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el recurso de amparo interpuesto por don Simón Viñals Pérez.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a quince de febrero de dos mil veintiuno.—Encarnación Roca Trías.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Antonio Narváez Rodríguez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 3966-2018

Con respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Sala en la que se sustenta la sentencia, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y el fallo de esta. Considero que hubiera debido ser estimatoria por vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la defensa (art. 24.2 CE) por haberse condenado al demandante de amparo en una segunda instancia, revocando su absolución en la primera, sin haberle dado la oportunidad de ser escuchado por el órgano judicial que le ha condenado.

I. *Precisiones sobre la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la condena o agravación de la responsabilidad penal en la segunda instancia.*

1. Comparto la extensa exposición de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la condena o agravación de la responsabilidad penal en la segunda instancia contenida en la sentencia. Mi discrepancia con la opinión mayoritaria radica en la aplicación de esta jurisprudencia en el caso enjuiciado.

La cuestión controvertida es determinar si las discrepancias que se suscitaban en el recurso de casación –que en este caso cumplía, a la vez, la función de una segunda instancia revisora–, suponían (tomando prestada la expresión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) «conocer de un asunto de hecho y de Derecho y estudiar la cuestión de la culpabilidad o de la inocencia en su conjunto» (STEDH de 20 de septiembre de 2016, asunto *Hernández Royo c. España*, § 11), en cuyo caso hubiera sido preciso otorgar un trámite de audiencia al acusado en respeto a sus derechos a un proceso con todas las garantías y a la defensa (art. 24.2 CE).

2. En mi apreciación, las cuestiones planteadas en el recurso de casación en este caso son semejantes a las que se suscitaban en los asuntos resueltos en las SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, asunto *Lacadena Calero c. España*, y de 13 de junio de 2017, asunto *Atutxa Mendiola y otros c. España*, en que también se estimaron recursos de casación. En estos casos se condenó en la segunda instancia a quienes habían sido absueltos en la primera. En ambos casos no se produjo alteración de la declaración de hechos probados.

En todos los casos, el Tribunal Supremo (i) resolvía primero cuestiones estrictamente jurídicas de interpretación de un precepto sustantivo en divergencia con las apreciaciones del órgano judicial de instancia. Inmediatamente después, (ii) aplicaba esta interpretación al supuesto de hecho declarado probado en la instancia para, finalmente, efectuar un juicio en su conjunto de la culpabilidad o agravación de la responsabilidad penal del acusado a partir de la concurrencia de todos los presupuestos necesarios para ello.

La primera labor de interpretación de un precepto penal de carácter sustantivo es estrictamente jurídica. No resulta, pues, preciso un específico trámite de audiencia. La segunda labor, sin embargo, en la medida en que suponga entrar en contacto con los hechos para hacer una labor de subsunción que comprenda no solo los elementos objetivos, sino también otros subjetivos del tipo penal, implica inevitablemente –con independencia de que no se alteren los hechos probados–, por un lado, entrar en contacto con estos hechos, cosa que no excluye la necesidad de su reinterpretación. Por otro, supone estudiar la culpabilidad o inocencia en conjunto sobre estos hechos, frecuentemente acreditados a partir de prueba personal que el órgano judicial que finalmente condena no ha tenido la oportunidad de presenciar con la debida intermediación. Esta segunda labor, en respeto a los derechos a un proceso con todas las garantías y a la defensa (art. 24.2 CE), exige, al menos, dar la posibilidad al acusado de dirigirse al órgano judicial que va a declarar la agravación de su responsabilidad.

II. *La aplicación de la jurisprudencia constitucional al caso concreto.*

3. En el presente caso, la controversia que se planteaba en el recurso de casación se centra en que el demandante de amparo había sido absuelto en la primera instancia del delito de homicidio imprudente del que venía siendo acusado por la conducta que desarrolló en la atención a una de las víctimas de los tristes hechos acaecidos en el pabellón Madrid Arena en la madrugada del 31 de octubre al 1 de noviembre de 2012.

La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia considera que la controversia desarrollada en la casación era meramente jurídica. Se funda en que, una vez declarado en la sentencia de primera instancia el carácter negligente de la conducta del demandante, condenarlo en segunda instancia como reo de un delito de homicidio imprudente del art 142.1 CP, cuando había sido absuelto en la instancia, solo afectaba a la naturaleza normativa de la relación que debe mediar entre la conducta imprudente y el resultado lesivo de muerte. Por tanto –concluye– no era constitucionalmente necesario que el acusado hubiera tenido la oportunidad de dirigirse al tribunal que le condenó.

Discrepo de esa apreciación.

Comparto con el voto particular formulado a la sentencia de casación impugnada las consideraciones sobre el alcance de la jurisprudencia sobre la condena en segunda instancia y que el supuesto planteado no es uno de aquellos en que la naturaleza de la controversia excluye la necesidad de una audiencia ante el órgano judicial que finalmente condenó.

4. Ninguna objeción cabe, desde la perspectiva constitucional, a que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en tanto que órgano jurisdiccional superior en el orden penal (art. 123.1 CE), declare cuál es la relación normativa entre una conducta y el resultado lesivo en un concreto tipo penal. Está dentro de las potestades constitucionales de la sala de casación interpretar que, a los efectos de la aplicación del delito de homicidio imprudente, no es necesario que se acredite que la conducta debida hubiera evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, el fallecimiento de la víctima, sino que basta con que la conducta haya incrementado el riesgo de producción del resultado.

Sin embargo, los razonamientos de las sentencias de casación ponen de manifiesto que la labor desarrollada por el órgano judicial de casación no se limitó a cumplir esa función interpretativa del tipo penal sustantivo del art. 142.1 CP, sino que, a continuación, llevó a cabo dos labores sucesivas sobre las que no se pronunció el órgano de instancia: (i) el análisis de los hechos probados de la sentencia de instancia y de las valoraciones probatorias realizadas por el órgano judicial de instancia en relación con pruebas personales realizadas con la debida intermediación a su presencia para poder concluir que sí concurría esa relación normativa de incremento del riesgo; y (ii) la valoración de que la conducta general del demandante de amparo fue una imprudencia de carácter grave para concluir la culpabilidad del recurrente por infracción del art. 142.1 CP.

Ambas actividades se desarrollaron sin alterar la declaración de hechos probados, pero implicaron entrar en contacto con estos y con las valoraciones probatorias realizadas sobre pruebas personales no practicadas en su presencia y, además, estudiar la culpabilidad o inocencia en conjunto sobre estos hechos. En efecto, se califica la conducta imprudente como grave optando por una de las posibilidades frente a la alternativa de considerarla como menos grave, cosa que hubiera supuesto una responsabilidad más atenuada, o leve, lo que hubiera supuesto la absolución por atipicidad de ese tipo de imprudencias desde el año 2015. Ambas actividades, en los términos exigidos por la jurisprudencia constitucional y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hubieran exigido dar la posibilidad al demandante de dirigirse al tribunal que le condenó.

5. La sentencia de instancia, en lo que se refiere a la absolución del demandante de amparo, declaró en la relación de hechos probados que las tres jóvenes fallecidas que estuvieron en la enfermería lo fueron «como consecuencia de las gravísimas lesiones padecidas en el aplastamiento sufrido en el vomitorio, sin que Simón Viñals Pérez y [...] les prestaran la asistencia médica que precisaban durante el tiempo que permanecieron en el botiquín que gestionaban antes de que llegara al mismo el Samur aumentando así la posibilidad de que no pudieran recuperarse de las lesiones sufridas, no resultando acreditado, sin embargo, que en el supuesto de que les hubieran prestado una asistencia correcta las fallecidas hubieran podido salvar su vida». A partir de tal constatación, la sentencia de instancia argumenta que los delitos de homicidio por imprudencia profesional del art. 142.1 y 3 CP son delitos de resultado y no de peligro, para cuya concurrencia se exige «no solo que resulte acreditada la conducta negligente de los acusados sino también el nexo de causalidad entre la misma y el mortal resultado producido, esto es, que la asistencia sanitaria que los doctores Viñals hubieran debido de prestar a las tres jóvenes y no prestaron, habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, el fallecimiento de las mismas», lo que no se ha acreditado a la luz de los informe periciales sobre las posibilidades de recuperarse de una parada cardiorrespiratoria cuando no se interviene de inmediato.

Me parece relevante destacar que, como se pone de manifiesto en la sentencia de instancia, la valoración sobre las posibilidades de recuperarse de las víctimas mortales en caso de haberse observado la conducta debida por parte del demandante de amparo se realiza atendiendo al hecho de que, junto a la declaración de este realizada ante el órgano judicial, que defendió la corrección asistencial de su conducta en las circunstancias del caso, los peritos informantes también comparecieron personalmente ante el órgano judicial de instancia, donde fueron sometidos al debido interrogatorio por todas las partes personadas en relación, precisamente, sobre la relevancia que respecto del fallecimiento de las víctimas hubiera tenido la conducta debida por, entre otros, el demandante de amparo.

También es determinante que la conclusión de la sentencia de instancia formulada en el sentido de que no quedaba acreditado que la conducta debida hubiera evitado el resultado del fallecimiento de las tres menores se vincula, como se expone ampliamente en el apartado 2.5 de manera separada para cada una de las víctimas, con la circunstancia de que, a partir de las declaraciones de los peritos y de otros testigos efectuadas a presencia del órgano judicial, no podía concluirse cuál era la situación vital de las víctimas cuando llegaron a la enfermería del pabellón ni, en su caso, las posibilidades reales de reanimación.

Es cierto que la sentencia de instancia afirma la existencia de negligencia en la conducta del recurrente al negar la necesaria relación de causalidad a partir de la teoría de la evitabilidad, pero nada dice sobre la eventual valoración de la conducta imprudente como grave, menos grave o leve.

Esto es, la conclusión de la sentencia absolutoria de instancia se fundamentó, —partiendo de la doctrina de que la causalidad en este tipo de delitos solo concurre cuando queda acreditado que la conducta debida habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, el resultado lesivo—, en que, de conformidad con la prueba personal realizada con inmediatez en su presencia, incluyendo la propia declaración del demandante de amparo, de diversos testigos y de los peritos médicos, no quedaba acreditado ese concreto extremo, lo que impidió que hiciera una valoración conjunta de la culpabilidad de la conducta desarrollada por el recurrente y su eventual calificación como un homicidio por imprudencia grave, menos grave o leve, lo que sí se produjo respecto de otros acusados condenados en esa primera instancia.

6. La sentencia de casación debió resolver respecto del demandante de amparo el recurso interpuesto por las familias de dos de las víctimas que habían sido llevadas a la enfermería del pabellón, ya que ni la familia ni el Ministerio Fiscal recurrieron la absolución por el fallecimiento de la tercera. El resultado fue que, respecto de una de ellas, se confirmó la absolución del demandante al constatarse que no había quedado acreditado si cuando llegó a la enfermería estaba en parada cardiorrespiratoria o había ya fallecido (fundamento de Derecho vigésimo quinto). Por el contrario, respecto de la otra víctima, se estimó el recurso de casación (fundamentos de Derecho décimo noveno y vigésimo de la primera sentencia de casación) y se condenó al demandante de amparo como autor de un delito de homicidio imprudente grave profesional (fundamento de Derecho único de la segunda sentencia de casación).

La sentencia de casación comienza haciendo un amplio resumen de los hechos declarados probados en lo que se refiere a la atención recibida por esta víctima mortal e, igualmente, lo complementa con amplias referencias a algunas de las afirmaciones contenidas en el apartado 2.5 de la sentencia de instancia en que se exponía la valoración de la actividad probatoria desarrollada en la vista oral referida a las propias declaraciones del acusado, de diversos testigos y de los peritos forenses.

Es especialmente destacable, por lo que se refiere al debate que a continuación se desarrolla en relación con las exigencias de relación entre la conducta y el resultado, la referencia que se hace a que la conclusión de que la víctima llegó viva a la enfermería «es una conclusión que se obtiene de la valoración probatoria contenida en el epígrafe referido a la asistencia a las víctimas, donde se contiene un minucioso y detallado análisis de toda la prueba practicada». Tampoco cabe desconocer que la sentencia de

casación, ante la afirmación contenida en la parte de la valoración probatoria de la sentencia de instancia respecto de esta víctima, de que «parece que no falleció en la propia avalancha», señala que «alude no a una mera apariencia sino a la acepción que conlleva la asertividad de ser cierto», para lo que acude de nuevo a otras afirmaciones contenidas en la parte de la valoración probatoria de la sentencia absolutoria. A partir de ello, en la sentencia de casación se señala que «de lo expuesto queda sobradamente constatado que la audiencia declara que con la mala actuación de Simón Viñals se incrementó el riesgo de muerte [...]».

A continuación de esta exposición, la sentencia de casación aborda la cuestión jurídica de la relación entre conducta y resultado en los delitos de homicidio omisivo imprudente para sustentar, con un amplio razonamiento sobre el particular, que lo relevante no es la posibilidad de deducir la evitabilidad del resultado, sino concluir que la conducta ha incrementado el riesgo convirtiéndose en un factor coadyuvante del resultado final. De todo ello concluye que en el caso concurría tanto la conducta negligente del acusado como la necesaria relación entre dicha conducta y el fallecimiento de la víctima, por lo que el demandante de amparo debía ser condenado como autor criminalmente responsable de un delito de imprudencia grave con resultado de muerte, en la modalidad de imprudencia profesional.

Ninguna consideración se hace en la sentencia de casación sobre las razones por las que se califica la conducta imprudente del demandante de amparo como grave y no, en su caso, como menos grave o leve para configurar otros títulos de responsabilidad penal alternativos o su absolución por atipicidad de la conducta.

7. Toda esta descripción del *iter* discursivo de la sentencia de casación acredita, en los términos enunciados, que la conclusión condenatoria se conformó, en primer lugar, afirmando que la conducta del recurrente incrementó el riesgo del resultado lesivo.

Esta primera afirmación, en la medida en que sobre ella no había incidido la sentencia de instancia, se fundamenta, a pesar de mantenerse formalmente inalterada la declaración de hechos probados, no solo a partir de lo establecido en esa declaración, sino, especialmente, entrando a analizar –e incluso interpretar– la propia valoración probatoria realizada por el órgano judicial de instancia sobre la situación vital en que llegó esta víctima a la enfermería del pabellón y las posibilidades de recuperación a partir de una extensa y también compleja prueba personal desarrollada a su presencia, que incluía la propia declaración del recurrente, la de varios testigos y la de peritos. Esta labor trasciende los aspectos estrictamente jurídicos al implicar un estrecho contacto con valoraciones probatorias basadas en pruebas personales que solo resultan constitucionalmente admisibles para revocar una absolución y pronunciar una condena si se hacen con respecto a la garantía de inmediación exigida en el art. 24.2 CE, lo que en este caso no se verificó.

Del mismo modo, este *iter* también pone de manifiesto que la conclusión condenatoria se conformó, en segundo lugar, afirmando que la conducta del recurrente era de carácter grave y no menos grave o leve.

Esta segunda valoración, en la medida en que sobre ella no había incidido tampoco la sentencia de instancia, aparece como una conclusión autónoma de la sentencia de casación respecto de la concurrencia de un elemento conformador de aspectos subjetivos o anímicos de la responsabilidad penal –la eventual gravedad de la imprudencia– que forman parte del estudio de la culpabilidad o inocencia en conjunto sobre los hechos. La sentencia de instancia, respecto de diversos acusados, calificó su conducta como imprudencia grave, menos grave o leve para determinar la gravedad de su responsabilidad penal o incluso la absolución por falta de tipicidad. Esa circunstancia pone de manifiesto que esta cuestión resultaba también muy relevante como consecuencia de la reforma legislativa operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que modificó la regulación de los ilícitos de homicidio imprudente en el sentido de diferenciar la responsabilidad penal de los homicidios imprudentes graves de los menos graves y de despenalizar los homicidios imprudentes leves. Esta labor de calificación también trasciende los aspectos estrictamente jurídicos en la medida en que afecta al

estudio en conjunto de la culpabilidad y de la gravedad de la responsabilidad penal del acusado y que redundan en la afirmación de la concurrencia de aspectos subjetivos, de tal suerte que solo resulta constitucionalmente admisible para revocar una absolución y pronunciar una condena si se hace con respeto a la garantía de audiencia del acusado exigida en el art. 24.2 CE, lo que en este caso tampoco se verificó.

En conclusión, considero que, en las circunstancias del caso, el debate que se desarrolló en el recurso de casación respecto de la responsabilidad penal del demandante de amparo superaba los límites de las cuestiones estrictamente jurídicas que permiten excepcionar el principio constitucional de que la condena en segunda instancia con la revocación de una previa sentencia absolutoria solo puede hacerse dando la posibilidad efectiva al acusado de dirigirse personalmente al órgano judicial que finalmente le condena. No desconozco que la tradicional regulación del recurso de casación dificulta en la práctica el cumplimiento –en todo caso inexorable– de las exigencias propias de la doble instancia penal y que la nueva regulación del recurso de apelación penal viene a solventar en parte estas dificultades, atendida la competencia que ahora se reconoce a la nueva Sala de Apelación de la Audiencia Nacional y a las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia para conocer de los recursos de apelación contra sentencias de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y de las audiencias provinciales. Sin embargo, creo que la cuestión tiene gran importancia, pues la aplicación del criterio seguido en la sentencia de casación no solo implica, a mi juicio, una quiebra relevante en el sistema de garantías, sino que cabe predecir su extensión a los recursos de apelación penales como criterio jurisprudencial.

Madrid, a quince de febrero de dos mil veintiuno.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Firmado y rubricado.