



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Límites y criterios de graduación de la delincuencia imprudente

Guillermo Ramírez Martín

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO PENAL Y CIENCIAS
PENALES

LÍMITES Y CRITERIOS DE GRADUACIÓN DE LA DELINCUENCIA IMPRUDENTE

DIRECTORA: DRA. MIRENTXU CORCOY BIDASOLO
TUTOR: DR. JUAN CARLOS HORTAL IBARRA

GUILLERMO RAMÍREZ MARTÍN
BARCELONA, 2023

*A Mirentxu,
por su incansable apoyo
en lo personal, lo profesional y lo académico,
sin el cual esta tesis no hubiera sido posible.*

RESUMEN

La presente investigación trata de dar respuesta al problema acerca de cómo ha de graduarse la imprudencia. Partiendo de una concepción de imprudencia como infracción de la norma de cuidado, trata de poner en relación los elementos que la constituyen. Posteriormente, se analizarán los criterios a tener en cuenta para graduar la imprudencia, y determinar, de ese modo, la gravedad de la infracción de la norma de cuidado, así como un planteamiento metodológico que permita atisbar cómo han de operar estos criterios, manteniendo la coherencia con la concepción del delito imprudente que se ha defendido. Por último, se tratará de plasmar estos criterios de graduación de la imprudencia en abstracto a la regulación del delito imprudente en nuestro Código Penal, determinando que ha de entenderse por imprudencia menos grave, y qué papel queda para la imprudencia grave y leve.

RESUM

La present recerca tracta de donar resposta al problema sobre com ha de graduar-se la imprudència. Partint d'una concepció d'imprudència com a infracció de la norma de cura, tracta de posar en relació els elements que la constitueixen. Posteriorment, s'analitzaran els criteris que cal tenir en compte per graduar la imprudència, i determinar, així, la gravetat de la infracció de la norma de cura, així com un plantejament metodològic que permeti entrellucar com han d'operar aquests criteris, mantenint la coherència amb la concepció del delictes imprudent que s'ha defensat. Per últim, es tractarà de plasmar aquests criteris de graduació de la imprudència en abstracte a la regulació del delictes imprudent al nostre Codi Penal, determinant què ha d'entendre's per imprudència menys greu, i quin paper resta per la imprudència greu i lleu.

ABSTRACT

The present investigation tries to give an answer to the problem about how criminal negligence has to be graduated. Starting from a conception of negligence as an infraction of the rule of care, it tries to relate the elements that constitute it. Subsequently, the criteria to be taken into account to grade the negligence will be analyzed, and thus determine the seriousness of the infringement of the rule of care, as well as a methodological approach that allows us to glimpse how these criteria must operate, maintaining the coherence with the conception of criminal negligence that has been defended. Finally, it will try to translate these graduation criteria of negligence in the abstract to the regulation of criminal negligence in our Penal Code, determining what is to be understood as less severe negligence, and what role remains for severe and minor negligence.

ÍNDICE GENERAL

Índice de abreviaturas	8
Introducción y planteamiento metodológico de la investigación	10
Capítulo Primero. El delito imprudente	14
I. Introducción al delito imprudente	14
1. La naturaleza del delito imprudente y su evolución	16
1.1. Concepciones de la imprudencia de naturaleza no normativa	16
1.1.1. Imprudencia como vicio de la inteligencia	17
1.1.2. Imprudencia como error	18
1.1.3. Imprudencia como no previsión del resultado previsible.....	19
1.2. Concepciones de naturaleza normativa	19
1.2.1. Deber de cuidado como elemento de la culpabilidad	20
1.2.2. Deber de cuidado como elemento de la antijuridicidad.....	21
2. La norma de cuidado	27
3. Estructura de la norma de cuidado	31
4. Sistemas de incriminación.....	33
4.1. Sistema de <i>numerus apertus</i>	33
4.2. Sistema de <i>numerus clausus</i>	35
II. Deber objetivo de cuidado	39
1. Modalidades del deber objetivo de cuidado.....	40
1.1. Cuidado como omisión de acciones peligrosas	40
1.2. Cuidado como actuación prudente en situaciones peligrosas	41
1.3. Cuidado como cumplimiento de un deber de preparación e información	43
2. Reglas técnicas	43
2.1. Reglas técnicas jurídicas	47
2.2. Reglas técnica extrajurídicas	49
3. Poderes individuales	55
3.1. Capacidades especiales como concepto unitario	57
3.2. La figura-baremo de la persona media	59
3.3. Poderes inferiores	61
3.4. Poderes superiores.....	62
4. Riesgo permitido	64
5. Principio de confianza	73
III. Deber subjetivo de cuidado	76
1. El deber subjetivo de cuidado como elemento negativo	76
2. Previsibilidad	76
3. Cognoscibilidad	78
IV. Imputación objetiva	82
1. Relación de riesgo	82
2. El papel del resultado en el tipo imprudente	83
3. Relación de riesgo	86
3.1. Finalidad de protección de la norma	86
3.2. Criterios específicos en la delimitación del ámbito de protección de la norma.....	88
3.3. Realización del riesgo en el resultado: incremento del riesgo ex post.....	89
3.4. La teoría de la evitabilidad <i>ex post</i> : conductas alternativas adecuadas a derecho	90
4. Concurrencia de riesgos	91
5. Codelincuencia	92
6. Concurrencia de riesgo de la víctima	93

7. Concurrencia de conducta infractora de terceros.....	97
V. Conclusiones parciales.....	98
Capítulo Segundo. Criterios generales para la graduación del tipo imprudente.....	105
I. Aproximación a la graduación de la imprudencia	105
1. Consideraciones generales.....	106
2. Criterios jurisprudenciales para la graduación de la imprudencia	115
3. Norma de cuidado y graduación de la imprudencia	121
II. El deber objetivo de cuidado	123
1. El carácter indiciario de las reglas técnicas	124
2. Bienes jurídicos afectados y graduación de la imprudencia	132
3. Riesgo permitido y valoración social del riesgo	136
4. La peligrosidad de la conducta y medidas de control	138
5. La magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado: el juicio conjunto del subcriterio	140
III. El deber subjetivo de cuidado	147
1. Previsibilidad individual.....	147
2. La efectiva previsión.....	152
IV. El criterio de graduación de la imprudencia: la gravedad de la infracción de la norma de cuidado	154
V. La concurrencia de riesgos.....	156
VI. Conclusiones parciales.....	162
Capítulo Tercero. La gravedad de la imprudencia en el ordenamiento jurídico español	167
I. Evolución legislativa	167
1. Los inicios de la codificación penal. <i>Numerus apertus</i> y clasificación tripartita.....	167
1.1. La imprudencia tras la aprobación del Código Penal de 1995.....	172
1.2. La imprudencia tras la LO 1/2015.....	175
1.3. A vueltas con la imprudencia menos grave. La LO 2/2019, de 1 de marzo	179
1.4. El <i>broche de oro</i> . La LO 11/2022.....	183
II. El contenido de la imprudencia menos grave	187
1. Aproximación al concepto de imprudencia menos grave	187
2. El encaje de la imprudencia menos grave en la graduación de la imprudencia.....	191
2.1. La imprudencia menos grave equivale a la imprudencia leve	191
2.2. La imprudencia menos grave engloba, únicamente, algunas de las conductas que antes eran consideradas leves	194
2.3. La imprudencia menos grave es un subtipo de imprudencia grave	197
2.4. La imprudencia menos grave engloba conductas de la anterior imprudencia grave y de la anterior imprudencia leve	200
2.5. Toma de posición	202
3. La imprudencia menos grave y las infracciones de la Ley de Seguridad Vial	207
4. El inciso final de los artículos 142.2.2 CP y 152.2.2 CP	219
5. El resultado en el delito de lesiones por imprudencia menos grave.....	223
6. La perseguibilidad de la imprudencia menos grave	225
III. El contenido de la imprudencia grave	231
1. Aproximación al concepto de imprudencia grave.....	231
2. La imprudencia grave en relación con el art. 379 CP y 316 CP.....	233
3. El resultado en el delito de lesiones por imprudencia grave	236
4. La imprudencia de notoria gravedad	237

IV. La imprudencia leve	240
V. Conclusiones parciales.....	244
Conclusiones.....	250
Bibliografía Citada.....	256
Jurisprudencia citada.....	264

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
AAP	Auto Audiencia Provincial
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
<i>CDJ</i>	Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial
CE	Constitución Española
CP	Código Penal de 1995
<i>CPC</i>	Cuadernos de Política Criminal
<i>DLL</i>	Diario La Ley
doc.may.	Doctrina mayoritaria
<i>EPC</i>	Estudios Penales y Criminológicos, Santiago de Compostela
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
InDret	Revista para el Análisis del Derecho
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
<i>LH</i>	Libro Homenaje
<i>LL</i>	Revista Jurídica española La Ley
<i>LLP</i>	La Ley Penal
LO	Ley Orgánica
PJ	Revista del Poder Judicial
LSV	Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial
<i>RCP</i>	Revista Ciencias penales
RDLeg	Real Decreto Legislativo
<i>Rev. Penal</i>	Revista Penal
<i>RPCP</i>	Revista Penal y de Ciencias Penales

RXG	Revista Xuridica Galega
SAP	Sentencia Audiencia provincial
SJP	Sentencia Juzgado de lo Penal
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN

La delincuencia imprudente es un ámbito del Derecho penal que ha implicado un creciente interés doctrinal en su desarrollo dogmático con el paso del tiempo. La creciente industrialización de la sociedad, y el desarrollo de los nuevos avances técnicos y científicos conllevan tanto interés y utilidad social como riesgos para los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal. La generalización del uso del vehículo como medio de transporte de persona da cuenta de ello: los beneficios económicos y sociales del uso del automóvil son de tal magnitud que sin ellos no sería pensable la realidad social actual. Sin embargo, en ese mismo ámbito, el de la circulación, es donde se incardina la mayor parte de supuestos de la delincuencia imprudente: un arma de doble filo a la que el Derecho ha pretendido sosegar mediante extensa regulación penal y extrapenal.

El Derecho penal ha tratado de dar respuesta a los crímenes sin intención desde que se concibe el principio culpabilidad como límite del *ius puniendi*. Desde distintas concepciones, primero psicológicas, luego normativas, la doctrina ha tratado de perfeccionar la respuesta punitiva ante este grupo de casos, partiendo de la necesidad de regular la convivencia social en atención al principio *neminem laedere*.

La imprudencia, tradicionalmente, se ha entendido como una cuestión de grados: un sujeto puede actuar más o menos imprudentemente. Y esta graduación ha sido históricamente acogida en los Código Penales, haciendo referencia a conceptos de muy diversa nomenclatura: *temeraria, simple, grave, leve, menos grave*. Una correcta aplicación del *ius puniendi* en atención a la distinta gravedad de la imprudencia debe pasar, necesariamente, por perfilar con cierto grado de precisión cada uno de estos conceptos.

La graduación de la imprudencia no ha sido un tema especialmente desarrollado por la doctrina juridicopenal. Tradicionalmente se ha aludido al baremo del hombre cuidadoso, una figura ideal que ni existe ni es pensable, para determinar

la gravedad de la imprudencia: así, será imprudencia grave o temeraria aquella conducta cuya atención puede exigirse al menos cuidadoso, mientras la imprudencia leve o simple quedaba referida a la atención que respetaría un ciudadano cuidadoso. Poco aportan, en realidad, estas definiciones al debate sobre la graduación de la imprudencia, precisamente por la inconcreción que suponen. Deviene de suma importancia, por tanto, y es objeto de esta tesis, determinar en qué consiste la graduación de la imprudencia.

El título de este trabajo es *límites y criterios de graduación de la delincuencia imprudente*. Podría haberse preferido hablar de injusto imprudente, pero supondría adelantar una toma de posición en la concepción de la imprudencia que solo puede hacerse posteriormente.

Este trabajo estudia los límites de la delincuencia imprudente, que son varios. Por un lado, la propia configuración de los deberes de cuidado constituye el principal límite de la imprudencia: sin la infracción de estos, no cabe hablar de imprudencia. Debe analizarse, por tanto, en qué consisten estos deberes de cuidado, cómo se determinan, y cómo se infringen. La imputación del resultado es otro de los límites fundamentales del delito imprudente: una conducta de riesgo no podrá pensarse imprudente sin su correspondiente resultado de lesión. Principios como el de confianza, desconfianza o defensa, así como la relación de riesgos y la eventual intervención de terceros o de la víctima en el hecho imprudente se constituyen como verdaderos límites a la apreciación del delito imprudente. Pero el límite primordial que se analiza en este trabajo es el relacionado con la graduación de la imprudencia: no toda conducta que infringe el cuidado es ya imprudencia punible. Antes de determinar la punibilidad de la conducta imprudente, debe atenderse a su graduación, pues los principios de *ultima ratio*, fragmentariedad e insignificancia comportan dejar a extramuros del Derecho penal las imprudencias de menor rango: si bien se constata la existencia de una conducta imprudente, se prefiere evitar su castigo.

Como se dice, la graduación de la imprudencia será el elemento esencial para determinar el límite a partir del cual consideramos una conducta imprudente como atípica. Para ello, será necesario determinar cuáles son los criterios que han de tenerse en cuenta para valorar dicha graduación. Pero no solo es trascendental determinar los criterios que han de servir para valorar la gravedad de un comportamiento imprudente, sino que debe aclararse cómo estos criterios han de operar entre sí. En este trabajo, se pretende construir un marco metodológico para la graduación de la imprudencia que permita al juez o tribunal examinar la gravedad de la conducta, y sea coherente con la concepción del delito imprudente que aquí se defiende.

En el Capítulo Primero se tratará de desarrollar la evolución dogmática del delito imprudente, para acabar defendiendo una concepción de la imprudencia como injusto. Se defenderá la esencia del injusto imprudente como infracción de la norma de cuidado, examinando qué ha de entenderse por norma de cuidado y qué elementos la componen. Tras esto, se estudiará los muy diversos elementos que afectan a la determinación de los deberes objetivo y subjetivo de cuidado, procurando una coherente toma de posición sobre cada uno de ellos. A modo de cierre, se llevará a cabo un análisis de la teoría de la imputación objetiva en el delito imprudente, y cómo los deberes de cuidado pueden verse afectados por conductas de terceros. Este primer capítulo es la columna vertebral del trabajo, pues supone tomar partido en la discusión acerca de la concepción de la naturaleza del delito imprudente. Concepción imprescindible para un desarrollo coherente en los capítulos posteriores.

En el Capítulo Segundo se abordará la graduación de la imprudencia en abstracto, anunciando la relevancia de determinados elementos para determinar la gravedad de una conducta imprudente. En este capítulo se ofrecen los criterios -el criterio, en realidad- que han de tenerse en cuenta para delimitar la gravedad de la imprudencia, en coherencia con la concepción del delito imprudente como injusto que se ha defendido. Asimismo, no solo se evalúan los criterios relevantes para la graduación de la imprudencia, sino que se propone un marco

metodológico que configure la forma en que estos criterios habrán de operar entre ellos.

En el Capítulo Tercero tratará de plasmarse la discusión resuelta en el capítulo anterior al derecho positivo. En este sentido, tratará de examinarse la nueva figura de la imprudencia menos grave, y dar respuesta sobre su contenido, puesto en relación con los conceptos de imprudencia grave y leve. Así, se analizarán las peculiaridades introducidas por las múltiples reformas que viene sufriendo el delito imprudente en los últimos años, ofreciendo una interpretación de cada una de ellas que sea coherente con el sistema de graduación que se ha propuesto.

CAPÍTULO PRIMERO. EL DELITO IMPRUDENTE

I. INTRODUCCIÓN AL DELITO IMPRUDENTE

Una breve aproximación a la historia del Derecho penal da cuenta de la creciente relevancia que la delincuencia imprudente ha ido adquiriendo a lo largo de los siglos. Si bien algunos ordenamientos jurídicos actuales siguen incluyendo tipos penales de responsabilidad objetiva por el resultado -esto es, sin necesidad de probar la concurrencia de dolo o imprudencia-, las investigaciones realizadas hasta la fecha concluyen como improbable la existencia de una primera época de Derecho penal de *responsabilidad absoluta*¹. En el ámbito del derecho anglosajón, afirman estos autores que, si bien la responsabilidad absoluta es frecuentemente percibida como un primer estadio del Derecho penal, la historia sugiere lo contrario, pues incluso en esos delitos de responsabilidad objetiva, la pena a imponer resultaba muy inferior en los casos en que no existiera *intención de dañar*². Y el elemento subjetivo en el Derecho penal inglés cobra aún más importancia a partir del año 1.118, tras la aprobación de las llamadas *Leyes de Enrique I*, contemplando en uno de sus pasajes una apuesta por la piedad hacia quienes causen la muerte de otro *de manera accidental* -sin intención-:

*“Si una persona en el curso de un juego de arquería u otro ejercicio matare a otra persona con una lanza o como resultado de algún accidente de este tipo, deberá pagar una compensación. Pues es imperio de la ley que una persona que involuntariamente comete un agravio debe resarcir voluntariamente. Debe, no obstante, recibir piedad y compasión de las manos de los familiares del hombre muerto. Cuanto más entendemos que el género humano se enferma con la dureza de una fortuna cruel y con el lamento melancólico y desdichado de todo ello*³”.

¹ ROBINSON, P., «A Brief History of Distinctions in Criminal Culpability», *Hastings Law Journal*, Vol. 31, 1980. p. 825. Afirma el autor que “*incluso si la responsabilidad -penal- fuere absoluta, no se imponía sin atender a distinciones de culpabilidad*”.

² *Id.*

³ Leges Henrici Primi, L. Downer ed., 1972, p. 271.

También en Derecho español existen fundadas razones para afirmar que ya en la Alta Edad Media solía exigirse la concurrencia de un elemento subjetivo para justificar el castigo, siendo muy infrecuente la aplicación estricta del principio de responsabilidad por el resultado⁴. Un ejemplo de *norma de cuidado* -en pureza, de regla técnica de naturaleza jurídica⁵- en el derribo de árboles y muros lo podemos encontrar en el pasaje 500 de los Fueros Castellanos de Soria y Alcalá de Henares:

“Quien arbol taiare o paret derribare o otra cosa semeiable, ssea tenido delo decir a los que estan aderredor que se guarden; y si gelo dixeiere y se non quisieren guardar y el arbol o la paret cayere y matare offiziere otra lision, non ssea tenjdo de la lision njn de la muerte njn del danno que por end uino. E si lo non dixo ante que lo taiasse o lo derribasse, ssea tenjdo de la muerte o de la lision⁶”

El interés del Derecho penal por el ámbito subjetivo del delito resulta incuestionable tras el estudio de la evidencia histórica, y ello se plasma en el esfuerzo en el estudio dogmático de lo entonces considerado como culpabilidad -por dolo o imprudencia-. No obstante, el delito imprudente venía ocupando un lugar secundario en relación con el dolo hasta hace relativamente poco tiempo, entendiendo el delito imprudente como una figura más cercana al Derecho civil que al penal⁷. No es hasta finales del siglo XIX y durante el siglo XX cuando la revolución industrial impone la necesidad de manejar máquinas y medios tan peligrosos como necesarios, que surge la necesidad de desarrollar el concepto de imprudencia, siendo que las teorías penales y la dogmática se habían suscitado bajo el modelo del delito doloso.

⁴ ORLANDIS ROVIRA, J., «Sobre el concepto del delito en el Derecho de la Alta Edad Media», *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 16, 1945, p. 152. Afirma este autor que “*el criterio más difundido y que corresponde a un ulterior estadio de la evolución jurídica fue el de exigir en el propietario de la cosa un determinado grado de culpa o negligencia para que pudieran imputársele los daños por ella ocasionados*”.

⁵ Vid infra. Capítulo Primero II.2

⁶ *Fueros Castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, Edición y Estudio de Galo Sánchez, Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1919.

⁷ MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal: Parte General*, 10ª ed., Valencia, 2019, p. 267.

Como decíamos, la imprudencia quedaba situada en la culpabilidad, como elemento valorativo en lugar de dogmático, incluso después de situar el dolo en la antijuridicidad, no siendo hasta 1930 que empiezan a publicarse los primeros trabajos que desvelan la necesidad de ubicar la imprudencia también como un problema de tipo. Veamos, entonces, cómo la concepción del delito imprudente ha ido evolucionando desde las teorías psicológicas hasta las teorías normativas más recientes.

1. La naturaleza del delito imprudente y su evolución

1.1. Concepciones de la imprudencia de naturaleza no normativa

El concepto causal-naturalista del delito comportó el entendimiento de la culpabilidad como relación psicológica entre el hecho y su autor, esto es, como relación subjetiva entre acto y autor⁸. De este modo, dolo e imprudencia son las dos clases o especies de culpabilidad⁹.

Para la concepción psicológica de la culpabilidad, “la culpabilidad es aquella relación subjetiva del autor con el resultado antijurídico producido, a la cual se asocia la responsabilidad jurídica”¹⁰.

Por su parte, VON LISZT propone distinguir entre el concepto de *culpabilidad en sentido estricto* y el *contenido material del concepto de culpabilidad*, radicando este último “en el carácter asocial del autor, cognoscible por el acto cometido (conducta antisocial)” como instrumento que permite otorgar a la culpa cualidad de forma de culpabilidad¹¹.

⁸ VON LISTZ, F., *Tratado de Derecho penal: Tomo II*, 2ª ed., Madrid, 2020, p. 388.

⁹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 11ª ed., Barcelona, 2019, p. 535.

¹⁰ JESCHEK, H., *Tratado de Derecho penal, Parte General*, Tomo 1, 5ª ed., Perú, 2014., p. 578.

¹¹ VON LISZT, *Tratado...* Tomo II, p. 430

Esta concepción de la culpabilidad como relación psicológica fracasó, por un lado, por no poder explicar esa relación en los supuestos de imprudencia inconsciente, así como en aquellas causas de exculpación donde subsiste el dolo -estado necesidad exculpante o miedo insuperable-¹². Este entendimiento subjetivo del concepto de culpabilidad lleva a algunos autores a negar el carácter de delito de la imprudencia por ausencia de culpabilidad, o a asumir que la culpabilidad de la imprudencia se convierte en responsabilidad objetiva¹³. Esta concepción psicológica de la culpabilidad no suponía un problema en sociedades preindustriales donde la imprudencia jugaba un papel residual; pero la paulatina aparición de riesgos habituales en la vida social supuso que el delito imprudente adquiriera una mayor relevancia práctica, lo que comportó un mayor y mejor tratamiento dogmático¹⁴.

1.1.1. Imprudencia como vicio de la inteligencia

La *teoría intelectualista* tuvo su origen en los postglosadores de siglo XIV. Baldo degli Ubaldi (1327-1400) defendió la imprudencia como defecto de conocimiento debido a un vicio de la inteligencia¹⁵. Posteriormente, en el siglo XVI, Tiberius Dicianus realiza un paralelismo entre dolo e imprudencia, atribuyendo al primero *carácter de vicio de la voluntad*, mientras que, al segundo, un *vicio de la inteligencia y la memoria*¹⁶. Ya en el siglo XIX, VON LISZT extiende el concepto de *culpa de carácter*, entendiendo que el contenido material de la culpabilidad radica en el *carácter asocial del autor*¹⁷.

¹² QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Derecho penal de la culpa*, 1ª ed., Barcelona, 1958., p. 248; MIR PUIG, DP, PG..., p. 536.

¹³ QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa...*, pp. 12 y 246-247

¹⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia*, Barcelona, 2001, p. 35.

¹⁵ QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa...*, p. 253 ss.: "*culpa pertinet ad defectum cognitionis*, determinada por el *non intelligere futurum casum*".

¹⁶ *Id.*: "*dolus voluntatis sit vitium, culpa intellectus et memoriae*".

¹⁷ VON LISZT, *Tratado...* Tomo II, p. 388

Debe contextualizarse esta concepción de la culpabilidad en un momento en que la pena era entendida por su función exclusivamente intimidatoria, de prevención general; en este sentido, la pena se concebía como un instrumento de coacción para influir en el momento de formación de la voluntad¹⁸. En consecuencia, solo podía existir culpabilidad en virtud de un *querer defectuoso*, pero no en virtud de un *defecto cognitivo o entendimiento defectuoso*¹⁹.

1.1.2. Imprudencia como error

La teoría del error fue una variante de la teoría intelectualista acabada de mencionar. Fue defendida principalmente por KLEINSCHROD en Alemania y ROSSI en Italia, a principios del s. XIX, y posteriormente adoptada por BERNER y KÖSTLIN²⁰. Köstlin fundamenta su teoría del error en las dos siguientes proposiciones: 1º) *que de la falta de saber ha de derivarse necesariamente el error*; y 2º) *que tal error ha de ser evitable para trascender en lo penal*²¹.

Esta concepción de la imprudencia fue mantenida en el s. XX por FERRER SAMA en España²², mientras que en Alemania fue adoptada por W. SAUER, afirmando que “la imprudencia es un caso del error, es decir, de exclusión del dolo, basando la existencia o no de imprudencia en la evitabilidad o no del error”²³.

Y aunque no pueda concebirse la imprudencia como error, y menos desde una perspectiva psicológica como la defendida por estas teorías, lo cierto es que en la imprudencia siempre concurre un error. Error porque aun cuando

¹⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia...*, p. 36.

¹⁹ *Id.*

²⁰ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed., Buenos Aires, 2013, p. 15.

²¹ KÖSTLIN, *System des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 165 (citado en QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa...*, p. 256).

²² FERRER SAMA, *El error en Derecho penal* (citado en CORCOY, *El delito imprudente*, p. 15).

²³ W. SAUER, *Allgemeiner Strafrechtslehre*, 2ª ed. Berlín, 1949, p. 179 (citado en CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*), p. 15.

objetivamente concurre un riesgo idóneo para lesionar un bien jurídico, el sujeto lo desconoce, incluso en la imprudencia consciente. En esta última, el sujeto conoce que existe un riesgo, pero, o cree erróneamente que puede evitarlo, o desconoce su exacta virtualidad.

1.1.3. Imprudencia como no previsión del resultado previsible

La teoría de la previsibilidad, defendida por VON LISTZ, se centra en la previsibilidad del resultado, en el sentido que la culpa es “la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad”²⁴; teoría que se basó en el concepto civil de culpa del Derecho romano. Así, la previsibilidad pasaría a ser el elemento *subjetivo de la culpabilidad*, que vendría a substituir al elemento *intencional* propio del dolo²⁵.

1.2. Concepciones de naturaleza normativa

Como se ha dicho, las concepciones psicológicas de la culpabilidad tienen problemas, precisamente, para explicar la imprudencia, pues no pueden hablar de conexión psicológica entre autor y resultado en los casos de imprudencia inconsciente, donde se desconoce la existencia de peligro²⁶. Por otro lado, tampoco ofrecía una respuesta satisfactoria en los casos de culpa consciente, pues el autor puede prever la existencia de riesgo sin que ello suponga inmediatamente que se infrinja la norma de cuidado²⁷. De este modo, entran en juego las concepciones normativas de la imprudencia, donde el momento del

²⁴ VON LISTZ, F., *Tratado...* Tomo II, p. 430.

²⁵ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 18.

²⁶ Esto lleva a varios autores a considerar impune la imprudencia inconsciente. Así ENGISCH, K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 2ª ed., Berlin, 1964, pp 38 ss. “la imprudencia inconsciente es así caracterizada a través del error, en consecuencia, todo intento de demostrar en ella un momento doloso está destinado al fracaso”.

²⁷ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 20.

deber se entiende constituido por la infracción del deber objetivo de cuidado, o mejor, de la norma de cuidado²⁸.

La concepción normativa de la culpabilidad supera los problemas político-criminales que acarrea la impunidad de la imprudencia inconsciente, al permitir reprocharle a alguien su conducta, aunque no llegara a darse cuenta de que podía causar un resultado²⁹. Asimismo, esta concepción supuso que la mera previsión del riesgo de lesión no fuera suficiente para imputar un resultado como imprudencia, pues entiende como necesaria la infracción de un deber de cuidado³⁰. Ello supuso que la tradicional distinción entre imprudencia consciente e inconsciente perdiera la relevancia que tuvo con la aceptación de las teorías psicológicas de la culpabilidad, pasando a ser la infracción de la norma de cuidado el elemento esencial del delito imprudente.

1.2.1. Deber de cuidado como elemento de la culpabilidad

Este planteamiento parte de que, para la constatación de la culpabilidad, es esencial la infracción del cuidado subjetivo, pues se fundamenta en que, el Derecho penal, para la evitación de un resultado lesivo, exige del hombre todo el esfuerzo de su poder individual, pero no más. De este modo, el Derecho penal conecta la culpabilidad con el sujeto concreto, siendo la medida de la culpabilidad del autor siempre individualizada³¹.

Otros autores mantienen una determinación objetivo-subjetiva del cuidado, realizando el examen de culpabilidad en dos niveles; primero, la infracción del cuidado objetivo exigido en el tráfico, y después, la infracción del cuidado exigible al autor. De esta forma se consigue que la infracción del deber objetivo de

²⁸ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente*, pp. 21, 73 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia...*, p. 35.

²⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia...*, p. 45.

³⁰ *Id.*

³¹ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 21.

cuidado no resulte automáticamente en la culpabilidad del autor, sino que debe también atenderse a las circunstancias individuales de cuidado que le correspondían, quedando libre de reproche cuando no haya lesionado el cuidado subjetivo³². FEUERBACH se consolida como el más importante defensor de esta teoría, encontrando la fundamentación de la imprudencia en el elemento normativo de la *obligatio ad diligentiam*. Esta norma consiste en la obligación de hacer u omitir todo aquello que, aún contra la voluntad del autor, pudiera dar lugar a un resultado antijurídico³³.

Estas doctrinas coinciden en que el injusto del delito imprudente se agota en la realización del resultado descrito en el tipo legal, de modo que una acción cuidadosa que causa un resultado es antijurídica, aunque no sea culpable³⁴. La diferencia esencial entre ambos modelos es que, mientras que, para los defensores de la determinación subjetiva del cuidado, el cuidado subjetivo fundamenta la responsabilidad penal, para los defensores de la determinación objetivo-subjetiva del cuidado, el cuidado subjetivo *limita pero no fundamenta* la responsabilidad³⁵.

1.2.2. Deber de cuidado como elemento de la antijuridicidad

ENGISCH, a partir de la teoría de las normas de BINDING, plantea la necesidad de trasladar el deber de cuidado al tipo, entendiendo que la norma de determinación no puede prohibir resultados, sino conductas; en este caso, la inobservancia del debido cuidado³⁶. El fundamento parte de la concepción de la norma penal como norma de determinación, entendiendo que solo ésta puede *motivar*

³² *Id.*, p. 22.

³³ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia...*, p. 40.

³⁴ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 25.

³⁵ *Id.*, p. 26.

³⁶ ENGISCH, K., *Untersuchen...*, p. 344.

*razonablemente a un comportamiento jurídicamente obligado*³⁷. En este sentido, destaca ROXIN que “si se parte de la idea de que todos los modos de conducta punibles o al menos los delitos comisivos se basan en una acción final, entonces es imposible reducir al resultado el tipo de los delitos imprudentes”³⁸. Así, la norma penal, concebida como norma de determinación, ya no se encargaba de prohibir causaciones de resultados, sino conductas³⁹. De este modo, el elemento normativo de la imprudencia, es decir, la observación del cuidado necesario en el tráfico, excluía ya la antijuridicidad, y no solamente la culpabilidad⁴⁰.

ENGISCH formula su concepto de cuidado necesario en el tráfico entendiéndolo como la *omisión de aquellas acciones que ocasionan un resultado de forma no improbable*, o bien el *llevar a cabo aquellas acciones que en una situación en la que hay que esperar el resultado con una probabilidad segura, son apropiadas para evitarlo*⁴¹. Así, ENGISCH desarrolla los siguientes tres criterios: cuidado como omisión de acciones peligrosas, cuidado como comportamiento externo correcto en supuestos de riesgos tolerados y cuidado como cumplimiento del deber de información y preparación⁴².

Con la constante intención de limitar la responsabilidad por la mera causación de un resultado, la doctrina fue desarrollando, ya en el injusto, la previsibilidad objetiva⁴³. De este modo, la previsibilidad objetiva y el juicio de adecuación

³⁷ Jakobs, G., *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, 1972, p. 7. Ampliamente, sobre la función de motivación de la norma, MIR PUIG, DP, PG, pp. 69 ss, entiende que en el Estado social y democrático de Derecho que impone la Constitución, el Derecho penal ha de servir de instrumento jurídico democráticamente limitado con el que *dirigir* la vida social. Las normas primarias, por tanto, están destinadas a influir en el proceso de *motivación* del ciudadano, prohibiéndole delinquir.

³⁸ ROXIN, C., *Derecho penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (trad. Y notas de la 2ª ed. alemana a cargo de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, de Vicente Remesal), 5ª reimp., Madrid, 2008, pp. 997-998.

³⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia...*, p. 51.

⁴⁰ *Id.*, p. 53.

⁴¹ ENGISCH, K., *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tubinga, 2021, p. 53.

⁴² Vid infra. Capítulo Primero II.1.

⁴³ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia...*, p. 57.

cumplen una función coincidente: limitar la responsabilidad penal por pura causación de un resultado lesivo con criterios objetivos como la probabilidad o la experiencia general⁴⁴. Se desarrolla la idea de que no es suficiente con que se pueda prever el resultado típico, sino que es preciso determinar qué riesgos se deben evitar debido a su potencialidad lesiva⁴⁵. De este modo, los partidarios de la teoría de la adecuación se van dando cuenta de que en los tipos de resultado es necesario diferenciar un momento *ex ante* de un momento *ex post*, siendo necesaria la utilización de un pronóstico posterior objetivo conforme a un observador imparcial en la situación anterior a la comisión del hecho, con la finalidad de separar la causación penalmente relevante de la irrelevante. Por consiguiente, solo están prohibidas las conductas que encerraban una tendencia lesiva desde un punto de vista *ex ante*⁴⁶. Esto evidenció que si algo no se encuentra prohibido u obligado antes de actuar, no pasa a estarlo posteriormente simplemente porque dé lugar a la aparición de un resultado⁴⁷. De este modo, el tipo de injusto deja de ser uno puramente causalista para empezar a ser un juicio sobre *los riesgos que se debían planificar en la vida social*.

Comienza a cobrar relevancia en este momento la pregunta sobre la medida de del juicio de peligro, es decir, desde qué perspectiva se realiza ese juicio de peligro. Mientras que algunos sectores optan por una medida objetiva y otros por una medida subjetiva, la doc.may. ha optado por una posición mixta subjetivo-objetiva, por entender que resulta político-criminalmente más satisfactoria⁴⁸. Así, debe determinarse el deber objetivo de cuidado colocando mentalmente a un espectador objetivo en la situación del autor, dotado además con todos los

⁴⁴ *Id*, p. 57.

⁴⁵ *Id*, p. 58.

⁴⁶ MIR PUIG, S., *DP, PG*, pp. 164 ss., quien defiende la necesaria utilización del punto de vista *ex ante*, pues si la función del Derecho penal es evitar los resultados típicos, esto solo puede lograrlo desvalorando y, en su caso, prohibiendo conductas humanas cuya capacidad para producir aquellos resultados pueda ser apreciada en el momento de ir a realizarlas y mientras no ha concluido su realización.

⁴⁷ *Id*, p. 60.

⁴⁸ *Id*, p. 61.

conocimientos especiales de que disponga el autor concreto⁴⁹. En la medida en que el autor conociera más de lo que podría conocer un espectador objetivo, esos conocimientos debían ser tenidos en consideración⁵⁰.

ENGISCH también profundiza en el elemento de la realización del riesgo, como absoluto precursor de la teoría de la imputación objetiva, entendiendo que no solo se exigía la creación de un riesgo de muerte o lesiones, sino que precisamente se demostrara con una perspectiva *ex post* que ese riesgo y no otro era el que se había realizado en el resultado⁵¹. A esto lo denomina realización del riesgo no permitido, entendiendo, además, que la norma penal prohíbe solo cierto tipo de riesgos, los no permitidos⁵².

Algunos autores, como WELZEL y JESCHECK⁵³, consideran que solo el deber objetivo de cuidado se adscribe al injusto, mientras que el deber subjetivo de cuidado pertenece a la culpabilidad. Para WELZEL, el aspecto objetivo de la acción era el mismo en el delito doloso y en el delito imprudente, por lo que las diferencias se dan en el elemento subjetivo de la acción⁵⁴. Además, entiende el cuidado necesario en el tráfico, no de forma sociológica o estadística, sino en sentido normativo; es decir, el cuidado que el ordenamiento jurídico-penal determina que se ha de observar.

Frente a la finalidad actual que caracteriza a los delitos dolosos, WELZEL entiende que la imprudencia encierra una finalidad potencial o falta de una mejor dirección final para evitar el resultado⁵⁵. Esta finalidad potencial es fuertemente criticada por NIESE, entendiendo que la finalidad potencial no es finalidad, y la afirmación

⁴⁹ MIR PUIG, S., *DP, PG*, p. 299. En el mismo sentido, CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 200 ss.

⁵⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia...*, p. 63.

⁵¹ *Id*, p. 66.

⁵² A este respecto, vid. *Infra*, Capítulo Primero, II.4.

⁵³ JESCHECK, H., *Tratado...* Tomo II, p. 778 ss.

⁵⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia...*, p. 73.

⁵⁵ *Id*, p. 76.

de que se habría podido evitar un resultado mediante una actividad final, conlleva la constatación de que el autor no ha actuado en realidad finalmente⁵⁶. De este modo, la finalidad potencial no era más que la no ejecución de lo prescrito por la norma, y ello hacía que el concepto de acción en el ámbito del delito imprudente no estuviera determinado ontológica sino normativamente⁵⁷.

NIESE pasa a considerar que la imprudencia es un supuesto de falta de conocimiento actual del tipo y el fundamento del desvalor se encuentra en que el autor habría conocido la realización del tipo si hubiera actuado con el cuidado correspondiente a un correcto participante en el tráfico, teniendo en cuenta las capacidades personales del autor y las circunstancias del caso concreto⁵⁸. En la imprudencia, por tanto, la finalidad se dirige hacia un fin que no es el resultado típico⁵⁹. El fundamento de la imprudencia, entiende NIESE, se encuentra en que el autor persigue un fin penalmente irrelevante no cumpliendo el cuidado obligado en el tráfico⁶⁰.

FEIJOO⁶¹ objeta los siguientes aspectos al desarrollo de NIESE:

a) el injusto sigue teniendo un fundamento del desvalor para el delito doloso y otro para el delito imprudente: o bien es finalidad desaprobada (dolo) o es una infracción contra la norma de cuidado (imprudencia), pero se comienza a evidenciar la división irreconciliable entre el ámbito del delito doloso y el ámbito del delito imprudente.

⁵⁶ Niese, W., *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tubinga, 1951, p. 43.

⁵⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia...*, p. 78.

⁵⁸ NIESE, W., *Finalität...*, p. 50.

⁵⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia...*, p. 78.

⁶⁰ NIESE, W., *Finalität...*, p. 60.

⁶¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia...*, p. 79 ss.

b) la finalidad ya no sirve como criterio de imputación válido para todos los tipos de resultado, pues en el ámbito de la imprudencia no se desvalora la finalidad perseguida por el autor, sino el haber infringido su deber de cuidado -imputación estrictamente normativa-

c) que si la posibilidad de evitar no depende de lo que el individuo pueda o no pueda, sino de lo que el Derecho considera que debe o no debe hacer, las posibilidades subjetivas de cumplir con el deber de cuidado quedan indeseablemente desplazadas a la culpabilidad.

d) que al autor imprudente no se le reprocha lo que ha hecho, sino lo que ha omitido, siendo que el desvalor de la acción imprudente reside en la omisión de una mejor dirección final exigida por el Derecho.

Al hilo de las críticas recibidas, WELZEL replantea su teoría de la acción final en el injusto imprudente, entendiendo ahora que el objeto de la finalidad relevante en el tipo imprudente consiste en los *medios elegido y empleados para conseguir un determinado fin irrelevante para el Derecho penal*⁶². El tipo de injusto imprudente pasa a fundamentarse en la no prestación de un cuidado necesario en el tráfico para preservar bienes jurídicos, cuidado que el autor podía haber prestado con una mejor orientación de la finalidad⁶³. La teoría del injusto personal defendida por WELZEL queda así dividida en tres partes:

⁶² WELZEL, H., *DP, PG*, p. 37 ss.

⁶³ WELZEL H., *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Göttingen, 1951, p. 69. En palabras del autor: "los delitos culposos se basan también en que la acción humana es una obra: la voluntad que partiendo del fin selecciona los medios de la acción, necesarios para la consecución del mismo, tiene que atender también en la selección y utilización de los medios a las consecuencias que éstos puedan producir, junto al fin o en su lugar. En este punto interviene el ordenamiento jurídico y ordena que en la realización de toda acción que pueda tener como consecuencia (no querida) la lesión de un bien jurídico, se observe el cuidado necesario en el tráfico para evitar dichas consecuencias".

- a) Un grupo de normas prohíben la producción final de un resultado interesada por el ordenamiento. Las conductas que infringen estas normas son delitos dolosos comisivos.
- b) Un segundo grupo de normas desvalora los medios utilizados a la hora de realizar la acción, siendo indiferente el objetivo perseguido por el autor. No se desvalora el fin de la acción, sino la ejecución final concreta. Se trata de normas que obligan a hacer uso del cuidado exigido en el tráfico. Las conductas que infringen estas normas son delitos imprudentes.
- c) Los delitos omisivos consisten también en no cumplir con la acción obligada por la norma.

El deber objetivo de cuidado se corresponde dentro de esta construcción del tipo de injusto imprudente con el comportamiento que una persona razonable y cuidadosa habría emprendido en la misma situación del autor. El contenido del cuidado objetivo en el caso concreto se determina de acuerdo con un punto de vista que WELZEL denomina *intelectual* -previsibilidad objetiva- y otro que denomina *normativo* -riesgo permitido-⁶⁴.

2. La norma de cuidado

La posición que aquí se defiende y tratará de desarrollarse en este Capítulo es aquella para la cual el elemento esencial del delito imprudente reside en la *infracción de la norma de cuidado*, ubicada en el tipo, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo. Esta norma de cuidado, como elemento integrante del tipo imprudente, es una *norma de determinación* que persigue la evitación de lesiones de bienes jurídicos motivando a los ciudadanos a no realizar conductas constitutivas de delitos⁶⁵. De acuerdo con el planteamiento de CORCOY, la norma

⁶⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia...*, p. 87.

⁶⁵ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 55.

se conforma de acuerdo con el cuidado general exigible para evitar la realización de conductas que crean o incrementan riesgos de forma penalmente relevante, o la no realización de una prestación positiva estimada *ex ante* como necesaria para la salvaguarda de un bien jurídico⁶⁶.

La norma de cuidado como aquí se defiende es una norma general con una función sustantiva, mientras que el cuidado tiene una función adjetivadora. En palabras de CORCOY, “aquello que a ti (por la norma general) se te ordena (imperativo) o permite, tú tienes, en tanto sea posible, realizarlo correctamente”⁶⁷. Se trata de la traslación al Derecho penal del principio del derecho romano *neminem laedere*⁶⁸. La norma de cuidado, por tanto, en cuanto a norma general, es la prevista en los diferentes tipos penales imprudentes en la parte especial del Código Penal.

La norma origina un objetivo y concreto deber jurídico, cuya lesión ha de evitar el sujeto que actúa. La norma es un deber general fuera del tiempo para todos; el deber jurídico es ese deber para ese determinado autor en un determinado momento⁶⁹. El deber de cuidado es un deber intelectual general, que no está orientado de forma inmediata al ordenamiento; el deber de cuidado es un deber adicional de todo deber jurídico, y ordena: “tú tienes que cumplir las reglas lógicas de pensamiento para tener conocimiento del significado objetivo actual de la acción proyectada”⁷⁰.

En la concepción de imprudencia aquí defendida, se infringe la norma de cuidado general y la acción es injusto cuando la forma de conducta emprendida y realizada conduce, como consecuencia de la lesión del cuidado, a la realización no querida ni conocida de un resultado penalmente relevante. De este modo, se

⁶⁶ *Id*, p. 56.

⁶⁷ *Id*, p. 60.

⁶⁸ Daunis Rodríguez, A., *La graduación de la imprudencia*, 1ª ed., Navarra, 2020, p. 57.

⁶⁹ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 62.

⁷⁰ *Id.*, p. 63.

obliga al sujeto actuante a conocer exactamente las consecuencias de su conducta.

La distinción esencial del tipo imprudente con el tipo doloso es el conocimiento que tiene el destinatario de la norma de la eficacia lesiva para el bien jurídico protegido del peligro por él creado. En supuestos imprudentes, o no se conoce, siendo cognoscible, la efectividad del riesgo o, si se conoce, se cree posible la evitación del resultado penal, con lo que, en ambos casos, la dirección de la conducta no estará orientada a la realización típica sino, por el contrario, a evitar que ese riesgo creado se plasme en una efectiva lesión. Así, el distinto contenido de injusto de un homicidio imprudente y uno doloso es consecuencia del distinto contenido de la norma infringida en uno y otro caso.

De este modo, la norma que prevé el homicidio doloso comisivo afirmará: “tú no tienes que crear riesgos orientados a causar la muerte”, mientras que la del homicidio imprudente expresará: “tú no tienes que crear riesgos que sean eficaces para causar la muerte”.

La consecuencia de esta distinta formulación es doble⁷¹:

Por un lado, en el homicidio doloso la realización típica se va desarrollando a lo largo del proceso hasta el momento de la producción del resultado, mientras que, en el imprudente, la realización típica se materializa en el momento en que se infringe una norma de cuidado que crea un riesgo adecuado de muerte. Es decir, el homicidio imprudente se imputará a la conducta que infringe el cuidado, con independencia del momento en que se acabe produciendo el resultado⁷².

⁷¹ *Id.*

⁷² *Id.*, p. 65.

Por otro lado, la diferente formulación de la norma tiene consecuencias también en lo relativo a la función de motivación que se adscribe a la norma penal, pues todo sujeto que se comporta peligrosamente piensa que la prohibición de la causación imprudente de un resultado lesivo, no va con él, que de su comportamiento negligente no va a derivarse un delito de lesión⁷³. En este sentido debe recalcar que, para el injusto imprudente, lo relevante no es que el autor haya advertido el peligro, sino la posibilidad y el deber de advertir ese peligro⁷⁴.

La calificación de un riesgo como típicamente relevante es fruto de un juicio de imputación a través del cual se atribuye a una conducta el carácter de realización de un tipo. Para poder realizar este juicio de atribución y probar la existencia de infracción de la norma de cuidado, será necesario atender a las circunstancias concurrentes y a los conocimientos y capacidades del autor en el caso concreto. Los condicionamientos externos de la situación y los propios del sujeto son los que determinarán los deberes de cuidado que concurren en el supuesto determinado. La distinción entre norma de cuidado y deber de cuidado permite, como afirma CORCOY, obviar las críticas a la consideración del poder individual del autor en la antijuridicidad y, por otro, distinguir entre norma penal como norma de cuidado, y reglas técnicas, que integrarán en cada caso el contenido del deber de cuidado exigible al autor.

La norma de cuidado es, como se defiende aquí, el elemento nuclear del tipo imprudente, es decir, la norma penal. El sujeto infringe la norma de cuidado cuando infringe el deber objetivo y subjetivo de cuidado. La infracción de la norma de cuidado es el fundamento de la creación de un riesgo típicamente relevante. El presupuesto de la imputación es la creación del riesgo típicamente relevante y el fundamento de este presupuesto es la infracción de la norma de cuidado. Por ello, no será suficiente con que la conducta cree un riesgo de lesión

⁷³ Gimbernat Ordeig, E., *¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?*, Lima, 2009, p.124.

⁷⁴ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p.67.

de un bien jurídico, sino que es necesario que, además, ese riesgo sea consecuencia de la infracción de la norma de cuidado. Solo en ese caso será un riesgo penalmente relevante⁷⁵.

Este presupuesto de imputación es, por tanto, la existencia de un riesgo determinable *ex ante* en la conducta del autor. Y ello supone, a su vez, la expresión de un juicio de probabilidad, en el sentido de un aumento de las *posibilidades de producción del resultado lesivo*.

Este juicio se lleva a cabo *ex ante* por el juez o Tribunal, dotado del conocimiento de las circunstancias concurrentes en el hecho y de las capacidades del autor. La relevancia típica de la conducta surge de la constatación de la infracción de la norma de cuidado. Así, la infracción de la norma de cuidado determina la existencia de un riesgo típicamente relevante atribuible al autor.

3. Estructura de la norma de cuidado

La infracción del deber no proviene de la no adopción de las medidas de cuidado, sino de actuar sin haberlas adoptado⁷⁶. La determinación de la norma de cuidado solo es posible cuando previamente se concreta el contenido del deber de cuidado objetivo y subjetivo.

La determinación de la norma de cuidado se realizará de acuerdo con el baremo del hombre medio, tanto del cuidado objetivo como del subjetivo, y la determinación individual se llevará a cabo atendiendo al poder individual del autor, ya sea del cuidado objetivo o del subjetivo⁷⁷.

⁷⁵ *Id*, p. 324.

⁷⁶ Paredes Castañón, J., *El riesgo permitido en el Derecho penal*, Madrid, 1994, p. 146 ss.

⁷⁷ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 70; MIR PUIG, S., *DP, PG...*, p. 297.

La forma de conducta adecuada está condicionada por la situación concreta, y por ello, es solo *relativamente adecuada*. Para ilustrar este aspecto, CORCOY⁷⁸ propone el siguiente ejemplo:

Cinco calles que convergen en un cruce sin semáforo y en cada calle un conductor distinto: A, ganadora de un gran premio de velocidad; B, bombero que se dirige a apagar un fuego; C, taxista con diez años de experiencia; D, señor mayor corto de vista; E, conductor en prácticas. El choque solo se evitará cuando cada uno adopte una forma de conducta que armonice con las demás. A puede confiar en su especial habilidad y cruzar; B, poner la sirena; C, disminuir la velocidad y cruzar lentamente; D ha de tener el cuidado previo de conducir con gafas y luego actuar del mismo modo que C; E ha de realizar dos conductas previas (obtener el permiso del profesor y seguir sus indicaciones) y llevar a cabo la conducta de C y D.

Esta argumentación, continúa la autora, permite advertir que supone una incongruencia fundamentar el cuidado exigible objetivamente como elemento del injusto, y mantener, en cambio, el subjetivamente exigible en la culpabilidad, pues se trata de una evidente disociación arbitraria de los elementos objetivos y subjetivos de la conducta.

Se configura de este modo el cuidado subjetivo como *regla de pensamiento* que exige una consideración completa de las circunstancias que en el momento de la realización de la conducta estaban a disposición del autor. Debe entenderse por eso una *directriz normativa* para la formación de una correcta representación de la situación objetiva y para la previsión de las consecuencias causales de las diversas formas de conducta posibles en la concreta situación⁷⁹.

⁷⁸ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 71.

⁷⁹ *Id.*, p. 72.

Por su lado, el cuidado objetivo nos indica la forma en que ha de comportarse el sujeto para que su conducta se caracterice como correcta⁸⁰. El cuidado objetivo podrá consistir en:

- *Actuar de una forma determinada*, es decir, exigencia de una actuación prudente en situaciones peligrosas
- *Adquirir unos conocimientos previos antes de actuar*, configurándose el cuidado objetivo en no emprender la conducta peligrosa sin esos conocimientos necesarios cuando comporte un riesgo penalmente relevante
- *No actuar cuando no sea posible hacerlo atendiendo al cuidado objetivo*, esto es, omitir acciones externas que son adecuadas para causar el resultado típico

4. Sistemas de incriminación

4.1. Sistema de *numerus apertus*

El sistema de incriminación de *numerus apertus*, acogido en nuestro ordenamiento jurídico hasta la aprobación del Código Penal de 1995, acogía el modelo de *crimen culpae*, como una especie autónoma de delito imprudente, que suponía castigar el comportamiento imprudente como un solo delito con independencia de los resultados que hubiese producido y las normas que hubiese infringido⁸¹.

⁸⁰ *Id.*, p. 73.

⁸¹ *Daunis Rodríguez, A., La graduación de la imprudencia...*, p. 23. En el mismo sentido, desarrolla ROMEO CASABONA que, si un conductor imprudente colisiona con otro vehículo y se produce la muerte de uno de sus ocupantes, lesiones en otros dos y daños en el vehículo, la jurisprudencia castigaría por un solo delito de imprudencia (temeraria o simple) con resultado de una muerte, dos lesiones corporales y daños. ROMEO CASABONA, C., «Los delitos culposos en la reforma penal», *ADPCP*, Tomo 43, Fasc. 2, 1990, p.46.

QUINTANO RIPOLLÉS se mostraba partidario de este sistema de incriminación, entendiendo que “en ausencia de un criterio rigurosamente técnico de determinación a priori de lo culposo, que a todas luces falta en doctrina como en praxis, el arbitrio del legislador no creo ofrezca ventaja alguna de ningún orden sobre el del juzgador”⁸². COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, por su parte, critican la tendencia práctica de jueces y Tribunales de calificar como dolo eventual lo que en su caso calificarían de imprudencia si el Código Penal lo permitiera⁸³.

Este sistema de incriminación fue objeto de numerosas críticas, especialmente por la gran inseguridad jurídica que generaba, permitiendo que cualquier tipo de comportamiento fuese castigado por imprudencia, lo que en muchos casos era inviable en la práctica⁸⁴. TORÍO LÓPEZ advirtió ya la necesidad de distinguir entre *posibilidad conceptual* y *posibilidad jurídica* de castigar ciertas conductas imprudentes, entendiendo que el sistema de *numerus apertus* generaba una grave inseguridad, “que ha de considerarse como un residuo adverso a la función de garantía de los tipos y un motivo de oscuridad respecto a la vigencia real del principio *nullum crimen sine lege*”⁸⁵.

SILVA SÁNCHEZ también critica fuertemente este sistema de incriminación por no discriminar aquellos tipos penales que salvaguardan los bienes jurídicos más importantes, lo que supondría un atentado a los principios de fragmentariedad, lesividad e intervención mínima del Derecho penal, pues la menor gravedad de la imprudencia debería conllevar necesariamente una menor reacción penal que

⁸² QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa...*, p. 223 ss.

⁸³ COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Valencia, 1996., p. 637 ss.

⁸⁴ *Id.* En el mismo sentido, COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T., *DP, PG...*, p. 637.

⁸⁵ TORÍO LÓPEZ, A., «El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos», *ADPCP*, Tomo 27, Fasc. 1, 1974, p.53. En el mismo sentido, DE VICENTE REMESAL, J., «La regulación de la imprudencia en el Código penal», *RXG*, nº 23, 1999, p. 18, criticaba la gran inseguridad jurídica que suponía el sistema de *numerus apertus*, pues no era posible concretar de forma clara qué tipos eran susceptibles de comisión en forma imprudente, dando un margen inmensamente amplio al arbitrio judicial.

en las agresiones guiadas por dolo⁸⁶. Por ello la doc.may. apostaba ya por el avance hacia un sistema de *numerus clausus* que reserve la sanción penal a los atentados imprudentes contra los bienes jurídico-penales más esenciales, siendo estos excepcionales, y relegando la prevención y reparación de los ataques imprudentes a otros bienes jurídicos menos esenciales al derecho civil o administrativo⁸⁷.

4.2. Sistema de *numerus clausus*

El Código Penal de 1995 acoge, por fin, un sistema cerrado en la concepción de *crimen culposa*, seleccionando en la parte especial qué tipos penales deben castigarse en su modalidad imprudente, y eliminando así cualquier cláusula general de incriminación como las previstas en el sistema anterior.

Este sistema de incriminación cumple mejor con el *principio de taxatividad*, cumpliendo el mandato de determinación no solo en el tipo objetivo del delito, sino también en el tipo subjetivo. Por otro lado, la excepcionalidad de la incriminación por imprudencia responde mejor al menor desvalor de los hechos imprudentes.

Antes de la adopción por el CP de este sistema de incriminación, había jurisprudencia que aconsejaba dejar atrás el sistema de *numerus apertus*. Así, la STS de 4 de noviembre de 1989 (Ponente Delgado García):

“Se han utilizado también otros argumentos en contra de la punición por imprudencia de estos delitos, como el carácter de *ultima ratio* propio del Derecho Penal que aconseja la intervención mínima de la sanción penal, la cual sólo debe utilizarse en relación a hechos de

⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, J., «El Sistema de incriminación de la imprudencia y sus consecuencias», *CDJ*, nº 27, 1996, p. 52.

⁸⁷ MIR PUIG, S., *DP, PG...*, p.292.

notoria gravedad o importancia que son los únicos que han de tipificarse como delitos o faltas, argumento que parece dirigido más al legislador en orden a una posible modificación del CP, que al juez, quien conforme al principio de legalidad debe atenerse al derecho constituido.

También se ha dicho que esta incriminación culposa abierta, que permite en general el castigo de todos los delitos dolosos por imprudencia, crea inseguridad jurídica, y que sería preferible otro sistema de específicas tipificaciones imprudentes que contribuiría a dar mayor claridad al tema, y este argumento parece acertado, pero lo mismo que el anterior hay que estimarlo dirigido al legislador para que adopte las normas penales en orden a una mayor perfección técnica con una más perfecta realización del referido principio de legalidad”.

Apuntan algunos autores que el principio de intervención mínima obliga a una doble restricción, seleccionando, por un lado, aquellos comportamientos imprudentes que afectan a bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad física, salud) y castigando, por otro, sólo las infracciones de la diligencia debida más importantes⁸⁸: “la penalización indiscriminada de todo comportamiento imprudente, cualquiera que sea el bien jurídico al que afecte o independientemente del resultado que produzca, supondría una enorme inflación del Derecho penal y una paralización de la vida social”⁸⁹.

En cuanto a qué criterios ha de seguir el legislador para prever la posibilidad de comisión imprudente de un delito, suele hacerse referencia a varios. Primero, y el más esencial, a la importancia del bien jurídico protegido. En este sentido, bienes jurídicos como la vida o la integridad física requerirán de protección jurídico-penal no solo ante conductas dolosas, sino también imprudentes. Por

⁸⁸ MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *DP, PG...*, p. 268 ss.

⁸⁹ MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *DP, PG...*, p. 269. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, J., *CDJ*, p. 60.

otro lado, también se hace referencia a criterios de necesidad de pena, insuficiencia de mecanismos extrapenales para la contención de delitos, o inquietud social ante determinados fenómenos⁹⁰. En este sentido, afirma Silva Sánchez que “el respeto al principio de fragmentariedad en materia de incriminación de delitos imprudentes debería conducir, sin duda alguna, a la tipificación de la modalidad imprudente de los delitos de homicidio y lesiones, y quizá de otros delitos como incendios o estragos. (...) Más allá de ahí, por el contrario, la procedencia de la incriminación imprudente de otros delitos, como los daños, es mucho más discutible”⁹¹.

Y, sin embargo, el actual ordenamiento penal castiga la comisión por imprudencia de los siguientes tipos de la parte especial:

- Homicidio (art. 142 CP)
- Aborto (art. 146 CP)
- Lesiones (art. 152 CP)
- Lesiones al feto (art. 158 CP)
- Alteración de genotipo (art. 159.2 CP)
- Sustitución de niños (art. 220.5 CP)
- Insolvencia punible (art. 259.3 CP)
- Daños (art. 267 CP)
- Blanqueo de capitales (art. 301.3 CP)
- Delito contra la salud de los trabajadores (art. 317 CP)
- Daños sobre el patrimonio histórico (art. 324 CP)
- Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 331 CP)
- Delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos (art. 332.3 CP; 334.3 CP)
- Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 344 CP; 345.3 CP)
- Estragos (art. 347 CP)

⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, J., *CDJ*, p. 61.

⁹¹ *Id.*

- Incendio (art. 358 CP)
- Delitos contra la salud pública (art. 367 CP)
- Falsedad de autoridad o funcionario público (art. 391 CP)
- Prevaricación judicial (art. 447 CP)
- Deslealtad profesional del abogado (art. 467.2 CP)
- Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la libertad individual (art. 532 CP)
- Financiación del terrorismo (art. 576.4 CP)
- Colaboración con organizaciones o grupos terroristas (art. 577.3 CP)
- Revelación de secretos oficiales o información reservada (art. 601 CP)
- Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (art. 615 bis.2 CP)
- Contrabando (art. 2.5 Ley 12/1995 Represión del Contrabando)
- Delito de imprudencia en el tráfico aéreo (art. 65 Ley 209/1964 Penal y Procesal de la Navegación Aérea)
- Delito por abuso de autoridad o falsedad en elecciones (art. 140 Ley 5/1985 Régimen Electoral General)

La imparable expansión del Derecho Penal se ve plasmada en la incriminación por imprudencia de los tipos de la parte especial, que ni siquiera se limita a los delitos previstos en el Código Penal, sino que se infiltra también en leyes penales especiales. Los principios de fragmentariedad y *ultima ratio* que venían a justificar la adopción de un sistema de incriminación cerrado dejan paso, de este modo, al creciente punitivismo del ordenamiento penal.

Ello permite también poner de relieve que, aun cuando formalmente se respeta, aunque sea en parte la taxatividad, no se respeta ni el principio de *ultima ratio* ni el de fragmentariedad. Y señalo que sólo se respeta la taxatividad en parte porque la forma en que se tipifican los delitos imprudentes es abierta. Se crea un precepto que posibilita castigar indiscriminadamente los delitos previstos en el correspondiente capítulo, reduciendo la pena en uno o dos grados.

Así mismo, la actual previsión de delitos imprudentes permite castigar hechos que nunca fueron castigados con el sistema de *numerus apertus*. En sentido opuesto, en algunos supuestos en los que concurre un error sobre el riesgo creado u omitido sólo caben dos soluciones: absolver o condenar por dolo. Y, en realidad, solo cabe una: absolver. En los casos en que no existe la posibilidad de sancionar por vía administrativa, mercantil, civil o laboral, ello supone la impunidad, lo que puede estar detrás de la actual ampliación del concepto de dolo.

II. DEBER OBJETIVO DE CUIDADO

El deber objetivo de cuidado es el *aspecto objetivo* de la norma de cuidado, un concepto normativo que conlleva, por un lado, la no realización de conductas que generan riesgos no permitidos para bienes jurídicos, y, por otro, adoptar las cautelas necesarias para evitar que la conducta de riesgo acabe materializándose en un resultado lesivo para el bien jurídico protegido.

Ejemplifica JAKOBS que “en el ámbito de la comisión no se prescribe el manejo cuidadoso de cerillas, sino que se prohíbe un manejo descuidado; no existe un deber de manejar”⁹².

La punición por imprudencia no depende únicamente de la previsibilidad o la evitabilidad, “sino de una característica adicional, consistente en la infracción de un deber general de cuidado, impuesto por el ordenamiento jurídico en la realización de acciones peligrosas para determinados bienes jurídicamente protegidos”⁹³.

En general, es el deber de cuidado el que delimita la actuación prudente ante situaciones peligrosas. El riesgo permitido determina la tipicidad de la conducta,

⁹² Jakobs, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlin, 1991, p. 384.

⁹³ TORÍO LÓPEZ, A., *ADPCP*, p. 26.

mientras que el deber de cuidado delimita qué conductas concretas deben desplegarse ante una situación peligrosa. En la práctica, es un observador imparcial -el juez o tribunal- el que debe valorar ante una situación peligrosa concretada en un daño para un bien jurídico, si el agente desplegó una conducta necesaria para evitar el resultado lesivo⁹⁴.

De este modo, si el sujeto adopta todas las medidas de cuidado, aunque el riesgo de lesión sea previsible, y pese a ello se produce el resultado desvalorado, no podría calificarse la conducta como imprudente, sino de caso fortuito o de riesgo permitido⁹⁵.

No obstante, de acuerdo con la concepción de tipo imprudente aquí mantenida, la infracción del deber objetivo de cuidado no fundamenta, por sí sola, la lesión de la norma de cuidado, siendo, por el contrario, preciso que concurra además el deber subjetivo de cuidado junto a la posibilidad de atribución del carácter típicamente relevante⁹⁶.

1. Modalidades del deber objetivo de cuidado

1.1. Cuidado como omisión de acciones peligrosas

Se trata de la forma más fácilmente imaginable de cuidado externo, la de omisión de acciones externas que son adecuadas para causar el resultado típico de un delito de resultado. Este deber consiste en comportarse *externamente* conforme a la norma de cuidado previamente advertida⁹⁷. La peligrosidad de estas acciones se decide a través de un juicio de adecuación por el espectador objetivo

⁹⁴ ANTÓN Y ABAJO, A., «Sucumbir a los sesgos. La imprudencia menos grave y la STS (Sala 2ª) 421/20, de 22 de julio de 2020», *DLL*, nº 9805, 2021, p. 4.

⁹⁵ LUZÓN PEÑA, D., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Valencia, 2016, p. 499 ss.

⁹⁶ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 75.

⁹⁷ MIR PUIG, S., *DP, PG...*, p. 298.

situado en el lugar del autor con todas las circunstancias cognoscibles mediante la experiencia⁹⁸.

Este juicio sobre la peligrosidad de la conducta es, precisamente, el contenido del cuidado interno, por lo que el deber objetivo de cuidado se configura, en estos casos, con un carácter meramente negativo⁹⁹. En estos supuestos, el cuidado externo obliga a no hacer.

En el supuesto en que el autor no tenga la suficiente capacidad¹⁰⁰, el deber objetivo de cuidado lo obliga también a no hacer, es decir, a no emprender la conducta peligrosa. La conducta peligrosa realizada por un sujeto no capacitado para ello se conoce como *culpa por asunción*¹⁰¹.

El autor podrá emprender la conducta peligrosa, y el deber objetivo de cuidado no lo obligará a no hacer sino a actuar prudentemente cuando se cumplan los tres requisitos siguientes¹⁰²:

1º. Imposibilidad de conseguir el fin ambicionado a través de una conducta no peligrosa.

2º. Que la conducta peligrosa aparezca como adecuada, *ex ante*, para lograr la finalidad de utilidad social.

3º. Que el autor tenga capacidad suficiente para realizar la conducta peligrosa con una probabilidad elevada de éxito.

1.2. Cuidado como actuación prudente en situaciones peligrosas

⁹⁸ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 132.

⁹⁹ *Id*, p. 133.

¹⁰⁰ Vid infra Capítulo Primero II.3.3.

¹⁰¹ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 135.

¹⁰² *Id*, p. 135.

Esta forma del cuidado es la que se configura en los delitos de comisión, como exigencia de una actuación prudente en situaciones peligrosas, con la máxima atención para evitar que el peligro se convierta en lesión¹⁰³. Ante la apariencia *ex ante* de una situación para el bien jurídico protegido, surge la pretensión de la norma de cuidado de su salvaguarda. El autor, en este sentido, realiza la acción indicada en una situación de peligro que tiene la obligación de controlar, eligiendo los medios apropiados con el fin de evitar la realización típica que amenaza¹⁰⁴.

Emprender la realización de una conducta peligrosa sitúa al actor en posición de garante respecto de ese peligro, entendiéndose que concurre al mismo tiempo una realización típica comisiva y omisiva, a solucionar como concurso de leyes, según el principio de subsidiariedad, dando prevalencia a la comisión¹⁰⁵.

No debe examinarse únicamente si el autor ha actuado correctamente o si ha actuado incorrectamente en el último momento, sino también si, en un momento anterior, habría realizado alguna clase de comportamiento apropiado para evitar la realización típica.

De acuerdo con la concepción de norma de cuidado aquí defendida, el contenido del deber de cuidado externo depende del contenido del cuidado interno, es decir, de lo que es cognoscible para el autor en un determinado momento sobre la peligrosidad de la conducta. Lo cognoscible para el autor no es, exclusivamente, lo que percibe sino lo perceptible para el espectador objetivo situado en el lugar con todas las circunstancias cognoscibles mediante la experiencia¹⁰⁶. Realizado el juicio sobre la peligrosidad de la conducta, habrá

¹⁰³ MIR PUIG, S., *DP, PG...*, p. 299.

¹⁰⁴ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 136.

¹⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, J, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, p. 206 ss. Apunta ROXIN, C, *DP, PG...*, p. 1000, que “al sujeto no se le reprocha haber omitido algo, sino el haber creado un peligro no amparado por el riesgo permitido y sí abarcado por el fin de protección del tipo, que se ha realizado en un resultado lesivo”.

¹⁰⁶ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 139.

que determinar el contenido del deber de cuidado bajo consideraciones de lo que pueda ser razonable exigir, pues no todo cuidado pensable es ya deber de cuidado, sino que deberá ser medido en función del significado de las especiales circunstancias¹⁰⁷.

1.3. Cuidado como cumplimiento de un deber de preparación e información

En estos supuestos, no es el incumplimiento de deberes previos lo que fundamenta la infracción del deber objetivo de cuidado, sino el emprender la conducta peligrosa sin esos conocimientos necesarios cuando comporte un riesgo penalmente relevante¹⁰⁸. No es necesario, por lo tanto, acudir a la estructura de la *actio libera in causa*, dado que lo relevante no es la falta de preparación o información, sino el haber emprendido una actividad peligrosa sin los requisitos previos¹⁰⁹.

Especial trascendencia tienen en esta modalidad del cuidado las imprudencias profesionales, con respecto a los deberes de información y preparación exigidos por la *lex artis* aplicable¹¹⁰.

2. Reglas técnicas

Entendemos por *reglas técnicas* aquellas disposiciones de carácter general, ya tengan naturaleza jurídica o extrajurídica, que cristalizan la experiencia consolidada en un sector de actividad, advirtiendo sus posibles riesgos y

¹⁰⁷ *Id*, p. 139.

¹⁰⁸ *Id*, p. 142.

¹⁰⁹ En contra, KAUFMANN, A., *Teorías de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, (trad. a cargo de Bacigalupo Zapater y Garzón Valdés), Buenos Aires, 1977, p. 42, entiende que este deber de preparación supone ya un deber de diligencia, que exige prueba previa con respecto a la acción que tiene a vista, solucionando estos casos de infracción de la incumbencia de preparación previa a través de la teoría de la imputación extraordinaria.

¹¹⁰ Propone MIR PUIG, S., *DP, PG...*, p. 298, el ejemplo del médico que deberá examinar el estado del paciente y su capacidad de resistencia antes de iniciar una intervención, lo que supondrá el deber de *consultar* su historial clínico.

marcando pautas de comportamientos para evadir dichos riesgos. Se trata de reglas establecidas “por regulaciones primarias penales o extrapenales que comportan una pre-valoración acerca de las condiciones óptimas del comportamiento para la evitación del resultado lesivo”¹¹¹. Entre las reglas técnicas de carácter jurídico hay que diferenciar entre reglas técnicas de carácter penal y de carácter extrapenal; entre las reglas técnicas extrajurídicas distinguiremos entre las normas privadas positivas (*soft law*) y la *lex artis*. Si bien estas reglas han recibido denominaciones muy diversas por la doctrina -deberes de cuidado genéricos, reglas generales de cuidado, criterios rectores de comportamiento-, se usará aquí únicamente la expresión *regla técnica* para evitar confusiones conceptuales.

En los distintos ámbitos del tráfico, las reglas técnicas se establecen para aquellos supuestos en que la experiencia general de la vida demuestra la gran probabilidad de que una acción de este tipo lesione efectivamente un bien jurídico¹¹². Y la ausencia de reglamentación específica para un determinado supuesto se suple por las *reglas de la experiencia general de la vida*¹¹³.

Las pautas de conducta previstas por una regla técnica, ya sea legal o de otra naturaleza, tienen un carácter indicativo: no son, por tanto, materia de prohibición penal. Las reglas técnicas constituyen el principio que sirve de guía orientativa sobre lo exigible en cada caso para determinar la existencia o no de realización típica. Son reglas que, a priori, en abstracto, parecen convenientes en orden a la evitación de lesiones a bienes jurídicos, pero su incumplimiento no tiene inmediata relevancia penal. En este sentido, sostiene CORCOY BIDASOLO¹¹⁴ que el argumento de base para la distinción entre reglas técnicas y deber objetivo de cuidado estriba en la imposibilidad de encontrar criterios generales que

¹¹¹ CHOCLÁN MONTALVO, J., «Deber de cuidado y riesgo permitido», *CDJ*, nº 3, 2002, p. 92.

¹¹² CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 76.

¹¹³ ARROYO ZAPATERO, L., *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, 1981, p. 134 ss.

¹¹⁴ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 79.

determinen el contenido del deber objetivo de cuidado. Una reglamentación, por perfecta que sea, sólo puede hacer referencia a los supuestos más usuales sin que sea posible tener en cuenta todos los peligros que puedan surgir. En la determinación del deber objetivo de cuidado se deberá atender a los distintos factores causales concurrentes junto con las circunstancias personales del autor, es decir, sus conocimientos y capacidades, ya sean superiores o inferiores. Esta imposibilidad de hallar fórmulas generales que configuren de contenido al deber objetivo de cuidado en el caso concreto, determina que la infracción de una regla técnica no implique, *per se*, la infracción del deber objetivo de cuidado y, en sentido contrario, que la observancia de la regla técnica no impida la posibilidad de infringir, pese a todo, el deber objetivo de cuidado¹¹⁵.

La equiparación de infracción de una regla técnica a la infracción de la norma de cuidado, o, en otras palabras, la afirmación de que de la inobservancia de las reglas técnicas se deriva, de forma inmediata, la realización típica de un hecho imprudente, es otra forma de aplicación del denostado criterio de *versare in re illicita*¹¹⁶. Del mismo modo que la infracción del deber objetivo de cuidado no basta para la infracción de la norma de cuidado, tampoco es suficiente para el deber objetivo de cuidado la existencia de alguna *regla técnica*¹¹⁷. Pero la jurisprudencia, no en pocas ocasiones, ha equiparado regla técnica a deber objetivo de cuidado, sin más consideraciones:

STS 17 noviembre 1992 (Ponente Soto Nieto): “[La imprudencia se caracteriza] por la infracción del deber objetivo de cuidado, traducido

¹¹⁵ Id, p. 81. De la misma opinión, JESCHECK, H., *Tratado...* Tomo II, p. 802; ROXIN, C., *DP, PG...*, p. 1001 ss., afirmando que lo que es peligroso *in abstracto* puede sin embargo no ser peligroso en el caso concreto. En contra, TORIO LÓPEZ, A., *ADPCP*, p. 29, entiende que “de existir preceptos jurídicos, ordenanzas de policía, reglamentos, instrucciones (...), serán por regla general, determinantes de la medida de cuidado exigida”.

¹¹⁶ En sentido similar, CONTRERAS, CHAIMOVICH, L., «Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, nº 25, 2018, p. 20; RODRÍGUEZ DELGADO, J., *El delito imprudente: una visión funcional desde el Código Penal Peruano*, 2ª ed., Lima, 2013, p. 133.

¹¹⁷ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 76.

en normas convivenciales y experienciales tácitamente aconsejadas y observadas en la vida social en evitación de perjuicios a terceros, o en normas específicas reguladoras y de buen gobierno de determinadas actividades que, por fuerza de su incidencia social, han merecido una normativa reglamentaria o de otra índole, en cuyo escrupuloso cumplimiento cifra la comunidad la conjuración del peligro dimanante de las dedicaciones referidas; hallándose en la violación de tales principios o normas socioculturales o legales, la raíz del elemento de antijuridicidad detectable en las conductas culposas o imprudentes, al provocarse la violación de las susodichas normas, exigentes en el deber de actuar de una forma determinada erigida en regla rectora de un sector actuacional”.

A su vez, el cumplimiento del deber objetivo de cuidado puede obligar a infringir una determinada regla técnica¹¹⁸. CORCOY propone el siguiente ejemplo¹¹⁹:

A, conduciendo atentamente, observa que saltándose un semáforo rojo no crea ningún peligro efectivo y evita, al mismo tiempo, que el coche que le sigue -del que ha advertido que no tiene tiempo de frenar- le envista por detrás.

En este caso, pese a infringir la regla técnica -detenerse en un semáforo en rojo- no se ha infringido el deber objetivo de cuidado ni, por tanto, la norma de cuidado.

Las reglas técnicas tienen su origen en una necesaria ponderación de los intereses en juego¹²⁰:

- La necesidad de la actividad de que se trate
- La cantidad de riesgo que supone el incumplimiento de ese deber

¹¹⁸ Esto es aceptado en cierto modo por ROXIN, C., *DP, PG...*, p. 1002, entendiendo que se trataría de una situación excepcional en el que “el respeto a las reglas de circulación en esa situación debiera conducir de modo absolutamente manifiesto a un accidente”.

¹¹⁹ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 82.

¹²⁰ *Id.*, p. 80.

- La merma en utilidad y eficacia de la actividad por la limitación derivada de la existencia de esa regla

En este sentido, propone CORCOY ilustrarnos con el siguiente ejemplo:

En la exigencia de utilización de cascos en la construcción se deberá examinar, por un lado, la cantidad y cualidad de los peligros que pueden eliminarse o disminuirse (lesiones o muerte por caída de objetos o por caída del sujeto debido al efecto de amortiguación del golpe como efecto del casco) por otro, las consecuencias negativas -mermas en la utilidad y eficacia del trabajo-, para el usuario -calor...- y el gasto para el constructor. Con lo que una ponderación de intereses nos indica claramente que “la no utilización de cascos” no estaría justificada por la “necesidad para la explotación”.

Existen algunas reglas técnicas de contenido indeterminado como “la diligencia, precaución y atención necesarias en el tráfico (art. 10.2 LSV)” o “la diligencia de un buen padre de familia (art. 1104 CC)” que pueden servir, únicamente, como baremos para determinar la medida de lo que se entiende por deber objetivo de cuidado en el caso concreto¹²¹. Sin embargo, no pueden concretar cuál será el deber objetivo de cuidado en el caso concreto por carecer de un mínimo contenido prescriptivo. Estas disposiciones, que no tienen el carácter indiciario que se predica de las reglas técnicas, se las denominará *principios rectores* del sector de actividad¹²².

2.1. Reglas técnicas jurídicas

¹²¹ *Id.*, p. 86.

¹²² En el mismo sentido, CONTRERAS, CHAIMOVICH, L., *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales...*, p. 8, afirma que “un gran número de reglas extrapenales prescinden de regular en detalle la conducta de sus destinatarios y se limitan a contener fórmulas globales que solo positivizan el principio *neminem laedere*. Al faltar exigencias de conducta concretas, no resulta posible deducir de tales reglas cuáles son los riesgos tolerados en cada caso”.

Son ejemplos de reglas técnicas las normas que rigen el tráfico viario (LSV), las de prevención de riesgos laborales (LISOS), las que regulan las condiciones de salud e higiene en la construcción (RD 1627/1997), o las específicas de cada sector.

Pero también son reglas técnicas de carácter penal, las conductas tipificadas en los artículos 316 CP (no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas) o 379 CP (conducir a velocidad superior en 60 km/h en vía urbana o 80 km/h en vía interurbana; conducir bajo la influencia del alcohol o drogas). El carácter penal de estas conductas no las eleva a deber de cuidado, sino permanecen como reglas técnicas, con la eficacia meramente indiciaria que se ha descrito¹²³.

Debe destacarse, además, que el art. 316 CP es, en realidad, una ley penal en blanco que únicamente remite a normas extrapenales en materia de seguridad laboral, por lo que no es parece aceptable entender que su contenido constituya un verdadero deber de cuidado. Más discutible es el caso del art. 379 CP, de mayor concreción normativa y para el que parece establecerse una presunción *iuris et de iure* de imprudencia ex art. 142.1 CP y 152.1 CP. No obstante, su infracción no puede ser suficiente para imputar un resultado de homicidio o lesiones imprudente, pues deberán tenerse en cuenta los demás elementos concurrentes, y, muy especialmente, la relación de riesgo entre infracción y resultado.

Las reglas técnicas configuradas como normas jurídicas suponen una previsión de peligros posibles en base a la experiencia, de manera que de su infracción deriva ya la posibilidad de un resultado lesivo¹²⁴. En tal sentido afirma ROXIN que

¹²³ De otra opinión, OLAIZOLA NOGALES, I., «La relación entre los delitos de peligro y la graduación de la imprudencia en los delitos contra la seguridad vial», en Luzón Peña (dir.), *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, 2010, p. 363 ss., entiende que la infracción de normas penales implica la creación de un riesgo no permitido que sirve de base a la imputación por imprudencia. Afirmo la autora, que no se trata de meros indicios, sino de un indicio bastante cualificado de la posible infracción imprudente.

¹²⁴ ROXIN, C., *DP PG...*, p. 1001.

“la previsibilidad depende siempre de las circunstancias del caso concreto y ha de examinarse con independencia de si concurre una infracción sancionable¹²⁵”, pues la infracción extrapenal no puede fundamentar por si sola el reproche penal, ni la observancia ciega de la regla técnica excluye en todo caso dicho reproche.

Respecto a las reglas técnicas de naturaleza penal, afirma RODRÍGUEZ MONTAÑÉS que, en ciertos ámbitos de la actividad social, la norma de cuidado se encuentra tipificada, por la naturaleza de la actividad y la experiencia acumulada, lo cual, unido al alto riesgo que tales conductas representan para bienes jurídicos, lleva al legislador a su punición expresa como delito de peligro, sin esperar si quiera a la producción del resultado lesivo¹²⁶. Se distingue así entre reglas técnicas jurídicas de naturaleza penal de aquellas de naturaleza extrapenal, ateniendo a tres criterios: “el grado de riesgo e importancia del bien jurídico, la naturaleza de la actividad (que permite “la tipificación” de la norma de cuidado, lo que se pone de relieve en la existencia de una normativa que las regula) y la experiencia acumulada, que permite constatar la potencialidad lesiva de ciertas conductas, contribuyendo a la tipificación de la norma de cuidado. Estos requisitos parecen propios tanto de la actividad laboral como de la actividad rodada, y, efectivamente, en ambos casos el legislador ha optado por la tipificación expresa de los delitos de peligro”¹²⁷.

2.2. Reglas técnica extrajurídicas

Hablamos de *reglas técnicas extrajurídicas* para hacer referencia a aquella reglamentación de un sector del tráfico que ha sido desarrollada, no por el legislador, sino por asociaciones y agrupaciones de intereses privados, con la

¹²⁵ *Id.*, p. 1002.

¹²⁶ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, p. 135.

¹²⁷ OLAIZOLA NOGALES, I., «Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 316 y 317 CP) y su relación con los resultados lesivos», *Indret*, nº 2, 2010., p. 11. Se reitera la autora en afirmar que “el CP ejerce, en este sentido, una importante función de llamada de atención para los ciudadanos”, p. 30.

finalidad de ordenar de manera técnica su actividad cuando no existe una regulación jurídica por parte del Estado.

La expresión *reglas extrajurídicas* abarca la más variada gama de reglas del arte, prácticas, protocolos, normas, usos, directrices, guías, recomendaciones, etc., todas de naturaleza privada, que regulan los procedimientos a desarrollar en actividades profesionales o técnicas determinadas, teniendo en consideración ciertos conocimientos empíricos y grados de exigibilidad usuales¹²⁸. El concepto de reglas extrajurídicas incluye no solo directrices para guiar la ejecución de labores profesionales o técnicas, sino también hojas informativas sobre el manejo de ciertas sustancias, así como las advertencias escritas con que se acompañan muchos productos¹²⁹. Piénsese, por ejemplo, en la importancia que han adquirido los programas de cumplimiento para las personas jurídicas desde la introducción del artículo 31 bis CP. Estos programas de cumplimiento, como forma de autorregulación de la actividad empresarial, suponen reglas técnicas de naturaleza extrajurídica de gran relevancia para la determinación del cuidado debido, en tanto los protocolos que se establecen prevén la peligrosidad de la actividad de la empresa y los mecanismos adecuados para su efectivo control.

Los programas de reducción de riesgos no estatales permiten fundar el juicio de previsibilidad, indispensable para firmar la tipicidad de la conducta negligente¹³⁰, en tanto en cuanto plasman un saber empírico aplicado¹³¹. Los cursos lesivos que se desencadenan como consecuencia de la inobservancia de tales programas representan cursos cuyo acaecimiento era probable conforme a la experiencia de vida general; es decir, las conductas que se desvían de lo

¹²⁸ ESTEVE PARDO, J., *Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento el riesgo tecnológico en el derecho ambiental*, Barcelona, 1999, p. 156.

¹²⁹ CONTRERAS, CHAIMOVICH, L., *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales...* p. 9.

¹³⁰ *Id*, p. 19.

¹³¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia...*, p. 311.

recomendado en tales programas son conductas que normalmente tienen la idoneidad para dañar el bien jurídico¹³².

Entiende ROXIN que “no se pueden atribuir a estos preceptos la misma trascendencia que a las prohibiciones de puestas en peligro abstractas del legislador. Pues la delimitación del riesgo permitido (...) no puede efectuarse por estas instituciones privadas ligadas a intereses con la misma autoridad y objetividad que por el legislador”¹³³. Continúa su crítica indicando que estas normas privadas pueden estar *equivocadas* o no adecuarse al caso concreto, y que, si bien pueden suponer un indicio para la constatación de la imprudencia, será necesario un examen judicial del riesgo creado. No obstante, siguiendo la tesis aquí defendida también las reglas técnicas de naturaleza jurídicas tienen un carácter meramente indiciario y pueden no ser adecuadas en el caso concreto.

En la misma línea, SCHÜNEMANN plantea la crítica a que estas disposiciones extrajurídicas, formuladas por entidades sin legitimidad democrática y con intereses económicos particulares, puedan ser consideradas reglas técnicas, en cuanto el riesgo permitido, como umbral de lo penalmente relevante, solo puede establecerse mediante el consenso de todos los afectados, y no mediante la usurpación unilateral llevada a cabo por los causantes potenciales de la perturbación al bien jurídico¹³⁴.

La realidad es que el legislador no puede entrar a regular todos y cada uno de los aspectos que conforman el riesgo permitido en todos los sectores de actividad de la vida moderna, siendo aconsejable que se establezcan este tipo de *autorregulaciones* donde no exista regla técnica jurídica. El carácter de estas reglas técnicas privadas será igualmente indiciario, y será del mismo modo

¹³² CONTRERAS, CHAIMOVICH, L., *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales...*, p. 20.

¹³³ ROXIN, C., *DP PG...*, p. 1003.

¹³⁴ SCHÜNEMANN, B., «Las reglas de la técnica en Derecho penal», *ADPCP*, Tomo 47, Fasc. 3, 1994, p. 319.

necesario un examen judicial autónomo del riesgo creado, contextualizado al caso concreto.

AGUADO LÓPEZ considera que el principio de legalidad penal en relación con el de intervención mínima requiere que el legislador penal únicamente castigue como delitos aquellos ataques que se consideren más graves para los bienes jurídicos más importantes, debiendo estos estar establecidos en leyes y reglamentos¹³⁵. Pero impugna esta opinión de manera acertada OLAIZOLA, en relación con las reglas técnicas previstas en los convenios colectivos laborales, entendiendo que estos constituyen una herramienta idónea para adaptar los principios generales impuestos en la Ley a las necesidades concretas de cada uno de los sectores productivos, permitiendo a los agentes sociales modificar y perfeccionar las cláusulas que en ellos se contienen a la luz de las experiencias adquiridas durante su aplicación. Continúa la autora aseverando que “el convenio colectivo es un instrumento idóneo para delimitar las obligaciones contenidas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y, además, es también un instrumento idóneo para concretar el espacio de riesgo permitido en el ámbito de los delitos contra la seguridad del trabajo”¹³⁶.

A su vez, destaca CONTRERAS que los intereses económicos de la industria y los intereses de conservación de bienes jurídicos de los consumidores o usuarios no han de entrar forzosamente en permanente colisión, hasta el punto de anular los primeros a los segundos¹³⁷. Y es que la alternativa de que las normas de cuidado se generen en el marco de procedimientos estatales tampoco asegura en todos los casos que esas normas cristalicen una razonable ponderación de intereses¹³⁸. De hecho, el aparato estatal frecuentemente carece de la competencia técnica para dominar a través de leyes o reglamentos riesgos de

¹³⁵ AGUADO LÓPEZ, S., *El delito contra la seguridad en el trabajo. Artículos 316 y 317 del Código Penal*, Valencia, 2002, p. 215.

¹³⁶ OLAIZOLA NOGALES, I., *Indret*, p. 22.

¹³⁷ CONTRERAS, CHAIMOVICH, L., *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales...*, p. 28.

¹³⁸ *Id.*, p. 29.

cierta complejidad, y, en estos supuestos, las reglas técnicas extrajurídicas pueden adaptarse con la necesaria rapidez a la cada vez más dinámica innovación técnica y científica¹³⁹.

La pauta para enjuiciar el carácter desaprobado o no de los riesgos creados por una conducta no puede estar fundamentada en una normativa extrajurídica que exija inadecuadamente en exceso, sino solo por aquella reglamentación que pueda ser percibida como el resultado de una adecuada ponderación de intereses¹⁴⁰.

Cuando las reglas técnicas extrajurídicas no se encuentran positivizadas, hablamos entonces de *lex artis*. La *lex artis* es el conjunto de peculiaridades técnicas de la conducta que preside las actuaciones de profesionales en el ejercicio de su oficio. Son especialmente relevantes en el campo de las profesiones liberales, en las que, aun existiendo reglamentaciones específicas, éstas no tienen una importancia determinante en la configuración del deber objetivo de cuidado, por lo que será, en estos casos, la *lex artis* el principio rector de las actuaciones del personal médico, policías o abogados¹⁴¹.

La *lex artis* se configura sobre el estado de la técnica y de la ciencia. La rápida evolución de las medidas necesarias para el cuidado en determinados sectores, como consecuencia del avance técnico y científico, hacen preferible evitar la excesiva reglamentación de la técnica, permitiendo su adaptación a cada tiempo.

Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la STS de 18 de noviembre de 1991, que enjuicia un caso de transfusión de sangre contaminada con el virus del SIDA. Si bien las Órdenes del Ministerio de Sanidad y de la Consejería autonómica aplicables en el momento no preveían la obligación de realizar pruebas

¹³⁹ *Id.*, p. 30.

¹⁴⁰ FRISCH, W., *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, p. 110.

¹⁴¹ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...* p. 78. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ DELGADO, J., *El delito imprudente...*, p. 130.

serológicas en las extracciones de sangre, el estado de la ciencia, expresado en numerosas publicaciones científicas, se hacía eco de la necesidad de llevar a cabo este tipo de pruebas para la detección de anticuerpos. Así, las medidas de cuidado necesarias según la *lex artis* superaban en ese momento las reglamentadas en las Órdenes aplicables, siendo que la omisión de este tipo de pruebas suponía ya la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

En este contexto, es relevante diferenciar entre reglas técnicas extrajurídicas que regulan la organización de una actividad, de aquéllas que efectivamente tratan de controlar riesgos. La infracción de las primeras, en ningún caso puede fundamentar la relevancia penal de una conducta.

Así, a modo de ejemplo, las reglas que regulan las actividades deportivas no tratan de evitar riesgos, no es su primera finalidad, sino la de organizar la forma en que se debe llevar a efecto ese deporte¹⁴². (en contra paredes castañón)

Similar naturaleza tendrían los protocolos que se establecen en los hospitales para organizar diferentes servicios. Ello no excluye, como tampoco en el ejemplo anterior, que la infracción de una de esas reglas pueda ser indiciaria de la infracción del deber objetivo de cuidado. Así, por ejemplo, si se establece que en las guardias debe haber siempre personal cualificado disponible, y debido a la infracción de esa regla, un médico interno residente no tiene la capacidad de detectar una dolencia grave por no concurrir los datos más característicos y el paciente muere, ello podría fundamentar la responsabilidad del personal cualificado que no cumplió con la regla técnica de disponibilidad, pero al médico residente no le sería exigible ese conocimiento.

¹⁴² En contra, PAREDES CASTAÑÓN, J., *El riesgo permitido...*p. 194 ss.

3. Poderes individuales

El deber objetivo de cuidado ha de individualizarse -subjektivizarse- en un ulterior momento conforme a los conocimientos, habilidades y capacidades especiales del autor con relación al contenido del riesgo concreto¹⁴³. El problema se plantea en las concepciones puramente normativas de la culpabilidad que sitúan el dolo y la imprudencia en el tipo. En esta tesis se defiende la necesidad de considerar en el injusto los poderes individuales del autor¹⁴⁴.

La norma penal, como norma de determinación, sólo tiene sentido frente al autor al que le es posible acceder a la norma, por lo que, en consecuencia, la posibilidad de motivación individual condiciona la antijuridicidad¹⁴⁵. “La norma de conducta que sirve de base al tipo, tiene que darse por satisfecha con el poder individual del autor, pues la posibilidad real de motivación no puede superar lo reconocible por el autor”¹⁴⁶. Concebir los poderes individuales en el tipo, como motivación individual, no impide afirmar que la norma de determinación -la norma de cuidado- es única y general para todos los individuos¹⁴⁷.

Cuestión distinta es que esta única norma de cuidado sólo la infringe el autor al que le es posible cumplirla, ya que la norma penal obliga a hacer todo lo posible al autor en la situación concreta a juicio del “espectado objetivo”¹⁴⁸. La norma de cuidado, en cuanto norma penal, obliga a todos los ciudadanos a hacer todo lo

¹⁴³ RODRÍGUEZ MORO, L., «La configuración de la imprudencia como grave y menos grave en los delitos de homicidio y lesiones de los arts. 142 CP y 152 CP tras la reforma del Código por la LO 1/2015», *RDPC*, nº 20, 2018., p.11.

¹⁴⁴ En el mismo sentido, CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 102.

¹⁴⁵ *Id.*, p. 103.

¹⁴⁶ *Jakobs, G., Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, Berlin, 1972, p. 65.*

¹⁴⁷ En contra, ROXIN, C., *DP, PG...*, p. 1016; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, 6ª ed., Madrid, 1998, p. 471.

¹⁴⁸ MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1979, p. 79.

posible para no crear un peligro típicamente relevante o para evitar el resultado frente “al sujeto a quien se dirige el requerimiento típico”¹⁴⁹.

Una crítica a esta concepción de la norma de cuidado es que impide distinguir entre injusto y culpabilidad, tal como sucedía con la antigua teoría de los imperativos¹⁵⁰. MIR PUIG niega que la motivabilidad individual en el injusto conduzca a confundir injusto y culpabilidad, desde el momento en que en la antijuridicidad se examina la posibilidad de acceso a la norma, mientras que en la culpabilidad se comprueba la normalidad de dicho acceso. El fundamento de la culpabilidad es la normalidad de la motivación del sujeto que había tenido, ya en el injusto, la posibilidad de ser motivado por la norma penal.¹⁵¹ No hay que olvidar que, como se ha dicho, se parte de que la culpabilidad no puede nunca fundamentar la pena sino únicamente limitarla¹⁵².

Un último fundamento de esta teoría parte de la concepción del injusto aquí defendida, como desvalor de la acción en el sentido de apariencia de peligrosidad, *ex ante*, de la conducta que hacer previsible objetivamente la producción del resultado lesivo -conocido o cognoscible por el autor-, exige atender desde el primer momento el poder individual del autor. La capacidad, mayor o menor, del autor determina ya la propia existencia del peligro objetivo creado por la conducta¹⁵³.

En la determinación del deber objetivo y subjetivo de cuidado que el autor ha de atender, en el caso concreto, para no infringir la norma de cuidado, se tendrán

¹⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, J., *El delito de omisión...*p. 299.

¹⁵⁰ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español...*, p. 475. En este sentido, plantea ROXIN, C., *DP, PG...*, p. 1014, que los poderes individuales deberán ser examinados en la culpabilidad: “Solo después de constatar la faceta objetiva del hecho imprudente (tipo de injusto) se puede seguir examinando si el mandato general de cuidado y previsión también podía ser cumplido por el sujeto individual conforme a su inteligencia y formación, su habilidad y capacitación, su experiencia vital y posición social”.

¹⁵¹ MIR PUIG, S., *Función de la pena...*, p. 79 y 106. EL MISMO, *DP, PG...*, p. 531 ss.

¹⁵² ROXIN, C., «¿Qué queda de la culpabilidad en derecho penal?», *CPC*, nº 30, 1986, p. 688.

¹⁵³ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 106.

en cuenta la capacidad y los conocimientos del autor. La capacidad para concretar el deber objetivo de cuidado -tipo objetivo- y los conocimientos en la determinación del deber subjetivo de cuidado -tipo subjetivo-¹⁵⁴. En este punto es conveniente tener en cuenta que es habitual la referencia a los *conocimientos* que tiene un profesional, cuando en realidad se está tratando su *capacidad*. Cuando aquí nos referimos a conocimiento es en relación con el riesgo, no sobre sus conocimientos profesionales. Ello no excluye que quien tiene mayor capacidad, normalmente, tendrá mayor y mejor conocimiento del riesgo.

3.1. Capacidades especiales como concepto unitario

La doctrina, en general, entiende por *conocimientos especiales* la experiencia del sujeto en la actividad de que se trate, el aprendizaje que haya realizado sobre ella y el especial conocimiento de la situación que tenga el autor. Por *capacidad* o *aptitud* se comprende, generalmente, la habilidad particular del autor en el desempeño de dicha actividad¹⁵⁵.

En este trabajo, se entienden incluidos en el término *capacidad* tanto los *conocimientos especiales* como la especial aptitud, siempre que ambos sean actuales, es decir, que concurren en el momento del hecho¹⁵⁶. El conocimiento se concibe como “todo aquello que el sujeto conoce, o debería conocer, sobre las circunstancias que concurren en el caso concreto y sobre su propia capacidad, en particular, sobre la peligrosidad que entraña la situación creada”¹⁵⁷. La razón fundamental para unificar en un único concepto los conocimientos especiales y la aptitud es que, cuando los conocimientos

¹⁵⁴ *Id.*, p. 107.

¹⁵⁵ *Id.*

¹⁵⁶ *Id.* En el mismo sentido, CHOCLÁN MONTALVO, J., *CDJ*, p. 44.

¹⁵⁷ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 108.

especiales son actuales, determinan ya la propia capacidad del sujeto en el momento de realizar la conducta¹⁵⁸.

El punto de contacto entre conocimientos especiales y aptitudes se encuentra en el hecho de que ambos condicionan la peligrosidad objetiva, *ex ante*, de la conducta. En consecuencia, se hace preferible unificar ambos conceptos bajo el término de *capacidad*¹⁵⁹. Veamos los siguientes ejemplos:

- El oftalmólogo que tiene capacidad para operar con ambas manos por ser ambidiestro y puede realizar una operación en la mitad de tiempo de lo habitual, podrá realizar la operación en una persona que, por su estado de salud, no admitiría una anestesia por más tiempo.
- La ingeniera que ha desarrollado un sistema novedoso de elevar una estructura y la ha contrastado, puede llevarla a efecto.
- El montañero que ha subido en numerosas ocasiones una montaña y conoce todos los riesgos, puede realizar una excursión con niños.
- La conductora de autobús que realiza un trayecto habitual tiene una mayor capacidad de conocer los riesgos (calzada en mal estado, cruces peligrosos...) cuando conduce por dicha zona.

Tanto los conocimientos técnicos como los de experiencia afectan a la capacidad del sujeto y permiten, al que los posee, realizar una determinada actividad que otra persona sin estos conocimientos no podría ejecutar sin infringir la norma de cuidado¹⁶⁰.

¹⁵⁸ *Id.*; Jakobs, G., *Studien...*, p. 71 ss., quien pese a criticar la teoría de los poderes individuales en el injusto, acepta que los conocimientos especiales se consideren en la configuración del deber objetivo de cuidado, negando esto respecto de la aptitud.

¹⁵⁹ En contra, LUZÓN PEÑA, D., *Lecciones...*, p. 285, considera necesario distinguir entre conocimientos especiales y capacidades especiales, en tanto entiende que los conocimientos especiales son transmisibles a la persona ideal, mientras que las capacidades especiales son personales y no transferibles. Por su parte, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español...*, p. 472, considera que los conocimientos especiales son tenidos en cuenta en el juicio de previsibilidad objetiva que sirve de base para la determinación del cuidado objetivamente debido, pero no así las capacidades.

¹⁶⁰ *Id.*, p. 110.

3.2. La figura-baremo de la persona media

Defendiéndose aquí una concepción normativa de la imprudencia, ello implica que el cuidado haya de concretarse a partir de criterios objetivos. Para tal fin, ha de buscarse “la medida de lo usual según la experiencia de la sociedad y de la conducta media exigida por la cultura general y por los valores específicos de la profesión”¹⁶¹.

Para algún sector, esto pasa por recurrir a la figura de la persona media ideal¹⁶², como baremo para la determinación del deber objetivo de cuidado. Por persona media se entiende “el hombre consciente y cuidadoso en el sector del tráfico a que pertenece el autor”¹⁶³ y, por tanto, el baremo para la determinación del deber objetivo de cuidado será “lo exigible a un hombre diligente en la situación concreta del autor”¹⁶⁴.

En la determinación del cuidado, se considerará: la concreta situación, la profesión del autor y su capacidad física¹⁶⁵. Para BINAVICE, “la medida del cuidado en la imprudencia se adapta al tipo que pertenece el autor, y a las exigencias que nosotros tengamos respecto a un ejemplo promedio de todos los sujetos eficaces pertenecientes a ese ámbito”¹⁶⁶.

Varios problemas se plantean entorno a la figura-baremo de la persona media. Por un lado, las dificultades prácticas de encontrar esta persona media. Como afirma Corcoy, los partidarios de la teoría de los poderes individuales entienden

¹⁶¹ *Id.*

¹⁶² Si bien tradicionalmente la doctrina viene usando el concepto de “hombre medio” en este contexto, en el presente trabajo se hablará de “persona media” en consideración al lenguaje inclusivo.

¹⁶³ *Id.*

¹⁶⁴ MIR PUIG, S., *DP, PG...*, p. 294.

¹⁶⁵ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 111.

¹⁶⁶ BINAVICE, E., *Die vier Momente der Fahrlässigkeit*, Bielefeld, 1969., p. 47 ss.

que una persona normal con deberes normales ni existe ni puede ser pensable¹⁶⁷: “si fuera posible la creación de un hombre medio su utilización en el caso concreto supondría un ilícito privilegio para los inteligentes y un reconocimiento de las malas costumbres usuales del hombre medio”¹⁶⁸.

En cuanto a los aspectos que ha de tenerse en cuenta en la individualización, la teoría de los poderes individuales solo considera aquellos que se exteriorizan en relación con la peligrosidad objetiva de la conducta, y no los de carácter interno del sujeto. Esto supone ya una objetivización del poder del autor elevándolo a categoría de deber¹⁶⁹.

También es contestable, desde la teoría de los poderes individuales, la crítica que suele hacerse sobre la base del principio de igualdad, entendiéndose que solo es posible exigir un baremo común para todas las personas. Aquí se defiende, no obstante, que lo que afecta realmente al principio de igualdad, en su vertiente material, así como al principio de justicia, es precisamente tratar igual a los desiguales: exigir a todo el mismo nivel de cuidado obliga a que todos realicen el mismo *grado de esfuerzo*, pues unos pueden más y otros menos. De este modo, el cuidado exigible vendrá determinado únicamente en función de los poderes reales individualizados del autor en el caso concreto¹⁷⁰.

Lo que interesa, por tanto, a la teoría de los poderes individuales es el *esfuerzo* exigido, que deberá ser igual a todo ciudadano en función de sus capacidades especiales.

Imaginemos que el nadador medio es capaz de recorrer una distancia de 5km/h. Al experto nadador capaz de recorrer 9km/h le

¹⁶⁷ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 111.

¹⁶⁸ *Id.*, p. 112.

¹⁶⁹ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 111.: “No tendrán ningún significado las variaciones individuales -en el sentido del carácter interno-, variaciones de temperamento, inteligencia..., que hacen que un acto sea diferente en cada hombre”.

¹⁷⁰ *Id.*, p. 113; ENGISCH, K., *Untersuchungen...*p. 352.

será exigible usar esta capacidad especial para el rescate de una persona que se ahoga, pues le supondrá un *nivel de esfuerzo* equivalente al nadador medio que intenta el rescate al máximo de su capacidad¹⁷¹.

3.3. Poderes inferiores

Algunas críticas a la teoría de los poderes individuales apuntan a un supuesto privilegio del incapaz o desatento, en tanto en cuanto entienden que la exigencia de cuidado sería menor frente a ellos, mientras que al cuidadoso lo obliga en mayor medida. Pero la exigencia del cuidado no es menor para el que menos puede, sino que la propia configuración del cuidado muta en atención a su menor capacidad¹⁷².

En este sentido, cuando un sujeto no tiene la capacidad para realizar una determinada conducta peligrosa, la responsabilidad por imprudencia se fundamenta en la falta de preparación previa a la aceptación de la actividad¹⁷³.

La teoría de los poderes individuales pretende solucionar la problemática que plantearía el baremo del hombre medio en estos casos, pues una persona incapaz de alcanzar la capacidad media infringiría siempre el deber objetivo de cuidado, de acuerdo con esa concepción¹⁷⁴. No obstante, con la toma en consideración de su inferior capacidad en la determinación del cuidado, se pone

¹⁷¹ A este ejemplo se adhiere CHOCLÁN MONTALVO, J., *CDJ*, p. 48, admitiendo que “nadie dudaría de la responsabilidad del marido de la mujer que se está ahogando si emplea solamente su capacidad como nadador hasta el límite del término medio, a pesar de ser un nadador excelente”.

¹⁷² En sentido similar, LUZÓN PEÑA, D., *Lecciones...*, p. 284.

¹⁷³ JESCHEK, H., *Tratado...* Tomo II, p. 799 ss.

¹⁷⁴ Afirma ROXIN, C., *DP, PG...*, p. 1014 ss., que existe acuerdo en la doctrina en que la punibilidad del sujeto no puede ir más allá de su capacidad de rendimiento: “las capacidades inferiores a la media no pueden excluir el tipo y la antijuridicidad”.

de relieve la necesidad de la persona inferiormente capacitada de no asumir la peligrosidad de la conducta sin la preparación adecuada¹⁷⁵.

En este sentido, el cirujano inexperto llamado a realizar una ardua operación con un elevado riesgo de muerte para el paciente, cuyo procedimiento desconoce y no ha realizado nunca, tendrá el deber de abstenerse en favor de un cirujano más experimentado, y de formarse y capacitarse antes de proceder a la intervención.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la consideración de los poderes individuales inferiores no siempre implicará que una persona no pueda realizar la actividad de riesgo. En determinados casos, el cuidado debido permitirá realizar la acción adoptando cuidados que a otra persona no le serían exigibles. Así, por ejemplo, el conductor con problemas de visión podrá conducir siempre que lo haga con las gafas adecuadas.

3.4. Poderes superiores

La teoría de los poderes individuales adquiere mayor relevancia al tratar las capacidades superiores con los que cuenta el sujeto actuante, y las consecuencias político-criminalmente inaceptables que supondría la aplicación del baremo de la persona media en estos casos, pues pese a no utilizar sus capacidades especiales sí cumpliría con el estándar de la persona media. Estos casos, como afirma Corcoy, tendrían que calificarse como atípicos, con lo que el sujeto quedaría libre totalmente de responsabilidad penal ya que, al faltar el injusto, no se puede tratar el problema en la culpabilidad¹⁷⁶.

Alguna doctrina pretende evitar dichas consecuencias adecuando el baremo de la persona media adaptándolo a las capacidades especiales del autor, y usando,

¹⁷⁵ En contra, MIR PUIG, S., *DP, PG...*, p. 301, afirmando que la capacidad inferior del sujeto no puede disminuir la antijuridicidad, debiendo determinarse, en cambio, en el plano de la culpabilidad, la exclusión o atenuación de la imputación personal de la objetiva norma de cuidado.

¹⁷⁶ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 118

en lugar del baremo de la persona media, uno especializado a las circunstancias del caso¹⁷⁷ -baremo del conductor profesional, baremo del nadador olímpico-. Pero como apuntan las críticas a esta individualización de la figura baremo, esto no supone otra cosa que introducir las capacidades especiales del autor ya en la medida del cuidado, pues esta estandarización es una forma de individualizar¹⁷⁸.

Como se afirmaba *supra*, lo que persigue la teoría de los poderes individuales es, precisamente, exigir el mismo *esfuerzo* de todos los ciudadanos, y evitar que el autor con capacidades superiores vea cumplida su exigencia de cuidado cuando, pudiendo hacer más, no lo hizo, y que, pese a ello, no infrinja el deber objetivo de cuidado¹⁷⁹.

En este sentido, al cirujano altamente cualificado se le exige un rendimiento al máximo de su capacidad en una intervención quirúrgica, suponiendo éste el mismo *nivel de esfuerzo* exigido que al resto de cirujanos en función de sus capacidades individuales¹⁸⁰.

Algunas de las principales críticas a la toma en consideración de los poderes superiores hacen referencia al hecho que con ello se potencia que la persona no trate de superarse y conseguir esas capacidades superiores. De ese modo, se entiende que la teoría de los poderes individuales no solo

¹⁷⁷ JESCHEK, H., *Tratado...*, Tomo II, p. 798.

¹⁷⁸ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 119.

¹⁷⁹ Debe tenerse en cuenta que solo es posible la consideración de los poderes superiores del autor en una concepción de la teoría de los poderes individuales ubicada en el injusto, pues la culpabilidad no puede fundamentar el castigo penal. Los sectores doctrinales que ubican la consideración de los poderes especiales en la culpabilidad se ven obligados a rechazar, al menos, la apreciación de los poderes superiores, en tanto el autor ha atendido, en el plano de la antijuridicidad, el deber objetivo de cuidado determinado conforme al baremo de la persona media.

¹⁸⁰ En contra de esta postura, DÍEZ RIPOLLÉS, J., *Derecho penal español. Parte general*, 5ª ed., Valencia, 2020, p. 230; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español...*, p. 473, entendiendo que en el caso del cirujano que se limita al uso de la pericia y habilidad imprescindibles para poder llevar a cabo la operación, su conducta responderá al cuidado objetivamente debido; pero si el cirujano no hace uso de su capacidad excepcional, a pesar de haber previsto la posibilidad de muerte del paciente y de evitarla haciendo uso de sus facultades excepcionales, estaríamos ante un caso de homicidio doloso por omisión.

perjudica a la persona especialmente capacitada, sino también a la sociedad que no podrá beneficiarse de esos avances. Pero en estas críticas no se toma en consideración los beneficios que reportan al sujeto esa mayor capacidad, tanto a nivel de reconocimiento profesional, como económico. Desde esta perspectiva, no parece verosímil que una persona deje voluntariamente de capacitarse por temor a que pueda ser condenado por un hecho imprudente al no haber utilizado esa especial capacidad.

4. Riesgo permitido

La progresiva industrialización de la economía global comporta ciertos riesgos que, si bien previsibles, quedan a extramuros del deber objetivo de cuidado¹⁸¹. De esta forma, nace el criterio de riesgo permitido, que intenta construir un criterio válido de delimitación a la imputación de cualquier resultado previsible, entendiendo que, pese a la adopción de todas las medidas de cuidado exigible, permanecen ciertos riesgos, de carácter residual, que no deberán ser imputados al autor a título de imprudencia¹⁸².

Si bien la doc.may. concibe el riesgo permitido como un criterio para la restricción del tipo¹⁸³, aquí se defenderá una concepción más amplia, donde el riesgo permitido puede operar también en otros niveles de la teoría del delito, como causa de justificación. REHBERG, por su parte, propone una definición de riesgo permitido como “peligro concreto que el hombre puede crear sin que por ello o por la lesión del bien jurídico que de ello se derive pueda ser hecho responsable penalmente”¹⁸⁴.

¹⁸¹ PREUSS, W, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Berlin, 1974, p. 15 ss.

¹⁸² *Id.*, p. 21.

¹⁸³ WELZEL, H., *Fahrlässigkeit...*, p. 14; MIR PUIG, S., *DP, PG*, p. 299, quien concibe el riesgo permitido como tope máximo de la norma de cuidado: si hay riesgo permitido no hay tipo imprudente, porque no hay imprudencia alguna. De la misma opinión MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *DP, PG...*, p. 280.

¹⁸⁴ REHBERG, J., *Zur Lehre vom erlaubten Risiko*, Zurich, 1962, p. 18.

Es necesario realizar una diferenciación, ahora, de los posibles grupos de casos en relación con el riesgo permitido, en atención a la distinción propuesta por CORCOY¹⁸⁵.

- Riesgo social permitido en acciones de prevalente utilidad social

Este grupo de casos hace referencia a aquellos sectores -fábricas, explotación de recursos naturales-, que pese a los peligros inherentes a los mismos, no pueden imputarse todas las lesiones o muertes que de ellos se deriven. También forman parte de este grupo las profesiones peligrosas, como las fuerzas y cuerpos de seguridad, o aquellas relacionadas con las investigaciones científicas -nuevos productos sanitarios o alimenticios-, cuyo desarrollo industrial puede comportar peligros muchas veces desconocidos¹⁸⁶.

Como defiende CORCOY, “aquello que es útil para la sociedad, entendida en su conjunto, como bien jurídico supraindividual, [en ocasiones] lo es también para el sujeto en peligro, como lo es la realización de una operación peligrosa para la vida con el fin de salvar al paciente de una enfermedad, también peligrosa. La operación es útil tanto para la sociedad como para la posible víctima; no hay conflicto de intereses”.

Pero existen otros supuestos, como el ejemplo del psiquiatra que deja en libertad a un enfermo sin estar seguro de que éste pueda matar o herir a alguna persona¹⁸⁷; es en estos casos donde cobra mayor relevancia la eficacia del riesgo permitido¹⁸⁸.

¹⁸⁵ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 298 ss.

¹⁸⁶ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 298.

¹⁸⁷ PREUSS, W, *Untersuchungen...*, p. 20 ss.

¹⁸⁸ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 298.

Lo mismo ocurre en el sector del tráfico viario o en el ámbito de las actividades peligrosas necesarias para el desarrollo de la economía¹⁸⁹, donde existe un evidente conflicto entre la utilidad de estos sectores y los riesgos inherentes a los mismos¹⁹⁰. Se da en estos casos un claro conflicto de intereses entre el del autor, interés considerado socialmente reconocido, y los intereses de los demás intervinientes en el tráfico o los trabajadores o terceros ajenos a la actividad, a los que se coloca en cierta posición de peligro.

a) Riesgo permitido en supuestos de causalidad imprevisible

En este grupo de casos se incluye el conocido ejemplo del sobrino que hace subir constantemente a su tío en un tranvía esperando que éste tenga un accidente¹⁹¹. Este ejemplo formaría parte también de los grupos de casos de “acciones de prevalente utilidad social”, pues, si no concurre ninguna circunstancia fuera de lo normal, el riesgo propio de viajar en tranvía no es típicamente relevante, por lo que no existiría ya presupuesto de imputación¹⁹².

Otro ejemplo traído por PREUSS es el del hombre que planta un árbol de belladona. En este ejemplo, el autor puede crear un riesgo no permitido en función de las concretas circunstancias del caso: no será lo mismo plantarlo en el patio de una escuela que en su propio jardín¹⁹³. En consecuencia, deberá procederse a examinar el peligro *ex ante* creado con la conducta, así como la utilidad social de la misma, “sin que sea posible una respuesta generalizada sobre la eficacia del riesgo permitido en cada una de estas actividades, ni aun en el caso de que sean de la misma clase”¹⁹⁴.

¹⁸⁹ ARROYO ZAPATERO, L., *La protección penal...*, p. 138 ss.

¹⁹⁰ PREUSS, W, *Untersuchungen...*, p. 21.

¹⁹¹ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 288 y 299.

¹⁹² *Id.*

¹⁹³ PREUSS, W, *Untersuchungen...*, p. 23.

¹⁹⁴ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p 300.

En el caso de que de esta confrontación se deduzca la existencia de un riesgo no permitido, deberá estudiarse la cantidad de riesgo: “la mayor o menor probabilidad objetiva de que el peligro se convierta en lesión del bien jurídico permitiría, en determinadas circunstancias, negar la relevancia típica del riesgo, pese a su cualidad de no permitido, sobre la base del principio de insignificancia”¹⁹⁵.

b) Riesgo permitido en acciones de salvación arriesgada, sin seguridad de lograr el éxito

JESCHECK¹⁹⁶ trae a colación dos ejemplos en este grupo de casos, como análogos al estado de necesidad:

Caso del guardia forestar que dispara un tiro a un perro rabioso que está atacando a un niño, si bien el tiro es peligroso para el niño, pero se hace con el objetivo de matar al perro.

Caso del padre que durante un incendio se ven la necesidad de arrojar a sus hijos pequeños por la ventana, con la esperanza de que puedan ser tomados en brazos por personas que se hallan en la calle.

Estos ejemplos permiten defender, como se afirmaba al inicio de este apartado, una concepción del riesgo permitido *amplia*, cuya eficacia se despliegue más allá de la tipicidad, en diferentes niveles de la teoría del delito. “En este caso, serviría en una interpretación teleológica de la causa de justificación del estado de necesidad, sin necesidad de tener que acudir a la creación de una causa de justificación analógica”¹⁹⁷.

¹⁹⁵ PREUSS, W, *Untersuchungen...*, p. 23; CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 300.

¹⁹⁶ JESCHECK, H., *Tratado...* Tomo II, p. 555, quien considera el riesgo permitido como causa de justificación.

¹⁹⁷ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 301.

c) Riesgo permitido por consentimiento en el peligro y en la acción

Si bien generalmente se afirma que la utilidad social de la actividad es lo que fundamenta el riesgo permitido, en este grupo de casos lo hace de forma indirecta, pues el consentimiento puede tratarse bien dentro del propio riesgo permitido, o bien de manera independiente como una distinta construcción dogmática.

En esta línea, ROXIN distingue los supuestos en que el consentimiento equivale a una autopuesta en peligro, de aquellos casos de “puesta en peligro de un tercero aceptada por éste”¹⁹⁸. Entiende que autor que el consentimiento se equipara a la autopuesta en peligro cuando “la persona puesta en peligro se da cuenta del riesgo en la misma medida que quien crea el peligro, si el daño es consecuencia del riesgo aceptado y no de otros fallos adicionales y si la persona puesta en peligro carga con la misma responsabilidad por la actuación común que la persona que crea el peligro”¹⁹⁹. El consentimiento, en estos casos, convierte al tercero en partícipe de la autopuesta en peligro de la víctima y, en consecuencia, impune²⁰⁰. El autor diferencia entre autopuesta en peligro y consentimiento en el peligro, y solo el primero excluye la responsabilidad del tercero y convierte al partícipe al que consiente. Esta diferenciación se fundamenta en que, conociendo el peligro, la persona que consiente no conoce todas las circunstancias concurrentes.

Así, por ejemplo, una persona consiente en subir en el coche conducido por una persona que ha bebido, pero desconoce que es muy mal conductor y que tiene problemas en la vista. En este supuesto se trataría de consentimiento en el

¹⁹⁸ ROXIN, C., *Problemas básicos de Derecho penal* (trad. A cargo de Luzón Peña), Madrid, 1976, p. 192 ss.

¹⁹⁹ Id.

²⁰⁰ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 302.

peligro pero no de autopuesta en peligro y, por consiguiente, podría imputarse la muerte o lesiones del copiloto como homicidio o lesiones imprudentes del conductor.

Existen divergencias en cuanto al objeto sobre el que ha de recaer el consentimiento: si la conducta, el resultado, o ambos. La tesis que aquí se defiende es la que entiende que el consentimiento eficaz es aquél que recae sobre la conducta, siempre y cuando se conozcan todos los factores de riesgo concurrentes en el caso concreto, pues tales conocimientos afectan a la previsibilidad del resultado²⁰¹.

Debe entenderse que el consentimiento es, en determinados casos, un elemento esencial para poder hablar de riesgo permitido; pero si bien es necesario, no siempre será suficiente²⁰²: “el ámbito propio del riesgo permitido se encuentra en aquellas actividades peligrosas donde, junto al consentimiento, ha de existir alguna forma de utilidad social, y éste es, precisamente, el ámbito donde se desarrolla el 99,9% de la delincuencia imprudente”²⁰³.

La utilidad social es la base de la construcción dogmática del riesgo permitido²⁰⁴. Y el riesgo permitido es necesario en cuanto se constata la existencia de ciertas actividades peligrosas en que la observancia de todas las medidas de cuidado exigibles, son previsibles ciertos riesgos que no se pueden eliminar²⁰⁵.

De este modo, es la utilidad social el elemento esencial del riesgo permitido, que permite el desarrollo de actividades peligrosas pese a conocer, *ex ante*, que la observancia del deber objetivo de cuidado exigible no hará desaparecer ciertos riesgos previsibles que puedan convertirse en lesión.

²⁰¹ *Id.*, p. 304. En sentido similar, MIR PUIG, S., *DP, PG...*, p. 515 ss.

²⁰² CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 306.

²⁰³ *Id.*

²⁰⁴ BINAVICE, E., *Die vier Momente...*, p. 73.

²⁰⁵ *Id.*

En el tráfico viario, es posible advertir la existencia de estos riesgos “inevitables” desde una perspectiva *ex ante*: una mancha de aceite en la calzada puede dar lugar a que el conductor atento derrape, salga de la carretera y atropelle a un peatón²⁰⁶.

En caso de que la conducta peligrosa no entrañe ningún tipo de utilidad social, la constatación *ex ante* de posibles riesgos inevitables impedirían la realización de la conducta, por quedar extramuros del instituto del riesgo permitido:

Dejar una escopeta cargada sin seguro en una mesa; o el sujeto que almacena explosivos en su casa al alcance de otros miembros de la familia; o, el ejemplo, del disparo sobre una persona a una distancia desde la que es casi imposible acertar²⁰⁷.

En los ejemplos anteriores se constata la carencia de utilidad social de las conductas descritas, por lo que para negar su relevancia penal deberá negarse la creación de riesgo típicamente relevante sobre la base del principio de insignificancia, en atención a la insuficiente cantidad de riesgo, pero no sobre la base del riesgo permitido²⁰⁸.

El riesgo permitido resulta de una comparación de los intereses en juego²⁰⁹, por concurrir determinadas circunstancias que para el legislador “son tanto o más importantes que la protección del bien jurídico”²¹⁰. De este modo, la delimitación del riesgo permitido habrá que buscarla en una valoración *ex ante* de los intereses en juego²¹¹: “en la medida del riesgo permitido se ponderarán, por un

²⁰⁶ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 308.

²⁰⁷ *Id.*

²⁰⁸ *Id.*, p. 308.

²⁰⁹ *Id.*

²¹⁰ MIR PUIG, S., *DP, PG...*, p. 455.

²¹¹ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 309.

lado, la utilidad social de la actividad en que se desarrolla la conducta y, por otro, la amplitud y proximidad de la lesión del bien jurídico: grado de probabilidad de lesión y clases de bienes jurídicos amenazados”²¹².

Siguiendo a CORCOY, para poder llevar a cabo esta comparación de intereses en juego es necesario, en primer lugar, realizar un juicio sobre el riesgo propio de la conducta. Este juicio ha de ser objetivo y realizado en el momento de ejecución de la conducta con vistas a determinar el grado de probabilidad de lesión y los bienes jurídicos que están amenazados. El juicio será, como se dice, objetivo, abarcando tanto el riesgo penalmente relevante, como los riesgos previsibles en general que, en cuanto son propios de la actividad, pero inevitables, no se exige que sean previstos en el caso concreto -no entran en el juicio de peligro propio del tipo imprudente-.

De este modo, el grado de probabilidad de lesión y los bienes jurídicos amenazados, desde una perspectiva *ex ante*, se ponen en relación con la utilidad social de la actividad en dos niveles: 1º) en la determinación del deber objetivo de cuidado; 2º) en el examen sobre la creación de un riesgo típicamente relevante. Desde una perspectiva *ex post*, el riesgo permitido también será tenido en cuenta en el análisis de la relación de riesgo.

En este sentido, para determinar el deber objetivo de cuidado deberá partirse de la peligrosidad de la actividad, de la cual dependen la clase y número de medidas de seguridad que se puedan exigir²¹³. Así, cuando una conducta comporte unos riesgos propios, solo podrá emprenderse adoptando “todas las medidas de prudencia, control y supervisión al realizar la acción para así descartar o mantener dentro de ciertos límites los peligros implicados”²¹⁴. Y cuando, pese a cumplirse el deber objetivo de cuidado, se constate la existencia de riesgos

²¹² *Id.*

²¹³ *Id.*

²¹⁴ JESCHEK, H., *Tratado...* Tomo II, p. 800.

previsibles en estas actividades, pero no controlables, entrará en juego el instituto del riesgo permitido sobre la base de la utilidad social de la actividad²¹⁵.

Delimita el riesgo permitido de forma negativa, por tanto, el deber objetivo de cuidado, contraponiéndose el uno con el otro. Pues mientras que “el deber objetivo de cuidado tiene como finalidad evitar riesgos previsibles individualmente y, por tanto, penalmente relevantes; (...) el riesgo permitido justifica, basado en la utilidad social, los riesgos no previsibles, o, mejor dicho, los inevitables *ex ante*”²¹⁶. Así, lo que ha de ponderarse como riesgo permitido no es el “ejercicio cuidadoso de la actividad peligrosa”²¹⁷, sino el exceso de riesgo que no es abarcado por el deber objetivo de cuidado, y que se encuentra justificado en base a la utilidad social de la actividad.

De este modo, cuando no pueda reputarse una actividad como útil socialmente, si con la observancia del deber de cuidado se observa la existencia de riesgos residuales que no pueden evitarse, la conducta será ya considerada una conducta prohibida²¹⁸.

Por otro lado, habrá de atenderse a la mayor o menos esencialidad de los bienes jurídicos amenazados, en tanto en cuanto una pequeña probabilidad de lesión de un bien jurídico esencial puede reputarse de penalmente relevante, mientras que la misma probabilidad de lesión frente a otro bien jurídico puede ampararse en el riesgo permitido, pues la mayor o menor importancia del bien jurídico protegido determina la mayor o menor gravedad del riesgo en un sentido cualitativo²¹⁹.

²¹⁵ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 311.

²¹⁶ *Id.*, p. 312.

²¹⁷ BINAVICE, E., *Die vier Momente...*, p. 69 ss.

²¹⁸ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español...*, p. 480.

²¹⁹ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 191.

5. Principio de confianza

Se trata de un principio de creación jurisprudencial, inicialmente concebido para el tráfico viario²²⁰. Según el principio de confianza, “el participante en el tráfico puede confiar en que los demás se comporten también correctamente, mientras no le coste lo contrario por circunstancias especiales del caso”²²¹. Pero esto es de aplicación a cualquier otra actividad en que puedan concurrir distintas conductas peligrosas en un hecho concreto. Así, despliega su eficacia en aquellos casos en se que entremezclen, por un lado, la conducta infractora del sujeto, con otros participantes en la actividad sumido en la misma situación de peligro²²².

Si bien guarda cierta relación con el riesgo permitido²²³, resulta oportuno distinguir ambos conceptos. “El principio de confianza permite delimitar cuáles son los riesgos que, pese a proceder de terceros o de la víctima, se pueden atribuir al autor”²²⁴. Si bien, en principio, cada sujeto es responsable de los riesgos que él mismo crea, existen supuestos en los que, siendo previsible *ex ante* la infracción de un tercero o de la propia víctima, esta infracción es abarcada por el deber objetivo de cuidado del autor, siéndole ese riesgo atribuible.

De este modo, en la determinación del deber objetivo de cuidado se atenderá también los riesgos creados por terceras personas o por la víctima que fueran cognoscibles *ex ante* por el autor, en determinadas circunstancias²²⁵.

²²⁰ CORCOY BIDASOLO, M., *Criterios jurisprudenciales en torno al delito imprudente*, tesina inédita, Barcelona, 1984, p. 186 ss.

²²¹ Welzel, H, *Das neue...*, p. 72.

²²² CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español...*, p. 481 ss.

²²³ Para GIL GIL, A., *El delito imprudente: fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Barcelona, 2007, p. 228, el principio de confianza debe configurarse como una concreción del riesgo permitido.

²²⁴ Jakobs, G., *Studien...*, p. 88.

²²⁵ Welzel, H, *Das neue...*, p. 73.

A su vez, este principio viene restringido por otros dos: la no eficacia del principio de confianza para el sujeto que infringe el cuidado y el principio de defensa, también de creación jurisprudencial, y por la propia inversión del principio de confianza²²⁶.

El primer límite viene dado por una máxima jurisprudencial según la cual “quien infringe el deber de cuidado exigido en el tráfico no puede apelar, para sí, al principio de confianza”²²⁷. De acuerdo con esta afirmación, el autor que infringe su deber de cuidado ya no puede confiar en que los demás vayan a actuar correctamente, haciéndole responsable de los riesgos creados por los demás. Este límite al principio de confianza permite a la jurisprudencia que lo defiende imputar el resultado en supuestos de intervenciones imprudentes de terceros o de la víctima, sin tener en cuenta otras consideraciones²²⁸.

Otro límite al principio de confianza es el conocido como principio de defensa, concebido para dar mayor protección a los miembros de la sociedad más necesitados de protección, como los niños o las personas con capacidades disminuidas²²⁹. Se supedita, de este modo, el principio de confianza al de defensa, en tanto el autor deberá prevenir el comportamiento defectuoso de estos sujetos necesitados de especial protección.

Este principio de defensa se concreta a través del principio de seguridad, que en el tráfico se reduce al principio de conducción dirigida, según el cual, todo conductor ha de ser dueño en todo momento del movimiento del vehículo, y está obligado a detenerlo ante cualquier imprevisto, lo que equivale a exigir la previsión de lo imprevisible²³⁰. De este modo, según la STS 8 de junio de 1985 (Ponente Gil Sáez):

²²⁶ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 317.

²²⁷ SCHÜNEMANN, B., «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *JA*, 1975, p. 719.

²²⁸ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 318.

²²⁹ CORCOY BIDASOLO, M., *Criterios jurisprudenciales...*, p. 186.

²³⁰ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 319.

“El principio de confianza conforme al cual quien desarrolla una conducta de riesgo común puede esperar que los demás se comporten conforme a las exigencias del tráfico, sin que todo conductor de vehículo haya de prever las infracciones reglamentarias que cometan los demás, tal principio es relativo y flexible, viniendo excepcionado por el de conducción dirigida o de seguridad y el de defensa, en los supuestos de posibles enfrentamientos en la circulación urbana con niños, ancianos o minusválidos psíquicos, debiendo tenerse presente su presunta inconsciente, su impulsividad azarosa, su desconocimiento de las disposiciones regladas y sus repentinos cambios de actitud, ha de contarse con su impensado proceder contra las normas de tráfico”.

Tras una ponderación de los principios de defensa y la inversión del principio de confianza, solo cabe concluir que los niños, las personas con capacidades disminuidas y los ancianos son los únicos que realmente pueden acogerse al principio de confianza, en tanto que el resto deberá contar con la posibilidad de que los demás infrinjan las normas del tráfico²³¹. No obstante, este principio de defensa solo podrá tomarse en consideración cuando la especial vulnerabilidad de esas personas, atendiendo a las circunstancias concurrentes, debiera ser conocida por el autor.

El principio de confianza sirve para ampliar el contenido del deber objetivo de cuidado, como criterio de selección de las conductas peligrosas de terceros, con el límite de que fueran previsibles *ex ante*. Las únicas conductas imprevisibles *ex ante* con las que el autor debe contar son, de acuerdo con el principio de defensa, las llevadas a cabo por niños, ancianos o personas con capacidades disminuidas, siempre y cuando esta circunstancia fuera cognoscible para el autor. Se configura, por tanto, el

²³¹ SCHÜNEMANN, B., *JA*, p. 715 ss.

principio de confianza, en este sentido, como una particular forma de aparición del riesgo permitido, que delimita los riesgos propios de la actividad en cuestión, procedentes de terceros, que el sujeto no tiene deber de controlar²³².

III. DEBER SUBJETIVO DE CUIDADO

1. El deber subjetivo de cuidado como elemento negativo

Un sector de la doctrina define el tipo subjetivo imprudente como *ausencia de dolo*, concibiendo la imprudencia únicamente como infracción del deber objetivo de cuidado²³³. Este posicionamiento supone, en realidad, una forma de responsabilidad objetiva, ya que se otorga relevancia penal a riesgo que el sujeto no tenía el deber de conocer.

Por consiguiente, junto a la infracción del deber objetivo de cuidado, será necesario que concurra, a su vez, la infracción del deber subjetivo de cuidado. Únicamente cuando concurren ambas infracciones estaremos ante un injusto imprudente.

En las siguientes páginas, trataremos de concretar el contenido de este deber subjetivo de cuidado.

2. Previsibilidad

La previsibilidad del resultado “determina el ámbito que ha de abarcar el deber subjetivo de cuidado; la infracción del deber objetivo de cuidado se tomará en

²³² CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 322.

²³³ En este sentido, MIR PUIG, *DP, PG...*, p. 297 ss.

consideración en relación, únicamente, con el reconocible riesgo de realización típica”²³⁴. Especial relevancia adquiere la previsibilidad en aquellos sectores de actividad carentes de reglas técnicas. En estos supuestos la previsibilidad objetiva, conjuntamente con la previsibilidad subjetiva será el único criterio al que deberá atenderse para determinar el deber de cuidado.

La previsibilidad, como elemento del deber subjetivo de cuidado, plantea la misma discusión sobre el baremo utilizable en su determinación, en el mismo sentido que se desarrolló en la determinación de la medida del deber objetivo de cuidado²³⁵. Del mismo modo aquí defendido, es preferible decantarse por una concepción individual de la previsibilidad. No se trata de una previsibilidad subjetiva, sino una que parta de los conocimientos que el autor tiene o debería tener respecto del riesgo creado con su conducta o no controlado teniendo el deber jurídico de hacerlo. Se trata, en palabras de CORCOY, de realizar en el juicio de peligro una valoración normativa del riesgo, y, por tanto, ni objetiva ni subjetiva, sino individual²³⁶.

En los casos de culpa consciente, el sujeto conoce el riesgo de lesión creado por su conducta, lo que implica que existe previsibilidad individual de lesión del bien jurídico, por lo que la previsibilidad individual es fruto del conocimiento del riesgo de lesión. Estos supuestos no plantean problemas de previsibilidad individual, excepto por los supuestos en que surgiese un “error al revés”, en tanto que el sujeto crea que existe riesgo cuando realmente no es así. Pero, como hemos afirmado, el aspecto subjetivo no puede fundamentar un peligro.

En los supuestos de culpa inconsciente, el desconocimiento del riesgo de lesión plantea un doble problema: “determinar si le era exigible conocerlo, y si, a partir de lo anterior, le era posible prever la posibilidad de lesión del bien jurídico”²³⁷.

²³⁴ *Id.*, p. 209.

²³⁵ *Vid supra Capítulo Primero II.3.*

²³⁶ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 212.

²³⁷ *Id.*, p. 218.

Tal y como aquí se defiende, la previsibilidad individual supone deber de prever aquello que el sujeto tiene la posibilidad de prever *ex ante*: el autor solo puede prever aquello que tenía posibilidad de conocer, de manera que previsibilidad y cognoscibilidad resultan estrechamente ligadas: “la cognoscibilidad entendida como *aquello que al sujeto le es exigible conocer*, es el límite máximo de la previsibilidad individual. Conocimiento o cognoscibilidad y previsibilidad son, por tanto, dos perspectivas distintas del deber subjetivo de cuidado como contenido del tipo subjetivo imprudente. La previsibilidad de la posibilidad de realización típica es precisamente el contenido del conocimiento o la cognoscibilidad”²³⁸.

El deber subjetivo de cuidado, como elemento del tipo subjetivo imprudente, exige para su determinación la delimitación, por arriba -respecto al dolo- y, por abajo -respecto a la ausencia del tipo subjetivo- del conocimiento que le es exigible al sujeto sobre la posibilidad de realización típica que supone su conducta²³⁹: “la delimitación por arriba significa establecer una frontera entre el conocimiento propio del dolo eventual y el de la culpa consciente, mientras que por abajo exige determinar en qué supuestos tiene el sujeto deber de conocer, es decir, hasta dónde le llega la cognoscibilidad”.

El entendimiento de la norma penal aquí defendido como *norma de motivación* solo tiene sentido en los supuestos que existan acciones objetivamente reconocibles como peligrosas y que, por tanto, deban ser evitadas. Si esta peligrosidad de no puede ser advertida, no podría afirmarse la peligrosidad de castigar los hechos imprudentes.

3. Cognoscibilidad

²³⁸ *Id.*

²³⁹ *Id.*, p. 219.

El elemento esencial del tipo subjetivo imprudente se define como conocimiento o cognoscibilidad de la posibilidad de realización típica. El objeto del conocimiento será distinto en función del tipo de imprudencia: en los casos de imprudencia consciente es “la posibilidad de realización típica”; mientras que en los casos de imprudencia inconsciente el objeto de conocimiento, en cuanto cognoscibilidad, se define como “la posibilidad de conocimiento de la posibilidad de realización típica”²⁴⁰.

Es preferible hablar de cognoscibilidad en lugar de conocimiento, como concepto unitario aplicable tanto a la imprudencia consciente como a la imprudencia inconsciente, pues en ambos casos se produce un error sobre el contenido de la efectiva realización típica²⁴¹. En palabras de CORCOY, el núcleo del tipo subjetivo imprudente es el desconocimiento de la concreta peligrosidad de la conducta, siendo que el conocimiento relevante para el Derecho penal no es el de “la posibilidad de realización típica”, sino el conocimiento “del concreto peligro de realización típica”²⁴². Cuando se dé este conocimiento hablaremos de dolo, mientras que cuando no se dé, estaremos ante un supuesto de imprudencia siempre y cuando concurra, además, la cognoscibilidad.

El desconocimiento de la situación de peligro, por tanto, no basta para calificar un hecho como imprudente, requiriéndose que tal desconocimiento sea imputable al autor. Y para que sea imputable, además de la cognoscibilidad, habrá de existir un deber de evitar tal desconocimiento -evitabilidad-: esto es lo que ha de entenderse por *deber subjetivo de cuidado*²⁴³.

La atribución de este desconocimiento queda condicionada a que el sujeto pueda y deba evitarlo, y solo así se entenderá infringido el deber subjetivo de cuidado.

²⁴⁰ *Id.*

²⁴¹ *Id.*, p. 231.

²⁴² CRAMER, *Schönke-Schröder*, § 15, núm. 203 (Citado en CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 229).

²⁴³ *Id.*, p. 231.

Este elemento subjetivo del tipo imprudente se encuentra implícito en el deber objetivo de cuidado, de forma que “cada prohibición obliga a cada uno de los destinatarios a que reconozca la previsibilidad de realización de prohibiciones típicas resultantes de sus acciones”²⁴⁴.

Para poder afirmar la concurrencia del deber subjetivo de cuidado se requiere que al autor le sea exigible el conocimiento de la concreta peligrosidad de la realización típica²⁴⁵.

En palabras de CORCOY, “la cognoscibilidad ha de entenderse como exigibilidad del conocimiento del peligro, que se determinará en el caso concreto atendiendo a todas las circunstancias objetivas concurrentes, a los conocimientos actuales y previos del autor y a su capacidad. La cognoscibilidad, así atendida es, precisamente, lo que denominábamos previsibilidad individual -deber prever-”²⁴⁶.

Este *deber prever* deberá determinarse con el auxilio del criterio de exigibilidad, que permite trazar el límite de la exigencia del conocimiento de la peligrosidad consustancial de la conducta.

Definido el núcleo del deber subjetivo de cuidado como deber de prever, y su necesaria vinculación con la infracción del deber objetivo de cuidado, resulta patente la necesidad de ubicar sistemáticamente el deber subjetivo de cuidado en el tipo y no en la culpabilidad. Si el deber subjetivo de cuidado se ubicara en la culpabilidad, esto supondría que el deber objetivo de cuidado no vendría afectado por el deber de previsión, por lo que, aún en los supuestos donde no existiera este deber de prever, tendría que seguir afirmándose la existencia de injusto imprudente, para solo después tratar el elemento subjetivo en la culpabilidad.

²⁴⁴ *Id.*, p. 232.

²⁴⁵ *Id.*

²⁴⁶ *Id.*

Se defiende aquí, por tanto, una concepción de la imprudencia como injusto, siendo necesario que “el deber subjetivo de cuidado se sitúe en el tipo subjetivo imprudente; ya que, en caso contrario, éste queda sin contenido, con lo que imposibilita la conexión entre tipo objetivo y subjetivo, en la misma medida en que ésta se cumple en los delitos dolosos”²⁴⁷.

Para la determinación del deber subjetivo de cuidado se ha de tener en cuenta las específicas circunstancias del autor desde la perspectiva de un espectador objetivo: “El juicio recaerá sobre la exigibilidad o no de conocer el peligro inherente a la conducta desde la perspectiva de[] (...) espectador, situado en el lugar del autor”, teniendo en cuenta los siguientes factores para la delimitación de lo cognoscible²⁴⁸:

- El conocimiento de la efectiva situación
- La previsión de su propia conducta y de su eficacia en la situación
- El conocimiento de las reglas de experiencia y de su aplicación en la situación concreta

La base del juicio sobre el deber de conocer se realizará decidiendo sobre la exigibilidad del conocimiento de cada uno de estos factores de riesgo que, como tales, están en relación con la conducta que se examina y que, de ser cognoscibles, pasarán a formar parte del contenido del deber objetivo de cuidado; solo se determina el deber de conocer respecto de aquellos datos que representan un riesgo para un elemento del tipo²⁴⁹.

Examinar la exigibilidad del conocimiento supone indagar sobre la vencibilidad o invencibilidad sobre la falsa apreciación de los hechos por parte del autor. Este

²⁴⁷ *Id.*, p. 256.

²⁴⁸ *Id.*, p. 236.

²⁴⁹ *Id.*, p. 242.

juicio sobre dicho error recae sobre su propia evitabilidad, siguiendo el mismo procedimiento que en el juicio de cognoscibilidad, como deber de conocer²⁵⁰.

En caso de concluir que el error es invencible, solo puede afirmarse la atipicidad de la conducta. En caso de que el error sea vencible, si se verifica la creación de un riesgo típicamente relevante mediante la infracción del deber objetivo de cuidado, podrá concluirse la existencia de un injusto imprudente. En definitiva se trata de una valoración sobre la vencibilidad análoga a la que se lleva a efecto en relación en el error de tipo y de prohibición, en orden a determinar su relevancia. En realidad, en los supuestos de imprudencia, concurre siempre un error, como se señalaba al principio, en relación con la teoría psicológica de la culpabilidad. Y concurre un error porque objetivamente la conducta es idónea para producir un resultado lesivo pero el sujeto lo desconoce, incluso en la imprudencia consciente. La cuestión aquí es determinar si le era exigible conocer, es decir, si ese error era vencible.

La inexigibilidad se configura, en este sentido, como un límite del injusto imprudente, pues no resulta concebible exigir una perpetua atención universal. De este modo, la exigibilidad se erige como principio eficaz para la restricción del deber objetivo-subjetivo de cuidado. Esta exigibilidad se determinará a partir de una ponderación de intereses entre el deber de conocer y prever y el deber de evitar conductas efectivamente lesivas²⁵¹, limitando de este modo la cognoscibilidad.

IV. IMPUTACIÓN OBJETIVA

1. Relación de riesgo

²⁵⁰ *Id.*, p. 240.

²⁵¹ *Id.*, p. 244.

La imputación objetiva, *stricto sensu*, como segundo juicio de imputación requiere del presupuesto de imputación: la concurrencia de un riesgo típico. En este segundo nivel del juicio de atribución, el juez, a los datos que tenía en cuenta en el nivel de injusto típico añade otros, que son los que hubiera tenido el espectador objetivo situado en el lugar del autor. Estos factores no se tienen en cuenta en el primer nivel, por no ser conocidos ni cognoscibles, *ex ante*, por el autor, sino únicamente *ex post*, una vez que se tiene el conocimiento de todo lo efectivamente acaecido²⁵².

En este juicio de imputación en sentido estricto, se delimitan los riesgos que en el pronóstico posterior-objetivo se estiman objetivamente reconocidos como adecuados para causar la lesión. Se trata de un juicio teleológico, con la finalidad de determinar la probabilidad de lesión que es objetivamente reconocida como consecuencia del riesgo. El riesgo relevante para este juicio de imputación no puede ampliar el ámbito del riesgo atribuible al autor en el primer nivel de atribución, pues no se trata de un nivel constitutivo de injusto, sino de imputación objetiva. La relación de riesgo se establece entre el riesgo típico y el resultado, desde una perspectiva *ex post*²⁵³.

2. El papel del resultado en el tipo imprudente

Si el elemento esencial del tipo imprudente es la infracción de la norma de cuidado, ¿qué papel ha de jugar el resultado? Como apunta MIR PUIG, tan imprudente es quien se salta un semáforo en rojo a gran velocidad si causa un resultado, como el que tiene la *suerte* de no causarlo. En este sentido, cabe hablar de la existencia de un *momento de azar* en todo resultado imprudente²⁵⁴.

²⁵² *Id.*, p. 332.

²⁵³ *Id.*, p. 332 ss.

²⁵⁴ MIR PUIG, S., *DP, PG*, p. 302. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *DP, PG...*, p. 274: "la producción del resultado es el componente de azar de los delitos imprudentes,

Esto lleva a un sector de la doctrina a considerar el resultado como *condición objetiva de punibilidad*, fuera del injusto y de la culpabilidad²⁵⁵, en tanto la única función del resultado es la de conceder relevancia jurídico-penal a la infracción de la norma de cuidado. MIR PUIG plantea el resultado como *garantía de seguridad*, en el sentido de confianza en la voluntad del autor de no lesionar²⁵⁶.

SILVA SÁNCHEZ²⁵⁷ trata el azar del resultado en los delitos imprudentes distinguiendo entre mala y buena suerte. Así, cuando el sujeto que infringe la norma de cuidado -conducta antijurídica- tiene la *mala suerte* de que se produzca el resultado, afirma el autor que no nos encontramos ante un momento de azar, sino ante la consecuencia natural -causal- de la acción imprudente; no hay azar, por tanto, cuando el resultado es objetivamente imputable a la conducta imprudente. Sí cabría hablar de azar, en cambio, en los casos de *buena suerte*, cuando la conducta imprudente no conlleva un resultado. No castigar estos casos, defiende el autor, estaría justificado por la falta de necesidad de pena, y a pesar de su merecimiento, pues la infracción de la norma de cuidado supone la antijuridicidad de la conducta.

La doc.may., entre otras críticas, considera que entender el resultado como condición objetiva de punibilidad comportaría no exigir vinculación normativa alguna entre la infracción del deber de cuidado y la producción del resultado²⁵⁸, de manera que bastaría la mera yuxtaposición de infracción de la norma de cuidado y de un resultado para afirmar la punición de la imprudencia.

ya que éstos sólo pueden ser castigados cuando el resultado tiene lugar, por más que la acción imprudente sea la misma (...)"

²⁵⁵ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 430 ss. En contra, MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *DP, PG...*, p. 274, afirmando que no basta con que el resultado se produzca, aunque sea fortuitamente, para que la acción sea imprudente; ROXIN, C., *DP, PG...*, p. 998.

²⁵⁶ MIR PUIG, S., *DP, PG...*, p. 303.

²⁵⁷ Ampliamente, SILVA SÁNCHEZ, J, «¿Genera derechos la Buena suerte? Sobre el papel del resultado en Derecho penal», en Gómez Martín (dir.) *Un modelo integral de Derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Madrid, 2022, p. 926 ss.

²⁵⁸ BINAVICE, E., *Die vier Momente...*, p. 220 ss; Welzel, H., *Deutsches Strafrecht*, 11ª ed., Berlin, 1969, p. 136; FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia...*, p. 124 ss.

En el fondo de estas críticas subyace la idea de que considerar el resultado condición objetiva de punibilidad supone restarle importancia. Con ello se olvida que la norma de cuidado -norma penal- surge, precisamente, para evitar resultados lesivos, y que cuando se analiza si un riesgo es o no permitido, se tiene en cuenta su idoneidad para producir el resultado; es decir, el resultado está presente desde el momento de creación de la norma. La cuestión estriba en que al sujeto, lo que se le prohíbe es la realización de conductas -dolosas o imprudentes- idóneas para producir un resultado lesivo.

Pero la concepción del resultado como condición objetiva de punibilidad que aquí se defiende no impide fundamentar la eficacia de la teoría de la imputación objetiva respecto del resultado lesivo en base a criterios de política criminal. El resultado no puede ubicarse en el injusto imprudente porque la infracción de la norma de cuidado se determina de manera *ex ante*, y no puede verse afectada por consideraciones *ex post*. Cuando se ha probado la creación de un riesgo típicamente relevante *ex ante*, éste no se convierte en irrelevante *ex post* por no poder imputar el resultado producido²⁵⁹. De este modo, el resultado no puede afectar a la gravedad del injusto, que se determina *ex post*, sino únicamente a consideraciones de “necesidad político-criminal de la pena”, en función de las circunstancias concurrentes²⁶⁰. En consecuencia, pueden existir casos en los que se constate el merecimiento de pena, en tanto exista *ex ante* un riesgo típicamente relevante, pero se demuestre *ex post* la falta de necesidad de pena en aplicación de los criterios de imputación objetiva del resultado.

Esta cuestión se plantea únicamente en el marco de la delincuencia imprudente, en tanto no se prevé el castigo de la tentativa. En el hecho doloso, por el contrario, aun cuando no pueda imputarse el resultado, se podrá castigar por tentativa. El principio de fragmentariedad justifica que en el hecho imprudente no esté prevista la punición de la tentativa; no obstante, en la actualidad, la

²⁵⁹ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 431.

²⁶⁰ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 434.

proliferación de los llamados delitos de riesgo permite castigar los injustos imprudentes a los que no se les pueda imputar un resultado.

3. Relación de riesgo

3.1. Finalidad de protección de la norma

Es preciso que el resultado producido sea de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado²⁶¹.

Para determinar este segundo juicio de atribución, como imputación objetiva en sentido estricto, es necesario que el resultado que se imputa sea de aquellos que trataba de prevenir la norma de cuidado: “la idea de que el resultado ha de ser en el caso concreto consecuencia precisamente de la infracción de la norma de cuidado se ha concretado en el criterio del *fin de protección de la norma de cuidado*”²⁶². En este sentido, el resultado ha de ser la concreción del riesgo que el autor crea de forma imprudente, pues “para imputar un resultado es preciso acudir al riesgo creado o no evitado imprudentemente para poder explicar (total o parcialmente) el proceso lesivo que ha conducido al resultado. En sentido contrario, el resultado no es imputable a una persona cuando no supone la realización del riesgo creado de forma descuidada, sino de un riesgo residual atípico que permite explicar el resultado con independencia de la conducta infractora de deber”²⁶³.

Se configura de este modo el *fin de protección de la norma de cuidado* como el criterio básico de imputación del resultado, “entendido éste como la exigencia de que el resultado sea precisamente una concreción o realización del riesgo creado

²⁶¹ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español...*, p. 494.

²⁶² FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia...*, p. 324.

²⁶³ *Id.*, p. 325.

mediante la infracción de la norma de cuidado y no de otro riesgo²⁶⁴. Se trata, por tanto, de determinar la finalidad concreta del deber de cuidado infringido, en relación con la clase de daños que éste está llamado a prevenir²⁶⁵.

En definitiva, el criterio del fin de protección de la norma introduce la perspectiva *ex ante* en el juicio sobre la relación de riesgo, eminentemente *ex post*. Para poder saber cuál es el fin de la norma es necesario saber los motivos que llevaron a determinar ese deber de cuidado y no otro²⁶⁶.

Merece la pena concretar qué se entiende por norma en relación con este criterio de imputación. La norma de la cual hay que buscar sus fines solo puede ser una norma entendida como deber objetivo de cuidado²⁶⁷. De este modo, la finalidad que se deberá buscar se encontrará entre los fines que condujeron a la determinación del deber de cuidado. Los peligros que determinan el deber objetivo de cuidado han de ser los mismos que se produzcan de manera efectiva para poder afirmar que el resultado está en los que la norma trataba de evitar²⁶⁸.

Considerar el fin de protección de la norma conlleva dejar de lado la concepción de la norma como imperativo general de conducto, pues habrá que determinar en cada caso cuál es el imperativo de cuidado concreto. El contenido del ámbito de protección se determina en función del fin concreto de protección del deber de cuidado: “el fin del deber es concreto y no general porque se prevé para controlar unos riesgos determinados en circunstancias concretas; en riesgo es

²⁶⁴ *Id.*, p. 337.

²⁶⁵ SCHÜNEMANN, B., *JA*, p. 715. En el mismo sentido, Gimbernat Ordeig, E., «Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos», *RDCirc*, 1965, p. 682: “los deberes de diligencia cuya infracción es lo que hace que una acción sea imprudente, persiguen impedir determinados resultados. Si el resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que se querían evitar por el establecimiento del deber, el autor estará exento de responsabilidad”.

²⁶⁶ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 565.

²⁶⁷ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español...*, p. 494 ss.

²⁶⁸ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 574.

determinado cuando se conoce que esa clase de riesgo hace previsible una modalidad de resultado”²⁶⁹.

3.2. Criterios específicos en la delimitación del ámbito de protección de la norma

a) Idoneidad general del deber de cuidado para luchar contra determinados peligros

Esta idoneidad general para luchar contra determinados peligros se determina a partir de la probabilidad estadística de su efectividad para disminuir el peligro. Si el deber de cuidado solo se demuestra como adecuado para la evitación de una clase de peligro en unos casos y en otros no, no podría entenderse como medio apto para luchar contra ese peligro²⁷⁰.

A modo de ejemplo, los límites de velocidad tienen como finalidad que el sujeto pueda controlar el vehículo ante circunstancias extraordinarias, frenando en un menor espacio o manteniendo la capacidad de desviar el vehículo de forma controlada. Cuando con la limitación de la velocidad se evitaría el accidente por llegar más tarde al lugar en que se produce, esto no formaría parte de la idoneidad general del deber de cuidado, sino que solo sería idóneo en el caso concreto debido a las circunstancias particulares.

b) Búsqueda de la específica dirección de protección

La específica dirección de protección deberá realizarse mediante los métodos generales de interpretación y, particularmente, la interpretación teleológica. Con

²⁶⁹ *Id.*, p. 577.

²⁷⁰ *Id.*, p. 584.

la interpretación teleológica se pretende distinguir entre ámbito de protección y motivo de protección. CORCOY propone el siguiente ejemplo²⁷¹:

El motivo de colocación de un semáforo delante de una escuela es disminuir los cruces peligrosos de los niños. El ámbito de protección de ese semáforo es disminuir los riesgos propios del cruce de una calzada. Si un conductor pasa en rojo y atropella a una señora, que ocasionalmente ha utilizado ese cruce previsto inicialmente para los niños, ese resultado entra en el ámbito de protección, aunque no en el motivo de protección.

Que el resultado sea uno de los motivos de protección no será suficiente para determinar el ámbito de protección de la norma, pues deberán ponderarse todas las circunstancias de la problemática real que ha llevado a la adopción de esa medida de protección.

c) Ámbito de protección y deber de garante

En el caso de los delitos omisivos, las circunstancias que originan el deber de cuidado dependen del deber de garante. En este sentido, se deberá determinar las fuentes jurídicas que dan origen a esa posición de garante y sus intenciones jurídicas, con la finalidad de obtener la extensión del deber de garante y su ámbito de protección²⁷².

3.3. Realización del riesgo en el resultado: incremento del riesgo ex post

Para la prueba de la concurrencia de una relación de riesgo entre el injusto típico imprudente y el resultado es esencial determinar que es exactamente ese riesgo ex ante el que se ha realizado ex post. En un primer momento, ROXIN²⁷³ se refería

²⁷¹ *Id.*, p. 586.

²⁷² *Id.*, p. 587.

²⁷³ ROXIN, C., *DP, PG...*, p.

al incremento del riesgo *ex ante* para probar la relación de riesgo, en seguida advirtió que con ello no añadía nada a la existencia de un riesgo típico.

Por consiguiente, en la imputación objetiva en sentido estricto, es decir, la prueba de la relación de riesgo se debe llevar a efecto *ex post*. Esta es otra de las razones para excluir el resultado del injusto típico, que debe de ser valorado *ex ante*.

3.4. La teoría de la evitabilidad *ex post*: conductas alternativas adecuadas a derecho

Para la imputación del resultado, una vez fundamentada la relación de riesgo, cobra especial relevancia la teoría de la evitabilidad²⁷⁴. La teoría de la evitabilidad encuentra su ámbito de aplicación en dos momentos diferenciados, uno *ex ante* y otro *ex post*.

En cuanto al primer momento, no pueden prohibirse conductas cuando se advierta, ya *ex ante*, que su no realización no evitará que se produzca el resultado de lesión²⁷⁵. Por lo tanto, la causación de un resultado inevitable *ex ante* excluirá ya la relevancia típica de la conducta del autor.

En el momento *ex post*, propio de la imputación objetiva, deberá afirmarse que, si se comprueba que el resultado no se hubiera podido evitar con una conducta adecuada a Derecho, no podrá afirmarse el juicio de imputación, pese a que esta circunstancia no afecte a la creación de un riesgo típicamente relevante. Se configura la evitabilidad *ex post* como una excepción al principio general de que la relación de riesgo resulta probada por el incremento comprobado *ex post* del

²⁷⁴ En contra de la teoría de la evitabilidad, ampliamente FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia...*, p. 141 ss., entendiéndose que adolece de importantes dificultades prácticas de concreción y puede dar lugar a arbitrariedades.

²⁷⁵ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 488.

riesgo, pues deberá demostrarse que, con una conducta adecuada, el resultado tampoco se habría evitado²⁷⁶.

4. Concurrencia de riesgos

Cuando en la producción de un resultado concurre más de un riesgo, lo primero que es necesario determinar es si estamos en un supuesto de codelincuencia o, por el contrario, se trata de un concurrencia de riesgos o autoría accesoria (paralela). En el primer caso, el hecho de que concurren riesgos de terceros o de la propia víctima puede afectar a la calificación de la conducta del autor. Por el contrario, si estamos en un supuesto de codelincuencia, regirá el principio de imputación recíproca.

La jurisprudencia, pese a negar la posibilidad de hablar de “compensación de culpas” en el ámbito penal -si bien generalmente admitida en el ámbito civil-, sí afirma su relevancia en determinados supuestos. Los casos en que se tiene en cuenta la culpa concurrente de la víctima son los siguientes: 1º) según el principio de defensa o seguridad que prima sobre el principio de confianza negando, sobre la base de ello, la relevancia de la culpa concurrente de la víctima; 2º) si la víctima es inimputable; 3º) si la víctima actúa en estado de necesidad; 4º) si actúa determinada por el procesado²⁷⁷.

La relevancia de esta concurrencia de culpas deberá ser examinada en dos niveles:²⁷⁸:

1º En relación con la gravedad de la infracción de la norma de cuidado, degradando la imprudencia del autor.

2º Atendiendo a la relevancia causal (ya sea como falta de previsibilidad, de evitabilidad o por interrupción del nexo causal), eximiendo de responsabilidad penal.

²⁷⁶ *Id.*, p. 489.

²⁷⁷ *Id.*, p. 90.

²⁷⁸ *Id.*

Y, a su vez, deberán distinguirse dos momentos de análisis²⁷⁹:

- 1º. En el juicio de imputación, advirtiendo que parte del riesgo que se ha realizado en el resultado es contribución del autor;
- 2º. En un momento previo, la existencia de peligros cognoscibles *ex ante* varía el contenido del deber objetivo de cuidado exigible al autor, que como consecuencia de esos riesgos cognoscibles será más amplio que el deber de cuidado genérico previsto por el legislador.

También se reconocen los llamados “casos de disminución de riesgo”, en los que es necesario infringir una determinada regla técnica para no infringir el deber objetivo de cuidado. Esto puede ser a consecuencia de:

1. La *conurrencia de algún factor causal específico*, el conductor que advierte el peligro de caída de piedras en la calzada derecha deberá circular por la izquierda, si ésta es la conducta que excluye en mayor medida el riesgo de lesión de bienes jurídicos;
2. La *conducta antirreglamentaria de un tercero o de la víctima*, que obliga a circular por la izquierda por estar invadida la calzada derecha por dicho tercero o víctima²⁸⁰.

5. Codelincuencia

Para poder afirmar la existencia de coautoría o participación de uno o varios sujetos en el hecho de otro, se requerirá la existencia de una realización colectiva del hecho, entendida como voluntad consciente de participar en la conducta imprudente de otro, o un acuerdo dirigido a realizar conjuntamente esa conducta imprudente que, en ese caso, será obra conjunta de varios sujetos²⁸¹. Esta

²⁷⁹ *Id.*, p. 91.

²⁸⁰ También, TORÍO LÓPEZ, A., *ADPCP*, p. 29.

²⁸¹ MIR PUIG, S., *DP, PG...*, p. 400.

voluntad de participar en la conducta imprudente del otro supone una conducta dolosa respecto a la participación o coautoría, sin que exista dolo en relación con la realización típica.

Cuando exista imprudencia ya en la participación o acuerdo, no estaremos ante un problema de codeincuencia, sino de concurrencia de riesgos. Se trataría de supuestos de autoría y participación accesoría, que deben calificarse de participación o coautoría imprudente, y que sobre los que no rigen los principios aplicables en la codeincuencia.

La coautoría en el hecho imprudente conlleva la aplicación del principio de *imputación recíproca* de las distintas contribuciones. Mientras que la participación del sujeto en el hecho imprudente determina, en cambio, la aplicación del principio de *accesoriedad limitada* en la participación²⁸².

Cuando analizamos la determinación del deber objetivo de cuidado, ya advertimos que su contenido se encuentra influenciado por los factores de riesgo precedentes de otros sujetos y cognoscibles *ex ante* por el autor. Esto es así en los supuestos de concurrencia de riesgos, pero no en los de codeincuencia, pues los principios de imputación recíproca y de accesoriedad en la participación conllevan a la determinación de un deber objetivo de cuidado común para todos los intervinientes. En cambio, en los supuestos de concurrencia de riesgos, los principios de imputación recíproca y de accesoriedad en la participación son substituidos por los de confianza y defensa, que delimitan la influencia de los factores de riesgo provenientes de otros sujetos²⁸³.

6. Concurrencia de riesgo de la víctima

²⁸² MIR PUIG, S., *DP. PG...*, p. 406.

²⁸³ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 340.

Dada la especial relevancia que comporta en los supuestos de intervención plural la conducta de la víctima, se analizarán de forma separada los siguientes tres supuestos²⁸⁴:

a) La provocación imprudente de suicidios, de autolesiones y de casos de autopuestas en peligro

LUZÓN PEÑA examina estos supuestos de acuerdo con los principios propios de la autoría. Con este fin, distingue, por un lado, los casos en que la conducta imprudente de la víctima podría calificarse como autoría, en este caso, como autoría mediata, y, por tanto, punible. Mientras que aquellos en los que la conducta de la víctima, únicamente, quepa calificarse como de participación serán impunes, puesto que la participación en un hecho atípico, como el suicidio o la autopuesta en peligro, es siempre impune por el principio de accesoriedad limitada en la participación²⁸⁵.

b) La intervención de niños, ancianos o personas con capacidad disminuida, en general, y en particular, en el ámbito del tráfico viario

En estos supuestos el principio de defensa se superpone al principio de confianza²⁸⁶. La intervención de una de estas personas convierte al autor en garante frente a las reacciones imprevisibles de estos sujetos. Esto supone una considerable ampliación del deber objetivo de cuidado, pues deben incluirse medidas de cuidado extraordinarias con la finalidad de neutralizar el especial peligro que provenga de la conducta de una de estas personas. Se trata de conductas que, en otro caso, entrarían dentro del ámbito del riesgo permitido por ser imprevisibles *ex ante*, pero que, en aplicación del principio de defensa, y

²⁸⁴ *Id.*, p. 343.

²⁸⁵ LUZÓN PEÑA, D., *Derecho penal de la circulación. Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1985, p. 91 ss.

²⁸⁶ Vid Supra Capítulo Primero II.5.

sobre la base de las características específicas de la víctima, formarán parte del cuidado debido.

Pero, como se ha dicho, el deber objetivo de cuidado no puede ampliarse excesivamente por mor del principio de defensa. En este sentido, solo cuando el autor pudiese advertir *ex ante* la configuración específica de la víctima podrá afirmarse que su deber de cuidado engloba su actuación imprevisible. No cabrá aplicar el principio de defensa cuando el autor no pudo conocer la clase de víctima a la que afectaba su conducta²⁸⁷.

c) La especial configuración de la delincuencia imprudente en relación con la conducta de la víctima en el ámbito de trabajo

En el ámbito del trabajo, empresarios, directivos o mandos intermedios responden, en posición de garante, de la conducta imprudente de la víctima. No rige en este ámbito el principio de confianza, de forma que el empresario debe desconfiar de que el trabajador sea prudente²⁸⁸: “en consecuencia, el cuidado que le es exigible al empresario debe ser tal que tome en cuenta las hipotéticas conductas imprudentes de los trabajadores. Las medidas de seguridad a adoptar y el grado de vigilancia a prestar deben tender a asegurar al trabajador frente a sus propias imprudencias”.

En este ámbito también se amplía notablemente el deber de cuidado del autor. Pero debe advertirse que no toda conducta de la víctima debe ser atribuida a la conducta del empresario, siendo necesario encontrar límites en función de la distinta eficacia de la contribución causal de las conductas del empresario y el trabajador²⁸⁹.

²⁸⁷ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 345.

²⁸⁸ ARROYO ZAPATERO, L., *La protección penal...*, p. 182.

²⁸⁹ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 346.

Siguiendo el esquema de CORCOY, la concurrencia, en el hecho desencadenante de un resultado lesivo, de un riesgo relevante atribuible a la víctima debe examinarse en tres niveles distintos²⁹⁰:

a) Determinación del deber objetivo de cuidado

La conducta peligrosa de la víctima influirá en la configuración del deber objetivo de cuidado en aquellos casos en que dicha conducta sea cognoscible *ex ante* por el autor y, por tanto, comprendido en el deber subjetivo de cuidado. Pero resulta necesario restringir, a partir del deber subjetivo de cuidado, una ampliación ilimitada del deber objetivo de cuidado. Así, el autor solo deberá tomar en consideración aquellos riesgos respecto de los cuales tenga deber de conocer, atendiendo al principio de exigibilidad: solo se tendrán en cuenta los riesgos procedentes de la conducta de la víctima que eran cognoscibles *ex ante*, por el autor²⁹¹.

b) Relación de autoría

Aquellos supuestos donde la actuación de la víctima es de tal relevancia que se advierte que el autor es la propia víctima, siempre que se pruebe la relación de autoría entre hecho y víctima, el riesgo creado por otro sujeto quedará impune, siempre y cuando no sea posible probar la autoría mediata por parte del otro sujeto²⁹².

c) Gravedad del injusto

En otros supuestos, la creación de un riesgo relevante por parte de la víctima no afectará al contenido del deber objetivo de cuidado, sino que se evidencia que no todo el peligro creado, que concurre en el resultado lesivo, lo ha sido por el

²⁹⁰ *Id.*

²⁹¹ *Id.*, p. 348.

²⁹² LUZÓN PEÑA, D., *Derecho penal de la circulación...*, p. 79.

autor. Estos son los casos de autoría accesoria entre víctima y autor, que deberán ser tratados como supuestos de concurrencia de riesgos. En estos casos, es usual que el juicio individualizado de la conducta del autor permita apreciar que la gravedad del riesgo creado por éste es de menor magnitud del que, a primera vista, parece que exista²⁹³.

7. Concurrencia de conducta infractora de terceros

Siguiendo el mismo esquema de análisis, la concurrencia de conductas infractoras de terceros se analizará en los mismos tres niveles:

a) Determinación del deber objetivo de cuidado

Del mismo modo que afirmábamos para el caso de conductas infractoras de la víctima, los riesgos creados por terceras personas que sean cognoscibles por el autor pueden influir en su determinación del deber de cuidado. Así, la conducta peligrosa de terceros deberá ser suplida por el autor mediante la adopción de alguna medida de cuidado suplementaria, siempre que ese riesgo esté abarcado por el deber subjetivo de cuidado.

Los riesgos de terceros que sean cognoscibles por el sujeto *ex ante* se considerarán en la determinación del deber objetivo de cuidado²⁹⁴, rigiendo el principio de confianza como límite del deber objetivo de cuidado.

b) Relación de autoría

²⁹³ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, p. 350.

²⁹⁴ *Id.*

En estos supuestos deberá ponerse especial atención a la delimitación entre codelincuencia y concurrencia de riesgos. En caso de que entre la conducta del sujeto y de los terceros se den los requisitos propios de la coautoría o la participación, hablaremos de la existencia de un hecho típico al que contribuyen distintas conductas. En estos casos, siempre que la conducta del tercero realice un tipo de autoría, el principio de accesoriedad limitada en la participación posibilita el castigo, como partícipe, del “autor”²⁹⁵.

c) Gravedad del injusto

Si no cabe apreciar coautoría o participación, únicamente una parte del riesgo desencadenante del resultado es realmente atribuible al riesgo creado por el autor. En este sentido, solo puede imputársele esa cantidad de riesgo por él efectivamente creada, por lo que cabría afirmar la menor gravedad del injusto.

V. CONCLUSIONES PARCIALES

1. Se defiende en este trabajo una concepción de la imprudencia como injusto, cuyo elemento esencial es la infracción de la norma de cuidado, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo. De este modo, se infringe la norma de cuidado, tal y como aquí se concibe, cuando el autor emprende una conducta que, como consecuencia de la lesión del cuidado, causa un resultado penalmente relevante no querido ni conocido por el mismo.

2. El deber objetivo de cuidado configura el aspecto objetivo de la norma de cuidado, y conlleva la no realización de conductas que generan riesgos no permitidos para bienes jurídicos, así como la necesidad de adoptar las cautelas oportunas para evitar que la conducta peligrosa acabe materializándose en un resultado lesivo. La partición del cuidado en objetivo y subjetivo no niega la

²⁹⁵ *Id.*, p. 351.

íntima relación entre uno y otro, sino que responde a la necesidad metodológica de analizarlos de forma separada.

3. Las reglas técnicas son aquellas disposiciones que realizan una pre-valoración sobre las condiciones óptimas del comportamiento para evitar resultados lesivos. Estas reglas técnicas tendrán el carácter de mero indicio del deber objetivo de cuidado, como guía orientativa, pero no determinan *per se* el contenido del deber. Asimismo, el deber objetivo de cuidado puede determinar la necesidad de contravenir la regla técnica prevista para el caso concreto.

Diferenciamos entre reglas técnicas de carácter jurídico y reglas técnicas de carácter extrajurídico. Las primeras se encuentran contenidas en normas de Derecho positivo, pudiendo distinguirse entre reglas técnicas jurídicas de naturaleza penal y de naturaleza extrapenal, en función del tipo de norma que las contenga. Esta distinción, no obstante, no tiene consecuencias en relación con la determinación del deber objetivo de cuidado: ambas tienen el mismo carácter indiciario.

En cuanto a las reglas técnicas de carácter extrajurídico, son aquellas cuya reglamentación ha sido desarrollada por los propios intervinientes en el sector del tráfico en el que operan. Entre estas se encuentran los programas de prevención de delitos, los convenios colectivos, o la *lex artis* propia de las profesiones liberales. La eficacia de estas reglas técnicas extrajurídicas será la misma que la de las reglas técnicas jurídicas: de carácter meramente indiciario del deber objetivo de cuidado. Pero no por ser extrajurídicas tendrán menor importancia en la determinación del deber, pues no en pocas ocasiones estaremos ante reglas técnicas mejor adaptadas a las necesidades sociales y al desarrollo actual de la técnica y la ciencia que las propias reglas técnicas de carácter jurídico.

4. Se defiende en este trabajo la necesidad de individualizar el deber objetivo de cuidado en atención a los conocimientos, habilidades y capacidades especiales

del autor. Se parte de un concepto unitario de conocimientos especiales, que comprende tanto los conocimientos como las capacidades del sujeto, en tanto los primeros condicionan los segundos. No se entiende adecuado, por tanto, acudir a la figura-baremo de la persona media, en tanto esta persona ideal ni existe ni puede ser pensable. Se prefiere acudir al criterio del grado de esfuerzo, en aras de una mejor aplicación de los principios de igualdad material y de justicia, de modo que se requiera el mismo esfuerzo de todas las personas.

Los poderes inferiores son tenidos en cuenta en la determinación del deber objetivo de cuidado, en cuanto transforma la modalidad del deber exigido como actuación prudente ante una conducta peligrosa en no asumir la peligrosidad de la conducta sin la preparación adecuada. Los poderes superiores, por su parte, son abarcados por el deber objetivo de cuidado, en cuanto el sujeto tiene el deber de hacer uso de sus capacidades especiales para evitar resultados lesivos, exigiéndose así el mismo grado de esfuerzo que al resto de personas.

5. Se entiende el riesgo permitido, no solo como un criterio de restricción del tipo, sino también con cierta eficacia como causa de justificación. Se define el riesgo permitido como aquel peligro que un sujeto puede crear sin que de la lesión del bien jurídico que de él se derive pueda ser tenido como penalmente responsable.

La utilidad social de la actividad es la base dogmática del riesgo permitido, siendo el elemento esencial de éste. La utilidad social permite la asunción de riesgos previsibles *ex ante* que no necesariamente han de ser abarcados por el deber objetivo de cuidado -riesgos residuales-. La falta de utilidad social puede comportar que riesgos, que en otras circunstancias serían calificados de insignificantes, superen el riesgo permitido y sean considerados como típicamente relevantes. El juicio de la utilidad social deberá llevarse a cabo bajo una comparación de los intereses en juego, teniendo en cuenta la peligrosidad de la actividad, el beneficio social inherente a la misma, la importancia de los bienes jurídicos amenazados y las medidas de seguridad que puedan exigirse.

6. El principio de confianza, si bien resulta estrechamente ligado al instituto del riesgo permitido, merece un análisis independiente. El principio de confianza ve su ámbito de aplicación, por un lado, en la selección de las conductas de riesgo de terceros que deben abarcarse por el deber objetivo de cuidado; por otro, en la delimitación de los riesgos atribuibles al autor, cuando concurren conductas infractoras de terceros o de la propia víctima. De este modo, el principio de confianza tiene la capacidad de limitar el deber objetivo de cuidado respecto de los riesgos previsibles *ex ante* concurrentes en un mismo hecho, pero procedentes de terceros.

El principio de confianza encuentra su límite en la no eficacia del principio de confianza para el sujeto que infringe el cuidado y en el principio de defensa. La no eficacia del principio de confianza supone que, quien infringe el deber de cuidado exigido, no puede confiar ya en que los demás actúen correctamente. El principio de defensa se concibe para dar mayor tutela a un grupo de sujetos especialmente necesitados de protección: niños, ancianos y minusválidos psíquicos. De este modo, cuando al autor le sea cognoscible la especial configuración de estos sujetos, sus actuaciones imprevisibles *ex ante*, que en otro caso quedarían fuera del ámbito del deber objetivo de cuidado, deben ser abarcadas por este.

7. Una vez determinado el deber objetivo de cuidado, habrá que ponerlo en relación con la conducta del autor. Si la conducta del autor coincide con el cuidado debido, deberá concluirse que no está prohibida. Este es el contenido del primer juicio de atribución, sobre el carácter prohibido o permitido de la acción, que constituye el presupuesto de la imputación objetiva, y en él se constata la existencia de una realización típica.

8. La previsibilidad, como elemento del deber subjetivo de cuidado, pertenece al injusto, y determina el ámbito que el deber de cuidado ha de abarcar, en atención a un baremo individualizado. Se trata, por tanto, de una previsibilidad individual,

en el mismo sentido defendido para la determinación de la medida del deber objetivo de cuidado.

Los casos de culpa consciente no plantean problemas de previsibilidad, en tanto que el autor conoce el riesgo de lesión creado por su conducta. En los casos de culpa inconsciente deberá determinarse si al autor le era exigible conocer el riesgo de lesión, y, en caso afirmativo, si le era posible prever la posibilidad de lesión del bien jurídico. Se pone de manifiesto, así, la estrecha vinculación entre cognoscibilidad y previsibilidad como dos perspectivas distintas del deber subjetivo de cuidado, en tanto que la previsibilidad de la posibilidad de realización típica es precisamente el contenido de la cognoscibilidad.

9. La cognoscibilidad es el elemento esencial del tipo subjetivo imprudente. Se defiende aquí la adopción de este concepto unitario que no diferencie entre conocimiento y cognoscibilidad en los casos de imprudencia consciente e inconsciente, pues en ambos casos se produce un error sobre el contenido de la efectiva realización típica. Se concibe, por tanto, el elemento fundamental del tipo subjetivo imprudente como cognoscibilidad de la concreta previsibilidad de la realización típica. Pero el desconocimiento de la situación de peligro no será suficiente para fundamentar el castigo imprudente, sino que será necesario que exista un deber de evitar tal desconocimiento -deber subjetivo de cuidado-. Para infringir este deber subjetivo de cuidado, el autor ha de poder y deber evitar este desconocimiento.

Se entiende, así, la cognoscibilidad como exigibilidad del conocimiento del peligro, a determinar ateniendo todas las circunstancias objetivas concurrentes, así como las capacidades especiales del autor. Esta determinación del deber de conocer se realizará decidiendo sobre la exigibilidad del conocimiento de cada uno de los factores de riesgo que, de ser cognoscibles, pasarán a formar parte del contenido del deber objetivo de cuidado. La exigibilidad se configura, por tanto, como el principal límite del injusto imprudente, pues no es aceptable exigir una atención universal

El deber subjetivo de cuidado exige su delimitación por arriba, respecto al conocimiento propio del dolo eventual, y, por abajo, respecto del conocimiento exigible al autor sobre la posibilidad de realización típica que supone su conducta.

10. El resultado en la concepción del injusto imprudente aquí defendido es una condición objetiva de punibilidad, pues no afecta a la norma de cuidado. Entender el resultado como condición de punibilidad no implica que no deba existir la correspondiente relación normativa entre infracción de la norma de cuidado y la producción del resultado. Tal y como aquí se concibe, el resultado tiene la función de conceder relevancia jurídico-penal a la infracción de la norma de cuidado; norma de cuidado determinada *ex ante* que no se ve afectada por consideraciones *ex post*. Una vez constatada la creación de un riesgo típicamente relevante *ex ante*, este no deviene irrelevante por no poder imputar el resultado producido.

11. La finalidad de la norma de cuidado infringida es el elemento esencial en la determinación de la relación de riesgo entre conducta y resultado. El resultado, por tanto, habrá de ser consecuencia de la infracción de la norma en el caso concreto. La delimitación del ámbito de protección de la norma se llevará a cabo, esencialmente, en atención a los criterios de idoneidad general del deber de cuidado para luchar contra determinados peligros y la búsqueda de la específica dirección de protección.

12. Determinada la relación de riesgo, se atenderá a la teoría de la evitabilidad para confirmar la imputación objetiva del resultado a la conducta infractora del autor. Desde una perspectiva *ex post*, no podrá afirmarse el juicio de imputación si se comprueba que el resultado no se hubiera podido evitar con una conducta adecuada a Derecho.

13. Son supuestos de codelincuencia aquéllos en los que existe coautoría o participación de uno o varios sujetos en el hecho de otro. Para afirmar la codelincuencia se requiere la voluntad consciente de participar en la conducta imprudente del otro; es decir, dolo respecto de la participación o coautoría. La coautoría se rige por el principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones, mientras que en la participación rige el principio de accesoriedad limitada.

14. Son supuestos de concurrencia de riesgos, en cambio, cuando no exista esa voluntad de participar en la conducta imprudente, o cuando exista una conducta infractora relevante por parte de la propia víctima. Ambos supuestos pueden modificar la determinación del deber objetivo de cuidado, la relación de autoría o la gravedad del injusto.

CAPITULO SEGUNDO. CRITERIOS GENERALES PARA LA GRADUACIÓN DEL TIPO IMPRUDENTE

I. APROXIMACIÓN A LA GRADUACIÓN DE LA IMPRUDENCIA

El objeto de discusión central de esta tesis consiste en aclarar cuáles han de ser los criterios a tener en cuenta para graduar la imprudencia. Esto viene obligado por una realidad jurídica: el Código Penal prevé la posibilidad de cometer delitos por imprudencia grave o por imprudencia menos grave, sin facilitar criterio alguno sobre cómo ha de interpretarse o modularse cada uno de estos conceptos.

Esta necesidad no existe respecto del dolo, donde el Código Penal no concibe graduaciones -dolo grave, dolo menos grave, dolo leve-. En el delito doloso, la gravedad del injusto depende del tipo de bien jurídico al cual afecte y, sobre todo, de la forma en que se pone en peligro ese bien jurídico²⁹⁶. El distinto contenido del injusto en el homicidio y en el asesinato no se fundamenta en el bien jurídico protegido en estos tipos, que es común a ambos: la vida humana independiente, sino en la modalidad de la conducta. Afectando el mismo bien jurídico, el injusto del asesinato tiene mayor gravedad que el del homicidio en función de la forma en que se realiza el ataque al bien jurídico²⁹⁷.

En los delitos imprudentes, en cambio, la mayor o menor gravedad del injusto dependerá de diversos criterios que, puestos en relación, determinarán la mayor o menor gravedad de la infracción de la norma de cuidado. Y, más importante, a partir de las últimas reformas del Código penal la imprudencia leve es atípica, lo que implica la enorme relevancia de diferenciar entre imprudencia menos grave y leve que sólo tendrá relevancia civil. En las siguientes páginas, se tratará de deslindar estos criterios y analizar cómo operan entre sí.

²⁹⁶ Ello no excluye la discusión que existe en la doctrina acerca de si el dolo eventual debería de castigarse menos o de si se debería crear una figura intermedia entre el dolo y la imprudencia, análoga al *recklessness* anglosajón. En algunos ordenamientos jurídicos se ha previsto la atenuación de los delitos cometidos por dolo eventual.

²⁹⁷ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...* p. 358.

1. Consideraciones generales

No existe unanimidad en la doctrina para determinar qué criterios han de tenerse en cuenta para graduar la gravedad de la imprudencia. Mientras que algunos autores hacen referencia a aspectos que afectan únicamente al deber objetivo de cuidado, o al deber subjetivo de cuidado, otras posturas apuestan por tener en cuenta factores que incumben a ambos.

Entre los que defienden criterios que afectan exclusivamente al deber objetivo de cuidado encontramos a CEREZO MIR²⁹⁸, para quien la gravedad de la imprudencia supone una diferencia en el plano de lo injusto, que determina la existencia de tipos delictivos diferentes. Y, continúa el autor, dentro de cada tipo de imprudencia, la culpabilidad podrá ser mayor o menor, lo cual dará lugar a la imposición de una pena concreta dentro del marco penal establecido, pero no se tendrán en cuenta consideraciones de reprochabilidad en el momento de la graduación.

Pese a esta aclaración, para CEREZO MIR la graduación de la imprudencia no implica únicamente un juicio de antijuridicidad, pues ha de tenerse en cuenta la capacidad individual de observar el cuidado objetivamente debido, que este autor ubica en la culpabilidad. No tiene relevancia, en cambio, la distinción entre imprudencia consciente e inconsciente, pues asevera que la imprudencia inconsciente puede ser igualmente grave de ser muy grave la infracción del cuidado objetivamente debido.

Debe contextualizarse la postura de CEREZO MIR dentro del ámbito del finalismo, puesto que, para las concepciones finalistas, la imprudencia suscita graves problemas de contradicciones con el concepto final de acción que se defiende. Por ello, aun cuando a partir de Welzel el dolo y la imprudencia pasan a ubicarse

²⁹⁸ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español...*, p. 485 ss.

de la culpabilidad al injusto, lo cierto es que, en el caso de la imprudencia, únicamente ubican en el injusto el deber objetivo de cuidado, quedando los aspectos subjetivos en el ámbito de la culpabilidad. Ello implica un cierto grado de responsabilidad objetiva en tanto se afirma la antijuridicidad de una conducta a partir, exclusivamente, de la infracción del deber objetivo de cuidado, aun cuando no se condene por falta de culpabilidad.

MIR PUIG²⁹⁹, por su parte, si bien afirma que la graduación de la imprudencia dependerá de la gravedad de la infracción de la norma de cuidado, como momento normativo, solo da relevancia a criterios que afectan al deber objetivo de cuidado. A este respecto, considera que deberán tenerse en cuenta criterios como la peligrosidad de la conducta y la valoración social del riesgo. A su vez, para determinar la peligrosidad de la conducta, deberán combinarse dos variables: el grado mayor o menor de probabilidad de la lesión y la mayor o menor importancia del bien jurídico afectado (a igual probabilidad de lesión, mayor gravedad si se refiere a un bien jurídico más importante). La valoración social del riesgo, por su lado, dependerá de si se produce en ámbitos en que se admiten determinados grados de riesgo permitido: un grado de peligrosidad que podría ser grave fuera de uno de estos ámbitos puede ser menos grave dentro de ellos.

En cambio, no es un criterio válido para este autor atender a la consciencia o inconsciencia del sujeto que actúa imprudentemente, pues afirma que, a veces, es más gravemente imprudente el emprender una conducta muy peligrosa sin haberse preocupado de advertir siquiera los riesgos que evidentemente supone.

Siendo cierto que la culpa inconsciente puede ser más grave que la consciente, no lo es menos que la gravedad de la infracción del deber subjetivo de cuidado no la toma en consideración por entender que el tipo subjetivo imprudente se configura a partir de la ausencia de dolo. Como hemos referido en la Capítulo

²⁹⁹ MIR PUIG, S., *DP, PG...*, p. 295.

primero, el tipo subjetivo imprudente no se agota en la consciencia o inconsciencia, sino que depende del grado de exigibilidad de conocer³⁰⁰.

De modo similar, sostiene LUZÓN PEÑA³⁰¹ que la graduación de la imprudencia atiende a un aspecto valorativo-normativo de la infracción del deber objetivo de cuidado. La distinción entre los diversos grados de imprudencia, por tanto, es un problema de grado de injusto, de desvalor de acción, y no un problema de culpabilidad individual. Concreta el autor que los criterios atendibles en la graduación de la imprudencia son el grado de peligro, su relación con la clase de bien jurídico en riesgo y el grado de control o descontrol de ese peligro.

De este modo, la infracción deberá ser considerada grave cuando la conducta cree un elevado peligro, bien incontrolable o controlable pero sin emplear ninguna o con muy escasas o insuficientes medidas de control; y teniendo en cuenta que para la determinación del grado de peligro pueden combinarse aspectos cualitativos y cuantitativos, de forma que un grave peligro para un bien jurídico de media o baja importancia requiera un número bastante elevado de posibilidades de lesión, mientras que no hará falta que sea cuantitativamente tan elevado si el peligro afecta a bienes jurídicos básicos.

Para BACIGALUPO ZAPATER³⁰², el único criterio válido para la graduación de la imprudencia es el grado de desinterés revelado por el autor respecto de bienes ajenos. Considera este autor que la creación de un peligro elevado insuficientemente controlado es, de hecho, lo que define el delito imprudente, por lo que no puede servir esto como criterio para su graduación. Esta postura suscita ciertas reminiscencias respecto de las concepciones psicológicas de la imprudencia, pues parece fundamentar la culpa en la desatención del sujeto³⁰³.

³⁰⁰ Vid supra Capítulo Primero III.1

³⁰¹ LUZÓN PEÑA, D., *Lecciones...*, p. 295 ss.

³⁰² BACIGALUPO ZAPATER, *DP, PG*, 1997, p. 249 ss.

³⁰³ Véase, a modo de ejemplo, VON LISZT, *Tratado...* Tomo II, p. 430.

Por último, propone BOLEA BARDON³⁰⁴, en el ámbito laboral, que la gravedad de la imprudencia depende fundamentalmente de la modalidad de deberes infringidos. De este modo, si se infringen deberes de control directos, la imprudencia deberá ser calificada de grave; mientras que, si se infringen los deberes de supervisión, la imprudencia deberá considerarse leve. Su posicionamiento viene condicionado por el hecho de que su teoría se centra en la relación de autoría. Cuestión que, como veremos, es relevante, pero no determinante. La existencia o no de relación de autoría es esencial, como se advierte en los supuestos de concurrencia de riesgos y la necesidad de diferenciarlos respecto de la codelincuencia. En el ámbito de la llamada siniestralidad laboral, la existencia de delegaciones implica que en la mayoría de supuestos nos encontremos con una atribución de responsabilidad en comisión por omisión, lo que obliga a la determinación de quién es efectivamente garante en el caso concreto del riesgo que se ha realizado en el resultado. Máxime cuando en este ámbito rige el principio de desconfianza respecto de la realización de conductas peligrosas por el trabajador.

En el otro extremo se encuentran los autores que defienden que la gravedad de la imprudencia depende esencialmente del deber subjetivo de cuidado. Por un lado, CHOCLÁN MONTALVO³⁰⁵ considera que la gravedad de la imprudencia se determinará en función de la previsibilidad individual del resultado lesivo y de la evitabilidad.

En un sentido en parte similar, MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN³⁰⁶ defienden tener en cuenta la capacidad, el rol específico y los conocimientos del autor para graduar la imprudencia, dando relevancia al grado de participación subjetiva del autor en el hecho y de conciencia del peligro de la conducta. En cambio,

³⁰⁴ BOLEA BARDON, C., «Imputación de resultados lesivos en accidentes laborales. Cuotas de responsabilidad», en Mir Puig (dir.) *Protección penal de los derechos de los trabajadores: seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Barcelona, 2009, p. 295 ss.

³⁰⁵ CHOCLÁN MONTALVO, J., *CDJ*, p. 84 ss.

³⁰⁶ MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *DP, PG...*, p. 277.

entienden que la gravedad de la imprudencia no puede depender de que ésta sea consciente o inconsciente, pues, en ocasiones, la inconsciencia refleja un grado de despreocupación y ligereza aún más grave que la imprudencia consciente, en la que el sujeto cree que puede dominar el peligro que está creando conscientemente, en el mismo sentido señalado por MIR PUIG³⁰⁷.

Muchos son los autores que parten de una posición mixta, en la que tienen en cuenta tanto aspectos del deber objetivo de cuidado como del deber subjetivo de cuidado. Así, para DIEZ RIPOLLÉS³⁰⁸, la graduación de la imprudencia deberá llevarse a cabo en un juicio global sobre la importancia del injusto creado, atendiendo a todos los elementos integrados en el desvalor de la acción y de resultado del tipo imprudente. Entre los elementos integrados en el desvalor de la acción, destaca la intensidad de la inobservancia del cuidado objetivo debido, dada su significación en la configuración de la imprudencia, así como del conocimiento efectivo del riesgo de lesión del autor -imprudencia consciente o inconsciente-. En cuanto al desvalor del resultado, entiende este autor que será determinante la intensidad de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico afectado. En cambio, la mayor o menor reprochabilidad de la conducta injusta imprudente será irrelevante a efectos de graduación de la imprudencia, pues los elementos de la culpabilidad no pueden modificar una categoría previa de la teoría jurídica del delito.

Para ROXIN³⁰⁹, la graduación de la imprudencia atiende a consideraciones de injusto y de culpabilidad, si bien este último será solo a instancias de aminorar la gravedad de la conducta infractora. Los elementos esenciales para la graduación se sitúan en el injusto, pues entiende que se corresponde mejor con un Derecho penal del hecho que atiende a la protección de bienes jurídicos referirse al aumento del injusto y no a la actitud interna del autor. Dentro de las consideraciones de injusto, debe tenerse en cuenta elementos como la

³⁰⁷ MIR PUIG, DP, PG, p. 295

³⁰⁸ Más ampliamente, DIEZ RIPOLLÉS, DP, PG, p. 237 ss.

³⁰⁹ Roxin, DP, PG, Tomo 1, p. 1026 ss.

valoración social del riesgo y el valor del bien jurídico amenazado. También tiene en cuenta, en este nivel, los poderes superiores del autor, en cuanto afirma que una desatención que se le puede achacar como temeridad a una persona con una cualificación muy superior a la media, puede considerarse imprudencia simple en un sujeto con capacidades normales. Y ya en plano subjetivo, también diferencia entre culpa consciente e inconsciente: “cuando el sujeto actúa con imprudencia consciente, se deberá por tanto enjuiciar ya como temerario un aumento del peligro que rebase de manera no insignificante el riesgo permitido, mientras que, en el caso de un sujeto que actúa con imprudencia inconsciente, la puesta en peligro provocada por el mismo debe ser tan grande que la posibilidad de realización del tipo salte directamente a la vista”.

ROXIN sitúa la consideración de los poderes inferiores en la culpabilidad, los cuales habrán de ser tenidos en cuenta en la graduación de la imprudencia: “el necio o el que padece otra discapacidad queda libre del reproche de la temeridad que alcanzaría *ceteris paribus* la persona normal”.

Entiende CORCOY BIDASOLO³¹⁰ que, en el delito imprudente, la gravedad del injusto dependerá de la clase de bien jurídico amenazado y de la gravedad de la infracción del deber objetivo y subjetivo de cuidado. La infracción del deber objetivo de cuidado será mayor en cuanto mayor sea el riesgo creado por esa infracción. Las medidas de cuidado, que integran el deber objetivo de cuidado, se dirigen, precisamente, a evitar riesgos relevantes de lesión. Cuanto mayor sea el número de medidas de cuidado no atendidas por el autor, mayor gravedad alcanza la infracción del deber objetivo de cuidado y, en consecuencia, el riesgo creado, con independencia de cuál sea el resultado lesivo efectivamente producido. Así mismo, en atención al deber subjetivo de cuidado, será relevante para la graduación la medida en que al sujeto le era exigible conocer el riesgo exacto creado por su conducta o no controlado tendiendo el deber de hacerlo.

³¹⁰ Corcoy, p. 358.

Por su parte, ARROYO ZAPATERO³¹¹ sostiene que para graduar la imprudencia deberá atenerse al grado de previsibilidad del resultado, sobre la base de la gravedad del riesgo, la naturaleza y rango del deber de cuidado vulnerado y el grado de diligencia que objetivamente se exige en el caso concreto, así como el nivel intelectual y de experiencia del autor, y su capacidad personal de prever y reconocer el cuidado externo.

Para FEIJOO SÁNCHEZ³¹², la gravedad de la imprudencia vendrá determinada por el mayor o menor conocimiento de los factores de riesgo existentes, en los casos de culpa consciente, y si se adoptaron o no algunas medidas de control del riesgo, pues cuantas más se adopten, más cuidadoso se reputará el autor.

OLAIZOLA NOGALES relaciona cinco criterios a tener en cuenta para graduar la imprudencia: el riesgo permitido, la peligrosidad de la conducta, la clase de norma infringida, la relevancia del bien jurídico lesionado y el grado de peligrosidad de la lesión³¹³:

- a) La valoración social del riesgo depende de si se produce en ámbitos en que se admiten determinados grados de riesgo permitido: un grado de peligrosidad que podría ser grave fuera de uno de estos ámbitos puede ser leve dentro de ellos; por tanto, la mayor o menor superación del riesgo permitido será un criterio para valorar la gravedad o levedad de la imprudencia. La valoración social del riesgo se determinará mediante una ponderación de intereses, teniendo en cuenta, por un lado, el valor de los bienes jurídicos amenazados, el grado de peligro que corren y las posibilidades de control, y, por otro, la importancia, necesidad o interés social y beneficios de la conducta peligrosa.

³¹¹ Arroyo Zapatero, Manual de Derecho Penal del Trabajo, p. 132 ss.

³¹² Feijoo Sánchez, La imprudencia en el Código Penal de 1995, p. 334 ss.

³¹³ OLAIZOLA, p.8.

- b) Mayor o menor peligrosidad de la conducta, que implica que la probabilidad de lesión de un bien jurídico y la lesión es más o menos probable dependiendo del ámbito de actividad donde se desarrolle la conducta.
- c) Dependiendo de cuál sea el bien jurídico puesto en peligro se podrá valorar que una conducta es más o menos peligrosa, pues si está en juego un bien fundamental, el nivel de cuidado que se exige es mayor, y las medidas de control que se exigen al sujeto en su actuación son mayores, porque la superación del riesgo permitido en estos casos es menos aceptable.
- d) La clase de norma infringida, pues no todas las normas de cuidado que rigen en el ámbito de una actividad peligrosa tienen la misma importancia de cara a evitar la lesión del bien jurídico. Criterios como el de la frecuencia, la reiteración o la duración en el tiempo de la infracción también pueden ser relevantes.
- e) La mayor o menor previsibilidad de la peligrosidad, determinada a partir del baremo de la persona media ideal, en la situación del autor y con los conocimientos de éste.

No considera, en cambio, un criterio para la graduación de la imprudencia la efectiva previsión del peligro, entendiendo que la efectiva consciencia que del peligro tenga el sujeto no afecta a la gravedad de su imprudencia. A este respecto, apunta que, el sujeto que, sabiendo que está infringiendo una norma de cuidado, realiza la conducta demuestra un mayor desprecio del riesgo que, en algún caso, podría tenerse en cuenta en la determinación de la pena, pero no en la graduación de la imprudencia. Al contrario, si el sujeto que conoce la situación toma medidas de control, para intentar neutralizar el riesgo, afirma la autora que reduce las probabilidades de lesión y, por tanto, la peligrosidad de su conducta será menor, aunque finalmente se produzca el mismo resultado. Pero

la menor gravedad no se debe a la consciencia o inconsciencia del sujeto respecto al riesgo de su conducta, sino al hecho de haber tomado medidas de control.

DEL RÍO MONTESDEOCA propone, en sentido similar, cinco criterios:

- a) la importancia del deber omitido, en función del tipo de norma infringido
- b) el valor de los bienes jurídicos afectados
- c) la mayor o menor probabilidad de que se produzca el resultado, lo que implica mayor peligrosidad
- d) el grado de previsibilidad del resultado, atendiendo al baremo del ciudadano en una posición en el tráfico similar a la del autor
- e) la valoración/desvaloración social del riesgo³¹⁴.

RODRÍGUEZ MORO³¹⁵ entiende que la diferencia entre imprudencia *grave* y *leve* reside en el desvalor de la acción, esto es, en la gravedad objetiva del comportamiento infractor de la norma de cuidado o, dicho de otro modo, la gravedad objetiva del riesgo no permitido generado por dicho comportamiento. Y propone medir esencialmente esto con base en la importancia de la norma de cuidado infringida, lo que tiene que ver con la valoración social del riesgo, según se trate de ámbitos que admiten ciertos grados de riesgo permitido o no. También tiene en cuenta el grado de previsibilidad objetiva del resultado típico, el grado de previsibilidad individual de dicho resultado, la mayor o menos importancia del bien jurídico afectado y la utilidad social derivada de la realización del riesgo según las circunstancias concretas.

³¹⁴ DEL RÍO MONTESDEOCA. *Los delitos de homicidio y lesiones imprudentes en el ámbito laboral*, Valencia, 2017, p. 126 ss.

³¹⁵ RODRÍGUEZ MORO, *La configuración de la imprudencia*, p. 10.

Por su parte, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN señalan que para medir la intensidad de la infracción del deber habrá que tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes y muy especialmente la índole del riesgo creado y la previsibilidad *ex ante* del resultado producido³¹⁶.

Especialmente ilustrativo es DOVAL PAÍS³¹⁷, para quien los grados de imprudencia son valorativos y están configurados por un conjunto de componentes que se pueden presentar en distintas proporciones. Lo que dificulta el manejo de esta clase de conceptos es que dependen del peso global de varios elementos, que requiere un *juicio conjunto* sobre los mismos. Y dicho nivel puede ser el resultado de diversas combinaciones, en diversas proporciones, de numerosos elementos relevantes para formar el juicio global. Y apunta que la determinación por parte de jueces y Tribunales del grado de gravedad de la imprudencia requiere contar con el referente externo que proporciona la función político-criminal que está llamada a cumplir su diferente penalidad. Esto significa que las decisiones sobre la clase de imprudencia que caracteriza una conducta deberán apoyarse en argumentos que justifiquen su mayor o menor castigo teniendo en cuenta su significación desde el punto de vista de la protección de los correspondientes bienes jurídicos. Lo relevante de su posicionamiento se encuentra en la importancia de atender a criterios de política criminal que se relacionan con el fundamento del castigo de la imprudencia.

2. Criterios jurisprudenciales para la graduación de la imprudencia

La jurisprudencia se ha mantenido pacífica en admitir que la imprudencia grave es el olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado³¹⁸, cuando se dejan de tomar las más elementales reglas de cautela o diligencia exigibles en la realización de una actividad determinada³¹⁹, o aquella

³¹⁶ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN (1999), PG, 637.

³¹⁷ DOVAL PAÍS, *Homicidios y lesiones imprudentes*, p. 19.

³¹⁸ STS 1133/2001, de 11 de junio (Granados Pérez).

³¹⁹ STS 1697/2002, de 19 de octubre (Martín Canivell).

en que la omisión del deber objetivo de cuidado es de tal carácter que hubiera sido captada la necesidad de su observancia por cualquier persona media o normal³²⁰.

La imprudencia leve, por su parte, ha sido definida como la falta de atención normal o media³²¹, cuando las normas de cuidado serían respetadas por un ciudadano cuidadoso³²², o la omisión de la mera diligencia exigible³²³.

Pero con estas vagas afirmaciones se termina la unanimidad del Tribunal Supremo respecto de la graduación de la imprudencia, pues cuando, en el caso concreto entra a valorar qué criterios han de determinar esta graduación, no podemos encontrar una doctrina jurisprudencial uniforme ni sostenida en el tiempo.

Algunas sentencias dan mayor importancia a la infracción del deber objetivo de cuidado. Así, la STS 282/2005, de 4 de marzo (Colmenero Menéndez de Luarca) afirma que “la diferencia entre la imprudencia grave y la leve se encuentra en la importancia del deber omitido en función de las circunstancias del caso, debiendo tener en cuenta a estos efectos el valor de los bienes jurídicos afectados y las posibilidades mayores o menores de que se produzca el resultado, por un lado, y por otro la valoración social del riesgo, pues el ámbito concreto de actuación puede autorizar algunos particulares niveles de riesgo”.

Por su parte, STS 54/2015, de 11 de febrero (Berdugo y Gómez de la Torre) considera que “la diferencia entre la imprudencia grave y leve se encuentra en la importancia del deber omitido en función de las circunstancias del caso, debiendo tener en cuenta a estos efectos el valor de los bienes afectados y las posibilidades mayores o menores de que se produzca el resultado, por un lado,

³²⁰ STS 178/1996, de 19 de febrero (Martínez Pereda Rodríguez).

³²¹ STS 1265/2000, de 6 de julio (Abad Fernández).

³²² STS 256/2006, de 10 de febrero (García Pérez).

³²³ STS 282/2005, de 4 de marzo (Colmenero Menéndez de Luarca).

y por otro, la valoración social del riesgo, pues el ámbito concreto de actuación puede autorizar algunos particulares niveles de riesgo. La jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en ocasiones en este sentido, afirmando que la gravedad de la imprudencia se determinará en atención, de un lado, a la importancia de los bienes jurídicos que se ponen en peligro con la conducta del autor y, de otro, a la posibilidad concreta de que se produzca el resultado”.

En sentido similar, la STS 1415/2011, de 23 de diciembre (Jorge Barreiro) considera que “la gravedad de la imprudencia se determina, desde una perspectiva objetiva o externa, con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del autor con respecto al bien que tutela la norma penal, o, en su caso, al grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias meramente causales. El nivel de permisión de riesgo se encuentra determinado, a su vez, por el grado de utilidad social de la conducta desarrollada por el autor. Por último, ha de computarse también la importancia o el valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: cuanto mayor valor tenga el bien jurídico amenazado menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado”.

Y también apuesta por dar más relevancia a la infracción del deber objetivo de cuidado la STS 966/2003, de 4 de julio (Delgado García), afirmando que el criterio fundamental para distinguir entre ambas clases de imprudencia ha de estar en la mayor o menor intensidad o importancia del deber de cuidado infringido, ya que la infracción de tal deber constituye el núcleo central acerca del cual gira todo el concepto de imprudencia punible. Pero este criterio es demasiado genérico como para que pueda servir en los casos dudosos a los efectos de encuadrarlos en una u otra de tales dos modalidades. (...) Aparte de las dificultades prácticas que, por lo general, se plantean para saber si una persona ha previsto o no un resultado que es consecuencia de su propio

comportamiento, es lo cierto que tampoco este criterio sirve para distinguir la imprudencia grave de la leve, pues hay casos en los que la no previsión revela una conducta de desidia o abandono de sus deberes por parte del sujeto que hace especialmente reprochable su conducta y obliga a calificarla como imprudencia grave. Hay que estar a las circunstancias del caso concreto. Son las que sirven de guía para calificar una conducta imprudente como grave o como leve”.

Algunas sentencias otorgan una mayor importancia al valor de los bienes jurídicos en riesgo. En este sentido, la STS 2235/2001, de 30 de noviembre (Bacigalupo Zapater) entiende que “la gravedad de la imprudencia está directamente en relación con la jerarquía de los bienes jurídicos que se ponen en peligro y con la posibilidad concreta de la producción del resultado lesivo. En otros términos: cuando la acción del autor genera un peligro para un bien jurídico importante en condiciones en las que, la posibilidad de producción del resultado son considerables, la imprudencia debe ser calificada de grave”.

Otras, otorgan una importancia considerable al valor de las reglas técnicas infringidas. Así, la STS 181/2009, de 23 de febrero (Prego de Oliver y Tolivar) entiende que “los criterios para su medición [de la graduación de la imprudencia] son la mayor o menor falta de diligencia de la actividad, es decir en la omisión del cuidado exigible en el concreto actuar, la mayor o menor previsibilidad del evento en esa actividad, y el mayor o menor grado de infracción que reporte el incumplimiento del deber que exige la norma socio-cultural y la específica que reglamenta ciertas y concretas actividades. Y bien entendido que igualmente que la culpa consciente puede ser normativamente leve, la grave psicológicamente puede responder a la categoría de inconsciente. Esta distinción psicológica solo tiene que ver con el deslinde de la frontera con el dolo eventual, y lo verdaderamente sustancial para la calificación de grave o leve es el grado de reproche normativo”.

Pero también en sentido contrario, restando importancia a las reglas técnicas encontramos la STS 1166/1998, de 10 de octubre (Giménez García) apuntando que las categorías “de imprudencia grave y leve han de ser puestas en relación con la entidad de la infracción del deber objetivo de cuidado que constituye la idea vertebral del concepto de imprudencia, ya que el tipo de injusto culposo se estructura sobre el elemento normativo de la infracción de una norma de cuidado, por otra parte el texto vigente elude toda referencia a la infracción de reglamentos en la fijación de los criterios legales de la imprudencia lo que ha sido saludado positivamente por la doctrina en la medida que las previsiones reglamentarias pueden no corresponderse *per se* con las normas de cuidado como ya había puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial”.

También destacan las que dan importancia, no solo a la infracción del deber objetivo de cuidado, sino a la infracción del deber subjetivo de cuidado, entendiéndolos ambos como relevantes para la graduación de la imprudencia. Así, la STS 1089/2009, de 27 de octubre (Jorge Barreiro) considera que “la gravedad de la imprudencia se determina, desde una perspectiva objetiva o externa, con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del imputado con respecto al bien que tutela la norma penal, o, en su caso, al grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias meramente casuales. El nivel de permisión de riesgo se encuentra determinado, a su vez, por el grado de utilidad social de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo). Por último, ha de computarse también la importancia o el valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: cuanto mayor valor tenga el bien jurídico amenazado menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado. De otra parte, y desde una perspectiva subjetiva o interna (relativa al deber subjetivo de cuidado), la gravedad de la imprudencia se dilucidará por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de

la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto. (...) De forma que cuanto mayor sea la previsibilidad o cognoscibilidad del peligro, mayor será el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave resultará su vulneración”.

En sentido similar se expresa la STS 291/2001, de 27 de febrero (Ponente José Jiménez Villarejo) afirmando que “la gravedad de una imprudencia depende, ante todo, de la gravedad de la infracción de la norma de cuidado que ha dado lugar a la producción de un resultado objetivamente ilícito. El desvalor de la acción es directamente proporcional a la gravedad de la infracción de la norma de cuidado. De la norma de cuidado que rige en cada caso se derivan dos deberes de cuidado que algún sector de la doctrina ha caracterizado como interno y externo. El deber de cuidado interno obliga a prever el peligro que con ciertas acciones y en determinadas situaciones se puede crear. El deber de cuidado externo obliga a comportarse de forma que el peligro advertido no se materialice en una lesión concreta”

También en este sentido se pronuncia la STS 1763/2001, de 19 de diciembre (Marañón Chávarri): “Para distinguir la imprudencia grave de la leve habrá de atenderse: 1º A la mayor o menor falta de diligencia mostrada en la acción u omisión; 2º A la mayor o menor previsibilidad del evento que sea el resultado; y 3º A la mayor o menor gravedad de la infracción del deber de cuidado que según las normas socioculturales, del agente se espera”.

Y respecto a la efectiva previsión del riesgo -culpa consciente o inconsciente-, la STS 186/2009, de 27 de febrero (Monterde Ferrer) considera que a imprudencia grave “no implica necesariamente una representación mental de la infracción de aquellas [normas de cuidado] por parte del sujeto. Cabe pues imprudencia grave tanto en los supuestos de culpa consciente como de culpa inconsciente o sin representación”.

Presentada, entonces, la disparidad doctrinal y jurisprudencial relativa a los criterios que han de servir para graduar la imprudencia, deberá abordarse la cuestión partiendo de la concepción de imprudencia como infracción de la norma de cuidado que se ha defendido *supra*.

3. Norma de cuidado y graduación de la imprudencia

Como se ha desarrollado³²⁴, aquí se defiende un concepto normativo de imprudencia, entendido como infracción de la norma de cuidado. La norma de cuidado es, por tanto, el elemento integrante del tipo imprudente, como norma de determinación que persigue la evitación de lesiones de bienes jurídicos motivando a los ciudadanos a no realizar conductas constitutivas de delitos. La norma de cuidado, como aquí se entiende, es la norma general prevista en los diferentes tipos penales y se configura a partir de la determinación del deber objetivo y subjetivo de cuidado en el caso concreto.

Siendo que la norma de cuidado es la norma penal prevista en el Código, debe deducirse que el único criterio válido para graduar la gravedad de la imprudencia será la magnitud de la infracción de la misma. Dado que la consideración de grave o menos grave de la imprudencia determina consecuencias penológicas distintas, solo puede defenderse que la graduación de la imprudencia dependerá, únicamente, de la gravedad de la infracción de la norma penal: la norma de cuidado.

Anunciar la magnitud de la infracción de la norma de cuidado como único criterio válido para la graduación de la imprudencia puede parecer baladí por su elevado grado de inconcreción. Pero lo que se propone es una estructura metodológica que se desprende del entendimiento de la norma de cuidado como norma penal: si la imprudencia es la infracción de la norma de cuidado, solo la mayor o menor

³²⁴ Vid *Supra* Capítulo Primero, I.2.

gravedad de esta infracción determinará la mayor o menor gravedad de aquélla³²⁵.

La norma de cuidado, como aquí se entiende, viene configurada por el deber objetivo de cuidado y el deber subjetivo de cuidado. Estos deberes, que deberán de ser determinados por el juez o Tribunal en el caso concreto, no son deberes penales, sino que suponen la concreción de cómo deber actuar una persona ante una situación peligrosa. En consecuencia, la gravedad de la infracción de estos deberes no puede afectar de manera inmediata a la gravedad de la imprudencia. La mayor o menor gravedad de la consecuencia jurídica prevista para cada uno de los grados de imprudencia solo puede venir determinada por la mayor o menor infracción de la norma penal.

La única forma posible de concretar la magnitud de la infracción de la norma de cuidado es analizando la gravedad de la infracción de los elementos que la constituyen: la mayor o menor gravedad de las infracciones de los deberes objetivo y subjetivo de cuidado determinarán la mayor o menor gravedad de la infracción de la norma de cuidado. Por lo tanto, la gravedad de la infracción de los deberes de cuidado no serán criterios de graduación de la imprudencia, sino subcriterios, en tanto afectan a ésta solo de forma mediata.

Se propone, de este modo, un análisis de la graduación de la imprudencia en forma de cascada, como consecuencia metodológica de la concepción de la imprudencia que aquí se defiende: la mayor o menor gravedad de la infracción los deberes objetivo y subjetivo de cuidado determinarán la mayor o menor gravedad de la infracción norma de cuidado y, en última instancia, la mayor o menor gravedad de la imprudencia.

³²⁵ En gran medida, este posicionamiento se relaciona con el defendido por DOVAL PAÍS, pues entender a la gravedad de la norma de cuidado supone tomar en consideración las razones político criminales que justifican su creación.

A la postre, los elementos para graduar la imprudencia no son sino los mismos elementos que la constituyen³²⁶. En este sentido, DE VICENTE REMESAL afirma que el autor que realiza un tipo penal por imprudencia grave no infringe una norma distinta que aquel autor que realiza un tipo penal por imprudencia simple. El que comete una imprudencia simple infringe la misma norma de cuidado que el que realiza una imprudencia grave. La diferencia estriba en la gravedad del descuido; es decir, el autor de una imprudencia leve es menos descuidado o más diligente que el autor de una imprudencia grave. Por lo tanto, lo que se somete a valoración judicial es la entidad del descuido³²⁷. Pero el enfoque metodológico que se propone respeta mejor la concepción de la imprudencia defendida, y permite ordenar los subcriterios de graduación que deberán ser analizados.

II. EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO

El deber objetivo de cuidado es el aspecto objetivo de la norma de cuidado, y nos indica la forma en que ha de comportarse el sujeto para que su conducta se caracterice como correcta o adecuada. La infracción del deber objetivo de cuidado no fundamenta, por sí sola, la infracción de la norma de cuidado, por lo que la gravedad de la infracción de la primera no deberá llamarse criterio de graduación, sino subcriterio. Subcriterio de graduación que, junto con la magnitud de la infracción del deber subjetivo de cuidado -el otro subcriterio de graduación- determinan la gravedad de la infracción de la norma de cuidado, el único criterio para precisar la gravedad de la imprudencia.

El deber objetivo de cuidado se ve afectado por numerosos elementos que han sido relacionados en el Capítulo Primero II. Como se ha defendido, los componentes que determinarán la gravedad de la infracción de la norma de cuidado son los mismos que la componen, y esto también sucede en el examen

³²⁶ De la misma opinión, DAUNIS RODRÍGUEZ, *La graduación de la imprudencia*, p. 77.

³²⁷ DE VICENTE REMESAL (2019), *Abogacía*, núm. 1, p. 121.

de la gravedad de la infracción del deber objetivo de cuidado: será necesario relacionar los elementos que lo afectan y condicionan. Estos elementos - valoración social de la conducta, peligrosidad de la conducta, esencialidad del bien jurídico en riesgo- recibirán el nombre de *pautas de graduación*, para evitar confusiones nominales con los subcriterios de graduación -magnitud de la infracción de los deberes objetivo y subjetivo de cuidado- y con el criterio de graduación -magnitud de la infracción de la norma de cuidado-. Encontramos, entonces, que el examen de relación de las distintas pautas de graduación afectará al contenido de los subcriterios, y éstos, al del criterio de graduación.

1. El carácter indiciario de las reglas técnicas

Hemos definido las reglas técnicas como aquellas disposiciones de carácter general, bien de naturaleza jurídica o extrajurídica, que afianzan la experiencia consolidada en un sector de actividad, advirtiendo sus posibles riesgos y marcando pautas de comportamiento para evadir dichos riesgos. Suponen, por tanto, una pre-valoración acerca de las condiciones óptimas del comportamiento para la evitación del resultado lesivo³²⁸.

Pero también se ha dicho que la infracción de la regla técnica no puede implicar *per se* la infracción del deber objetivo de cuidado ni, en sentido contrario, que la observancia de la regla técnica no impida entender infringido dicho deber³²⁹. La equiparación entre regla técnica y deber objetivo de cuidado supondría, en este sentido, una forma de responsabilidad objetiva, que obvia el resto de circunstancias concurrentes en el caso concreto.

Ya en la anterior regulación de la imprudencia en la que se diferenciaba entre imprudencia simple y simple con infracción de reglamentos, en esta segunda

³²⁸ CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y delito imprudente*, p. 92.

³²⁹ En este sentido, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en el derecho penal*, p. 114, considera que la equiparación entre regla técnica y deber objetivo de cuidado supondría una contradicción con el principio de ofensividad como limitador del *ius puniendi*.

modalidad, la jurisprudencia exigía determinar la falta de cuidado del agente, más allá de la mera infracción de la regla técnica. En este sentido, la STS de 5 de febrero de 1981 (García Miguel) afirmó que “la infracción de reglamentos por sí misma para engendrar responsabilidad penal cuando se conecta con la producción del resultado típico, constituyen supuestos de responsabilidad *in re ipsa* o de objetividad perfecta (...), para que se pueda estimar como cometida la infracción de imprudencia punible en cualquiera de sus clases, es menester todos los elementos de lo culposo”. Si la infracción de la regla técnica tiene un mero carácter indiciario en la determinación del deber objetivo de cuidado, no puede tener más que ese carácter indiciario en la determinación de la gravedad del deber objetivo de cuidado.

Hay jurisprudencia que incluso va más allá, y afirma que solo puede calificarse como imprudencia simple con infracción de reglamentos cuando esa infracción de reglamentos tenga relación con la producción del resultado, posicionamiento que ostenta analogía con la realización del riesgo en el resultado. Así, la STS de 31 de marzo de 1982 (Rodríguez López) desestima el recurso de casación y confirma la condena por imprudencia simple antirreglamentaria, entendiendo que solo sería posible degradar la imprudencia a simple falta “*si la infracción reglamentaria no hubiera tenido incidencia en la causación del accidente*”. Por su parte, también pionera en este sentido la STS de 18 de octubre de 1982 (Castro Pérez) al entender que la imprudencia antirreglamentaria se produce “cuando se infringe o viola una prescripción con la que tratan de impedirse determinadas actividades, expresada a través de una Ley, Orden o Reglamento, siempre claro está que tal disposición se halle en relación causal con el resultado de lesión o peligro posteriormente producido”.

DAUNIS RODRÍGUEZ³³⁰ propone tres ejemplos para ilustrar la multiplicidad de supuestos en los que la infracción de la regla técnica no equivale directamente a la infracción de la norma de cuidado:

³³⁰ DAUNIS RODRÍGUEZ, *La imprudencia menos grave*, p. 15.

- a) Infracción de normas sin relevancia para el riesgo: reglas o disposiciones que no tienen como finalidad evitar riesgos o peligros, sino otros intereses. Por ejemplo, limitaciones de circulación debidas a razones energéticas o medioambientales.

- b) Infracción de normas sin vigencia real: reglas o disposiciones que han dejado de ser válidas, necesarias o útiles para evitar riesgos o peligros, porque se revelan, en la práctica, inservibles, han quedado obsoletas o, directamente, son erróneas o equivocadas. Por ejemplo, no reducir la velocidad en una zona de obra que ya ha finalizado, o no realizar un stop donde no existe ningún cruce.

- c) Infracción de normas sin transcendencia para el resultado final: se trata de aquellos supuestos en los que la lesión o puesta en peligro para el bien jurídico no se ha producido por la infracción de la norma administrativa sino, más bien, por otros factures o causas ajenas a la exigencia del deber de cuidado penalmente exigible. Por ejemplo, sujeto que superando las tasas de alcoholemia previstas por la normativa administrativa pero circulando de forma adecuada y diligente atropella al peatón que actúa de forma imprudente (cruzando la calzada con el semáforo en rojo o por un lugar inadecuado) o sujeto que sin autorización para conducir produce la muerte de otro conductor pero debido a una desatención y no a una falta de pericia.

Como se ha advertido *supra*, OLAIZOLA NOGALES³³¹ propone tener en cuenta la clase de norma infringida -regla técnica según la nomenclatura aquí empleada- como criterio para la graduación de la imprudencia. Y dentro de las reglas técnicas, distingue la autora entre reglas técnicas penales y extrapenales. De este modo, considera que en los casos de reglas técnicas jurídicas de naturaleza

³³¹ OLAIZOLA NOGALES, *Delitos contra la seguridad de los trabajadores...*, p. 9.

penal que tipifican delitos de peligro, si la conducta que infringe la regla técnica acaba materializándose en un delito de lesión, deberá castigarse como imprudencia grave siempre que no constituya un delito con dolo eventual, y en tanto en cuanto el legislador haya seleccionado correctamente las conductas peligrosas. Continúa que no estima “plausible ni correcto, como hace la doctrina, hablar de los posibles concursos entre un delito de peligro y una falta de homicidio o de lesiones, por haber actuado el sujeto con imprudencia leve, puesto que, desde mi punto de vista, los homicidios o lesiones que se deriven de una conducta tipificada como delito de peligro deberán ser considerados de imprudencia grave, por lo tanto, constitutivos de delito”³³². A esto añade que sería contradictorio alegar, por un lado, que determinadas conductas constituyen delito y, por otro, cuando a esa conducta le es imputable un resultado lesivo, afirmar que no se ha infringido una norma elemental de cuidado, porque no hay normas más elementales que las incluidas en el CP³³³.

Cuando hablamos de reglas técnicas de carácter jurídico-penal, lo hacemos pensando, esencialmente, en los delitos de peligro relativos a la seguridad de los trabajadores y contra la seguridad vial, por suponer estos sectores de actividad aquéllos donde se incardinan el mayor número de supuestos de delincuencia imprudente.

Respecto a la seguridad de los trabajadores, el artículo 316 CP dispone lo siguiente:

Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que

³³² *Id.*, p. 30. Entiende la autora, en este sentido, que esta clase de reglas técnicas suponen un “indicio bastante cualificado”, pues cuando se infringen reglas de cuidado provenientes del legislador deberá reconocerse la peligrosidad, al menos en abstracto, de dicha conducta.

³³³ OLAIZOLA NOGALES, *La relación entre los delitos de peligro y la graduación...*, p. 355.

pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

Como puede observarse, el delito de peligro tampoco concreta las medidas de seguridad necesarias a adoptar, sino que se remite a la regulación específica en materia de prevención de riesgos laborales, infracciones y sanciones del orden social e, incluso, a lo dispuesto en convenios colectivos que desarrollen dichas medidas de seguridad necesarias para el sector de actividad concreto que se regula. El artículo 316 CP no hace más que elevar a la categoría de delito de peligro -configurando reglas técnicas de naturaleza penal- la infracción de reglas técnicas de naturaleza extrapenal o, incluso, extrajurídicas. No parecería apropiado considerar el artículo 316 CP como una regla técnica de carácter penal, pues no se concretan las medidas de seguridad necesarias. La mera remisión a reglas técnicas extrajurídicas impide calificar el art. 316 CP de verdadera regla técnica, quedando más bien subsumido en el concepto de *principio rector de la actividad* que se desarrolló en el Capítulo Primero II.2, por faltar el contenido prescriptivo taxativo propio de las reglas técnicas. Se trata de una ley penal en blanco que debe concretarse acudiendo a las normas extra penales, sin que pueda afirmarse que con ello estas últimas pasan a transformarse en normas penales.

La crítica de OLAIZOLA NOGALES se centra frente varias sentencias del tribunal Supremo que cita, en las que se condena por homicidio por imprudencia leve al empresario que, no habiendo desempeñado su actividad con todas las medidas de seguridad necesarias, no se omitieron todas, entendiéndose que no es correcto determinar como imprudencia grave solo cuando se hayan omitido todas las medidas de seguridad. Pero la propia autora admite el grado de control sobre el riesgo como un criterio para la graduación de la imprudencia, y este criterio es el que está valorando la jurisprudencia criticada. Si bien las reglas técnicas pueden ofrecer una delimitación del riesgo permitido en el sector de actividad regulado, las medidas de seguridad efectivamente adoptadas por el empresario denotan

un mayor grado de control sobre el riesgo que el empresario que no ha adoptado ninguna. Lo relevante será, entonces, examinar qué medidas de seguridad se han adoptado y la importancia de las medidas de seguridad adoptadas en relación con la prevención del riesgo que se ha materializado.

Sí puede calificarse de regla técnica de naturaleza penal el contenido del art. 379 CP, en relación con la seguridad vial, que dispone lo siguiente:

1. El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días y, en cualquier caso, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

2. Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.

Como podemos observar, el contenido de este delito de peligro es suficientemente taxativo como para poder entender que supone una verdadera regla técnica de naturaleza penal. Pero como se ha advertido, la naturaleza penal de la regla técnica no la eleva a deber objetivo de cuidado, por lo que continuará

siendo un mero indicio de su gravedad³³⁴. Si bien la estructura de la norma de cuidado impone la necesidad metodológica de analizar todos los elementos que la componen para valorar su gravedad, no se escapa que, en la práctica, será difícil imaginar casos en los que la infracción del art. 379 CP con resultado de lesión imputable que no fueran a ser calificados como grave.

El problema, no obstante, parte de la técnica legislativa utilizada ya que se configura como un delito de peligro estadístico, lo que supone no tomar en consideración el principio de lesividad o antijuridicidad material que requiere que, en el caso concreto, se afecte al bien jurídico protegido, en este caso la seguridad en el tráfico viario. Si esto es así en relación con el delito de peligro, en mayor medida será si cabe respecto de la atribución de un resultado lesivo por imprudencia grave. Y, ello, entre otras razones, porque, por ejemplo, en el caso concreto puede concurrir el riesgo creado por la propia víctima, un tercero o el estado de la calzada o del vehículo.

Más ilustrativo es, a estos efectos, el art. 384 CP, que dispone lo siguiente:

El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días.

La misma pena se impondrá al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o

³³⁴ En contra, OLAIZOLA NOGALES, *Delitos de peligro...*, p. 353, siempre que se cumplan tres requisitos: 1º) Que el sujeto cumpla los criterios para poder ser considerado autor del resultado lesivo que se haya producido. Es decir, siempre que con su conducta haya determinado objetiva y positivamente el hecho. 2º) Que se pueda afirmar la imputación objetiva entre el resultado lesivo y la conducta tipificada como delito de peligro. Esto es, que el resultado sea concreción de la conducta realizada. 3º) Que no haya dolo eventual.

ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción.

El artículo 384 CP eleva a la categoría de regla técnica jurídico-penal la regla técnica jurídica prevista en el art. 77.k) LSV que prevé como infracción muy grave *conducir un vehículo careciendo del permiso o licencia de conducción correspondiente*. Y pese a la naturaleza penal de la regla técnica, insistimos, no puede reputarse como una pauta para la graduación de la magnitud de la infracción del deber de cuidado, sino como un mero indicio.

Esta interpretación ha tenido acogida en la jurisprudencia en la STS 282/2005, de 5 de marzo (Colmenero Menéndez de Luarca) que considera que “debemos rechazar una pretendida introducción de las consecuencias del *versari in re ilícita*, ya abandonado en nuestro Derecho penal. El permiso de conducir, en sus distintas modalidades, es un requisito administrativo necesario para manejar legalmente un vehículo del que se trate, según las pautas administrativamente establecidas para el examen. Sin embargo, por sí mismo no es demostrativo para todo caso de una absoluta pericia del conductor, como tampoco el hecho de no haberlo obtenido lo es de una absoluta impericia. Es claro que alguien sin permiso de conducir, por las razones que sean, no es necesariamente un conductor sin la pericia suficiente para el manejo de un concreto vehículo o clases de vehículos”, por lo que la carencia del permiso de conducir no convierte en gravemente imprudente su conducta.

Como se ha defendido, existen reglas técnicas jurídicas y reglas técnicas extrajurídicas, sin que la distinta naturaleza de unas y otras otorguen mayor relevancia en la determinación del deber objetivo de cuidado. Esto ha sido criticado por ROXIN³³⁵ y SCHÜNEMANN³³⁶, al entender que las reglas extrajurídicas

³³⁵ ROXIN, *DP, PG, Tomo 1...*, p. 1003.

³³⁶ SCHÜNEMANN, *La regla técnica...*, p. 319. En el mismo sentido, OLAIZOLA NOGALES, *Delitos de peligro...*, p. 366.

no pueden tener la misma trascendencia que las prohibiciones impuestas por el legislador.

Estas críticas ya han sido atendidas en el Capítulo Primero II.2, entendiendo que las reglas técnicas extrajurídicas pueden responder a una mejor determinación de las necesidades concretas de cada uno de los sectores productivos, permitiendo a los agentes sociales modificar y perfeccionar las cláusulas que en ellos se contienen a la luz de las experiencias adquiridas durante su aplicación.

Si la distinción de las reglas técnicas como jurídicas o extrajurídicas no tiene efectos en la determinación del deber objetivo de cuidado, tampoco lo tendrá como pauta de graduación en la determinación de la gravedad de la infracción del deber objetivo de cuidado. Es más, en ocasiones es posible advertir la existencia de reglas técnicas extrajurídicas que, en abstracto, deberían reputarse como más relevantes para la prevención de un riesgo típico que muchas otras reglas técnicas de naturaleza jurídica. Un ejemplo sería los programas de cumplimiento normativo o *compliance*, cuya función es, precisamente, analizar los riesgos inherentes a la actividad de una persona jurídica, teniendo en cuenta no solo su sector de actividad, sino su organización, distribución de funciones y capacidades específicas, y proponer normas de comportamiento autoasumidas -reglas técnicas extrajurídicas- para prevenir los riesgos analizados. Es difícil imaginar una regla técnica de mayor relevancia en abstracto que aquella que se impone teniendo en cuenta las circunstancias concretas del autor, y en atención a los riesgos previsibles *ex ante* en la actividad que desenvuelve.

Se rechaza, en suma, que la naturaleza de la regla técnica infringida pueda ser una pauta válida para la graduación de la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado.

2. Bienes jurídicos afectados y graduación de la imprudencia

Entiende la doc.may. que la infracción del deber objetivo de cuidado será más grave cuanto más esencial sea el bien jurídico afectado. Así, LUZÓN PEÑA afirma

que un peligro grave para un bien jurídico de media o baja importancia requiere un número bastante elevado de posibilidad de lesión, mientras que no hará falta que sea cuantitativamente tan elevado si el peligro afecta a bienes jurídicos básicos³³⁷. Del mismo modo, apunta HORTAL IBARRA que la doctrina coincide al señalar que el bien jurídico-penalmente protegido ocupa un papel preeminente en la previa ponderación de intereses consustancial a la determinación del riesgo permitido en un concreto ámbito de actividad, por cuanto en atención al bien jurídico-penalmente afectado el nivel de riesgo tolerado será mayor o menor³³⁸. No obstante, no cabe olvidar que en sede de ponderación de intereses, un aspecto esencial será la utilidad de la conducta de que se trate, utilidad que no puede medirse únicamente en términos económicos sino también por aspectos sociales. El tráfico viario es un buen ejemplo, ya que en su protección se toma en consideración intereses económicos, dada la importancia para la economía del tráfico de productos, pero también social, en cuanto las personas se sirven de sus vehículos para fines no sólo profesionales sino también personales, como puede ser acudir a un evento o ir a visitar amigos o familiares.

Distinta opinión sostiene COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN entendiendo que para medir la intensidad de la infracción del deber habrá que tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes y, muy especialmente, la índole del riesgo creado y la previsibilidad objetiva *ex ante* del resultado producido, “sin que pueda admitirse la estrecha vinculación que algunos establecen entre la gravedad de la imprudencia y la importancia del bien jurídico”³³⁹. Asimismo, DOVAL PAÍS defiende que “no es en modo alguno aceptable (...) considerar que la importancia de los

³³⁷ LUZÓN PEÑA, DP, PG, p. 296. Desarrolla CORCOY, p. 366: “en el delito doloso la gravedad del injusto depende del tipo de bien jurídico a que afecte y, sobre todo, de la forma en que se pone en peligro ese bien jurídico (...) El distinto contenido del injusto en el homicidio y en el asesinato, no se fundamenta en el bien jurídico protegido en estos tipos, que es común a ambos; la vida humana independiente, sino en la modalidad de la conducta. Afectando al mismo bien jurídico, el injusto de asesinato tiene mayor gravedad que el del homicidio en función de la forma en que se realiza el ataque al bien jurídico. (...) En el delito imprudente, la gravedad del injusto dependerá, a su vez, de la clase de bien jurídico amenazado y de la gravedad de la infracción del deber objetivo y subjetivo de cuidado”.

³³⁸ HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, p. 137.

³³⁹ COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, PG, p. 633 ss.

bienes jurídicos protegidos (...) debe condicionar la calificación de la imprudencia. Como es patente, no ha sido nunca en la ley española una condición necesaria, ni suficiente, para que las conductas imprudentes fuesen consideradas graves o leves³⁴⁰.

Por su parte, DAUNIS RODRÍGUEZ entiende que la esencialidad del bien jurídico es lo que determina que un comportamiento imprudente se haya previsto como típico o atípico³⁴¹. Afirma el autor que la importancia de los bienes jurídicos afectados ya se tiene en cuenta en la fase de selección legislativa a la hora de valorar qué conductas deben castigarse también en su modalidad imprudente. Tener en cuenta la importancia del bien jurídico para determinar la gravedad de la imprudencia implicaría, en opinión de este autor, castigar como homicidio por imprudencia grave cualquier caso de muerte causada por negligencia, con independencia de que la falta de diligencia que causa el homicidio fuese mínima. Y para afirmar esto se apoya el autor en QUINTERO OLIVARES, quien sostiene que la modalidad de la imprudencia no depende de la gravedad del resultado, por lo cual podrá darse la causación imprudente de una muerte que reciba la calificación de imprudencia leve, si se estima que la conducta no traspasó normas esenciales de cuidado y sí únicamente aspectos menores de esas mismas normas³⁴².

Pero cuando se tiene en cuenta la esencialidad del bien jurídico protegido para determinar la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado no se está teniendo en cuenta el resultado, sino el objeto de protección de la norma -*ex ante*-. En este sentido, sostiene MIR PUIG que el legislador no puede castigar igual un descuido de la misma entidad frente a la vida de otro que ante una cosa de insignificante valor, por la misma razón que no puede castigar igual la lesión intencional de ambos bienes jurídicos³⁴³.

³⁴⁰ DOVAL PAÍS, *Homicidios y lesiones por imprudencia...*, p. 9

³⁴¹ DAUNIS, *La graduación de la imprudencia...*p. 84 ss.

³⁴² QUINTERO DP, PG..., p. 383.

³⁴³ MIR PUIG, DP, PG..., p. 305.

Es de la misma opinión OLAIZOLA NOGALES, quien afirma que el bien jurídico protegido no determina por sí solo la gravedad de la infracción del deber objetivo de cuidado -como no lo hace ninguna pauta de graduación-, pero sí exige mayores cautelas o medidas más cuidadosas cuando el bien jurídico en riesgo sea la vida o la integridad física: “aunque esta afirmación pueda resultar discutible, por ejemplo, por entender que dicha consideración constituye un *bis in idem*, puesto que la relevancia del bien jurídico protegido ya la ha tomado en cuenta el legislador para tipificar la conducta (...), sin embargo, lo que parece más claro es que cuando el bien jurídico que está en juego es un bien fundamental (como la vida, la salud o la integridad de las personas) el nivel de cuidado que se exige es mayor y, en este sentido, las medidas de control que se exigen al sujeto en su actuación son mayores, porque la superación del riesgo permitido en estos casos es menos aceptable”³⁴⁴.

Entendemos, por tanto, que el bien jurídico será una pauta de graduación relevante a tener en cuenta en la graduación de la infracción del deber objetivo de cuidado. Se trata del bien jurídico puesto en riesgo *ex ante* por la conducta infractora del sujeto, lo cual no debe confundirse con el resultado *ex post* que efectivamente se produzca, pues éste no determina la gravedad de la imprudencia. Del mismo modo, también supone una mayor peligrosidad una conducta imprudente que pueda afectar a un número elevado de personas; así, el cuidado exigido, en las mismas circunstancias, será mayor al conductor de un autobús que al de una motocicleta. Y se insiste en que no se trata de la constatación *ex post* de un resultado más grave, sino de un riesgo de lesión *ex ante* considerablemente mayor. Constatación *ex post* sería la que lleva a efecto el legislador en la reforma del Código penal a través de la LO 1/2019, introduciendo los artículos 142 bis CP y 152 bis CP, al aumentar las penas de forma relevante cuando se produzcan múltiples resultados lesivos, volviendo a una cualificación por el resultado. En la imprudencia, dada su naturaleza, que se

³⁴⁴ OLAIZOLA NOGALES, *Delitos contra los derechos de los trabajadores...*, p. 9.

fundamenta en la infracción del deber objetivo y subjetivo de cuidado, independientemente de los resultados que se produzcan, solo hay un riesgo típico y, por consiguiente, sería de aplicación el concurso ideal de delitos. Las penas previstas en los artículos 142 bis CP y 152 bis CP, en cambio, son muy superiores a las que devendrían de la aplicación de las reglas del concurso ideal.

3. Riesgo permitido y valoración social del riesgo

Como se ha afirmado, la valoración social del riesgo es la base de la construcción dogmática del riesgo permitido³⁴⁵. El riesgo permitido es un elemento negativo en la construcción del tipo imprudente: no cabe hablar de imprudencia en aquellas conductas que no superen el riesgo permitido. En el mismo sentido afirma OLAIZOLA NOGALES que el riesgo permitido servirá para restringir las conductas penalmente relevantes, es decir, sólo cuando se supere el nivel de riesgo permitido cabrá hablar de conducta imprudente en sentido normativo³⁴⁶.

La permisión del riesgo se encuentra estrechamente vinculada a las ventajas o utilidades generales que reporta un determinado tipo de actividad³⁴⁷. Pero la valoración social del riesgo dependerá de si la conducta riesgosa se produce en ámbitos que admiten determinados grados de riesgo permitido; es decir, un grado de peligrosidad que podría ser grave fuera de un ámbito con un alto grado de riesgo permitido podría ser leve dentro de uno de ellos³⁴⁸.

Por el contrario, defiende HORTAL IBARRA que no puede degradarse la gravedad de la imprudencia en atención a la valoración social del riesgo, pues el ordenamiento jurídico tolera la existencia de un riesgo, pero como contrapartida, impone a quien lo genera una serie de obligaciones encaminadas a controlar y/o

³⁴⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...* p. 369.

³⁴⁶ OLAIZOLA NOGALES, *Delitos contra los derechos de los trabajadores...*, p.8.

³⁴⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes...*, p. 197.

³⁴⁸ MIR PUIG, *DP, PG...*, p. 294

mantener dicho riesgo dentro de unos niveles socialmente aceptables³⁴⁹. En sentido similar, DAUNIS RODRÍGUEZ considera que la valoración social del riesgo permite delimitar el riesgo -mayor o menor- permitido, pero incide directamente en la graduación de la imprudencia³⁵⁰.

Aquí se defiende que la mayor o menor superación del riesgo permitido es una pauta de graduación de la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado. Como afirma OLAIZOLA NOGALES³⁵¹, los límites del riesgo permitido varían de unas actividades a otras. Se trata de un concepto ligado a la nueva sociedad industrial y, por tanto, ligado a la solución de conflictos que planteaban las distintas actividades peligrosas con utilidad social. El presupuesto del riesgo permitido es una ponderación de intereses en que se atiende, por un lado, al valor de los bienes jurídicos, al grado de peligro que corren y a las posibilidades de control, así como a la importancia, necesidad o interés social y beneficios de la conducta peligrosa.

A este respecto, resulta ilustrativa la SJP núm. 4 de Palma 19/2000, de 19 de enero (Izquierdo Tellez), que “la imprudencia es temeraria (grave, en la consideración actual del Código) cuando la relación entre la utilidad social del fin perseguido por el autor y el peligro de lesión de bienes jurídicos existe una notoria desproporción. (...) Esta consideración se completa, a su vez, con la que se refiere a la medida del riesgo permitido, que se hace depender de la utilidad social de la conducta (llegándose incluso a clasificar por algún autor, señalando que existen acciones «socialmente necesarias», «socialmente útiles», «socialmente inútiles» y «acciones de lujo»), concluyéndose con el conocido ejemplo de las carreras de motos desarrolladas fuera del recinto de competición autorizada, que ponen en peligro la vida de las personas, como acciones que pueden dar lugar a imprudencia grave porque ponen en peligro bienes de

³⁴⁹ HORTAL, *Protección penal de la seguridad en el trabajo...*, p. 139.

³⁵⁰ DAUNIS RODRÍGUEZ, *La imprudencia menos grave...*, p. 15

³⁵¹ OLAIZOLA NOGALES, *La relación entre los delitos de peligro y la graduación de la imprudencia...*, p. 335 ss.

especial importancia cuando tales conductas poseen escasa utilidad social”, lo que lleva al tribunal a efectuar una ponderación utilidad-riesgo.

Otro ejemplo lo encontramos en la STS de 23 de abril de 1992, el conocido caso del aceite de colza, donde el Tribunal Supremo realiza un examen de utilidad-riesgo para concluir la temeridad de la imprudencia de los condenados. Así, entiende que “la intensidad de los deberes de cuidado relativos a la vida y la salud de las personas es alta, pues tales bienes tienen una importancia superlativa”, mientras que “la utilidad social de los fines perseguidos por el recurrente, por el contrario, es bajísima, toda vez que consiste en obtener ventajas económicas burlando la prohibición oficial de comercializar una especie determinada de aceite. (...) La desproporción entre la utilidad del fin perseguido y la magnitud del peligro generado es, por lo tanto, de tal intensidad que no cabe discutir la temeridad”.

Se considera, por tanto, la valoración social del riesgo como una pauta de graduación relevante para la determinación de la gravedad de la infracción del deber objetivo de cuidado.

4. La peligrosidad de la conducta y medidas de control

Cuando se alude a la peligrosidad de la conducta se hace referencia, en realidad, a la probabilidad de lesión de un bien jurídico que la misma comporta. Una conducta será más peligrosa para un bien jurídico cuanto más probable, desde una perspectiva *ex ante*, sea su efectiva lesión.

Sobre la peligrosidad de la conducta se pronuncia la SAP Málaga (Sección 2ª) 248/2005, de 20 de abril (Alarcón Barcos), confirmando la condena por un delito de lesiones por imprudencia grave a un hombre que dispara una pistola de gas comprimido semiautomática, creyendo que estaba descargada, apuntando al rostro de un compañero e hiriéndolo de gravedad en un ojo. Afirma el Tribunal en esta sentencia que, el alto peligro inherente a disparar un arma apuntando al

rostro de otra persona no puede sino conllevar a la calificación de la imprudencia como grave. Debería tenerse en cuenta, además, la carencia de cualquier utilidad social de la conducta del autor, lo cual también es relevante a efectos de graduación de la imprudencia, atendiendo al riesgo permitido.

Evidente relación tiene con la peligrosidad de la conducta la capacidad sobre el control del riesgo que tenga el sujeto actuante. En este sentido, afirma LUZÓN PEÑA que habrá una infracción total o grave de normas de cuidado cuando la conducta cree un peligro elevado, ya sea incontrolable o controlable, pero sin emplear ninguna o muy escasas medidas de control; y en cambio podrá reputarse una menor gravedad en la infracción cuando la conducta imprudente se concrete en una actuación con un peligro en principio alto, pero efectuada con cierto grado de control, aunque insuficiente para evitar el riesgo de la actuación³⁵².

En este sentido, es relevante traer a colación la posición de WELZEL³⁵³ respecto de la distinción entre dolo e imprudencia, en la que plantea dos grupos de casos:

- a) En el primero, el autor considera el resultado lesivo como “dependiente de su conducta”. En estos supuestos, no habrá dolo cuando el autor confía en que a través de su habilidad puede evitar el resultado. Será, sin embargo, dolosa su conducta cuando no atribuya a sus posibilidades ninguna oportunidad real para evitar el resultado y su evitación depende del azar. Si el peligro es muy grande, el autor puede esperar pero no confiar, porque la confianza no es independiente de la representación del peligro.
- b) En el segundo grupo, el autor estima la producción del resultado como independiente de sus actos, o es consciente de que no puede contrarrestar la futura consecuencia de la acción. Si, en el caso concreto,

³⁵² LUZÓN PEÑA, *DP, PG, T1*, p. 515 ss.

³⁵³ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11^a ed, pp. 68 ss.

existe esta falta de control, por parte del autor, de los acaecimientos, su conducta será dolosa cuando cuenta con el resultado, e imprudente cuando en vistas a ello solo tiene una remota duda.

Esta distinción, en la que el autor plantea que cuando el sujeto mantiene capacidad de controlar el riesgo hay un ámbito mayor para la imprudencia, porque puede concurrir un error sobre su capacidad de evitación, puede trasladarse a la graduación de la imprudencia, considerando que si el sujeto, en principio, controla el riesgo, menor será la probabilidad de lesión.

Las medidas de seguridad adoptadas serán, por tanto, relevantes a la hora de determinar la gravedad de la infracción del deber de cuidado. No se trata de un examen cuantitativo -cuantas medidas de seguridad se han adoptado- sino cualitativo -qué medidas y cuán relevantes son para controlar efectivamente el riesgo-, siempre desde una perspectiva *ex ante*, pues *ex post* siempre se comprobará que no han sido suficientes para evitar la producción del resultado.

5. La magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado: el juicio conjunto del subcriterio

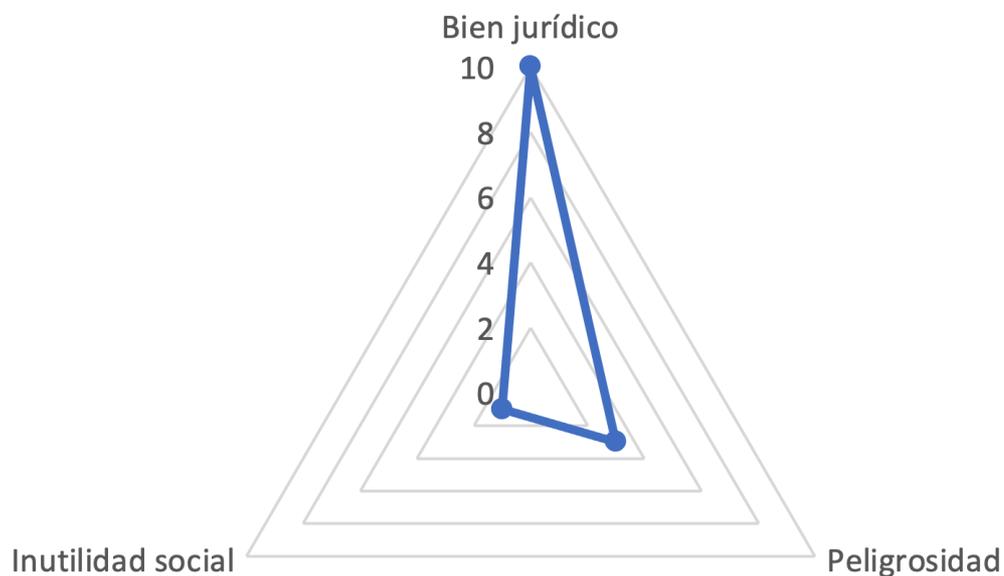
Como afirma DOVAL PAÍS, los grados de imprudencia son valorativos y están configurados por un conjunto de componentes -pautas de graduación- que se pueden presentar en distintas proporciones, lo que nos lleva necesariamente a requerir un juicio conjunto sobre los elementos hasta ahora relacionados.

Se han admitido como pautas de graduación para la determinación de la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado -subcriterio de graduación de la imprudencia- la valoración social del riesgo, la peligrosidad de la conducta y el bien jurídico amenazado. La puesta en relación de estos elementos, en el juicio de conjunto, determinarán la gravedad de la infracción del deber objetivo de cuidado.

Las pautas de graduación pueden ilustrarse a través de un gráfico radial, donde la mayor o menor superficie del triángulo resultante nos darán una idea aproximada de la gravedad de la infracción del deber objetivo de cuidado. Veamos varios ejemplos tomando los siguientes parámetros: la gravedad de la infracción del deber objetivo de cuidado será mayor cuanto más esencial sea el bien jurídico protegido, más peligrosa sea la conducta imprudente y más desvalorado -inútil- socialmente sea el riesgo.

Ejemplo 1

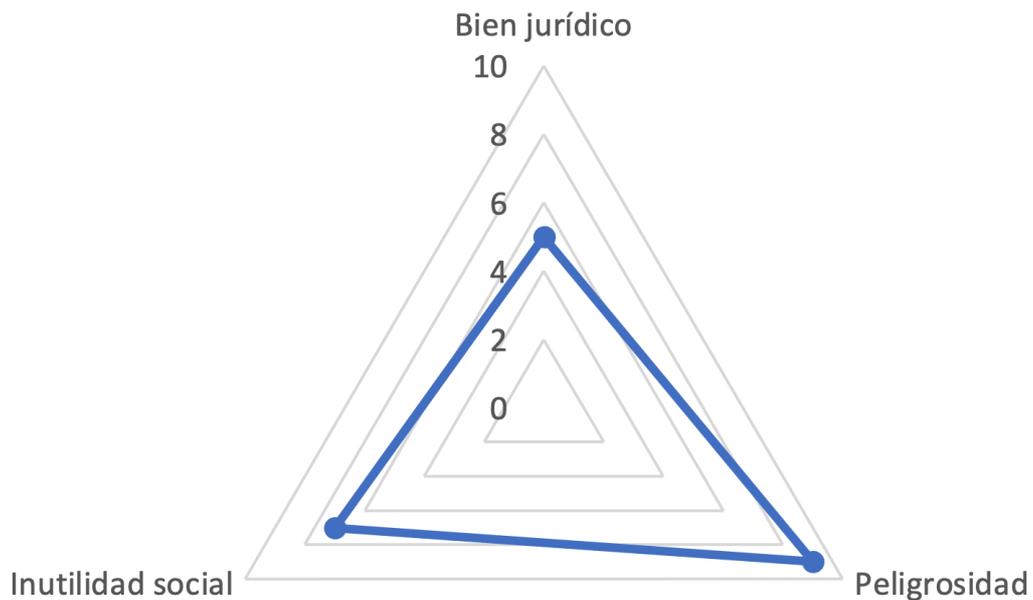
Pablo, cirujano oncológico, realiza una intervención de meningioma, con la finalidad de retirar del paciente los tumores hallados en las meninges. En el transcurso de la operación, detecta un tumor pegado a la arteria carótida, y durante su extracción la lesiona con el aspirador ultrasónico, lo cual produce una absoluta falta de riesgo sanguíneo al cerebro durante unos pocos minutos. Al finalizar la operación, se comprueba que el paciente sufre severas secuelas físicas y cognitivas atribuibles a la conducta descuidada de Pablo.



En este ejemplo puede apreciarse el alto valor de los bienes jurídicos en riesgo en la intervención médica -vida, integridad física-, pero la peligrosidad de la conducta no es especialmente alta y la inutilidad social del riesgo es rayana al cero.

Ejemplo 2

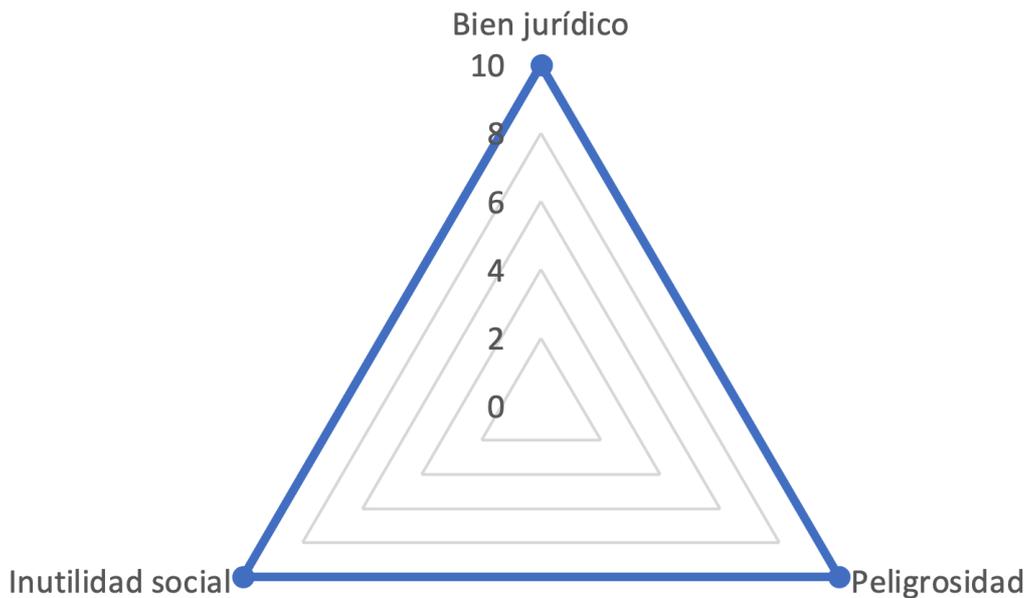
María celebra la noche de San Juan con unas amigas en el campo, para lo que se proponen utilizar material pirotécnico, sin advertir el alto grado de sequedad del suelo y de la vegetación que las rodea. El material incandescente del material pirotécnico empleado alcanza unos arbustos y acaba propagándose un incendio.



En este ejemplo, el bien jurídico en riesgo, de naturaleza medioambiental, no puede reputarse alto -dejando fuera el debate sobre la multiplicidad de bienes jurídicos protegidos en el delito de incendio forestal-, mientras que la peligrosidad y la inutilidad social son considerablemente elevados.

Ejemplo 3

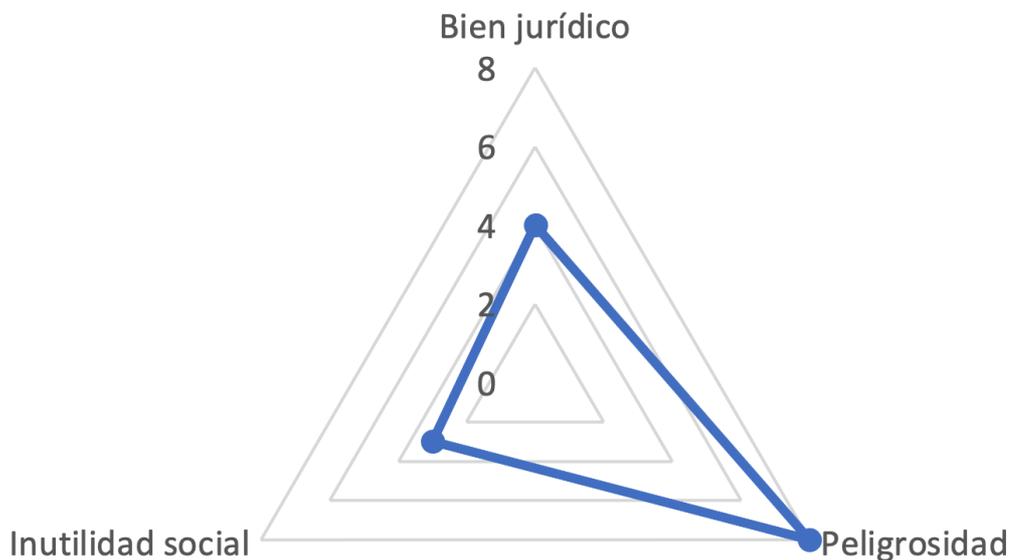
Carlos y Miguel deciden acudir a un prado para practicar puntería con su escopeta de caza, para la cual Carlos tiene el correspondiente permiso administrativo. En un punto lejano al que se encuentra Carlos, Miguel ordena una serie de latas vacías sobre las que practicar. Mientras Miguel ordena las latas, Carlos, quien aún no ha cargado la escopeta, decide gastar una broma a Miguel, disparando sobre él. Carlos desconoce que en la recámara de la escopeta queda un cartucho sin disparar de la última vez que fueron a practicar puntería. A consecuencia del disparo, Miguel es gravemente herido en una pierna.



En este ejemplo puede verse que se pone en un alto peligro un bien jurídico esencial con una conducta de escasa o inexistente utilidad social, por lo que puede afirmarse la gravedad de la infracción del deber objetivo de cuidado.

Ejemplo 4

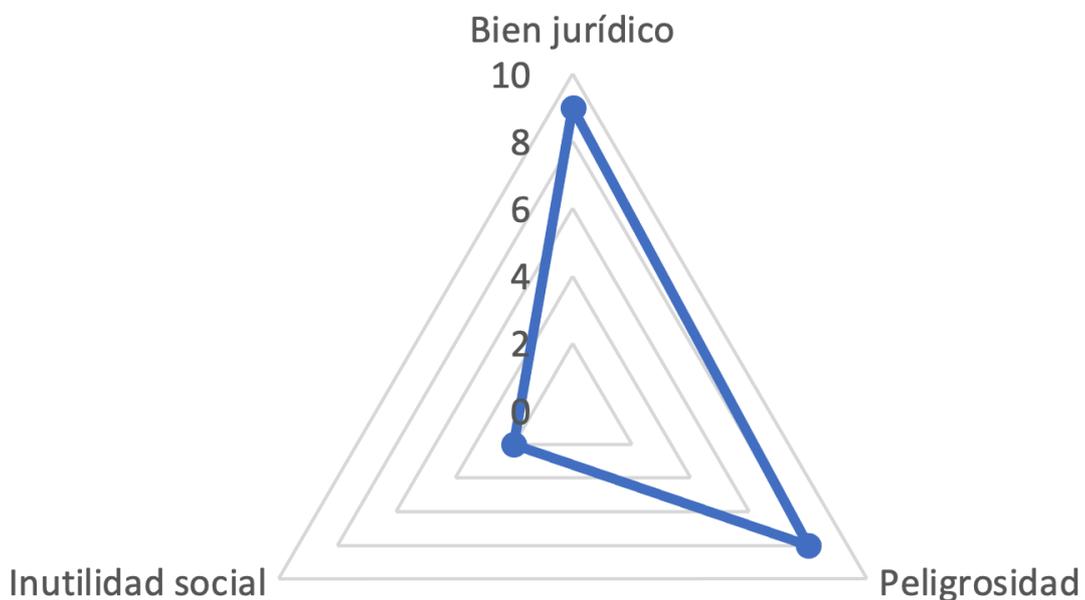
Vicenta es abogada penalista, especialista en delitos económicos. A su despacho acude Maksim, un empresario de nacionalidad rusa acusado de trata de personas, tráfico de estupefacientes, blanqueo de capitales y fraude fiscal. Vicenta acepta a Maksim como su cliente, quien paga una provisión de fondos de 2.500€ en efectivo y en billetes de 500€. Vicenta no toma ninguna de las medidas de control del blanqueo de capitales previstas en el compliance de su despacho.



En este ejemplo, nos encontramos ante un bien jurídico de tipo patrimonial, con una conducta peligrosa por no haber tomado ninguna medida de control del riesgo, pero en un contexto -el del derecho fundamental a la defensa letrada- que podría justificar una razonable utilidad social.

Ejemplo 5

Víctor y Manuel, miembros de la Policía Local, se encontraban en el coche policial de camino a atender una grave reyerta que les había sido comunicada. Dado el alto nivel de congestión del tráfico, deciden avanzar con el coche por la acera, sin hacer uso de las medidas de seguridad lumínicas y acústicas del vehículo, atropellando descuidadamente a un peatón que no se había percatado de su presencia.



En este último ejemplo, la importancia bien jurídico protegido y la peligrosidad de la conducta, especialmente al no haber adoptado ninguna medida de seguridad, serán altas, mientras que no puede predicarse que la acción sea socialmente inútil.

Este análisis, en el que se toma en consideración el bien jurídico protegido, la peligrosidad de la conducta y su utilidad social, puede ayudar al juzgador en la determinación de la gravedad de la infracción del deber objetivo de cuidado, pero recordemos que eso no comporta la gravedad de la imprudencia. La gravedad

de la infracción del deber objetivo de cuidado deberá ser puesto en relación con la gravedad de la infracción del deber subjetivo de cuidado para poder determinar la gravedad de la infracción de la norma de cuidado.

III. EL DEBER SUBJETIVO DE CUIDADO

Si los elementos que constituyen el deber objetivo de cuidado han sido denominados pautas de graduación para diferenciarlos de los subcriterios de graduación de la imprudencia -magnitud de la infracción de los deberes objetivo y subjetivo de cuidado-, lo mismo operará en los elementos que constituyen el deber subjetivo de cuidado. De este modo, denominaremos pauta de graduación a la previsibilidad individual, la cual determinará la gravedad de la infracción del deber subjetivo de cuidado. Ulteriormente, se analizará la posibilidad de que la efectiva previsión del riesgo -culpa consciente o inconsciente- incida en la gravedad de la infracción del deber subjetivo de cuidado.

1. Previsibilidad individual

Como se ha advertido en el Capítulo Primero III, únicamente cuando se constate la infracción del deber subjetivo de cuidado, junto con la infracción del deber objetivo de cuidado, podremos hablar de injusto imprudente.

Hemos defendido una concepción de previsibilidad individual, que parte de los conocimientos que el autor tiene o debería tener respecto del riesgo creado con su conducta o no controlado teniendo el deber de hacerlo. La cognoscibilidad, por su parte, la hemos entendido como exigibilidad del conocimiento del peligro, que se determinará en el caso concreto atendiendo a todas las circunstancias objetivas concurrentes, a los conocimientos actuales y previos del autor y a su capacidad. Así, se pone de manifiesto la estrecha vinculación entre previsibilidad y cognoscibilidad: la previsibilidad de la posibilidad de realización típica es

precisamente el contenido de la cognoscibilidad; la cognoscibilidad, así entendida, es previsibilidad individual -deber prever-.

La previsibilidad de lesión es una pauta de graduación relevante para la determinación de la gravedad de la infracción del deber subjetivo de cuidado³⁵⁴.

ARROYO ZAPATERO admite el grado de previsibilidad para la graduación de la imprudencia, partiendo del nivel intelectual y de experiencia del autor, y su capacidad de prever y reconocer el cuidado externo³⁵⁵. Por su parte, HAVA GARCÍA sostiene que la gravedad de la imprudencia ha de medirse, entre otros criterios, en atención al grado de previsibilidad individual del resultado: la gravedad aumentará en directa proporción al grado de posibilidades de prever el resultado que tuviera el autor, y viceversa, apuntando que las medidas de control adoptadas por el sujeto para tratar de evitar el resultado de lesión adquirirán relevancia en tanto en cuanto hayan reducido el grado de previsibilidad del resultado³⁵⁶.

DOVAL PAÍS es partidario de considerar que la previsibilidad es un criterio fundamental en la graduación de la imprudencia, y ello porque “en el contexto de nuestro Estado democrático, el distinto tratamiento punitivo de una y otra clase de imprudencia solamente debe responder a motivos conectados con la protección de los bienes jurídicos. Si, en general, con el castigo de la imprudencia se trata de evitar los daños producidos por comportamientos negligentes, la mayor pena de los resultados ocasionados, en particular, por imprudencias graves debe responder a las mayores necesidades de evitarlos (...). Con la misma lógica que explica que los hechos intencionales se castiguen más que los hechos imprudentes, la ley pretende con más fuerza (...) que se eviten los hechos más gravemente imprudentes porque, en efecto, son más

³⁵⁴ En sentido similar, OLAIZOLA NOGALES, *Delitos contra los derechos de los trabajadores...*, p. 10.

³⁵⁵ ARROYO ZAPATERO, *Manual de Derecho Penal del Trabajo...*, p. 132 ss.

³⁵⁶ HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente...*, p. 187.

evitables que los menos imprudentes. Por ello, la diferencia entre los grados de la imprudencia deberá relacionarse con aquellas circunstancias del hecho que incidan en esta posibilidad de evitación. Y el grado de previsibilidad es un elemento fundamental porque cuanto más manifiesto sea el riesgo de daño, el deber de cuidado será -objetivamente- más fácil de atender³⁵⁷.

AGUADO LÓPEZ, también considera esencial para la graduación de la imprudencia el grado de previsibilidad del resultado, pues en virtud del principio de culpabilidad y responsabilidad individual, la imprudencia será más grave cuanto más previsible sea el resultado. Recordemos, dice la autora, que el deber objetivo de cuidado es un baremo abstracto o generalizador, y que es necesario individualizarlo con arreglo a las circunstancias del caso concreto y a los conocimientos y capacidades especiales del sujeto³⁵⁸.

Para determinar la previsibilidad de lesión será relevante tener en cuenta las reglas técnicas establecidas para el sector de actividad. Aquí sí puede demostrarse la eficacia de las reglas técnicas que algunos autores han considerado en la graduación de la imprudencia. Como afirma OLAIZOLA NOGALES, respecto a las reglas técnicas de naturaleza jurídico-penal, para cualquier sujeto deberá ser previsible que de una conducta tipificada como peligrosa en el CP se pueden derivar resultados lesivos, en la medida en que se tipifiquen como delitos de peligro aquellas conductas en las que se constata su potencialidad lesiva. El CP ejerce, afirma la autora, una importante función de llamada de atención para los ciudadanos³⁵⁹.

Y esta previsibilidad también es reconocible respecto a las reglas técnicas extrajurídicas. Así, las medidas de seguridad establecidas en un convenio

³⁵⁷ DOVAL PAÍS, *Homicidios y lesiones por imprudencia...*, p. 17. Considera el autor, con estos argumentos, que el criterio más *expresivo* desde el punto de vista de la función del Derecho penal de proteger bienes jurídicos es la previsibilidad del daño que puede generar la conducta.

³⁵⁸ AGUADO LÓPEZ, *La imprudencia menos grave...*, p. 43.

³⁵⁹ OLAIZOLA NOGALES, *La relación entre los delitos de peligro y la graduación de la imprudencia...*, p. 354

colectivo para un determinado sector de actividad convierten en más previsible el riesgo para quien opera en dicho sector que las normas generales de prevención de riesgos laborales de carácter general. Volviendo al ejemplo de los programas de cumplimiento normativo, qué duda cabe del elevado grado de previsibilidad individual respecto de las medidas de control que en ellos se estipulan, pues se han desarrollado partiendo de las circunstancias concretas en las que opera la persona jurídica que lo asume.

Así, las reglas técnicas pueden desplegar cierta eficacia en la determinación de la previsibilidad individual de lesión, pero no como pauta de graduación independiente, por los motivos que se han expuesto *supra*.

También el grado de control sobre el riesgo puede afectar directamente a la previsibilidad de lesión. Así, cuantas más medidas de seguridad adopte el autor, cuando estas sean relevantes para el control del riesgo, la previsibilidad individual del resultado será menor. Cuando no se haya adoptado ninguna medida de control, la previsibilidad del resultado será mayor.

Cobra sentido, hasta cierto punto, lo afirmado por BOLEA BARDON en relación con las medidas de control adoptadas por el empresario. Según su posición, cuando el empresario no haya desarrollado las medidas de seguridad directas para la protección de los trabajadores, estaremos ante un caso de imprudencia grave; mientras que cuando el empresario sí toma las correspondientes medidas de control directo sobre el riesgo, pero infringe sus deberes de supervisión, la imprudencia será menos grave. No puede aceptarse este nivel de automatismo, pero sí puede afirmarse que la adopción de medidas de control directas del riesgo, de tratarse de medidas de seguridad relevantes, éstas disminuyen la previsibilidad individual del resultado de lesión, lo cual podría justificar una menor infracción del deber subjetivo de cuidado en los casos de *culpa in vigilando*. Esta conclusión, como advertimos, no puede tomarse de manera automática, y deberá atenderse siempre a todas las circunstancias del hecho para determinar si la conducta infractora de los trabajadores, en aplicación de la vertiente

negativa del principio de confianza, queda abarcada por el deber objetivo de cuidado, y pueda entenderse que la imprudencia del empresario o directivo es igualmente grave. Y esa relativización se debe en gran parte a que la atribución de responsabilidad a los miembros del consejo de administración o a los directivos dependerá de la delegación que se haya realizado, especialmente si ésta reúne todos los requisitos para que sea válida: consentimiento del delegado, capacidad de este para llevar a efecto adecuadamente la actividad delegada, atribución de los medios necesarios para llevar a efecto y autonomía.

Esto pone de relieve, como se advirtió en el Capítulo Primero I.3, la estrecha relación entre los deberes objetivo y subjetivo de cuidado. En el momento de la determinación de la gravedad de la imprudencia, también deberá considerarse esta necesaria asociación, partiendo de la necesidad conceptual de que unas pautas de graduación afecten, en mayor o menor medida, a las demás.

Varios ejemplos pueden encontrarse en la jurisprudencia sobre la importancia del elemento de la previsibilidad en la graduación de la imprudencia. Así, la SAP Madrid (Sección 30ª) 884/2016, de 12 de diciembre (Fernández Soto) confirma la sentencia de instancia condenando por un delito de incendio forestal por imprudencia grave, por realizar una barbacoa en condiciones ambientales desfavorables, con un elevado calor y sequedad ambiental propias de la época en que se producen los hechos. Considera el Tribunal en este caso que la previsibilidad de la propagación del fuego al no apagar por completo el combustible vegetal era notoria, y correctamente calificada como grave.

Por su parte, la SAP Burgos (Sección 1ª) de 7 de marzo de 2003 (Carreras Maraña) confirma la absolución del acusado por falta de previsibilidad. El relato de los hechos es el siguiente: un hombre sufre una caída y es dirigido al servicio de urgencias del hospital, donde tratan las lesiones producidas por la caída; pocas horas más tarde, el hombre fallece a consecuencia de una hemorragia cerebral no detectada por el facultativo acusado. A este respecto, considera el Tribunal que “es sabido que la exigencia de responsabilidad a los profesionales

de la medicina presenta siempre graves dificultades, porque la ciencia que ejercen y practican es inexacta por definición, confluyendo en ella factores variables totalmente imprevisibles que en ocasiones provocan serias dudas sobre la causa determinante del daño, a lo que debe sumarse la necesaria libertad del médico en su actuación. Esta relatividad científica de la medicina, la libertad en su ejercicio y el relativo papel de la previsibilidad en la actuación facultativa, son elementos que caracterizan y configuran singularmente la actuación de este grupo de profesionales”.

Por traer un último ejemplo, la STS 649/2002, de 12 de abril (Soriano Soriano) confirma la sentencia de instancia que condena por un delito de lesiones graves por imprudencia grave, en concurso con una falta de lesiones dolosas a un hombre que, en el decurso de una discusión, propina un puñetazo a otro, quien cae al suelo golpeándose la cabeza. Afirma en esta sentencia el Tribunal Supremo que “la previsibilidad, propia del delito imprudente (elemento intelectual) debe considerarse (...) *ex ante*, como posibilidad abstracta de advertir las consecuencias de la acción o conducta infractora de las normas objetivas de cuidado. (...) El acusado, en el caso de autos, propinó un contundente puñetazo, y cierto que no pudo representarse y aceptar los gravísimos resultados producidos (dolo eventual), pero ello no quita que resultaran excluidos. Por tanto, podía preverse como posible la producción de resultados más graves de los que con un simple puñetazo se provocan”.

Debe concluirse, en suma, que la previsibilidad de la lesión es una pauta de graduación relevante para determinar la gravedad de la infracción del deber subjetivo de cuidado.

2. La efectiva previsión

Poca relevancia ha tratado de dársele en este trabajo a la distinción entre culpa consciente y culpa inconsciente. Avanzamos que, por los motivos que se expondrán, la efectiva previsión de la lesión no podrá reputarse como pauta de

graduación del deber subjetivo de cuidado, siendo la única función de esta distinción determinar el límite del injusto imprudente con el doloso eventual.

La doctrina está fuertemente dividida al considerar la efectiva previsión de lesión como pauta de graduación del deber subjetivo de cuidado. ROXIN³⁶⁰ entiende que la imprudencia consciente resulta *ceteris paribus*, más merecedora de pena que la inconsciente. Así, si se parte del mismo grado de creación de riesgo no permitido, entiende que la imprudencia consciente resulta más merecedora de pena que la inconsciente, porque la representación de una posible realización del tipo proporciona al sujeto un motivo en contra de la misma sustancialmente más fuerte que los indicios que se daban al sujeto para advertir el peligro procedente de él en la imprudencia consciente. Por su parte, FEIJOO SÁNCHEZ considera que la imprudencia consciente es más grave que la inconsciente, pues el autor consciente tiene más datos objetivos para ser cuidadoso en su conducta que el autor inconsciente, lo que se traduciría en una falta de cuidado más grave³⁶¹. Para DIEZ RIPOLLÉS³⁶², el conocimiento efectivo del riesgo de lesión del autor también será relevante para graduar la imprudencia.

Por otro lado, un considerable número de autores se han posicionado en contra. Así, MIR PUIG defiende que la culpa inconsciente podrá ser tan grave o más que la consciente si la infracción del deber objetivo de cuidado que supone es mayor que la realizada con culpa consciente³⁶³. En sentido similar se pronuncia CORCOY BIDASOLO, entendiendo que el riesgo creado y la gravedad del descuido puede ser, en muchos casos, mayor en la culpa inconsciente que en la consciente, ya que, en esta última, el autor, al advertir la posibilidad de la realización típica, puede controlar en mayor medida el peligro de su conducta³⁶⁴.

³⁶⁰ ROXIN, *DP, PG, T1...*, p. 1019.

³⁶¹ FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia...*, p. 260 ss. En sentido similar, ARROYO ZAPATERO, *Manual del Derecho Penal del Trabajo...*, p. 132 ss.

³⁶² DIEZ RIPOLLÉS, *DP, PG...*, p. 237 ss.

³⁶³ MIR PUIG, *DP, PG...*, p. 294.

³⁶⁴ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, p. 224.

Se suscriben en este trabajo las palabras de OLAIZOLA NOGALES³⁶⁵, quien entiende que la efectiva conciencia que del peligro tenga el sujeto no afecta a la gravedad o a la levedad de su imprudencia, pues la conducta es objetivamente igual de grave tanto si el sujeto conoce que está infringiendo una norma de cuidado o no lo conoce, pero debería conocerlo. Y continúa la autora afirmando que el sujeto que, sabiendo que está infringiendo una norma de cuidado, realiza la conducta demuestra un mayor desprecio del riesgo, que, en algún caso, podrá tenerse en cuenta en la determinación de la pena, pero no en la valoración de la imprudencia como más o menos grave. Al contrario, si el sujeto que conoce la situación toma medidas de control, para intentar neutralizar el riesgo, podremos afirmar que reduce las probabilidades de lesión y, por tanto, la peligrosidad de su conducta será menor, aunque finalmente se produzca el mismo resultado y, por tanto, la imprudencia podría considerarse menos grave. Pero la levedad en este caso no se debe a que el sujeto sea o no consciente de la peligrosidad de su conducta, sino al hecho de haber tomado medidas de control.

Ciertamente, la previsión efectiva del riesgo puede determinar al sujeto a adoptar medidas de seguridad que rebajen la peligrosidad de su conducta y la previsibilidad de la lesión. Pero esto deberá ser valorado en las correspondientes pautas de graduación para la determinación de la magnitud de las infracciones de los deberes objetivo y subjetivo de cuidado, no siendo, por tanto, la efectiva previsión un criterio de graduación relevante.

IV. EL CRITERIO DE GRADUACIÓN DE LA IMPRUDENCIA: LA GRAVEDAD DE LA INFRACCIÓN DE LA NORMA DE CUIDADO

Como se ha desarrollado, se defiende aquí que el único criterio válido para la graduación de la imprudencia será la mayor o menor gravedad de la infracción de la norma de cuidado, pues solo ésta es una norma penal, prevista en el

³⁶⁵ OLAIZOLA NOGALES, *Delitos contra los derechos de los trabajadores...* p.10.

Código, y con mayores o menores consecuencias penológicas en función de la determinación de su gravedad.

La norma de cuidado se entiende compuesta, por un lado, por el deber objetivo de cuidado y, por otro, por el deber subjetivo de cuidado. La mayor o menor gravedad de la infracción de estos deberes serán los subcriterios de graduación, pues determinan la gravedad de la infracción de la norma de cuidado.

Habiendo analizado estos subcriterios, así como las pautas de graduación que los componen, debe analizarse su puesta en relación para la determinación de la gravedad de la norma de cuidado.

La relación de esta gravedad puede ilustrarse en el siguiente cuadro.

+DOC	Yellow	Orange	Orange	Red	Red
	Light Green	Yellow	Orange	Orange	Red
	Light Green	Light Green	Yellow	Orange	Orange
	Green	Light Green	Light Green	Yellow	Orange
-DOC	Green	Green	Light Green	Light Green	Yellow
	- DSC				+ DSC

En los supuestos en los que exista una grave infracción de los deberes objetivos y subjetivos de cuidado, no será difícil calificar la infracción de la norma de cuidado como grave, y, en consecuencia, la imprudencia. Tampoco será difícil la

calificación de la imprudencia como leve cuando la infracción de los deberes objetivos y subjetivos de cuidado sean insignificantes.

Más problemático será, en cambio, situar la imprudencia menos grave en atención a la valoración conjunta de los subcriterios de graduación. Como afirma FEIJOO SÁNCHEZ, es imposible fijar un límite matemático entre la imprudencia grave y menos grave, quedando la distinción en manos de una valoración bastante libre por parte de los órganos judiciales.³⁶⁶ Tampoco es posible fijar un límite de este tipo para determinar dónde acaba la imprudencia menos grave y empieza la leve. Pero los subcriterios y pautas de graduación que aquí se han expuesto pueden ayudar al operador jurídico a centrar la discusión, a valorar los elementos pertinentes en las circunstancias concretas del caso y, en definitiva, a facilitar la determinación de la graduación de la imprudencia.

V. LA CONCURRENCIA DE RIESGOS

En este apartado se analizará la posibilidad de que, una vez determinada la infracción de la norma de cuidado por parte de un autor, y determinada la gravedad de esta infracción, ésta pueda verse degradada por las conductas imprudentes de terceros.

A este respecto, apunta CEREZO MIR que en los supuestos de la llamada concurrencia de culpas o imprudencias hay que examinar cada una de las conductas, pues no se admite en el ámbito del Derecho penal, a diferencia del Derecho civil, la compensación de imprudencias³⁶⁷. En consecuencia, entiende que la conducta de la víctima no influirá para nada en la calificación de la

³⁶⁶ Más ampliamente, FEIJOO SÁNCHEZ, *La imprudencia en el Código Penal de 1995...*, p. 331.

³⁶⁷ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte General II. Teoría Jurídica del delito*, 6ª ed. Tecnos, Madrid, 1998, p. 184 ss.

gravedad de la inobservancia del cuidado objetivamente debido, pues sería contrario al carácter público del Derecho penal.

Pero esta posición ha mutado con el tiempo. Y especialmente ilustrativa de este cambio es la SAP Madrid 250/2008, de 28 de septiembre, que realiza las siguientes apreciaciones: “En efecto, en materia de compensación de culpas o autopuesta en peligro de la víctima se ha observado en las últimas décadas una marcada evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo. En un primer momento el criterio jurisprudencial era de total rechazo a la apertura del ámbito punitivo a las tesis civilistas de la compensación de culpas. Desde este punto de vista la contribución de la víctima a la producción del resultado lesivo solo podía ser objeto de valoración en la fijación del *quantum* indemnizatorio (...) Hacia mediados de los años ochenta se observa una importante evolución en la que el Tribunal Supremo comienza a utilizar la llamada concurrencia concausal de culpas para destacar la aportación de la víctima al suceso, planteándose básicamente la cuestión en el ámbito de la relación de causalidad (...). La asunción por parte del Tribunal de criterios de imputación objetiva, ofrece el último estado de evolución en esta materia, perfilándose la cuestión como participación de la víctima en el riesgo generador o incrementador del riesgo, cuyos efectos se hacen sentir dogmáticamente en sede de imputación objetiva, pudiendo significar, en su caso, la declaración de atipicidad del comportamiento del autor, o, al menos, una disminución de injusto, bien por la vía de la llamada degradación de la imprudencia, bien a través de la aplicación de una atenuante analógica”.

La concurrencia de riesgos suele analizarse desde la autopuesta en peligro de la víctima del delito, pero también tienen relevancia los supuestos de codelincuencia y los supuestos en que terceras personas intervienen en el hecho imprudente de manera independiente -autoría accesoria-.

La utilización de la terminología *autor* y *víctima* es poco adecuada, como apunta DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/ PAREDES CASTAÑÓN³⁶⁸, pues en determinados casos, puede ocurrir que quien ha sufrido la lesión de algún bien jurídico propio acabe por no ser considerado víctima, al igual que el llamado autor puede que, tras el análisis correspondiente, no resulte autor de delito alguno³⁶⁹, pero va a mantenerse para facilitar la lectura.

Aquí se suscribe la opinión de que el comportamiento imprudente de la víctima puede, en algunos casos, si contribuye de un modo causal de cierta importancia en el resultado producido, implicar una degradación de la imprudencia, pues resulta menos evitable el riesgo en tales circunstancias³⁷⁰. La imprudencia de la víctima deberá ser, por tanto, en cierta medida relevante a los efectos de que no todo el riesgo que se ha materializado en el resultado ha sido creado por el autor.

Cabe distinguir, como propone algún sector de la doctrina, entre autopuesta en peligro irrelevante, relevante y parcialmente relevante³⁷¹:

- a) Son casos de autopuestas en peligro irrelevantes aquellas en las que en el resultado se realiza exclusivamente el riesgo creado por el autor. En estos casos, no hay problemas para imputar el resultado al autor, y la calificación de grave, menos grave o leve de la imprudencia dependerá de la magnitud de la infracción de la norma de cuidado.
- b) Son casos de autopuestas en peligro relevantes aquellos en los que se realiza en el resultado únicamente el riesgo creado por la víctima. No existiendo relación de riesgo entre conducta y resultado, no podremos hablar de responsabilidad por imprudencia del autor.

³⁶⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/ PAREDES CASTAÑÓN, *Relevancia de la actuación de la víctima...*, p. 57 ss.

³⁶⁹ Vid supra Capítulo primero IV.4.

³⁷⁰ En este sentido, RODRÍGUEZ MORO, *La configuración de la imprudencia...*, p. 12.

³⁷¹ CORCOY BIDASOLO/ CARDENAL MONTRAVETA/ HORTAL IBARRA, *Protección penal de los accidentes laborales...*, p. 61 ss.

- c) Son casos de autopuestas en peligro parcialmente relevantes aquellos en los que en el resultado lesivo concurren tanto el riesgo creado por el autor como el creado por la víctima, existiendo relación de riesgo entre ambos y el resultado. En estos casos, no todo el riesgo que se realiza en el resultado es imputable al autor, lo que determina que, aun cuando la infracción de su norma de cuidado hubiera podido calificarse como grave, no toda ella se ha realizado *ex post* en el resultado, y permitirá la degradación de la imprudencia³⁷².

La misma estructura de análisis cabe predicar respecto de los supuestos de coautoría imprudente: el análisis de la relación de riesgo nos permitirá discernir cuándo la contribución de la víctima es relevante, irrelevante o parcialmente relevante, y solo en el último caso podremos hablar propiamente de concurrencia de riesgos, permitiendo la degradación de las imprudencias de los autores, previamente determinadas en función de la magnitud de la infracción de sus normas de cuidado.

En cambio, hablaremos también de concurrencia de riesgos en los supuestos de autoría accesoria, en tanto que los distintos autores deberán responder de la gravedad de su propia infracción de la norma de cuidado. En los casos de autoría accesoria, el resultado solo se puede imputar a una parte del riesgo creado por la infracción de deber de cada uno de los autores, por lo que será posible degradar la imprudencia de sus conductas.

En el ámbito de la seguridad en el trabajo, entiende la doctrina que no puede hablarse de autopuesta en peligro de la víctima cuando el trabajador actúa con desconocimiento total del riesgo, por su falta de formación o capacitación,

³⁷² En contra de esta postura, CASTIÑEIRA PALOU/LLOBET ANGLÍ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas: criterios jurisprudenciales*, InDret, 2005, p. 22., quienes entienden que no puede degradarse la culpa del autor en los accidentes laborales hasta el punto de convertirla en leve o en irrelevante, pues si la imprudencia del empresario era grave, lo seguirá siendo por más que concurra un comportamiento descuidado, incluso grave, del trabajador.

cuando no advierte el riesgo por su habituación a éste, o cuando, por la precariedad de su trabajo, no asume libremente el riesgo; pues el empresario se encuentra en posición de garante³⁷³. Ello es consecuencia de que una de las partes, el empresario, está en una evidente posición de superioridad que determina que sea el único que conoce exactamente los riesgos, el único que tiene capacidad real para adoptar las medidas de seguridad, y el único que ostenta capacidad de decisión al seleccionar trabajadores más o menos idóneas para llevar a efecto la actividad³⁷⁴. No obstante, el deber de control y el deber de vigilancia del empresario respecto de las conductas imprudentes del trabajador -principio de desconfianza en la actuación prudente del trabajador- tiene su límite en el principio de autorresponsabilidad³⁷⁵. De este modo, cuando el trabajador tenga formación suficiente, tenga a su disposición las medidas de seguridad requeridas, se le advierta suficientemente de los riesgos y de su deber de adoptar las medidas de seguridad, y pese a todo las incumple, asume un riesgo que, en principio, le es imputable a él mismo³⁷⁶.

Pero, como se ha visto, la relación de riesgo existente entre el riesgo creado por la conducta del trabajador y el resultado efectivamente producido será el elemento determinante para concluir la imputación del resultado lesivo. Además, si el riesgo creado por el trabajador es uno de los riesgos que el empresario tiene el deber de controlar, dicho riesgo será atribuido al empresario ya en el momento *ex ante*: la conducta imprudente del trabajador formará ya parte de la infracción del deber de cuidado del empresario.

³⁷³ En este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, p. 263 ss. Debe entenderse esta referencia al empresario en sentido genérico, pues habrá que estar a la determinación de quién ostentaba la posición de garante en el caso concreto. A modo de ejemplo, en los casos de selección de trabajadores, podría ser garante el responsable del área de recursos humanos.

³⁷⁴ CORCOY BIDASOLO/ CARDENAL MONTRAVETA/ HORTAL IBARRA, *Protección penal de los accidentes laborales...*, p. 61 ss.

³⁷⁵ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, p. 310 ss.

³⁷⁶ En contra, TERRADILLOS BASOCO, *Homicidio y lesiones por imprudencia. Imprudencia profesional. Concurrencia de culpas...*, p. 431 ss., quien entiende que en el ámbito de los accidentes laborales, la responsabilidad del empresario no puede degradarse.

Varios autores se han mostrado contrarios a estas soluciones, por entender que, si una conducta imprudente es grave, se debe a que la propia conducta tenía un alto grado de peligrosidad y de previsibilidad en cuanto a la producción del resultado, por lo que la aparición de un nuevo riesgo, como puede ser la conducta de un tercero o la víctima, no hará que la primera conducta deje ser grave³⁷⁷. Pero no parece aceptable que la solución pueda ser la misma cuando la víctima se ha comportado imprudentemente y tal comportamiento ha influido en la producción del resultado, no pudiéndose establecer una completa relación de riesgo respecto de la conducta del autor.

Respecto a las particularidades que suscitan los accidentes laborales, OLAIZOLA NOGALES³⁷⁸ propone diferenciar soluciones en función de los siguientes grupos de casos:

- a) En los casos en que la infracción del deber de cuidado por parte del empresario proviene de no haber facilitado los medios de seguridad necesarios – art. 316 CP-, limitándose el trabajador a trabajar en las condiciones impuestas en la empresa, considera que la conducta del trabajador será irrelevante a efectos de exonerar o de rebajar la pena, incluso en los casos de autopuesta en peligro parcialmente relevante del trabajador. La autora llega a esta solución a través del criterio de la esencialidad de la regla técnica infringida: “quien infringe una norma objetiva de cuidado relevante es el empresario, tan relevante que incluso está tipificada como delito en el CP.” De este modo, aunque la conducta del trabajador pueda considerarse descuidada, entiende que no debe ser relevante jurídicamente, por lo que la conducta del empresario constituirá una imprudencia grave.

- b) Otro grupo de casos propuesto por la autora son aquellos en los que el trabajador desobedece las órdenes del empresario o realiza una conducta

³⁷⁷ ROSO CAÑADILLAS, *La concurrencia de imprudencias...*, p. 282 ss.

³⁷⁸ OLAIZOLA NOGALES, *Delitos contra los derechos de los trabajadores...*, p. 36 ss.

distinta a la ordenada. Aquí, si los trabajadores no usan las medidas de seguridad de manera habitual, entiende la autora que el eventual resultado lesivo será imputable exclusivamente al empresario, en tanto que existe una permisión tácita a no usar las medidas de control del riesgo, teniendo en cuenta además que el empresario es quien tiene el poder de conocimiento, de decisión y de disposición sobre los riesgos. En aplicación del principio de desconfianza, entiende la autora que quien infringe más gravemente la norma de cuidado es el empresario.

En cambio, en los casos de desobediencia del trabajador a una orden del empresario, debe entenderse que el deber de vigilancia y de control no puede ser absoluto. En este supuesto, considera la autora que deberá atenderse al nivel de información que tenga el trabajador respecto de la peligrosidad de la actividad realizada sin las medidas de seguridad que ha decidido no asumir. Si el trabajador tiene completa información sobre dicha peligrosidad y se produjera el resultado lesivo, podría degradarse la responsabilidad imprudente del empresario.

VI. CONCLUSIONES PARCIALES

1. El único criterio válido para graduar la imprudencia es la magnitud de la infracción de la norma de cuidado. La norma de cuidado, aquí entendida como norma de determinación, y prevista en el Código Penal, es el elemento esencial del injusto imprudente. Por lo tanto, solo la gravedad de su infracción puede reputarse como criterio válido para la graduación de la imprudencia, con las consecuencias penológicas que ello comporta.

La norma de cuidado, a su vez, está compuesta por el deber objetivo de cuidado y por el deber subjetivo de cuidado. La magnitud de la infracción de estos deberes serán subcriterios de graduación de la imprudencia, pues afectan

directamente al único criterio de graduación que se considera válido: la norma de cuidado. La gravedad de la infracción de la norma de cuidado será determinada en una ponderación conjunta atendiendo a la gravedad de la infracción de los deberes objetivo y subjetivo de cuidado.

Dentro de los deberes de cuidado, hay elementos que influyen en la graduación de los mismos. Estos elementos reciben el nombre de pautas de graduación, que afectan directamente a los subcriterios de graduación de la imprudencia. Así, la determinación de la gravedad de los deberes objetivo y subjetivo de cuidado se llevará a cabo con un juicio de conjunto de las pautas de graduación que individualmente les afecta.

2. Las reglas técnicas, como indicio en la determinación del deber objetivo de cuidado, no pueden tener otro papel que ese mismo en la graduación de la imprudencia: son un indicio de la gravedad de la infracción del deber objetivo de cuidado. Se descarta, por tanto, que las reglas técnicas puedan ser consideradas una pauta de graduación. No se reconocen distinciones, tampoco, dentro de las propias reglas técnicas en función de su naturaleza jurídica o extrajurídica. En este sentido, se defiende que ciertas reglas técnicas extrajurídicas pueden ofrecer mayores pistas sobre la gravedad de la infracción del deber objetivo de cuidado, en cuanto sean más individualizadas al sector de actividad en el que se opera o al peligro específico inherente a la clase de conductas del autor.

3. La importancia de los bienes jurídicos afectados sí será una pauta de graduación para la determinación de la gravedad de la infracción del deber objetivo de cuidado, en tanto que un bien jurídico esencial exige mayores cautelas o medidas más cuidadosas. Debe aclararse que hablamos siempre de bien jurídico en riesgo *ex ante*, y nunca del resultado *ex post*, que en ningún caso puede jugar ningún papel en la determinación de la gravedad de la imprudencia.

4. La valoración social del riesgo, en relación con el riesgo permitido, es una pauta de graduación para la determinación de la gravedad de la infracción del

deber objetivo de cuidado. La valoración social está estrechamente ligada a la utilidad general o social que reporta un determinado tipo de actividad. La importancia, necesidad o interés social y beneficios de la conducta peligrosa deberán valorarse para graduar el deber objetivo de cuidado, siendo más graves aquellas conductas peligrosas de escaso valor social.

5. También se considera una pauta de graduación para la determinación de la gravedad de la infracción del deber de cuidado la peligrosidad de la conducta, en relación con las medidas de control efectivamente adoptadas. La peligrosidad de la conducta dependerá de la probabilidad de lesión de un bien jurídico que la misma comporta. Las medidas de seguridad adoptadas serán relevantes para el examen de la gravedad de la conducta, si bien no desde un punto de vista cuantitativo -cuántas medidas se han adoptado- sino cualitativo -qué medidas y cómo de relevantes son esas medidas para controlar efectivamente el riesgo de lesión.

6. El juicio de conjunto de estas pautas de graduación determinarán la gravedad de la infracción del deber objetivo de cuidado. Este examen global, poniendo en relación las tres pautas relacionadas, permitirán concluir cómo de grave ha sido la infracción del deber objetivo de cuidado, consiguiendo el primer subcriterio para la graduación de la conducta imprudente.

7. La pauta de graduación que determina la magnitud de la infracción del deber subjetivo de cuidado es la previsibilidad individual, partiendo de los conocimientos que el autor tiene o debería tener respecto del riesgo creado con su conducta o no controlado teniendo el deber de hacerlo. Para determinar la previsibilidad de la conducta será relevante atender a las reglas técnicas que operan en el sector de actividad de que se trate. Si bien hemos descartado la calificación de pauta de graduación de las reglas técnicas, sí es posible advertir que éstas suponen la plasmación de la experiencia en la gestión de riesgos de un determinado sector, fomentando la previsibilidad de los riesgos que comporta incumplir las medidas de seguridad que se contemplan. También el grado de

control sobre el riesgo puede afectar directamente a la previsibilidad, en tanto que cuantas más medidas de seguridad se adopten y sean relevantes para controlar un riesgo, más imprevisible será el riesgo excedente.

8. La efectiva previsión -imprudencia consciente o inconsciente-, en cambio, no es una pauta de graduación del deber subjetivo de cuidado, pues la culpa inconsciente, sin más consideraciones, puede resultar tan grave como la culpa con representación. Si bien se afirma que la previsión del resultado puede determinar al autor a adoptar medidas de seguridad que afecten a la peligrosidad de su conducta, esta circunstancia deberá ser tenida en cuenta en la ponderación de las pautas de graduación del deber objetivo de cuidado. La efectiva previsión, por tanto, no incide directamente sobre la gravedad del deber subjetivo de cuidado.

9. Determinadas las pautas de graduación que componen los subcriterios de graduación de la imprudencia -gravedad de la infracción del deber objetivo y del deber subjetivo de cuidado-, la ponderación de ambos subcriterios nos permitirá determinar la mayor o menor gravedad de la infracción de la norma de cuidado. Siendo que la gravedad de la infracción de la norma de cuidado es el único criterio de graduación válido de la imprudencia, la confrontación de la mayor o menor gravedad de los subcriterios delimitará la gravedad del injusto.

10. Una vez determinada la gravedad de la imprudencia del autor, ésta puede verse igualmente afectada por la conducta de terceros en los casos denominados de concurrencia de riesgos. De este modo, cuando se determine la intervención imprudente de un tercero -autoría accesoria- o de la propia víctima que pueda predicarse como relevante para la producción del resultado, no podrá afirmarse que dicho resultado sea consecuencia de la totalidad del riesgo creado por la conducta imprudente del autor. En los supuestos de autopuesta en peligro parcialmente relevantes de la víctima y los de autoría accesoria, deberá analizarse la relación de riesgo entre conducta y resultado,

pudiendo degradarse la gravedad de la imprudencia inicialmente determinada, bien de grave a menos grave, bien de menos grave a leve.

CAPÍTULO TERCERO. LA GRAVEDAD DE LA IMPRUDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Sentados los criterios que han de permitir a jueces y Tribunales graduar la infracción de la norma de cuidado en abstracto, debe ahora examinarse la regulación positiva relativa a la gravedad de la imprudencia. En las siguientes páginas, tras explicar las numerosas modificaciones que el Código Penal ha venido sufriendo en materia de imprudencia, se pretende ofrecer una interpretación sobre lo que ha de entenderse por imprudencia menos grave, así como los conceptos de imprudencia grave y leve.

I. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

1. Los inicios de la codificación penal. *Numerus apertus* y clasificación tripartita

Como decíamos en el Capítulo Primero I.4, el ordenamiento jurídico español preveía un sistema de incriminación *numerus apertus* para el tipo imprudente, de tal modo que, al menos teóricamente, se permitía la sanción de cualquier delito en modalidad culposa. En cuanto a los distintos grados de imprudencia, se incluía una clasificación tripartita a diferenciar entre *imprudencia temeraria*, *imprudencia simple con infracción de reglamentos* e *imprudencia simple sin infracción de reglamentos*.

El Código Penal de 1822 incluía esa cláusula genérica de incriminación en su artículo segundo, afirmando que “comete culpa el que libremente, pero sin malicia, infringe la ley por causa que puede y debe evitar”, configurándose la evitabilidad como elemento esencial de la misma. No obstante, y añadiendo cierta confusión y reiteración en su texto, la parte especial de dicho Código preveía expresamente el castigo de los delitos de homicidios y lesiones cuando el autor los hubiera cometido “por ligereza, descuido, imprevisión, falta de

destreza, equivocación, contravención a las órdenes del gobierno o por otra causa semejante que pueda y debe evitar”³⁷⁹.

Esta reiteración se elimina en el posterior Código Penal de 1848, en el que se acoge plenamente la concepción de la imprudencia como *crimen culpae*. En este sentido, entendió la doc.may. y la jurisprudencia que bastaba que la conducta enjuiciada fuera un hecho imprudente para su castigo, siendo relevante el resultado únicamente a efectos de pena. Esto supone la eliminación de cualquier referencia al tipo imprudente en la parte especial, pues el tipo delictivo concreto pierde relevancia. Este sistema de *crimen culpae* se mantuvo hasta la aprobación del Código penal de la democracia en 1995.

Otro sector de la doctrina³⁸⁰, en cambio, entendieron que con la regulación prevista en el art. 565 CP se podía derivar un sistema de *crimen culposa*, pues este artículo remitía al correspondiente delito doloso y la pena se establecía en relación con este. El problema, para este sector de la doctrina, partía de la técnica legislativa utilizada, pues afirman que el art. 565 CP debería haberse incluido en la parte general, del mismo modo que la tentativa, que también responde a un sistema de *numerus apertus*, y, de este modo, considerar la imprudencia como la segunda forma de comisión. La consecuencia de esta interpretación es que sería erróneo hablar de delito de imprudencia con resultado de muerte o de lesiones, sino, por ejemplo, de homicidio imprudente en concurso ideal con lesiones imprudentes, lo cual ya era posible con esta regulación.

Esta graduación de la imprudencia, que, como decimos, se encuentra ubicada en la parte general y carece de traslación alguna en los tipos delictivos concretos, queda recogida por el Código Penal de 1973 en sus artículos 565, 586 bis y 600 del siguiente modo:

³⁷⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la Culpa...*, p.75.

³⁸⁰ Mir Puig, DP, PG, 3ª ed., p. 288

Artículo 565: El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare dolo, constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor. Cuando se produjere muerte o lesiones con los resultados previstos en los artículos 418, 419 o 421.2, a consecuencia, de impericia o negligencia profesional, se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en este artículo. Dichas penas se podrán elevar en uno o dos grados, a juicio del Tribunal, cuando el mal causado fuere de extrema gravedad. Las infracciones penadas en este artículo, cometidas con vehículo a motor o ciclomotor, llevarán aparejada la privación del permiso o la licencia de conducción por tiempo de tres meses y un día a diez años. Lo dispuesto en los dos primeros párrafos de este artículo no tendrá lugar cuando las penas previstas en el mismo sean iguales o superiores a las del correspondiente delito doloso, en cuyo caso los Tribunales aplicarán la inmediata inferior a esta última en el grado que estimen conveniente. En la aplicación de estas penas procederán los Tribunales a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas previstas en el artículo 61.

Artículo 586 bis: Los que, por simple imprudencia o negligencia causaren un mal a las personas que, de mediar dolo, constituiría delito, serán castigados con la pena de arresto menor y multa de 50.000 a 100.000 pesetas, siempre que concurriere infracción de reglamentos y, cuando ésta no concurriere, con la de uno a quince días de arresto menor o multa de 50.000 a 100.000 pesetas. Si el hecho se cometiere con vehículo a motor podrá imponerse, además, la privación del permiso de conducir por tiempo de uno a tres meses. Las infracciones penadas en este artículo sólo serán perseguibles previa denuncia del ofendido.

Artículo 600: Serán castigados con multa de 25.000 a 100.000 pesetas los que por simple imprudencia, con infracción de

reglamentos, causen daños en las cosas cuyo importe exceda de la cuantía del Seguro Obligatorio. Si el hecho se hubiere cometido con vehículo a motor podrá imponerse, además, la privación del permiso de conducir por tiempo de hasta tres meses. Las infracciones previstas en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia del perjudicado.

La relación entre los conceptos de esta clasificación tripartita no versa en su distinta naturaleza, sino exclusivamente en su mayor o menor gravedad. En este sentido, el Tribunal Supremo tenía declarado en su STS de 28 de febrero de 1927³⁸¹ que “los delitos y faltas de imprevisión, a diferencia de los intencionales, no se distinguen entre si por su esencia o naturaleza específica, sino por la *importancia o cuantía* del abandono o descuido que revelan: así hay imprudencia temeraria o simple según las proporciones de la imprevisión cometida”. Es decir, se establece una relación de *plus-minus* entre las diversas clases de imprudencia.

Los ámbitos de aplicación para cada uno de los tipos de imprudencia, como puede verse, eran distintos, Así, la imprudencia temeraria solo aplicaba a los hechos *que si mediare dolo constituiría delito*, y no en cambio a las faltas. La imprudencia simple con infracción de reglamentos, por su parte, permitía su aplicación tanto a faltas *contra las personas*, como en las de *daños contra las cosas*. Y, en cambio, la imprudencia simple sin infracción de reglamentos solo tiene cabida en las faltas contra las personas.

Nada decía el Código Penal de entonces, no obstante, de cómo han de escalonarse los diferentes grados de imprudencia. La doctrina jurisprudencial³⁸² suple esta indefinición apuntando que se considera *imprudencia temeraria* cuando se omiten las medidas de racional cautela que aconseja la más elemental

³⁸¹ Referencia jurisprudencial extraída de RODRÍGUEZ MOURULLO, “La imprudencia simple sin infracción de reglamentos en el Código Penal”, *ADPCP*, Tomo 16, Fasc. 3, 1963, p. 637.

³⁸² Vid Supra Capítulo Segundo I.2.

previsión, la adoptada por la generalidad de las personas normalmente cuidadosas, produciendo como resultado ilícito un mal al individuo o un daño en las cosas que de haber mediado voluntad consciente o intención constituiría un delito; es decir, utilizan el baremo del hombre menos diligente.

En cambio, entiende la jurisprudencia por *imprudencia simple con infracción de reglamentos* una de menor entidad, de inferior grado, más ligada inseparablemente al quebrantamiento de una norma positiva de obligada observancia³⁸³. Esta modalidad de imprudencia suponía una mayor respuesta penal que la otorgada a la simple sin infracción de reglamentos, debido a la supuesta mayor falta de diligencia que se demostraba al actuar a pesar de existir una norma dictada por la administración que advertía del carácter peligroso de la conducta³⁸⁴. Esta modalidad de imprudencia llevaba en algunos casos a la práctica de que el tribunal pusiera el acento en el quebranto de la infracción administrativa y el resultado producido, sin atender al verdadero grado de diligencia demostrado por el autor de la conducta; una intolerable presunción *iuris et de iure* de culpabilidad muy próxima a la responsabilidad objetiva³⁸⁵.

Y finalmente, se refiere la jurisprudencia a la *imprudencia simple sin infracción de reglamentos* como culpa leve, por concurrir las circunstancias de que el mal

³⁸³ RODRIGUEZ MOURULLO, *ADPCP* 1963, p. 638.

³⁸⁴ DAUNIS RODRÍGUEZ, *La graduación de la imprudencia*, p. 27. Esta concepción de la imprudencia contiene un fuerte elemento versarista, en cuanto pone en el centro del castigo, como elemento cuasi-esencial, la mera infracción de reglas técnicas, a pesar de que el verdadero deber de cuidado pudiera ser distinto o incluso contrario al contenido de la regla técnica. De otra opinión, SILVELA, *El derecho penal. Estudiado en principios y en la legislación vigente en España, Parte Segunda, 2ª ed.*, 1908, p.133, quien entiende que es justo considerar al autor como más imprevisor y más culpable cuando incumple las reglas de prudencia convenientes dictadas por la autoridad que aquél a quién ninguna advertencia previa se había hecho.

³⁸⁵ Cabe señalar que también existen resoluciones judiciales que muestran el merecido rechazo a esta concepción versarista de la imprudencia simple con infracción de reglamentos. Así, la STS 5 de febrero de 1981 (García Miguel) indica acertadamente que “a diferencia de lo que ocurre en algunas legislaciones en las que la infracción de reglamentos basta por sí misma para engendrar responsabilidad penal cuando se conecta con la producción del resultado típico (...) en nuestro código penal, para que se pueda estimar como cometida la infracción de imprudencia punible en cualquiera de sus clases, es menester que concurren todos los elementos de lo culposo”.

fue realmente causado por mero descuido de dicha clase y no se infringió ningún precepto; esto es, el baremo del ciudadano cuidadoso³⁸⁶.

1.1. La imprudencia tras la aprobación del Código Penal de 1995

La aprobación del Código Penal de 1995 supone un cambio de modelo en la incriminación de los delitos imprudentes, sustituyendo el anterior sistema de incriminación abierto a uno de *numerus clausus*, en atención a los principios de legalidad y de *ultima ratio* del Derecho penal. Solo se castiga, por ende, aquellos delitos y faltas cuya comisión por imprudencia estuviera expresamente prevista en la parte especial. No obstante, atendiendo al número de delitos en los que está prevista la comisión imprudente solo se respeta el principio de *ultima ratio* formalmente.

De igual relevancia es la sustitución de las figuras de *imprudencia temeraria* e *imprudencia simple* por las de *imprudencia grave* y *leve*, cuyo contenido, para la doc.may., permanece inamovible³⁸⁷. Así, la imprudencia grave sigue siendo la única que puede dar lugar a delitos, siendo definida como aquel cuidado y diligencia, aquella atención que puede exigirse al menos cuidadoso, atento o diligente, o la ausencia de las más elementales medidas de cuidado o atención³⁸⁸. Por su parte, la imprudencia leve, que solo era penalmente relevante en algunas faltas contra las personas, suponía la infracción de normas de cuidado no tan elementales como las vulneradas por la imprudencia grave, normas que respetaría no ya el cuidadoso menos diligente, sino uno cuidadoso.

Otras de las grandes consecuencias de la aprobación del Código Penal de 1995 es que desaparece la anterior imprudencia con infracción de reglamentos. De

³⁸⁶ RODRIGUEZ MOURULLO, *ADPCP* 1963, p. 638.

³⁸⁷ Por todos, MIR PUIG, *DP, PG...*, p. 295

³⁸⁸ SSTS 1697/2002, de 19 de octubre (Martín Canivell), 2252/2001, de 29 de noviembre (Aparicio Calvo-Rubio), 2201/2001, de 6 de marzo (Marañón Chávarri).

esta forma se positiviza la postura que se ha defendido en el Capítulo Primero II.2, configurándose la infracción de reglamentos como un mero indicio de la infracción del deber objetivo de cuidado, pues el Código Penal actual no lleva a la confusión entre las reglas técnicas los deberes objetivos de cuidado.

El Código Penal de 1995 no ofrece criterio alguno sobre qué ha de entenderse por imprudencia grave o leve. En este punto conviene retrotraerse a ANTON ONECA quien definía, 40 años antes de la aprobación de este Código, los conceptos de *imprudencia lata, leve y levísima*, una concepción de la culpa tripartita de plena aplicación en la actualidad: “Es *lata* cuando el evento dañoso se hubiera podido prever por todos los hombres. Es *leve* cuando se hubiera podido prever solamente por hombres diligentes. Es *levísima* cuando se hubiera podido prever únicamente mediante el empleo de una diligencia extraordinaria y no común. Las culpas *lata* y *leve* son imputables, pero no la *levísima*, porque la Ley humana no puede llevar sus consecuencias hasta imponer a los ciudadanos cosas insólitas y extraordinarias³⁸⁹”. Estas definiciones, pese a la distinta nomenclatura, son plenamente acogidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo tras la entrada en vigor del Código penal de 1995³⁹⁰.

El Código Penal de 1995 recogía los delitos de homicidios y lesiones por imprudencia grave con el siguiente tenor:

Artículo 142

³⁸⁹ ANTON ONECA, *DP, PG*, p. 221. Del mismo modo, SILVELA, *DP*, p. 132, definía un acto de imprudencia grave como “aquel que omite, respecto a sus acciones que pueden ocasionar daño a otro, aquel cuidado y diligencia, aquella atención que puede exigirse al menos cuidadoso, atento o diligente. Si solo con detenerse a reflexionar y meditar un momento podía ocurrirse a cualquiera que el acto que se iba a practicar podía traer en pos de sí las perjudiciales consecuencias que produjo, al practicarlo se obra con temeridad, y puede cometerse una imprudencia temeraria”; mientras que la imprudencia simple “no significa otra cosa que la omisión del cuidado y de la atención que cualquiera persona debe poner de ordinario al ejecutar un hecho capaz de perjudicar a otro”.

³⁹⁰ Vid Supra Capítulo Segundo I.2.

1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.
2. Cuando el homicidio imprudente sea cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, de uno a seis años.
3. Cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años.

Artículo 152

1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado:
 - 1.º Con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana si se tratare de las lesiones del artículo 147.1.
 - 2.º Con la pena de prisión de uno a tres años si se tratare de las lesiones del artículo 149.
 - 3.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años si se tratare de las lesiones del artículo 150.
2. Cuando los hechos referidos en este artículo se hayan cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o del derecho a la tenencia y porte de armas por término de uno a tres años.
3. Cuando las lesiones fueren cometidas por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a cuatro años.

Interesante observación adicional realiza TORRES FERNÁNDEZ³⁹¹ al examinar que los delitos por imprudencia que *se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o ciclomotor*, se impondrá la pena de privación del derecho a conducir, pues supone la inhabilitación para el ejercicio de un derecho que se ha ejercido de manera imprudente, ocasionando resultados de muerte o lesiones; sin embargo, critica este autor que no se prevea esta pena de inhabilitación en los supuestos dolosos, cuando el vehículo es el instrumento del delito utilizado de modo intencional para matar o lesionar.

Si bien la imprudencia grave quedaba casi exclusivamente reservada a los delitos³⁹², la imprudencia leve se vio relegada a las faltas. De este modo, el ya derogado artículo 621 CP rezaba del siguiente modo:

Art. 621.2: Los que por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.

Art. 621.3: Los que por imprudencia leve causaran lesión constitutiva de delito serán castigados con pena de multa de 10 a 30 días.

Esta modificación supone la supresión de la posibilidad de castigar por imprudencia leve los daños a las cosas, como sí permitía la legislación anterior a 1995 cuando concurriera infracción de reglamentos.

1.2. La imprudencia tras la LO 1/2015

³⁹¹ TORRES FERNÁNDEZ, “Reflexiones sobre algunos efectos administrativos del llamado carnet por puntos en las consecuencias penales de los delitos contra la seguridad vial”, en Morillas Cueva (Coord.), *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial (aspectos penales, civiles y procesales)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 101.

³⁹² Con la única excepción del artículo 621.1 para las lesiones imprudentes de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido, para cuya comisión por imprudencia grave también se previó como falta: “Los que por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en el apartado 2 del artículo 147, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses”.

El 30 de marzo de 2015 se aprueba definitivamente la LO 1/2015, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal que, publicada en el BOE al día siguiente, supone una completa transformación en el ámbito de la delincuencia imprudente.

La más notoria novedad que plantea esta reforma es la supresión del Libro III del Código penal, de las faltas, lo que supuso la eliminación en el Derecho penal positivo de cualquier referencia a la imprudencia leve. Ello, como se desarrolla más extensamente *Infra* III.1, con la intención de “reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil³⁹³”.

Pero más polémica, por indeterminada³⁹⁴, es la introducción de la nueva figura de *imprudencia menos grave*, que se constituye como el nuevo límite inferior de la imprudencia grave, tratando de recoger “una modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche”.

Los delitos de homicidio y lesiones por imprudencia grave quedan configurados del siguiente modo:

Art. 142.2: El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de

³⁹³ Apartado XXXI del Preámbulo de la LO 1/2015. Pero indica FARALDO CABANA, *La despenalización*, pp. 15 ss. que la despenalización de muchas de estas faltas y su reconducción al orden administrativo-sancionador no responde al respeto del principio de intervención mínima, sino a una más eficaz actividad represora de la Administración sobre la ciudadanía, pues en este orden administrativo existe presunción de veracidad de los agentes de policía y se dificulta la interposición de recursos contra las sanciones con estrategias como la reducción de su importe.

³⁹⁴ AGUADO LÓPEZ, “La imprudencia menos grave...”, p. 2, llega a calificarlo de “concepto jurídico indeterminado, contrario al principio de legalidad y seguridad jurídica”.

privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a seis años.

Si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años.

Art. 152.1: El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado, en atención al riesgo creado y el resultado producido:

1.º Con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses, si se tratare de las lesiones del apartado 1 del artículo 147.

2.º Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149.

3.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratare de las lesiones del artículo 150.

Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años.

Si las lesiones se hubieran causado utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a cuatro años.

Si las lesiones hubieran sido cometidas por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a cuatro años.

Por su parte, la imprudencia menos grave pasa a positivizarse en el Código Penal de 2015 configurándose con el siguiente tenor:

Art. 142.2: El que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de multa de tres meses a dieciocho meses.

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses.

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de tres a dieciocho meses.

El delito previsto en este apartado sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Art. 152.2: El que por imprudencia menos grave causare alguna de las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150 será castigado con una pena de multa de tres meses a doce meses.

Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.

Si las lesiones se hubieran causado utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de tres meses a un año.

El delito previsto en este apartado sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Cabe destacar que nada se dice, en los casos de homicidio y lesiones por imprudencia menos grave, de la imprudencia profesional, por lo que no podrá imponerse en estos casos pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo alguna.

RODRÍGUEZ MORO³⁹⁵ critica esta regulación considerando un descuido del legislador, por el hecho de instar a atender al riesgo creado y al resultado producido en la imprudencia grave, pero no así en la menos grave, si bien entiende que estos criterios deberán operar también para la graduación de la pena de los tipos de imprudencia *menos grave* aunque no se contemple expresamente.

La atención al riesgo creado y al resultado producido a la que hace referencia el art. 152.1 CP es ciertamente confusa. Dice el CP que se castigará en atención a esos dos elementos, pero no indica cómo o en qué momento han de tenerse en cuenta. El riesgo creado, entendido como riesgo que supera el riesgo permitido, deberá evaluarse para determinar si nos encontramos en un caso de imprudencia grave o menos grave, en atención a las pautas de graduación expuestas en el Capítulo Segundo II y III, en base a la peligrosidad de la conducta, la valoración social de dicho riesgo y la previsibilidad de la lesión. La referencia a la atención del resultado producido no puede entenderse como otra cosa que a la selección de los subapartados previstos en el apartado 1 del art. 152 CP: el 1º si el resultado es el propio del art. 147.1 CP, el 2º si es el propio del 149 CP, el 3º si es el propio del art. 150 CP. Esta es la única conclusión posible, en tanto que el resultado no forma parte del injusto imprudente, por lo que no podrá tenerse en cuenta para graduar la imprudencia. Dado que el delito de lesiones por imprudencia menos grave prevé el mismo marco penal para las lesiones con resultados del art. 149 CP y 150 CP, sí tendría sentido -y no sería un descuido- que el legislador no hubiera añadido este matiz en los casos de imprudencia menos grave.

1.3. A vueltas con la imprudencia menos grave. La LO 2/2019, de 1 de marzo

Tras el revuelo causado por la aparición de la nueva categoría de imprudencia menos grave, y con la voluntad de aportar cierta claridad en su interpretación, si

³⁹⁵ RODRÍGUEZ MORO, *La configuración de la imprudencia...*, p. 44.

bien lejos de conseguirlo, el legislador vuelve a modificar los tipos de homicidio y lesiones por imprudencia, añadiendo las siguientes puntualizaciones:

Art. 142.1: (...) A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379³⁹⁶ determinara la producción del hecho.

Art. 142.2: (...) Se reputará imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de ésta por el Juez o Tribunal.

Art. 152.1: (...) A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinara la producción del hecho.

Art. 152.2: (...) Se reputará imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de esta por el Juez o el Tribunal.

Pero la intervención del Legislativo de 2019 no acaba ahí, sino que se introducen los nuevos artículos 142 bis y 152 bis, con el siguiente contenido:

³⁹⁶ Esto es, conducir un vehículo de motor o ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, o conducir un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas.

Art. 142 bis: En los casos previstos en el número 1 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado la muerte de dos o más personas o la muerte de una y lesiones constitutivas del delito del artículo 152.1.2º o 3º en las demás, y en dos grados si el número de fallecidos fuere muy elevado.

Art. 152 bis: En los casos previstos en el número 1 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2º o 3º a una pluralidad de personas, y en dos grados si el número de lesionados fuere muy elevado.

Si el espíritu de la LO 1/2015 era el de reconducir algunos supuestos de homicidio y lesiones imprudentes a la vía de la jurisdiccional civil, entendiéndose que “no toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a una responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia”³⁹⁷, parece desdeirse ahora el legislador en el preámbulo de la LO 2/2019, afirmando que con las puntualizaciones mencionadas “se garantiza la mayor sanción para determinadas conductas particularmente graves con resultado de muerte (...) [y] se reconoce de forma expresa que existen determinadas circunstancias indicativas de una especial negligencia por parte

³⁹⁷ Apartado XXXI del Preámbulo de la LO 1/2015

del conductor y han de tener consideración inequívoca en las consecuencias penales como imprudencia grave³⁹⁸³⁹⁹.

Se constata en esta reforma cierto temor por parte del legislador a que los Tribunales puedan calificar de imprudencia menos grave algunos accidentes de tráfico que puedan crear alarma social⁴⁰⁰, y asegura la punición de determinadas conductas por la vía penal, a través de la imprudencia menos grave, que el juzgador pudiera haber relegado a la vía civil. Nada queda ya del interés del legislador de 2015 de *descongestionar* la justicia penal.

A estos efectos, la LO 2/2019 introduce los citados apartado para tratar de encorsetar las posibilidades de jueces y Tribunales (se reputará *en todo caso*) de graduar la imprudencia de una forma más adecuada, atendiendo a las circunstancias del hecho y la norma de cuidado infringida.

Y si quedaba alguna duda del interés del Legislador del 2019 en ampliar el rendimiento de la imprudencia menos grave, se prevé ahora en el art. 152.2 CP la comisión de un delito de lesiones por imprudencia menos grave cuando el resultado sea el previsto en el art. 147.1 CP, mientras que hasta el momento solo podía castigarse por imprudencia menos grave las lesiones con los resultados previstos en los arts. 149 CP y 150 CP⁴⁰¹.

³⁹⁸ Preámbulo de la LO 2/2019, de 1 de marzo, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente.

³⁹⁹ Sobre este inciso, DE CASTRO MORENO, "Comentario crítico a la LO 2/2019, de 1 de marzo, de reforma del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor y ciclomotores: el nuevo delito de abandono del lugar del accidente", *La Ley Penal*, nº 138, "con la reforma se pretende que no exista duda sobre estas conductas concretas en torno a su consideración como imprudencia grave, sin que ello cierre la puerta a la apreciación de dicha imprudencia a otras conductas igualmente peligrosas en el mismo ámbito de la circulación de vehículos a motor y ciclomotores".

⁴⁰⁰ Afirma rotundamente en este sentido el Preámbulo LO 2/2019: "La presente Ley Orgánica responde a una importante demanda social, ante el incremento de accidentes en los que resultan afectados peatones y ciclistas por imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor".

⁴⁰¹ A favor de esta reforma, extensamente DE VICENTE MARTÍNEZ (2019), *Siniestralidad vial, delitos imprudentes y fuga*, p. 111.

1.4. El *broche de oro*. La LO 11/2022

No contento el legislador con la oscura modificación llevada a cabo en 2019, el 13 de septiembre de 2022 modifica nuevamente los delitos de homicidio y lesiones imprudentes, esta vez solo para la modalidad de imprudencia menos grave. Los artículos quedan redactados del siguiente modo:

Art. 142.2: El que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de multa de tres meses a dieciocho meses.

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses. Se reputará en todo caso como imprudencia menos grave aquella no calificada como grave en la que para la producción del hecho haya sido determinante la comisión de alguna de las infracciones graves de las normas de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. La valoración sobre la existencia o no de la determinación deberá apreciarse en resolución motivada. (...)

Art. 152.2: El que por imprudencia menos grave causare alguna de las lesiones a que se refiere el artículo 147.1, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses, y si se causaren las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150, será castigado con la pena de multa de tres meses a doce meses.

Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses. A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso

como imprudencia menos grave aquella no calificada como grave en la que para la producción del hecho haya sido determinante la comisión de alguna de las infracciones graves de las normas de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial. La valoración sobre la existencia o no de la determinación deberá apreciarse en resolución motivada. (...)

Si la LO 1/2015 pretendía descongestionar la justicia penal introduciendo una *mejor graduación* de la delincuencia imprudente que permitiera reconducir a la vía civil los supuestos de menor entidad que no merecían reproche penal, la senda introducida por la LO 2/2019, que pretende devolver el protagonismo a la jurisdicción penal, cristaliza con esta reforma.

Si decíamos que el temor del legislador de 2019 era que jueces y Tribunales archivaran procedimientos por accidentes de tráfico que pudieran despertar cierta alarma social por entender que no revisten suficiente entidad, el augurio se torna realidad. Y así lo reconoce expresamente el Preámbulo LO 11/2022, cuando afirma "(...) tras la reforma de 2015, que ha deparado, por diferentes motivos, un incremento del dictado de autos de archivo y, al tiempo, una reducción de la respuesta penal ante los siniestros viales, cuestiones ambas en una línea perjudicial para las víctimas, se ha puesto de manifiesto la necesidad de fijar por ley determinados supuestos en los que la imprudencia merecía un reproche penal, bien como imprudencia grave, bien como imprudencia menos grave"⁴⁰².

Y es esa alarma social precisamente la que lleva al legislador a modificar constantemente la imprudencia, si bien siempre circunscrito al ámbito de la

⁴⁰² Critica con acierto MORELL ALDANA, *LO 11/2022*, p. 4 ss., que no aporta la reforma "ningún solo dato sobre el número de autos de sobreseimiento, libre o provisional, que se asevera que ha aumentado, ni tampoco testimonio alguno de por qué el resarcimiento de la responsabilidad civil derivada del delito en vía penal, es más beneficioso que la vía civil y la responsabilidad civil extracontractual. (...) El legislador, nuevamente, se mueve a golpe de noticia y recogida de firmas, modificando el anterior cuerpo de doctrina del Tribunal Supremo en materia de imprudencia menos grave, sin soporte objetivo (...) y, en suma, induciendo a mayor confusión al aplicador del derecho".

seguridad vial⁴⁰³. Y ningún reparo tiene en reconocerlo en el Preámbulo LO 11/2022: “Vemos pues que la reforma tampoco ha dado la respuesta esperada en opinión de determinados colectivos como la “Mesa Española de la Bicicleta”, que han concluido la necesidad de proceder a una nueva reforma del Código Penal para evitar los resquicios de la ley que posibilitan que se archiven imprudencias menos graves cuando se produzcan lesiones o muertes tras la comisión de una infracción catalogada como «grave» en el RDLeg 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, y que, por rutina, los tribunales consideran «leves » y por tanto no generadoras de responsabilidad penal, en uso de la facultad que les da la norma con esta redacción, «apreciada la gravedad de ésta por el juez o tribunal» (referida a la imprudencia menos grave)”⁴⁰⁴.

Se reconoce, por tanto, y de forma nítida, que la reforma viene a ser una crítica a los juzgadores que *por rutina* sobreseen los procedimientos que, a juicio de las

⁴⁰³ Esta circunstancia es puesta de relieve por RODRÍGUEZ LAINZ, *Comentario de urgencia a la reforma de los delitos leves por imprudencia menos grave*, p. 5, afirmando que se produce una verdadera competición entre grupos parlamentarios por ver quién de ellos ofrecía una sanción más severas a conductas imprudentes hasta entonces consideradas como leves o atípicas: “Se proponía la reforma, simplemente, no como forma de atender a un clamor social exigente de que estas conductas fueran sancionadas de forma más severa, sino porque el nuevo sistema de resarcimiento de lesiones sufridas por los perjudicados en accidentes de tráfico basado en la tramitación de expedientes de siniestro por las compañías aseguradoras había fracasado estrepitosamente; en otras palabras: como quiera que la tramitación por las aseguradoras de los siniestros no satisfacía las necesidades de la ciudadanía de cobro de las oportunas indemnizaciones, lo mejor era bajar el listón de la tipicidad de conductas imprudentes, para que así fueran los Juzgados de Instrucción quienes asumirán nuevamente tal rol de oficinas de tramitación de siniestros; olvidándose de que detrás había personas que serían tratadas como delincuentes y que habrían de asumir las consecuencias de diversos órdenes de sufrir una eventual condena penal”.

⁴⁰⁴ Acoge plenamente este argumento MAGRO SERVET, *La imprudencia menos grave y la referencia del último inciso del art. 152.2.2 CP*, p. 5, criticando “la inercia de archivar denuncias por delito del art. 152.2 CP por imprudencia menos grave, aplicando el último inciso del art. 152.2. CP en cuanto hace mención a que el juez podrá apreciar la entidad de la infracción, y que ha sido entendida [erróneamente, según esta opinión] por algunos juristas como una opción de poder archivar de plano denuncias interpuestas por imprudencia menos grave por ser los hechos constitutivos de infracción grave del art. 76 LSV.”

víctimas *-en opinión de determinados colectivos-* deben ser condenados en vía penal⁴⁰⁵.

Tras esta crítica a la actitud de jueces y Tribunales ante los accidentes de tráfico, y a renglón seguido, continúa el Preámbulo LO 11/2022 afirmando que “se introduce así una modificación en el texto legal que no pretende restarle al juez la facultad de apreciar si se cometió una imprudencia, ni la de si se cometió o no una infracción administrativa grave de normas de tráfico, ni tampoco la de establecer el nexo causal entre el acto imprudente y el resultado de muerte o de lesiones relevantes. Su finalidad es reforzar el espíritu que animó la reforma de 2019 y establecer *ope legis* que, en todo caso, si el juez o tribunal determinan que hubo una imprudencia conduciendo un vehículo a motor o ciclomotor concurriendo una infracción grave de las normas de circulación de vehículos a motor y seguridad vial y, como consecuencia derivada de esta infracción, se produjo la muerte o lesiones relevantes, la imprudencia ha de ser calificada, como mínimo, como imprudencia menos grave, pero nunca como leve si las lesiones son relevantes o se causa la muerte, de modo que se considere objetivamente delito si el causante comete una infracción calificada como grave por el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial”⁴⁰⁶.

Sentadas las bases históricas de cómo la gravedad de la imprudencia ha evolucionado a lo largo de los últimos años, debe ahora analizarse las consecuencias de estas reformas para poder operar con los nuevos conceptos que las mismas introducen.

⁴⁰⁵ En este sentido, comenta RODRÍGUEZ LAINZ, Comentario de urgencia a la reforma de los delitos leves por imprudencia menos grave, p.5, que “fácil es comprobar que detrás de la reforma está algo que podríamos definir como *Derecho penal del revanchismo*: como la anterior reforma no ha conseguido tantas condenas como se deseaba por ciertos colectivos sociales, hagamos que la norma sancionadora no tenga resquicios; y así daremos por satisfechos a un lobby social cada vez con más poder en el entorno de la seguridad vial”.

⁴⁰⁶ “El preámbulo pretende no dejar la más mínima duda sobre tal posicionamiento, al concluir el párrafo advirtiéndonos que, en cualquier caso, la existencia de un resultado dañoso consistente en la muerte o lesiones relevantes, pasaría a considerarse *objetivamente delito*, con solo que el causante cometiera una infracción calificada en la norma administrativa como grave”. RODRÍGUEZ LAINZ, *Comentario de urgencia...*, p. 5.

II. EL CONTENIDO DE LA IMPRUDENCIA MENOS GRAVE

1. Aproximación al concepto de imprudencia menos grave

No existe unanimidad en la doctrina científica ni jurisprudencial respecto del contenido de la imprudencia menos grave, más allá de formulaciones generales tales como la omisión de diligencia media. Más pronunciado es el disenso con respecto a cómo ha de ubicarse el concepto de imprudencia menos grave dentro del anterior reparto bipartito grave-leve. En las siguientes páginas se tratará de exponer el estado del debate sobre esta cuestión, y aportar algunas conclusiones que favorezcan a una mejor toma de posición.

Entiende LUZÓN PEÑA⁴⁰⁷ que la imprudencia menos grave coincide con la anterior imprudencia leve, y supone una actividad no muy peligrosa, aunque desde luego supere el riesgo permitido, o la realización de una actividad bastante peligrosa, pero con ciertas medidas, aunque insuficientes, de control y precaución, y por tanto una infracción de una norma de cuidado no básica o elemental, o una infracción poco grave de una norma de cuidado básica. Tomando como referencia el deber objetivo de cuidado, este autor coherentemente combina los elementos de bien jurídico en riesgo, grado de peligro y control del riesgo para determinar el contenido de la imprudencia menos grave. En la descripción ofrecida por este autor cabe destacar que deja espacio para la existencia de una imprudencia leve o levísima, fuera del reproche penal, y como expresión del principio de insignificancia, en relación con el de *ultima ratio*, a aquellas conductas que supongan una infracción poco grave de una norma de cuidado no básica, o una actividad poco peligrosa y con medidas, si bien insuficientes, de control y precaución.

⁴⁰⁷ LUZÓN PEÑA, PG, p 515 ss.

En cuanto a la relación entre imprudencia menos grave con las anteriores imprudencias grave y leve, defiende LUZÓN PEÑA que, conservando la imprudencia grave su denominación, no ha cambiado su contenido. Y de esto deduce que, al menos el límite superior de la imprudencia menos grave coincide con la de la anterior imprudencia leve. Explica que el cambio de denominación se debe a la supresión de las antiguas faltas y su conversión a delitos leves, lo que acomodaría una terminología que diera a entender una mayor gravedad del aspecto valorativo-normativo. Y esta nueva denominación, continúa el autor, sí puede sostener un aumento del límite mínimo típicamente relevante; en palabras del autor, *se puede ser más generoso en la consideración de una imprudencia como mínima, equiparando los supuestos de imprudencia leve menor a la imprudencia levísima y llevándola por ello a la atipicidad penal, al ilícito extrapenal*. En este sentido, como consecuencia del principio de insignificancia como causa de atipicidad, *es penalmente atípica la conducta realizada por imprudencia que no llega a ser simple o leve, sino que es imprudencia o culpa levísima, liviana o mínima, es decir, un descuido ligerísimo en situación peligrosa, pero no muy peligrosa, o un pequeño incumplimiento de un aspecto marginal de la norma de cuidado*.

DÍEZ RIPOLLÉS⁴⁰⁸, considera que los supuestos anteriormente considerados leves pasan a constituir el contenido de la imprudencia menos grave, *sin perjuicio de la despenalización de otros al calificarse de imprudencia leve*.

Por su parte, MUÑOZ CONDE⁴⁰⁹, considera que en la imprudencia menos grave la divergencia entre el cuidado debido y la conducta realizada es menor que en la imprudencia grave, pero debe ser de cierta relevancia, al no ser típica la imprudencia leve.

Algunos autores definen la imprudencia menos grave en sentido negativo; esto es, por exclusión: “si la *imprudencia grave* conlleva la ausencia total y menos

⁴⁰⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, DPE, PG..., p. 237.

⁴⁰⁹ MUÑOZ CONDE, DP PG..., p. 277.

cuidadosa y el olvido de las medidas de previsión más elementales y la imprudencia leve se ha caracterizado comúnmente como la infracción de un deber de cuidado de pequeño alcance, una infracción de escasa relevancia porque se refiere a descuidos leves o a la falta de adopción de medidas de cautela que suponen un nivel muy alto de diligencia, la imprudencia *menos grave* habría que situarla, al menos a nivel teórico y genérico, de forma residual o por exclusión de lo anterior, en la idea de diligencia media y que no es ni grave ni leve”⁴¹⁰.

La jurisprudencia también ha realizado un considerable grado de esfuerzo para determinar qué ha de entenderse por imprudencia menos grave. Por un lado, la SAP Madrid (Sección 7ª) 488/2016, de 21 de septiembre (Acevedo Frías) entiende que “la imprudencia menos grave no se refiere al límite superior de aquéllas conductas que antes eran consideradas como leves y que el legislador ha querido expresamente despenalizar, sino que debe considerarse que, dentro de la imprudencia menos grave se encuentran supuestos que antes se englobaban en la imprudencia grave pero que, por la menor importancia y relevancia del deber de cuidado infringido, de conformidad con los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por la Jurisprudencia para ello, (...) pueden ser considerados como menos grave”.

Esta tesis también es acogida por la SAP Madrid (Sección 3ª) 162/2019, de 18 de marzo (Bermúdez Ochoa), afirmando que “en primer lugar (...) el concepto de imprudencia menos grave remite necesariamente a la noción de gravedad, que precisamente es la que se relativiza y matiza, de manera que necesariamente viene a permitir extraer del ámbito de la imprudencia grave las conductas dotadas en principio de dicha caracterización pero que, por las circunstancias concurrentes, su relevancia resulta reducida. En segundo lugar, en tanto se afirma que la imprudencia menos grave constituye una nueva categoría conceptual, lo que parece precisamente derivarse de tal condición es la

⁴¹⁰ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, *Reflexiones sobre la técnica legislativa...*, p. 5.

posibilidad de aplicación del derecho transitorio cuando este nuevo concepto normativo resulte más beneficioso para el reo. (...) Cabe concluir que la imprudencia menos grave vendría a ser una imprudencia de grado medio que se proyecta sobre supuestos anteriormente calificados de graves y otros como propios de la imprudencia leve.

La STS 805/2017, de 11 de diciembre (Sánchez Melgar) trata de mantener que la imprudencia menos grave no afecta a la configuración de las anteriores imprudencias graves y leves, sin mucho éxito: “la imprudencia menos grave no puede equipararse a la antigua imprudencia leve. Por otra parte, la nueva imprudencia menos grave tampoco se integra totalmente en la imprudencia grave, y no se nutre de las conductas más leves de la imprudencia, sino que constituye una nueva categoría conceptual. La nueva modulación de ese nivel de imprudencia delictiva contempla un matiz diferenciador de grados o niveles de gravedad; la vulneración del deber de cuidado es idéntica en una y otra y la diferencia está en la intensidad o relevancia -la imprudencia leve atípica vendría referida, por exclusión de las otras dos categorías, a la vulneración de deberes de cuidado de insuficiente entidad o relieve y de mayor lejanía a la imprudencia grave-. La menor gravedad significa, en estos términos, partir de una previa valoración de la entidad o intensidad de la infracción de los deberes referidos, constitutivos de la imprudencia grave, que, ante las circunstancias concurrentes, se degrada o desvalora.” Como puede observarse, el Tribunal Supremo trata de afirmar que la imprudencia menos grave es *otra cosa* distinta que la imprudencia grave y leve -una nueva categoría conceptual-. Pero si antes de la reforma de 2015, el límite inferior de la imprudencia grave coincidía con el límite superior de la imprudencia leve, el razonamiento resulta a todas luces contradictorio.

Planteada, de manera introductoria, las posibles soluciones para concretar el concepto de imprudencia menos grave, trataremos de analizar en profundidad cada una de las posibles posturas.

2. El encaje de la imprudencia menos grave en la graduación de la imprudencia

La LO 1/2015 trae consigo una configuración de la delincuencia imprudente del todo novedosa, en cuanto se completa una distinción entre *imprudencia grave* e *imprudencia menos grave*, desapareciendo cualquier mención a la anterior imprudencia leve. Se configura, según la tesis que aquí se defiende, que tratará de desarrollarse en este capítulo, un nuevo sistema tripartito como ya hacía el Texto Refundido de 1973, donde la imprudencia grave, menos grave y leve comparten una relación de graduación *-plus-minus-*, quedando la última a extramuros del Derecho penal. Tras la desaparición de las faltas por la misma reforma, las modalidades grave y menos grave de la imprudencia solo pueden dar lugar, ahora, a delitos, siendo que la modalidad menos grave solo puede dar lugar a delitos contra las personas.

No dando pistas el actual Código Penal entre la relación de la actual imprudencia grave y menos grave con las anteriores grave y leve, la doctrina ha planteado distintas propuestas de interpretación.

2.1. La imprudencia menos grave equivale a la imprudencia leve

Dolo	Antes de la reforma de 2015	Después de la reforma de 2015
Imprudencia	Grave	Grave
	Leve	Menos grave

Ilícito civil sin relevancia típica

Esta primera postura sostiene que el legislador ha realizado un mero cambio de etiquetas en la terminología empleada para definir los distintos grados de imprudencia, de tal manera que la actual imprudencia menos grave equivaldría a la anterior imprudencia leve. Así las cosas, el contenido de ambas categorías permanecería inalterado sin ulteriores consecuencias más allá de las terminológicas. Se defiende esta postura en el incremento de penas que caracteriza a la LO 1/2015, entendiendo que lo que el legislador podría haber querido en realidad no es despenalizar la imprudencia leve, sino reforzarla, filtrando esta forma de delincuencia entre la nueva imprudencia menos grave, con el consiguiente incremento penológico⁴¹¹.

Varias críticas pueden sostenerse en contra de esta primera propuesta. Por un lado, el apartado XXXI del Preámbulo de la LO 1/2015 señala la intención de excluir del ámbito de la relevancia típica los supuestos -o al menos algunos supuestos- de imprudencia leve. Así, se dice: “En cuanto al homicidio y lesiones imprudentes, se estima oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil, de modo que sólo serán constitutivos de delito el homicidio y las lesiones graves por imprudencia grave, así como el delito de homicidio y lesiones graves por imprudencia menos grave, que entrarán a formar parte del catálogo de delitos leves. Se recoge así una modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que

⁴¹¹ GÓMEZ MARTÍN, V. “Título I. Del homicidio y sus formas”, *Comentarios al Código Penal*, 1ª ed. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 506”. Razona LUZÓN PEÑA, *DP, PG...*, p. 299 que el cambio de nombre se debe a que “la reforma de 2015 ha preferido utilizar una terminología que dé idea de esa entidad algo mayor, puesto que ahora ya no va a ser falta sino delito, y denominar la imprudencia no grave “menos grave” en vez de “leve”. Pero no sucede aquí otra cosa distinta a lo que se ha hecho con otras faltas en que una idéntica infracción leve pasa a considerarse delito, como ha sucedido v.gr. en los hurtos, estafas, apropiaciones indebidas, daños, etc. Inferiores a 400 euros, que no se han desincriminando, sino que han aumentado de gravedad convirtiéndolas en delitos.” También reconoce DOVAL PAÍS, *Homicidios y lesiones por imprudencia: evolución, nuevo régimen y límites...*, p. 13. que “teniendo en cuenta, primero, que la forma de imprudencia menos grave sustituye como forma mínima de imputación subjetiva a la leve, que caracterizaba hasta ahora a las correspondientes faltas; segundo, que los nuevos delitos de imprudencia menos grave seguirán siendo perseguibles solo a instancia de parte, como las faltas de imprudencia leve, y tercero que, como en el caso de estas infracciones, su pena continuará siendo pecuniaria, se podría pensar que el cambio quedará en una cuestión nominalista, *flatus vocis*, y que el régimen de estas imprudencias ha sido simplemente trasladado, con sus ventajas e inconvenientes, del contexto de las faltas al de los delitos leves”.

dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal. No toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como ultima ratio, determinan que en la esfera penal deba incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 CC y siguientes, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad”⁴¹².

Por otro lado, el importante aumento penológico en los tipos antes considerados leves y ahora considerados menos graves obliga a encontrar en los actuales una mayor reprochabilidad que justifique un mayor castigo, no siendo argumento suficiente el clima general de aumento de penas que realiza la LO 1/2015⁴¹³. En este sentido, como explica Rodríguez Moro⁴¹⁴, “los nuevos delitos de homicidio y lesiones por imprudencia *menos grave* reflejan una importante agravación penológica. Se castigan con multa de 3 a 18 meses y de 3 a 12 meses, respectivamente (con anterioridad, como faltas de homicidio y lesiones por imprudencia *leve*, con multa de 1 a 2 meses, y de 10 a 30 días, también respectivamente). E incluso se amplía el límite superior de la pena de privación del derecho de conducir en el delito de homicidio cometido por imprudencia

⁴¹² Advierte RODRÍGUEZ MORO, *La configuración de la imprudencia...*, p. 14, que el Preámbulo contiene una cierta contradicción: “En un primer momento se señala que «se estima oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil». Parece entenderse que se trata de una reconducción de «todos» los casos de imprudencia *leve*. Pero a continuación indica que la nueva categorización de la imprudencia que se introduce en el Código Penal «permitirá reconocer supuestos (algunos) de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal», por tanto, no todos, lo que implica que algunos, y se ha de entender los más graves, aún serán penalmente relevantes. Este entendimiento claramente descarta una equiparación entre imprudencia *leve* y *menos grave*”.

⁴¹³ De la misma opinión AGUADO LÓPEZ, *La imprudencia menos grave...*, p. 28; FELIP I SABORIT (2016), *Lecciones...*, p. 36, entendiendo que la imprudencia menos grave exige “un grado de negligencia sensiblemente mayor que el de la derogada falta de homicidio por imprudencia leve”.

⁴¹⁴ RODRÍGUEZ MORO, *La configuración de la imprudencia*, p. 15.

menos grave, que pasa de 12 a 18 meses. Esta elevación de pena (...) evidencian que la distinción entre imprudencia *menos grave* y *leve* no puede ser solo terminológica, y que la imprudencia *menos grave* se constituye como una nueva categoría de imprudencia que debe exigir una infracción más reprochable de un deber de cuidado o que este deber sea de mayor relevancia.

Y como apunta MANZANARES SAMANIEGO, si el propósito del Legislador hubiera sido mantener esa equiparación, también hubiera mantenido el concepto en su tradicional denominación⁴¹⁵. Lo que hace la reforma es lo contrario: elimina cualquier referencia a la imprudencia leve para introducir un nuevo concepto cuya interpretación gramatical denota una mayor gravedad que lo anteriormente considerado leve.

2.2. La imprudencia menos grave engloba, únicamente, algunas de las conductas que antes eran consideradas leves

Dolo	Antes de la reforma de 2015	Después de la reforma de 2015
Imprudencia	Grave	Grave
	Leve	Menos grave
		<i>Leve, sin relevancia típica</i>
Ilícito civil sin relevancia típica		

⁴¹⁵ MANZANARES SAMANIEGO, *La reforma del Código Penal de 2015*, La ley, p. 161.

Según esta propuesta, en el nuevo concepto de imprudencia menos grave se incluirían parte de las conductas antes consideradas de imprudencia leve: las más graves. De este modo, las conductas más leves de la anterior imprudencia leve quedarían ahora fuera de tutela penal, mientras que las más graves conformarían el concepto de imprudencia menos grave. La imprudencia grave, por su lado, no sufriría modificación alguna⁴¹⁶.

Con esta interpretación se quiere poner énfasis en la finalidad perseguida por el legislador, plasmada en el Preámbulo, cuando afirma que la nueva regulación de la imprudencia “dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero, al mismo tiempo, permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del derecho penal”. De esta aserción se deduce, necesariamente, que también permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que sí deben quedar dentro del derecho penal, de modo que debe poder afirmarse que, al menos, algunos supuestos de la anterior imprudencia leve quedan ahora absorbidos por la actual imprudencia menos grave.

Esta parece ser la tesis acogida por una de las primeras y más relevantes sentencias del Tribunal Supremo en materia de imprudencia menos grave, la ya referenciada STS 805/2017, de 11 de diciembre (Sánchez Melgar), conocido como el caso Madrid Arena, en la que se afirma que “la imprudencia menos grave ha de situarse en el límite superior de aquéllas conductas que antes eran consideradas como leves y que el legislador ha querido expresamente despenalizar, encontrándose supuestos que por la menor importancia y relevancia del deber de cuidado infringido, de conformidad con los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por la jurisprudencia para ello, y a los que con anterioridad se ha hecho referencia, pueden ser considerados como menos

⁴¹⁶ Suscriben esta posición MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, p. 277; DIEZ RIPOLLES, *DP, PG*, p. 217; SUÁREZ MIRA, “Del homicidio y sus formas”, en GONZALEZ CUSSAC, *Comentarios*, p. 448; FARALDO CABANA, *Delitos leves...*, p. 116; RAMOS TAPIA, “Lección 8”, en ZUGALDÍA ESPINAR, *DP, PG...*, 2016, p. 129

graves. La imprudencia menos grave puede ser definida como la constitución de un riesgo de inferior naturaleza, a la grave, asimilable en este caso, la menos grave, como la infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar correspondiente a la conducta que es objeto de atención y que es la causalmente determinante, única o plural, con el resultado producido, de tal manera que puede afirmarse que la creación del riesgo le es imputable al agente, bien por su conducta profesional o por su actuación u omisión en una actividad permitida social y jurídicamente que pueda causar un resultado dañoso. Así, mientras la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia, pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir)”.

En el mismo sentido se pronuncia el AAP Valencia (Sección 2ª) 621/2019, de 7 de junio (Ortega Lorente) sostiene que las “imprudencias menos graves serán las más graves de las antiguas imprudencias leves, quedando excluidas las levísimas”.

Esta interpretación también respondería “a la intención del legislador de acabar con la práctica judicial (...) que seguía una interpretación restrictiva de la imprudencia grave y una interpretación amplia de la imprudencia leve que relegaba al ámbito del juicio de falta supuestos de acciones imprudentes de cierta gravedad”⁴¹⁷.

No obstante, el automatismo que supone esta interpretación de aumentar la pena a los supuestos de mayor entidad de la anterior imprudencia leve, sin modificar de forma alguna la imprudencia grave, no casa con la voluntad expresada por el Legislador de buscar *una mejor graduación de la responsabilidad penal en*

⁴¹⁷ LANZAROTE MARTÍNEZ, *El nuevo delito de imprudencia menos grave*, p 8.

función de la conducta merecedora de reproche, pues una mejor graduación solo puede alcanzarse si se ve aplicada hacia arriba y hacia abajo.

2.3. La imprudencia menos grave es un subtipo de imprudencia grave

Dolo	Antes de la reforma de 2015	Después de la reforma de 2015
Imprudencia	Grave	Grave
		Menos grave
	Leve	<i>Leve, sin relevancia típica</i>

Ilícito civil sin relevancia típica

En atención a esta propuesta de interpretación, dentro de la categoría de imprudencia grave, el legislador habría establecido una subdivisión entre los supuestos más graves y los menos graves, de manera que la imprudencia menos grave se nutriría de los casos más leves de la anterior imprudencia grave, quedando la anterior imprudencia leve totalmente al margen del Derecho penal.

El principal argumento en que se apoya esta interpretación es la terminología escogida por el legislador, pues “menos grave” parece referirse a una *especie* del *género* grave: aquella que, siendo grave, lo es con menor entidad. A modo de ejemplo, proponen los que defienden esta teoría que la imprudencia ha de merecer la calificación de menos grave cuando existiendo graves vulneraciones de los deberes de cuidado merecedores de la subsunción en los tipos de imprudencia grave, concurren infracciones concomitantes y de similar gravedad

de la víctima -conurrencia de riesgos- que obliguen a la desvaloración o degradación que apuntan. También se apoya esta interpretación en la afirmación del Preámbulo LO 1/2015 de que se ha estimado “oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil”.

Defendiendo esta postura, la SAP Murcia (Sección 3ª) 274/2017, de 20 de junio (Martínez Noguera), entiende que “esta imprudencia menos grave ha de entenderse que no se crea *ex novo* con dicha regulación, sino que en todo caso se refiere a supuestos que antes merecían la calificación de graves, de tal forma que esta Sala entiende que deberá calificarse como menos grave aquellas acciones u omisiones gravemente imprudentes, cuando exista algún factor o elemento que permitan degradar dicho comportamiento en todo caso grave”.

Apunta DOVAL PAÍS que entender la imprudencia menos grave como subespecie de la grave, pese a ser una opción plausible, puede plantear serias dificultades de retroactividad favorable ante los condenados por homicidios o lesiones graves cometidos por imprudencia grave: “Dado que la nueva categoría de la imprudencia menos grave no puede dejar de considerarse una subespecie de aquélla, cabe plantear si algunos hechos que dieron lugar condenas como consecuencias de imprudencias graves podrían ser subsumibles en la nueva categoría de la imprudencia menos grave, castigada con pena de multa (y no de prisión), perseguible a instancia de parte y susceptible de perdón por parte del ofendido. La Disposición Transitoria segunda [LO 1/2015] señala que no se revisarán las sentencias en que, con arreglo a la redacción anterior de los artículos del Código y a la presente reforma, corresponda exclusivamente pena de multa. Pero esto no ocurre en nuestro supuesto, porque los homicidios o lesiones por imprudencia grave se castigaban con pena de prisión. De modo que la nueva regulación no cierra la puerta a la posibilidad de plantear la revisión de las sentencias por este motivo; si bien la tarea resultará seguramente

impracticable ante las dificultades para revisar la entidad que tuvieron los hechos desde la nueva óptica de las clases de la imprudencia grave y menos grave⁴¹⁸.

En un sentido similar considera LANZAROTE MARTÍNEZ que habrá supuestos de condenados por delitos de imprudencia grave cuyas penas podrán ser objeto de revisión de entenderse que la conducta negligente en que incurrieron pudiera ser subsumida en la nueva categoría de imprudencia menos grave: “La determinación de la entidad o importancia del deber de cuidado infringido para poder concretar el grado de la conducta negligente es el resultado de un ejercicio valorativo del Tribunal que al ser de discrecionalidad reglada, no libre, puede ser revisado por el Tribunal superior vía de recurso. Es decir, esa valoración del alcance de los deberes omitidos no es una facultad libre de arbitrio judicial, sino revisable en la alzada. En consecuencia, no será aplicable la disposición transitoria 2ª de la LO 1/2015 que obliga a la revisión aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. Por tanto, en casos evidentes y absolutamente contrastados y a partir de los hechos inalterados que aparezcan en el *factum* de la sentencia, de merecer la calificación de imprudencia menos grave, entiendo que procedería la revisión de la condena en su día impuesta por el delito de imprudencia grave⁴¹⁹.”

Pero esta idea fue rechazada expresamente por el Tribunal Supremo en su STS 805/2017 de 11 de diciembre (Sánchez Melgar), entendiéndose que no cabría hablar de retroactividad con el argumento de que el nuevo texto surgido de la reforma podría ser más favorable, dado que la imprudencia grave no ha sufrido modificación alguna⁴²⁰.

Un año antes de dictarse la STS 805/2017, acabada de referenciar, apuntaba ya el Dictamen 2/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad vial que la imprudencia grave no ha cambiado su ámbito de aplicación y los arts. 142.1 y

⁴¹⁸ DOVAL PAÍS, *Homicidios y lesiones por imprudencia...*, p. 14.

⁴¹⁹ LANZAROTE MARTÍNEZ, *El nuevo delito de imprudencia menos grave...*, p. 18.

⁴²⁰ Comparte esta opinión RODRÍGUEZ MORO, *La configuración de la imprudencia...*, p. 39.

152.1 castigan la imprudencia grave con la misma pena que antes de la reforma efectuada por la LO 1/2015. Además, afirma el Dictamen, que la imprudencia menos grave no se ha tipificado como un tipo atenuado o una cláusula facultativa que permita de forma discrecional apreciar la imprudencia menos grave.

2.4. La imprudencia menos grave engloba conductas de la anterior imprudencia grave y de la anterior imprudencia leve

Dolo	Antes de la reforma de 2015	Después de la reforma de 2015
Imprudencia	Grave	Grave
	Leve	Menos grave
		<i>Leve, sin relevancia típica</i>
		Ilícito civil sin relevancia típica

Esta posición sostiene que la imprudencia menos grave engloba determinadas conductas que antes eran tratadas como imprudencia leve y determinadas conductas que antes eran tratadas como imprudencia grave, pero que atendiendo a las circunstancias concretas del caso son merecedoras de un reproche de mayor o menor entidad⁴²¹. El concepto de imprudencia menos grave incluiría, entonces, los casos más graves de la anterior imprudencia leve y los más leves de la anterior imprudencia grave⁴²².

⁴²¹ MARTIN SANTOS, M, *La nueva regulación de la imprudencia en el Código Penal tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. La imprudencia menos grave*. Fiscalía Provincial de Granada, p. 29.

⁴²² Así, la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Pamplona/Iruña 279/2015 (Sección 1ª), de 24 de septiembre de 2015 señala que “la actual imprudencia menos grave se sitúa (...) en un

Esta posición posibilitaría el reconocimiento de los supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código penal -los más leves-, y ofrecería una justificación al incremento punitivo previsto en la reforma para los casos de imprudencia menos grave. Desde el punto de vista terminológico, también encajaría en esta interpretación que la imprudencia menos grave constituya un supuesto de imprudencia intermedia entre la grave y la leve, además de corresponderse con la exigencia del Legislador de encontrar una *mejor graduación* a los supuestos imprudentes⁴²³. Además, esta posición exige un mayor esfuerzo al juzgador para aplicar la imprudencia menos grave a los supuestos más relevantes de la anterior imprudencia leve, evitando el automatismo que la anterior imprudencia leve permitía para reparar el daño de las víctimas de accidentes de tráfico a través de la jurisdicción penal.

Posiciones similares sostienen varios autores, al entender que la imprudencia menos grave supone una imprudencia *intermedia*, consecuencia de la infracción de un deber medio de cuidado. Así, MORALES PRATS⁴²⁴ sostiene que “se crea un espacio intermedio entre la imprudencia grave y leve que tiene contornos imprecisos”, o LUZÓN PEÑA, que entiende que “lo que sí puede sostenerse debido al cambio de nombre -que al fin y al cabo evoca una entidad media- es que por abajo, en las infracciones leves o poco relevantes del deber de cuidado, aunque se produzcan como resultado una muerte o lesiones graves, se puede ser más generoso en la consideración de una imprudencia mínima, equiparando los supuesto de la imprudencia leve menor a la imprudencia levísima y llevándola por ello a la atipicidad penal”⁴²⁵. También SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ entiende que

término medio, en el que, si bien no hay una patente infracción de las elementales normas de prudencia, sí que se infringen deberes de cuidado relevantes”.

⁴²³ Afirma CUENCA GARCÍA, *La incidencia de la «nueva» imprudencia menos grave en la siniestralidad laboral, en los casos de accidentes laborales*, p. 11, los Tribunales “acabarán aplicando esta «nueva» imprudencia no sólo en casos en los casos más graves de la antigua imprudencia leve, sino también en los supuestos menos graves de la imprudencia grave, quedando la imprudencia leve extra muros del Derecho penal”.

⁴²⁴ MORALES PRATS, “Artículo 142”, en *Comentarios al Código penal español*, Tomo I, 7ª ed, 2016, p. 994.

⁴²⁵ LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, PG..., p. 299.

“no cabe interpretar (...) que la anterior imprudencia leve equivalga a la actual imprudencia menos grave. Parece más razonable estimar que estamos ante una clase de imprudencia intermedia que, sin ser grave, (...) sea más intensa que la anteriormente leve”⁴²⁶. JUANATEY DORADO, por su parte, sostiene que “habrá que entender que es una conducta de gravedad intermedia entre la imprudencia grave y leve (...), [consistente] en la infracción de una norma de cuidado no elemental”⁴²⁷. En sentido similar, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO afirma que algunos comportamientos imprudentes anteriormente graves a los que se anudaba una pena de prisión pasan a ser catalogados, en ocasiones, como “menos grave” y castigados con multa, en ese reparto de la franja intermedia⁴²⁸.

2.5. Toma de posición

En este trabajo se suscribe la posición que defiende que la imprudencia menos grave engloba las conductas más graves de la anterior imprudencia leve y las más leves de la anterior imprudencia grave.

Entre los motivos que se han expuesto, destaca el tenor del Preámbulo de la LO 1/2015, que persigue una mejor graduación de la delincuencia imprudente, y esto se consigue entendiendo que la imprudencia menos grave es una imprudencia de grado intermedio.

No puede acogerse la tesis de que la imprudencia menos grave se equipare a la anterior imprudencia leve por las mayores consecuencias penológicas que

⁴²⁶ SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, “Del homicidio y sus formas (art. 138 y ss)”, en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), Ed. Titant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 486.

⁴²⁷ JUANATEY DORADO, “Lección I. Homicidio”, en *DP, PE, BOIX REIG* (dir.), ¿número de edición? Ed. Titant lo Blanch, Valencia ¿año? p 26.

⁴²⁸ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, *Reflexiones sobre la técnica legislativa*, p. 2 ss. Continúa la autora, “el legislador introdujo con esta reforma de 2015, un nivel medio de imprudencia que engloba parte de las que anteriormente se consideraban leves pero que también se nutre de algunos supuestos de menor gravedad que han sido detraídos del concepto de imprudencia grave. No puede ser de otro modo cuando el total que antes se repartía en dos porciones pasa a dividirse en tres”.

comporta la primera. Este aumento significativo de las penas, no solo de multa, sino también de privación de derechos, obliga a encontrar en las imprudencias menos graves un mayor merecimiento de pena que la anterior imprudencia leve.

La interpretación gramatical también apoya esta concepción de la imprudencia grave, pues como ha defendido algún sector doctrinal, el término menos grave parece referirse a una especie del género grave. Desde el punto de vista literal debe desprenderse que la imprudencia menos grave debe pertenecer a una categoría de imprudencia intermedia.

Esto permitiría concluir que, de acuerdo con la tercera postura analizada, la imprudencia menos grave detrae supuestos, al menos, de la anterior imprudencia grave. Pero el Preámbulo LO 1/2015 nos ofrece la última pista sobre la nueva ubicación de las imprudencias leves en el nuevo sistema acogido por el CP: *permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal*. Este extremo, a *sensu contrario*, permite concluir que la reforma también permitirá advertir supuestos de imprudencia leve que deben entenderse incluidos en el CP: los más graves. Es esta postura, en suma, la que permite una *mejor graduación* de la delincuencia imprudente, tal y como afirma pretender el Preámbulo.

Una de las principales críticas a esta propuesta es que se plantea el problema de que, si la imprudencia menos grave trae para sí supuestos -los más leves- de lo que antes del 2015 era considerador imprudencia grave, esto no solo afectaría a los delitos de homicidio y lesiones, sino a todos los tipos imprudentes⁴²⁹. Ilustrando con un ejemplo, el delito de blanqueo de capitales imprudente, que solo prevé su comisión por imprudencia grave, incluiría tras la reforma únicamente los supuestos más graves de lo que antes de la reforma se consideraba imprudencia grave, cayendo los supuestos más leves de la anterior

⁴²⁹ En este sentido, Dictamen 2/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial, que afirma “[no] debe sostenerse que la imprudencia menos grave detraiga supuestos o casos antes incluidos en la primera, pues conduciría al resultado de modificar el ámbito de la imprudencia grave”. También en contra DANUIS, p. 44, por “motivos meramente pragmáticos”.

imprudencia grave a la nueva categoría de imprudencia menos grave, y, por lo tanto, volviéndose atípicos.

Aquí se defiende que esto no plantea ningún problema, sino que se trata de una consecuencia de la reforma de la delincuencia imprudente del 2015. Todos los delitos que solo pueden cometerse por imprudencia grave deberán ser repensados para asegurar que la conducta que se enjuicie no quedaría subsumida por la nueva categoría de imprudencia menos grave y, por tanto, a extramuros del Derecho penal. En atención a los principios de intervención mínima y fragmentariedad, considero no solo plausible, sino incluso deseable, que solo merezcan reproche penal, en los casos mencionados, las conductas más graves, debiéndose resolver los casos en que la imprudencia menos grave se atípica en otros órdenes jurisdiccionales.

También LANZAROTE MARTÍNEZ considera la imprudencia menos grave como una de grado medio “que permite abarcar tanto supuestos antes considerados como leves como algunos otros que fueron calificados de graves (...). Por tanto, para concretar su contenido y determinar el alcance del nuevo concepto habrá que valorar, en el supuesto concreto, la relevancia del deber de cuidado infringido, como hasta ahora venía haciéndose para diferenciar la imprudencia grave o temeraria de la simple o leve. La grave vendría referida a la omisión de elementales normas de cautela cuya observancia es exigible a cualquier persona, el olvido de las medidas de previsión más elementales; la menos grave se nutriría de la idea de la diligencia media y se definiría en negativo o por exclusión (todas las conductas negligentes que no puedan estimarse como graves o leves) y la leve se identificaría con el simple descuido o con la infracción de un deber de escasa relevancia, que caería ya, tras la reforma de 2015, en el ámbito civil”⁴³⁰.

⁴³⁰ LANZAROTE MARTÍNEZ, “El nuevo delito de imprudencia menos grave en la reforma de CP de 2015”, *La Ley*, p. 11 ss. En sentido similar, MAGRO SERVET, *Los accidentes de tráfico y su consideración punible como imprudencias menos graves*, p. 14.

Volviendo al ejemplo del blanqueo de capitales imprudente, que al igual que todos los tipos imprudentes, excepto homicidio y lesiones graves, solo prevé su castigo por imprudencia grave, tras la detracción de los supuestos más leves en favor de la imprudencia menos grave, debe ahora requerirse una *especial* temeridad para su castigo por vía penal. En este sentido, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, impone una serie de deberes institucionales a un listado de sujetos obligados, convirtiéndolos en *longa manus* del Estado para la vigilancia y denuncia de los flujos de capital sospechosos de constituir supuestos de blanqueo. Dichos deberes especiales, que convierten a los sujetos obligados en *quasi-funcionarios*, pueden reputarse reglas técnicas de especial trascendencia para la configuración del riesgo permitido, en tanto que expresamente exigidos por el legislador en una norma con rango de Ley, y previstos únicamente para ciertos sectores de actividad cuyo riesgo de contribuir al blanqueo es notablemente superior al resto de profesionales. Es en este contexto, precisamente, en que se justifica la magnitud de la infracción del deber de cuidado, así como la especial previsibilidad del riesgo, pudiendo considerarse imprudencia grave la infracción de los deberes especiales normativizados por la legislación de prevención de blanqueo de capitales.

De este modo, con esta concepción de la imprudencia menos grave, el delito de blanqueo imprudente se convierte en un delito *cuasi-especial*, en tanto en cuanto, si bien el tipo no restringe expresamente el círculo de posibles sujetos activos, la normativa extrapenal configura la magnitud de la infracción del deber de cuidado al imponer deberes especiales a un listado concreto de sujetos obligados. Siendo necesario que la magnitud de la infracción de la norma de cuidado sea especialmente superior, por ser el deber objetivo de cuidado el más esencial y previsible, debe concluirse necesariamente que solo aquellas personas que ostentan un deber institucional positivizado en la normativa de prevención del blanqueo de capitales pueden incurrir en supuestos de

imprudencia grave⁴³¹. Aquella conducta del particular que, sin estar sujeto a deber especial alguno, cometa o favorezca de forma imprudente el blanqueo de capitales, deberá ser reputada, en todo caso, de imprudencia menos grave y, en consecuencia, no punible, pues su conducta comporta una peligrosidad y una previsibilidad de lesión *ex ante* menor que la de un sujeto obligado.

Como se ha defendido, la gravedad de la infracción de la norma de cuidado debe valorarse en atención a los subcriterios de graduación -magnitud de la infracción de los deberes objetivo y subjetivo de cuidado-. Defendiéndose en este trabajo que la imprudencia menos grave detrae casos de la anterior imprudencia grave y de la anterior imprudencia leve, la imprudencia menos grave queda configurada como una imprudencia intermedia, cuyo límite superior coincide con el límite inferior de la imprudencia grave, y cuyo límite inferior coincide con el límite superior de la imprudencia leve.

⁴³¹ Alguna jurisprudencia asilada, no sostenida en el tiempo, afirmaba ya antes de la entrada en vigor de la reforma del 2015 que el tipo de blanqueo imprudente “reviste los caracteres de un delito especial, en la medida en que su comisión solo estará al alcance de personas cuya conducta sea reprobable por la infracción de específicos deberes de cuidado que le sean exigible legal o reglamentariamente, con consideración al desempeño de determinadas actividades con carácter profesional o funcional”. Sentencia del Tribunal Supremo 16/2009 de 27 de enero de 2009 (Berdugo y Gómez de la Torre)

+DOC	Yellow	Orange	Orange	White	White
	Light Green	Yellow	Orange	Orange	White
	Light Green	Light Green	Yellow	Orange	Orange
	White	Light Green	Light Green	Yellow	Orange
- DOC	White	White	Light Green	Light Green	Yellow
	- DSC				+ DSC

3. La imprudencia menos grave y las infracciones de la Ley de Seguridad Vial

Como ha podido observarse, los delitos de homicidio y lesiones por imprudencia menos grave dan una desmedida importancia a las infracciones previstas por la LSV:

Se reputará en todo caso como imprudencia menos grave aquella no calificada como grave en la que para la producción del hecho haya sido determinante la comisión de alguna de las infracciones graves de las normas de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial.

El Título V del RDLeg 6/2015 regula el régimen sancionador de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial al cual, a consecuencia de las reformas introducidas en el Código Penal por las leyes

2/2019 y 11/2022, deberán atender jueces y Tribunales para apreciar la existencia de, al menos, imprudencia menos grave en los accidentes de tráfico.

El artículo 75 LSV prevé las siguientes infracciones leves:

- Circular en bicicleta sin hacer uso del alumbrado reglamentario.
- No hacer uso de los elementos y prendas reflectantes por parte de los usuarios de bicicletas.
- El impago de peaje, tasa o precio público, cuando estos fueran exigibles.
- Incumplir la obligación de los conductores de estar en todo momento en condiciones de controlar su vehículo.
- Incumplir las normas contenidas en dicha Ley que no se califiquen expresamente como infracciones graves o muy graves, especialmente en el caso de los conductores de bicicletas siempre que no comprometan la seguridad de los usuarios de la vía.

Las infracciones leves carecen de relevancia *ope legis* en la determinación de la imprudencia menos grave, pues los artículos 142.2 y 152.2 únicamente hacen referencia a las infracciones graves. No obstante, y como se desarrolló en el Capítulo Primero II.2, sí tienen la consideración de *reglas técnicas* de naturaleza jurídica, que deberán tenerse en cuenta a efectos indiciarios para la determinación del deber de cuidado.

El artículo 76 LSV contempla las siguientes infracciones graves:

- No respetar los límites de velocidad reglamentariamente establecidos o circular en un tramo a una velocidad media superior a la reglamentariamente establecida, de acuerdo con lo recogido en el anexo IV de dicha Ley.
- Realizar obras en la vía sin comunicarlas con anterioridad a su inicio a la autoridad responsable de la regulación, ordenación y gestión del tráfico, así como no seguir las instrucciones de dicha autoridad referentes a las obras.

- Incumplir las disposiciones de esta ley en materia de preferencia de paso, adelantamientos, cambios de dirección o sentido y marcha atrás, sentido de la circulación, utilización de carriles y arcenes y, en general, toda vulneración de las ordenaciones especiales de tráfico por razones de seguridad o fluidez de la circulación.
- Parar o estacionar en el carril bus, en carriles o vías ciclistas, en curvas, cambios de rasante, zonas de estacionamiento para uso exclusivo de personas con discapacidad, túneles, pasos inferiores, intersecciones o en cualquier otro lugar peligroso o en el que se obstaculice gravemente la circulación o constituya un riesgo, especialmente para peatones.
- Circular sin hacer uso del alumbrado reglamentario.
- Conducir utilizando cualquier tipo de casco de audio o auricular conectado a aparatos receptores o reproductores de sonido u otros dispositivos que disminuyan la atención permanente a la conducción.
- Utilizar, sujetándolo con la mano, o manteniéndolo ajustado entre el casco y la cabeza del usuario, dispositivos de telefonía móvil mientras se conduce, conducir utilizando manualmente dispositivos de telefonía móvil en condiciones distintas a las anteriores, conducir utilizando manualmente navegadores o cualquier otro medio o sistema de comunicación, así como llevar en los vehículos mecanismos de detección de radares o cinemómetros.
- No hacer uso, o no hacerlo de forma adecuada, del cinturón de seguridad, sistemas de retención infantil, casco y demás elementos de protección obligatorios.
- Circular con menores de doce años como pasajeros de ciclomotores o motocicletas, o con menores en los asientos delanteros o traseros, cuando no esté permitido.
- No respetar las señales o las órdenes de la autoridad encargada de la regulación, ordenación, gestión, vigilancia y disciplina del tráfico, o de sus agentes.
- No respetar la luz roja de un semáforo.
- No respetar la señal de stop o la señal de ceda el paso.

- Conducir un vehículo siendo titular de una autorización que carece de validez por no haber cumplido los requisitos administrativos exigidos reglamentariamente en España.
- Conducción negligente.
- Arrojar a la vía o en sus inmediaciones objetos que puedan obstaculizar la libre circulación.
- No mantener la distancia de seguridad con el vehículo precedente.
- Circular con un vehículo que incumpla las condiciones técnicas reglamentariamente establecidas, salvo que sea calificada como muy grave, así como las infracciones relativas a las normas que regulan la inspección técnica de vehículos.
- Incumplir la obligación de todo conductor de verificar que las placas de matrícula de vehículo no presentan obstáculos que impidan o dificulten su lectura e identificación.
- No facilitar al agente de la autoridad encargado de la vigilancia del tráfico en el ejercicio de las funciones que tenga encomendadas su identidad, ni los datos del vehículo solicitados por los afectados en un accidente de circulación, estando implicado en el mismo.
- Conducir vehículos con la carga mal acondicionada o con peligro de caída.
- Conducir un vehículo teniendo el permiso de conducción suspendido como medida cautelar o teniendo prohibido su uso.
- Circular con un vehículo cuyo permiso de circulación está suspendido.
- La ocupación excesiva del vehículo que suponga aumentar en un 50 por ciento el número de plazas autorizadas, excluida la del conductor.
- Incumplir la obligación de impedir que el vehículo sea conducido por quien nunca haya obtenido el permiso o la licencia de conducción correspondiente.
- Incumplir las normas sobre el régimen de autorización y funcionamiento de los centros de enseñanza y formación y de los centros de reconocimiento de conductores acreditados por el Ministerio del Interior o

por los órganos competentes de las comunidades autónomas, salvo que puedan calificarse como infracciones muy graves.

- Circular por autopistas, autovías, vías interurbanas, travesías o túneles urbanos con vehículos que lo tienen prohibido.
- No instalar los dispositivos de alerta al conductor en los garajes o aparcamientos en los términos legal y reglamentariamente previstos.
- Circular en posición paralela con vehículos que lo tienen prohibido.
- Incumplir la normativa sobre los cursos de conducción segura y eficiente cuya realización conlleve la recuperación o bonificación de puntos, salvo que puedan calificarse como muy graves.
- Incumplir las normas de actuación por los operadores cuya actividad esté vinculada con el ejercicio de las competencias del organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico, salvo que puedan calificarse como muy graves.
- No respetar las restricciones a circulación derivadas de la aplicación de los protocolos ante episodios de contaminación y de las zonas de bajas emisiones.

Por último, el artículo 77 LSV tipifica las siguientes infracciones muy graves:

- No respetar los límites de velocidad reglamentariamente establecidos o circular en un tramo a una velocidad media superior a la reglamentariamente establecida, de acuerdo con lo recogido en el anexo IV de dicha Ley.
- Circular con un vehículo cuya carga ha caído a la vía, por su mal acondicionamiento, creando grave peligro para el resto de los usuarios.
- Conducir con tasas de alcohol superiores a las que reglamentariamente se establezcan, o con presencia en el organismo de drogas.
- Incumplir la obligación de todos los conductores de vehículos, y de los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de tráfico o hayan cometido una infracción, de someterse a las pruebas

que se establezcan para la detección de alcohol o de la presencia de drogas en el organismo.

- Conducción temeraria.
- Circular en sentido contrario al establecido.
- Participar en competiciones y carreras de vehículos no autorizadas.
- Conducir vehículos que tengan instalados inhibidores de radares o cinemómetros o cualesquiera otros mecanismos encaminados a interferir en el correcto funcionamiento de los sistemas de vigilancia del tráfico.
- Aumentar en más del 50 por ciento los tiempos de conducción o minorar en más del 50 por ciento los tiempos de descanso establecidos en la legislación sobre transporte terrestre.
- Incumplir el titular o el arrendatario del vehículo con el que se haya cometido la infracción la obligación de identificar verazmente al conductor responsable de dicha infracción, cuando sean debidamente requeridos para ello en el plazo establecido.
- Conducir un vehículo careciendo del permiso o licencia de conducción correspondiente.
- Circular con un vehículo que carezca de la autorización administrativa correspondiente, con una autorización que no sea válida por no cumplir los requisitos exigidos reglamentariamente, o incumpliendo las condiciones de la autorización administrativa que habilita su circulación.
- Circular con un vehículo que incumpla las condiciones técnicas que afecten gravemente a la seguridad vial.
- Participar o colaborar en la colocación o puesta en funcionamiento de elementos que alteren el normal funcionamiento del uso del tacógrafo o del limitador de velocidad.
- Realizar en la vía obras sin la autorización correspondiente, así como la retirada, ocultación, alteración o deterioro de la señalización permanente u ocasional.
- No instalar la señalización de obras o hacerlo incumpliendo la normativa vigente, poniendo en grave riesgo la seguridad vial.

- Incumplir las normas que regulan las actividades industriales que afectan de manera directa a la seguridad vial.
- Instalar inhibidores de radares o cinemómetros en los vehículos o cualesquiera otros mecanismos encaminados a interferir en el correcto funcionamiento de los sistemas de vigilancia del tráfico.
- Incumplir las normas sobre el régimen de autorización y funcionamiento de los centros de enseñanza y formación y de acreditación de los centros de reconocimiento de conductores autorizados o acreditados por el Ministerio del Interior o por los órganos competentes de las comunidades autónomas, que afecten a la cualificación de los profesores o facultativos, al estado de los vehículos utilizados en la enseñanza, a elementos esenciales que incidan directamente en la seguridad vial, o que supongan un impedimento en las labores de control, inspección o auditoría.
- Causar daños a la infraestructura de la vía, o alteraciones de la circulación debidos a la masa o a las dimensiones del vehículo, cuando se carezca de la correspondiente autorización administrativa o se hayan incumplido las condiciones de la misma, con independencia de la obligación de la reparación del daño causado.
- Incumplir las normas sobre los cursos de conducción segura y eficiente cuya realización conlleve la recuperación o bonificación de puntos, que afecten a la cualificación de los profesores o facultativos, al estado de los vehículos utilizados, a elementos esenciales que incidan directamente en la seguridad vial, o que supongan un impedimento a las labores de control, inspección o auditoría.
- Incumplir las normas de actuación por los operadores cuya actividad esté vinculada con el ejercicio de las competencias del organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico que sean reiteración de errores de tramitación administrativa, o que supongan un impedimento a las labores de control, inspección o auditoría.
- Utilizar dispositivos de intercomunicación no autorizados reglamentariamente, en las pruebas para la obtención y recuperación de permisos o licencias de conducción u otras autorizaciones administrativas

para conducir, o colaborar o asistir con la utilización de dichos dispositivos.

- Incumplir las normas en materia de auxilio en vías públicas.
- Incumplir las normas sobre el uso de los alcoholímetros antiarranque.
- Arrojar a la vía o sus inmediaciones objetos que puedan producir incendios o accidentes.

Si bien los artículos 142.2 y 152.2 del Código Penal solo consideran relevantes las *infracciones graves* de las normas de tráfico, parecería contrario a la intención del legislador que pudiera calificarse como imprudencia leve aquella en la que para la producción del hecho haya sido determinante la comisión de alguna de las infracciones muy graves que se acaban de relacionar, por lo que pasarán a comentarse de manera conjunta⁴³².

En cuanto a la relación entre las infracciones graves y menos graves LSV y la graduación de la imprudencia, entiende MAGRO SERVET⁴³³ que *siempre y, en cualquier caso*, la infracción grave de un hecho de la circulación será constitutiva, al menos, de imprudencia menos grave, salvo que el Tribunal la considere imprudencia grave al evaluar la entidad de la infracción grave. En este sentido, entiende el autor que la inclusión de la cláusula referida atiende a “fijar una posición de mínimos, a fin de ubicar siempre los hechos en la imprudencia menos grave, pero no permitiendo que el juez de instrucción pueda archivar la denuncia si la infracción cometida en el hecho es infracción grave”. Y esto tras afirmar que la intención del legislador fue *objetivar* el tipo imprudente partiendo de un hecho mínimo, a partir del cual el juez o Tribunal deberá calificar como imprudencia grave o menos grave, pero nunca como leve⁴³⁴.

⁴³² Algún autor había propuesto, ya antes de la reforma, equiparar a la imprudencia grave las infracciones muy graves de tráfico, y la imprudencia menos grave con las infracciones graves, de una forma bastante próxima al sistema que la Ley acaba acogiendo. MAGRO SERVET, “Esquema sobre la reforma del Código Penal en materia de imprudencias en la seguridad vial”, *Revista Tráfico y Seguridad Vial*, núm. 234, 2016.

⁴³³ MAGRO SERVET, La imprudencia menos grave y la referencia del último inciso del art. 152.2.2 CP, p. 8.

⁴³⁴ MAGRO SERVET, ¿Es la infracción grave de la circulación imprudencia grave o menos grave?, p. 3.: “Habrá que analizar caso por caso para poder ubicar una conducta constitutiva de infracción

En contra de esta opinión se muestra RODRÍGUEZ LAINZ⁴³⁵, quien si bien reconoce que podría haber situaciones en las que la naturaleza de la infracción conduciría al juez o Tribunal de forma prácticamente inevitable a la consideración de la existencia de esa exigible entidad de la infracción -como puede ser, dependiendo de las circunstancias, saltarse un semáforo en rojo-, argumenta que podrá haber también situaciones en las que esta sola infracción formal no mereciera su consideración como una imprudencia menos grave punible.

La reforma viene a potenciar la correlación entre la gravedad de la infracción administrativa y el injusto penal en una suerte de baremación objetiva en la que el límite entre la relevancia penal y la administrativa se sitúa -responsabilidad objetiva- en la existencia de un resultado lesivo para la integridad física o la vida.

No puede aceptarse una interpretación de la graduación de la imprudencia que tenga en cuenta única y exclusivamente -*ope legis*, como afirma el legislador en el Preámbulo- la infracción de reglas técnicas, pues supone desconocer los elementos constitutivos del tipo imprudente⁴³⁶. Y en este sentido ya afirmaba MAZA MARTÍN en el año 1992, en atención a la anterior imprudencia antirreglamentaria, que en el ámbito de los accidentes de tráfico resulta imposible encontrar una sola infracción culposa de contenido penal que no transgreda al menos esas obligaciones genéricas y expresamente recogidas en la norma

grave en imprudencia grave, y para ello habrá que ver el tipo de conducta, el resultado producido, el alcance de la graduación de la infracción del deber de cuidado y demás circunstancias concurrentes que permitan que el juez pueda llevar a cabo el grado de motivación suficiente para calificar la conducta como imprudencia grave o menos grave”. De la misma opinión, Domínguez Izquierdo, *Reflexiones sobre la técnica legislativa*, p. 10. “lo único que consigue la reforma (...) [es que] nunca podrá considerarse leve y relegarse al ámbito civil”.

⁴³⁵ RODRÍGUEZ LAINZ, Comentario de urgencia, p. 13.

⁴³⁶ En el mismo sentido, DAUNIS, pp. 55 ss. “Puede ocurrir que una infracción leve de la LSV pueda convertirse en una forma de imprudencia grave (si lesiona otras normas de cuidado) y, a la inversa, que una infracción muy grave de la LSV no merezca reproche penal”. También AGUADO LÓPEZ, *La imprudencia menos grave*, p. 37, “la infracción de las normas administrativas es solo un indicio de imprudencia y para determinar su gravedad hay que atender a las «circunstancias del caso concreto»”, quien acaba por afirmar que nada ha cambiado en la determinación del contenido de la imprudencia menos grave tras la reforma operada por la LO 2/2019.

positiva, como la necesidad permanente de control sobre el vehículo o el deber absoluto de evitar maniobras que comprometan la seguridad del tráfico⁴³⁷. Añade LANZAROTE MARTÍNEZ que la infracción de reglamentos no rebaja ni altera la gravedad de la imprudencia y que la mera infracción reglamentaria, evidentemente, no puede dar lugar a otras sanciones, por sí sola, que a las establecidas en la norma infringida. Esta interpretación tendría el serio y constatado peligro añadido de convertir la nueva categoría de imprudencia menos grave en una infracción reglamentaria cualificada por el resultado ante cualquier desviación por leve que sea de una norma administrativa, primando en exceso las consideraciones relacionadas con el desvalor del resultado sin tener suficientemente en cuenta el reproche que merece la conducta individual en el caso concreto⁴³⁸.

Ténganse en cuenta, además, el alto nivel de indeterminación de algunas de las infracciones graves y muy graves previstas en la LSV (conducción imprudente, conducción temeraria), pues sin la suficiente determinación en el contenido de estas infracciones, quedarían difusos los contornos de lo penalmente relevante, al tratarse de un sector de actividad con un elevado margen de riesgo permitido⁴³⁹. En el mismo sentido, se afirma que el principio de seguridad jurídica exige no sólo una concreta descripción típica que delimite las modalidades de acción y de resultado, sino que también exige una remisión expresa a normas precisas de descripción de la frontera del riesgo permitido. La falta de concreción

⁴³⁷ MAZA MARTÍN, “La imprudencia y otras infracciones penales cometidas con ocasión de la circulación de vehículos a motor. Cuestiones de interés judicial”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993, pp. 339 ss.

⁴³⁸ LANZAROTE MARTÍNEZ, *El nuevo delito de imprudencia menos grave*, p. 14. (Dialnet)

⁴³⁹ Asevera RODRÍGUEZ LAINZ, *Comentario de urgencia*, p. 13, que “controlar la velocidad, distancia con el vehículo precedente y condiciones de adherencia y frenado son condicionantes que se escapan de cualquier capacidad de previsión, desde luego, de un usuario medio. El conductor juega solo con su experiencia en el manejo del concreto vehículo que conduce y la prudencia que le permite manejarse con cierto margen de confianza en la conducción propia y ajena. Pero hay circunstancias que se escapan de sus manos: un cambio de carril inesperado de otro vehículo sin avisar, un vehículo precedente que se cala de forma absolutamente sorpresiva, o un árbol que cae sobre la vía de buenas a primeras, son circunstancias que no se pueden prever ni anticipar por el más prudente o hábil conductor; y menos anticiparse a ellos con la distancia de seguridad precisa para atender a tal contingencia sin colisionar con el vehículo precedente”.

refereida de algunas de las infracciones a las que se remiten los artículos 142.2 CP y 152.2 CP hacen inoperativa su valoración a efectos de determinar la gravedad de la imprudencia.

Que la infracción grave LSV sea *determinante para la producción del hecho* permite descartar ya, de entrada, aquellas infracciones cuyo fin de protección no sean los bienes jurídicos protegidos por los arts. 142 y 152, como no respetar las restricciones a circulación derivadas de la aplicación de protocolos ante episodios de contaminación y de las zonas de bajas emisiones o conducir vehículos que tengan instalados inhibidores de radares o cinemómetros. Pero tampoco podrá reputarse relevancia penal alguna a aquellas infracciones que, pese a tener por finalidad la protección de la vida y la integridad física, no sean determinantes en la producción del hecho: por ejemplo, la conducción sin permiso de circulación cuando se demuestra una completa pericia por parte del autor.

Pero incluso en los supuestos en que la infracción de la LSV sea determinante en la producción del hecho, la calificación de imprudencia menos grave no podrá efectuarse de manera automática, pues deberán tenerse en cuenta todos los elementos que constituyen el injusto imprudente y que lo gradúan. En este sentido, nos recuerda RODRÍGUEZ SAINZ que la sola distracción de décimas de segundo en una circulación en caravana puede ser considerada infracción grave; y ello tanto por tal distracción, como por el mantenimiento de una teórica distancia de seguridad que se define precisamente como aquella que se muestra suficiente como para detener el vehículo bajo cualquier hipótesis sin riesgo propio o de los restantes usuarios de la vía, como que si tuviéramos en nuestra mente una especie de algoritmo capaz de recalcular constantemente esta distancia en función de inimaginables parámetros⁴⁴⁰.

⁴⁴⁰ RODRÍGUEZ LAINZ, *Comentario de urgencia a la reforma de los delitos leves por imprudencia menos grave*, p. 4.

Afortunadamente, esta es también la tesis acogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido, la ilustrativa STS 421/2020, de 22 de julio (del Moral García), realiza tres consideraciones clave sobre la relación entre las infracciones graves de la de LSV y la graduación de la imprudencia:

- a) Es claro que la referencia a una infracción grave de las normas de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial remite al RDL 6/2016 y su listado de infracciones graves.
- b) Una segunda observación: no tiene la norma afán de proporcionar con esa remisión una definición única y excluyente de la imprudencia menos grave. Es solo una indicación orientadora. (...)
- c) La nueva caracterización de la imprudencia menos grave presenta un relevante matiz frente a la especificación de la imprudencia leve. La presencia de una infracción grave de tráfico, según la catalogación administrativa, empuja en principio al marco de la imprudencia menos grave y aleja de la imprudencia leve no punible. Ahora bien, eso no significa ni que no puedan existir otros casos de imprudencia menos grave; ni que siempre que se dé una infracción grave de tráfico la imprudencia haya de ser calificada de menos grave.

Y continúa la sentencia afirmando la posibilidad de que se constate la presencia de una infracción grave y no estemos ante una imprudencia menos grave:

1. Bien porque el Juez o Tribunal considere que la imprudencia alcanza magnitud suficiente para colmar el concepto penal de imprudencia grave. (...)
2. O bien, en el otro extremo, por entenderse que, aunque concurra una infracción grave viaria, la imprudencia no desborda los linderos de la imprudencia leve en sentido jurídico penal. El juez o tribunal no queda convertido en esclavo de la catalogación administrativa. No estamos ante la resurrección de la imprudencia simple con infracción

de reglamentos. (...) La presencia de una infracción grave supone una presunción de imprudencia menos grave. Emplaza, en principio, a incoar diligencias para esclarecer los hechos y delimitar la magnitud de la negligencia. Pero el Juez podría llegar a excluirla por factores varios no susceptibles de ser reducidos a un listado. (...) No es admisible otra interpretación que la de dejar esa escapatoria al arbitrio judicial descartando una dependencia absoluta de la calificación penal de la imprudencia respecto de la catalogación administrativa, menos precias y más de brocha gorda. Un automatismo es rechazable.

Debe afirmarse, por tanto, que la determinación de la imprudencia menos grave deberá llevarse a cabo partiendo de los criterios generales de graduación de la imprudencia aplicados a las circunstancias del caso concreto, evitando el automatismo que el legislador pretendió respecto de las reglas técnicas contenidas en los artículos 76 y 77 LSV. Y ello es posible gracias al inciso final de los arts. 142.2 CP y 152.2 CP.

4. El inciso final de los artículos 142.2.2 CP y 152.2.2 CP

La LO 2/2019, en su intento de equiparar las infracciones graves de la LSV a la imprudencia menos grave, preveía que el resultado lesivo había de ser *consecuencia* de una infracción grave de la LSV, *apreciada la entidad de ésta [de la infracción] por el juez o Tribunal*.

Esta cláusula de cierre permitió a la jurisprudencia evitar el automatismo que parecía pretender el legislador en el sentido de que una infracción de los arts. 76 o 77 LSV conllevara, *ope legis*, a la apreciación de la conducta, al menos, como imprudencia menos grave.

Advertido el legislador de la práctica jurisprudencial de esquivar esta equiparación automática en aplicación del inciso final, la LO 11/2022 llevó a cabo

su modificación en el siguiente sentido: el resultado ya no ha de ser *consecuencia* de una infracción grave de las normas de tráfico, sino que para la producción del resultado ha de ser *determinante* la comisión de alguna de las infracciones graves previstas en la LSV. Y continúa la reforma, “*la valoración sobre la existencia o no de la determinación deberá apreciarse en resolución motivada*”.

Como ha señalado la doctrina, la expresión *consecuencia de una infracción grave de las normas de tráfico* evocaba una simple cuestión de nexo causal, en aplicación de la doctrina sobre imputación objetiva en materia de imprudencia. La expresión *determinante*, en cambio, tiene un significado no tan claro. En opinión de RODRÍGUEZ LAINZ, todo apunta a que el legislador esté privando de trascendencia a la inferencia causal existente entre acción prohibida por el reglamento y el resultado dañoso: el resultado ya no es consecuencia de una acción u omisión; sino que en el resultado interviene, de forma determinante, como elemento causal o concausal, esa acción u omisión prohibida por la norma administrativa destinada a asegurar la seguridad vial, y que es considerada infracción administrativa grave por la ley. Bastaría, por tanto, a juicio del autor, con una contribución causal en tal resultado dañoso. La diferencia sería, realmente de grados: en la solución apuntada por la LO 2/2019 debe existir una indiscutible relación causal entre acción u omisión de deberes de precaución impuestos por la norma administrativa y resultado; en la LO 11/2022 que la enmienda basta su presencia determinante, en el sentido de relevante, de esa infracción⁴⁴¹. Según esta interpretación, se permitiría apreciar imprudencia penalmente relevante incluso en el supuesto de concurrencias de riesgos en tanto que la imputación concreta del resultado perdería trascendencia en favor de la capacidad de influencia en el decurso causal derivado del carácter determinante de la infracción administrativa imputable al autor⁴⁴², y esto incluso en supuestos de autopuestas en peligro relevantes de la víctima.

⁴⁴¹ Rodríguez Lainz, *Comentario de urgencia*, pp. 8 ss.

⁴⁴² Id.

Pero el nuevo último inciso permitiría igualmente al juez apartarse del rigorismo ahora expuesto, a modo de válvula de escape, pues es el juez o Tribunal quien ha de ponderar si esa inferencia causal de la infracción de la LSV es determinante o no del resultado: “No solo habrá de existir una relación de causalidad entre la infracción y el resultado lesivo, sino que ésta habrá de ser determinante. La determinación supone, por ello, un plus, una calificación que va más allá de la simple presencia de una contribución causal en la producción del resultado dañoso; (...) hablar de entidad de la infracción presupone, obviamente, también, introducirnos en ponderar la trascendencia que tiene la misma en el decurso causal de los hechos”⁴⁴³.

De este modo, una autopuesta en peligro relevante por parte de la víctima seguirá pudiendo degradar la imprudencia de menos grave a leve, así como el criterio del fin de protección de la norma. Y en este sentido, RODRÍGUEZ LAINZ⁴⁴⁴ propone dos ejemplos:

- A circula en su vehículo por una autopista cumpliendo con las necesarias medidas de seguridad activas y pasivas, a la velocidad de la vía y poniendo la debida atención en la circulación. De manera sorpresiva, B cruza la calzada de la autopista, sin posibilidad de que A pudiera evitar el atropello, por lo que B fallece. El permiso de circulación de A está suspendido (infracción del art. 76.t) LSV): apunta el autor acertadamente que la infracción LSV no convierte cualquier resultado dañoso en tipificable como imprudencia menos grave; solamente cuando la suspensión pudiera tener relación con una falta, o incorrecto funcionamiento de medidas de seguridad exigibles, la relación entre la infracción LSV y el tipo penal tendría sentido.
- A conduce su vehículo de noche por una vía con buena iluminación y visibilidad, pero con las luces de cruce apagadas (infracción del art. 76.e)

⁴⁴³ Id., p. 10.

⁴⁴⁴ Id., p. 11.

LSV). Ante un obstáculo inesperado en la vía, A frena de forma violenta, causando a B, un pasajero que viajaba en el asiento trasero derecho del mismo vehículo, una lesión cervical: en este caso, la infracción LSV podría considerarse atípica, bien por no contribuir en el decurso causal de los hechos, bien por no entenderse determinante del resultado dañoso.

Desde el mismo momento en que se impone como elemento del tipo el carácter determinante de la infracción de la norma administrativa en la producción del resultado dañoso se abren las puertas a la ponderación de la inferencia causal; y, por tanto, a la posibilidad de moderación del rigor de la norma punitiva. Es más, el propio legislador crea una cláusula moderadora que trata de suplir a la anterior; desde el momento en que se somete a la valoración del juez la existencia o no de esa consideración de determinante de la infracción en la causación del resultado de lesiones cualificadas o fallecimiento de la víctima.

Como afirma el autor, el carácter formal de determinados deberes de cuidado, como es el mantenimiento de la distancia de seguridad, podría hacer que en situaciones de colisión por alcance fuera la propia escasa entidad de la infracción realmente cometida la que le restara de cualidad determinante suficiente como para superar tal juicio de ponderación que exige la norma sancionadora como componente del tipo del homicidio o lesiones por imprudencia menos grave. De este modo, la intensidad de la infracción, como uno de los criterios que definen la determinabilidad de ésta en el juicio de inferencia causal, sigue manteniendo un papel relevante en la configuración del tipo penal. Y que esta potencial relevancia de la entidad de la infracción, al igual que el juicio sobre su determinabilidad en relación con el resultado dañoso, sigue colocando al juez en una posición privilegiada a la hora de poder aplicar un factor moderador que no convierta en automática la punición de cualquier infracción administrativa grave en materia de seguridad vial por el solo hecho de la causación de tal resultado⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ RODRÍGUEZ LAINZ, *Comentario de urgencia...*, p.14.

En suma, este inciso final debe permitir al juez modular la relevancia que el legislador pretende dar a la infracción de la LSV para la graduación de la imprudencia, permitiendo examinar la verdadera gravedad de la norma de cuidado infringida en el caso concreto.

5. El resultado en el delito de lesiones por imprudencia menos grave

Como se ha afirmado en el Capítulo Primero IV.2, el papel que tiene el resultado en los delitos imprudentes no es otro que conceder relevancia jurídico-penal a la infracción de la norma de cuidado. No forma parte, por tanto, del injusto imprudente, ni la gravedad de la imprudencia dependerá de forma alguna del resultado producido.

El CP, en nuestro sistema de *numerus clausus*, selecciona los tipos de la Parte Especial que pueden cometerse por imprudencia grave o menos grave. En atención a los principios de intervención mínima y fragmentariedad del Derecho penal, el legislador ha previsto que únicamente puedan cometerse por imprudencia menos grave los delitos de homicidio y lesiones. Pero, como se verá, tampoco todo resultado de lesión será típicamente relevante de cometerse por imprudencia menos grave.

Antes de la reforma operada por la LO 1/2015, el artículo 621.3 CP solo permitía el castigo de las lesiones producidas por imprudencia leve que fueran constitutivas de delito; estas eran las que, al menos, requiriesen objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico (art. 147.1 CP), pero también las de *menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido* (art. 147.2 CP). Tras la reforma, los delitos de lesiones comprendidos en los arts. 147.1 y 2 CP ya no podían ser cometidos por imprudencia menos grave, previendo el art. 152.2 CP las lesiones a las que se refieren los arts. 149 CP y 150 CP. La mayor gravedad del resultado de lesión, junto con la mayor gravedad de la imprudencia, justificó un incremento de pena para este tipo penal: si el anterior art. 621.3 CP preveía

una pena de multa de 15 a 30 días, el art. 152.2 CP de 2015 configuraba un marco penológico de 3 a 12 meses.

La reforma operada por la LO 2/2019, alertado del alto número de sobreseimientos libres por no preverse que pudiera cometerse el tipo básico de lesiones por imprudencia menos grave, introduce entonces esa posibilidad: podrán cometerse por imprudencia menos graves los delitos de lesiones del art. 147.1 CP, 149 CP y 150 CP. La inclusión de la posibilidad de cometer un delito de lesiones por imprudencia menos grave ex art. 152.2 CP con el resultado previsto en el art. 147.1 CP debería haber llevado al legislador a una reflexión sobre el marco penológico inicialmente previsto para las lesiones por imprudencia menos grave, pero no lo hizo: la multa prevista para las lesiones por imprudencia menos grave seguiría siendo de 3 a 12 meses sin realizar ninguna distinción en función de si las lesiones eran las previstas en el art. 147.1 CP, 149 CP o 150 CP.

Finalmente rectifica el legislador en 2022 e introduce marcos penológicos distintos en función del resultado de lesión. Así, las imprudencias menos graves con resultado de lesión previsto en el art. 147.1 CP quedan castigadas con pena de multa de 1 a 2 meses, mientras que las que tengan el resultado de lesión previsto en los arts. 149 CP y 150 CP mantienen la pena de multa de 3 a 12 meses. Pero el legislador no pudo dejar de aprovechar la ocasión, en el contexto de esa *alarma social* que justifica la aprobación de la LO 11/2022, para aumentar el límite máximo de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, que de 3 meses a 1 año pasa a ser de 3 a 18 meses.

Como se ha dicho, en todo resultado cometido por imprudente cabe hablar de un momento de azar. Y este momento de azar relativiza el esfuerzo diferenciador entre las imprudencias menos grave y leve, para saber cuál se sanciona penalmente y cuál queda relegada a la vía civil, pues en función del resultado de lesiones efectivamente producido, será típicamente relevante la conducta imprudente o no; resultado que en ningún caso es abarcado por el conocimiento

o la voluntad del autor. En este sentido, critica acertadamente RODRÍGUEZ MORO que, si lo relevante y característico de los comportamientos imprudentes es la infracción del deber de cuidado, la respuesta penal del delito de lesiones imprudente debería ajustarse más a la medida de esta infracción, y menos al imprevisible resultado que se produzca⁴⁴⁶.

En realidad, esta problemática guarda relación con el hecho de que, en definitiva, los delitos de lesiones, también los dolosos, están regulados como delitos cualificados por el resultado. No olvidemos que, por ejemplo, las agravantes del art. 148 CP, solo cabe aplicarlas respecto de las lesiones que requieren tratamiento médico-quirúrgico, cuando que se requiera ese tratamiento médico o quirúrgico que, en gran medida, depende del azar. Azar en el que cabe incluir la decisión del profesional sanitario sobre la medida más idónea en el caso concreto.

Este problema se reproduce incluso con mayor virulencia en el caso de los delitos de lesiones por imprudencia, ya que, con la actual regulación, esa cualificación por el resultado es más evidente, y esa parece además la intención del legislador, movido por la “alarma social”.

6. La perseguibilidad de la imprudencia menos grave

Ya antes de la reforma de 2015, el art. 621 CP 95 preveía que las faltas por imprudencia leve, tanto de homicidio como con resultado de lesiones, *solo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal*. Con la reforma operada por el LO 1/2015, esta circunstancia permanece inmutada, siendo perseguibles solo mediante denuncia los delitos de homicidio por imprudencia menos grave y lesiones por imprudencia menos grave. En cambio, la aprobación de la LO 11/2022 viene a modificar ligeramente el régimen de perseguibilidad de estos delitos: mientras que se mantiene el requisito de

⁴⁴⁶ RODRÍGUEZ MORO, *La configuración de la imprudencia*, p. 45 ss.

denuncia previa para los delitos de lesiones por imprudencia menos grave, respecto del homicidio por imprudencia menos grave prevé el párrafo cuarto del art. 142.2 CP que *salvo en los casos en que se produzca utilizando un vehículo a motor o ciclomotor, el delito previsto en este apartado solo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.*

De este modo, solo será público el delito de homicidio por imprudencia menos grave cuando haya sido cometido utilizando un vehículo a motor o ciclomotor, pero no en el resto de casos. Una diferenciación que solo se explica por la voluntad del legislador de acoger las tesis más punitivistas de los sectores sociales que animaron a aprobar la reforma de 2022, y ese supuesto clima de *alarma social* en que la misma se justifica. Debe destacarse el desinterés del legislador en las sucesivas reformas del delito imprudente de regular cualquier otro ámbito distinto al de la seguridad vial, lo que pone en evidencia la oportunidad política de las reformas.

Preocupándose el CP exclusivamente por los accidentes de circulación, el requisito de perseguibilidad se mantendría para el resto de casos, como los accidentes en el marco de las relaciones laborales. A este respecto, afirma MARTÍN SANTOS⁴⁴⁷ que, si bien con la nueva reforma se exige denuncia previa, el Ministerio Fiscal debe controlar los autos de archivo o sobreseimiento por falta de denuncia previa, exigiendo que, habiéndose tenido conocimiento o *noticia criminis* por cualquiera de los modos permitidos en Derecho, se practiquen desde un primer momento las diligencias necesarias. Y destaca, en este sentido, que debe tenerse en cuenta que, para el caso de la siniestralidad laboral, el Fiscal está obligado a exigir la investigación de un posible delito de riesgo del art. 316 o 317 CP que continúa siendo público.

Desde una perspectiva práctica, la actual regulación de la perseguibilidad aconseja que, quienes se consideren víctimas, presenten, en todo caso, una

⁴⁴⁷ MARTÍN SANTOS, *La nueva regulación de la imprudencia en el Código Penal*, p. 17 ss.

denuncia formal ya que el hecho de que se abran diligencias por imprudencia menos grave a priori no es posible conocerlo.

Merece la pena resaltar, en este punto, la reforma de la LO 1/2015 sobre el papel del fiscal en la perseguibilidad de los delitos que requieren denuncia previa.

Antes de la reforma, el art. 105 LECrim rezaba del siguiente modo:

” Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no haya acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código penal reserva exclusivamente querrela privada. También deberán ejercitarlas en las causas por los delitos contra la honestidad que, con arreglo a las prescripciones del Código Penal, deben denunciarse previamente por los interesados o cuando el Ministerio Fiscal deba, a su vez, denunciarlos por recaer dichos delitos sobre personas desvalidas o faltas de personalidad.”

En cambio, tras la reforma la LO 1/2015 que introduce la imprudencia menos grave, modifica el art. 105 LECrim en el siguiente sentido:

Art. 105 LECrim:

1. Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada.
2. En los delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuere menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida.

La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias de prevención.

Si bien la reforma del art. 105 LECrim no salva el requisito de denuncia previa de la persona agraviada, salvo en casos de víctimas necesitadas de especial protección, se permite ahora la práctica de diligencias de prevención, que pueden dar lugar a la obtención de la *noticia criminis* respecto de los delitos de peligro que el autor imprudente pudiera haber cometido. Es pensable que la existencia de un procedimiento penal, aunque circunscrito a la averiguación y enjuiciamiento de delitos de peligro, favorecerá la eventual denuncia de la persona agraviada por un delito de resultado imprudente, al verse mejor acompañada por el Ministerio Fiscal.

También es destacable que, siendo los nuevos delitos de homicidio y lesiones por imprudencia menos grave perseguibles mediante denuncia previa, con la excepción, desde 2022, del de homicidio producido utilizando un vehículo a motor o ciclomotor, entra en juego la posibilidad de extinguir la responsabilidad penal mediante el perdón del ofendido, según lo dispuesto en el art. 130.1 CP:

Art. 130.1 CP: La responsabilidad criminal se extingue: (...) 5.º Por el perdón de la persona ofendida, cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias de la persona agraviada o la ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto la autoridad judicial sentenciadora deberá oír a la persona ofendida por el delito antes de dictarla.

En los delitos cometidos contra personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección que afecten a bienes jurídicos eminentemente personales, el perdón de la persona ofendida no extingue la responsabilidad criminal.

Especialmente problemático resulta el perdón del ofendido en los accidentes laborales, pues partimos de una clara posición de inferioridad jerárquica del trabajador respecto al empresario. En este sentido, recuerda la jurisprudencia⁴⁴⁸ que para que sea válido y produzca los efectos extintivos de la responsabilidad penal, “el perdón ha de ser expreso, no cabiendo por tanto deducirlo de forma tácita y precisándose su otorgamiento con franca libertad, pleno conocimiento de sus efectos y sin restricción ni condicionamiento alguno o, en otras palabras, se requiere que el perdón sea firme, absoluto, inequívoco e incondicional”. El juez o Tribunal deberá, por tanto, indagar en las circunstancias en que se ofrece el perdón de la posición débil, no aceptándolo en caso de que no se haya producido en plena libertad.

Otro controvertido aspecto introducido por la Lo 1/2015 es el novedoso *principio de oportunidad* para la persecución de este tipo de delitos, y así lo justifica expresamente su Preámbulo, afirmando que “en el caso de las infracciones de menor gravedad (los delitos leves) existen habitualmente conductas que resultan típicas pero que no tienen una gravedad que justifique la apertura de un proceso y la imposición de una sanción de naturaleza penal, y en cuya sanción penal tampoco existe un verdadero interés público. Para estos casos se introduce, con una orientación que es habitual en el Derecho comparado, un criterio de oportunidad que permitirá a los jueces, a petición del Ministerio Fiscal, valorada la escasa entidad del hecho y la falta de interés público, sobreseer estos procedimientos”⁴⁴⁹. Así, mientras que antes de la reforma no se contemplaba la posibilidad de archivar las actuaciones una vez recibido el atestado y estimando el juez procedente la incoación de juicio, el art. 963 LECrim queda, desde 2015, redactado del siguiente modo:

Art. 963 LECrim: 1. Recibido el atestado conforme a lo previsto en el artículo anterior, si el juez estima procedente la incoación del juicio, adoptará alguna de las siguientes resoluciones:

⁴⁴⁸ SAP Granada (Sección 2ª) 176/2006, de 17 de marzo (González Niño)

⁴⁴⁹ Preámbulo XXXI LO 1/2015.

1.^a Acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias:

a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y

b) No exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado.

En este caso comunicará inmediatamente la suspensión del juicio a todos aquellos que hubieran sido citados conforme al apartado 1 del artículo anterior.

El sobreseimiento del procedimiento será notificado a los ofendidos por el delito.

La reformulación del art. 963 LECrim resulta llamativa por dos motivos. El primer motivo que permite el sobreseimiento es que, pese a que el juez estime procedente incoar juicio, el Ministerio Fiscal solicite el archivo en atención a la escasa gravedad del delito en atención a la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor. El resultado no puede ser un indicio de la escasa gravedad del delito, pues recordemos que los delitos de lesiones por imprudencia menos grave solo pueden enjuiciarse cuando se den los resultados previstos en los arts. 147.1 CP, 149 CP o 150 CP. Por lo tanto, el juez solo podrá estimar procedente incoar juicio cuando nos encontremos ante un resultado de lesiones de, al menos, el típico básico. En otro caso -arts. 147.2 CP y 147.3 CP-, no sería necesario que el Ministerio Fiscal solicitara el archivo, pues el juez no podría entender que procede incoar juicio. El otro elemento que permitiría discernir la *muy escasa gravedad* del delito denunciado es la gravedad de la imprudencia, en atención a la gravedad de la infracción de la norma de cuidado. Pero en este supuesto tampoco sería aplicable el subapartado a) del apartado 1º del art. 963 LECrim, puesto que, de constatarse la *muy escasa gravedad* de

la infracción de la norma de cuidado, la imprudencia cometida debería reputarse de leve, y por tanto, sin relevancia penal. En este caso, nuevamente debería ser el juez quien, ya desde el primer momento, no estimara procedente la incoación del juicio, sin necesidad de esperar la solicitud del Ministerio Fiscal que prevé el art. 963.1.1ª LECrim.

El otro aspecto que llama la atención de esta reforma es la relativa al subapartado b del apartado 1º del art. 963.1 LECrim, cuando hace referencia a la inexistencia de *interés público relevante en la persecución del hecho*. Y llama la atención, precisamente, por su elevado grado de inconcreción, pues ningún elemento valorativo ofrece la reforma para determinar la existencia o inexistencia de interés público relevante.

III. EL CONTENIDO DE LA IMPRUDENCIA GRAVE

1. Aproximación al concepto de imprudencia grave

Definidos los contornos de la imprudencia menos grave y su ubicación en el espectro de graduación de la imprudencia, debe ahora determinarse qué contenido queda, entonces, para la imprudencia grave. Si, como hemos defendido, la imprudencia menos grave detrae para sí los casos más leves de la imprudencia grave anterior a 2015, el ámbito de punibilidad de la imprudencia grave debe quedar consecuentemente reducido; y esto no únicamente en los delitos de homicidio y lesiones, sino en cualquier delito en el que se prevea la posibilidad de su comisión por imprudencia grave.

Según LUZÓN PEÑA⁴⁵⁰, la imprudencia grave supone una *elevada peligrosidad no o insuficientemente controlada y por tanto grave infracción de alguna norma elemental de cuidado*, considerando un indicio importante las posibles

⁴⁵⁰ LUZÓN PEÑA, *Lecciones, PG...*, p. 297.

infracciones de reglamentos, siendo éstos *normas de cuidado expresamente previstas por el legislador (en sentido amplio)*.

Para Díez RIPOLLÉS⁴⁵¹ existe una clasificación tripartita de la imprudencia punible en función de su gravedad: la imprudencia grave, la menos grave y la notoriamente grave. La imprudencia notoriamente grave se determinaría *ope legis ex arts 142 bis y 152 bis*, vinculada a infracción de determinadas normas y al número y entidad del resultado lesivo. Critica el autor esta concepción de la imprudencia notoriamente grave en cuanto no se tienen en cuenta varios elementos significativos del desvalor de acción, *y pasa por alto la relación interna entre riesgo creado y deber de cuidado*. Para este autor, la imprudencia grave mantiene su idéntico contenido tras la reforma del CP 2015, a excepción de aquellos que se reputan ahora de notoria gravedad.

Por su parte, entiende MUÑOZ CONDE que hay imprudencia grave cuando *se infringe el deber de cuidado vulnerando las más elementales reglas de diligencia exigidas en una actividad*⁴⁵².

Como se ha defendido, la graduación de la infracción de la norma de cuidado debe llevarse a cabo a través de los correspondientes subcriterios de graduación -deberes objetivo y subjetivo de cuidado-, de manera que solo aquellas infracciones de la norma de cuidado que revistan especial gravedad podrán ser consideradas imprudencia grave.

⁴⁵¹ Díez RIPOLLÉS, DPE, p. 238.

⁴⁵² MUÑOZ CONDE, DP PG, p. 277.

+DOC					
- DOC					
	- DSC				+ DSC

2. La imprudencia grave en relación con el art. 379 CP y 316 CP

Como dijimos, la LO 2/2019 introduce la consideración de imprudencia grave en los delitos de homicidio y lesiones cuando estos resultados se den en concurso con los delitos de peligro previstos el artículo 379 CP, del siguiente modo:

A los efectos de este apartado, se reputará *en todo caso* como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinara la producción del hecho.

Como ya apunta AGUADO LÓPEZ⁴⁵³, se trata de una cláusula con poca relevancia pues se refiere a los tres supuestos previstos en el art. 379 CP (exceso de velocidad, tasas de alcohol superiores a las establecidas en dicho precepto o conducir bajo la influencia de alcohol o drogas), que ya se calificaban en la

⁴⁵³ AGUADO LÓPEZ, *La imprudencia menos grave*, p. 14.

práctica de imprudencia grave. Como se explica en el Preámbulo, esta modificación supone simplemente “dar carta legal a la actividad que ya desde el Ministerio Fiscal y por la jurisprudencia se venía acordando, como resulta patente en la Circular 10/2011 FGE sobre seguridad vial y la consideración de conducción temeraria cuando concurra un riesgo concreto para la integridad de las personas, si concurren los requisitos del artículo 379 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”.

A su vez, esta cláusula exige que las circunstancias previstas en el art. 379 CP *determinen la producción del hecho*, es decir, que no basta que con la concurrencia de exceso de velocidad o de influencia de alcohol o drogas en la conducta, por si sola, sino que debe existir, además, la correspondiente relación de riesgo entre estas infracciones del deber de cuidado y el resultado de homicidio o lesiones producido.

Esta remisión del legislador a las circunstancias previstas en el art. 379 CP no impide, como resulta evidente, que se pueda calificar de imprudencia grave las conductas imprudentes en que se quebrante otras normas de cuidado que se consideren igualmente esenciales, distintas de las establecidas en dicho precepto penal.

En la interpretación de este inciso, asevera DOMÍNGUEZ IZQUIERDO⁴⁵⁴ que entenderlo como una presunción *iuris et de iure* que abocara a considerar en todo caso la existencia de una imprudencia grave cuando se dé alguna circunstancia del art. 379 CP podría resultar contraria a la CE por contravenir principios esenciales que limitan el *ius puniendi*. Así, “si el sujeto va conduciendo correctamente, aun estando presentes las circunstancias especificadas y de forma súbita apareciera un peatón que es atropellado, el hecho de imputarle una imprudencia grave sin acudir a los preceptivos criterios de imputación objetiva suponía (...) un atentado claro al principio de culpabilidad y un claro renacimiento

⁴⁵⁴ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, *Reflexiones sobre la técnica legislativa*, p. 8.

del viejo principio “*versari in re ilícita*”. Se exige ahora, sin embargo, una relación de causalidad entre las conductas mencionadas (...) y el resultado lesivo finalmente causado, no bastando con que la conducta fuera inicialmente ilícita sobreviniendo un resultado dañoso imprevisible o fortuito sino siendo preciso que alguna de esas circunstancias, según indica el precepto, “determinara la producción del hecho”.

Y continúa el autor apuntando que dado que el inciso segundo *in fine* del art. 142.1 CP relativo al homicidio por imprudencia grave y, correlativamente, el art. 152.1 CP en el seno de la imprudencia que origina lesiones, han decidido especificar únicamente que la calificación de “grave” debe considerarse presente siempre que la conducción en la que concorra alguna de las circunstancias del art. 379 CP determinare la producción del resultado, sin que ello impida que otros casos de infracción muy grave administrativa pueda cumplir con la tipicidad, puede afirmarse que, en lo concerniente a la imprudencia grave con resultado de muerte y lesiones, la reforma se conforma con delimitar de forma negativa lo que no puede ser considerado imprudencia menos grave, pero no aporta ningún dato acerca de lo que debe catalogarse como grave, salvo la revisión hecha a las circunstancias descritas en el art. 379 CP⁴⁵⁵.

Como se ha defendido en este trabajo, las reglas técnicas, ni siquiera las de naturaleza jurídico-penal, no determinan *por si solas* el deber objetivo de cuidado, ni son una verdadera pauta de graduación. La consideración de la infracción de la norma de cuidado deberá llevarse a cabo atendiendo a los criterios anteriormente expuestos⁴⁵⁶, en atención a la utilidad social del riesgo, la peligrosidad de la conducta, los bienes jurídicos en riesgo y la previsibilidad del resultado. Resulta evidente, como también se advirtió, que la infracción de reglas técnicas, y más siendo éstas de carácter penal, pueden suponer un indicio fuerte

⁴⁵⁵DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, *Reflexiones sobre la técnica legislativa*, p. 13.

⁴⁵⁶ Vid infra Capítulo Segundo II y III

de la gravedad de la infracción de la norma de cuidado⁴⁵⁷, pero suponer que *en todo caso* debe ser considerada una imprudencia grave cuando se den las circunstancias del art. 379 CP supone un atajo metodológico inaceptable. Como apuntaba AGUADO LÓPEZ, la conclusión a la que habría de llegarse aplicando el criterio de graduación de la imprudencia aquí defendida será la misma: la infracción del art. 379 CP supone una peligrosidad tal frente a unos bienes jurídicos de máxima importancia y con una previsibilidad del resultado lesivo que han de conducir a considerar la imprudencia como grave. Pero no porque la infracción de una regla técnica penal implique *per se* apreciar una imprudencia grave, sino ello se deduce del juicio conjunto de los subcriterios de graduación.

Lo mismo cabe afirmar respecto del art. 316 CP, por el cual el legislador no parece estar especialmente preocupado. Mientras que OLAIZOLA NOGALES⁴⁵⁸ considera que la infracción del art. 316 CP deberá comportar necesariamente la consideración de imprudencia grave respecto de los resultados, siempre que no constituya dolo eventual, lo que aquí se defiende es la necesidad de aplicar la metodología propuesta en sede de graduación de imprudencia para llegar, en muchos casos, a la misma conclusión.

3. El resultado en el delito de lesiones por imprudencia grave

La LO 1/2015, y sus posteriores modificaciones, no han supuesto un gran cambio en el régimen de relevancia típica de las lesiones por imprudencia grave. Ya antes de la reforma, el art. 152 CP, preveía el castigo de las lesiones por imprudencia grave con los resultados de los arts. 147.1 CP, 149 CP y 150 CP. Esta estructura se mantiene inmutable tras las sucesivas reformas, si bien se modifican sustancialmente las penas previstas para el delito de lesiones por imprudencia grave con el resultado previsto en el art. 147.1 CP. Así, mientras que el marco penal antes de la reforma de 2015 era de arresto de 7 a 24 fines

⁴⁵⁷ Más extensamente, OLAIZOLA NOGALES, *La relación entre los delitos de peligro y la graduación de la imprudencia...*, p. 354.

⁴⁵⁸ OLAIZOLA NOGALES, *Delitos contra la seguridad de los trabajadores...*, p.9

de semana, desde 2015 se prevé una pena de prisión de 3 a 6 meses, o, alternativamente, de multa de 6 a 18 meses.

Esta diferencia de pena solo puede explicarse por el mayor grado de injusto que supone la ahora imprudencia menos grave, en comparación con la anterior imprudencia leve: ahora se requiere para el castigo por imprudencia grave la vulneración de las más elementales normas de diligencia, de entre las más elementales.

4. La imprudencia de notoria gravedad

La LO 2/2019 introduce los nuevos artículos 142 bis CP y 152 bis CP con una redacción especialmente genérica y abstracta, generando una gran inseguridad jurídica⁴⁵⁹.

Estos artículos tienen el siguiente tenor literal:

Art. 142 bis CP: En los casos previstos en el número 1 del artículo anterior (homicidio por imprudencia grave), el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado la muerte de dos o más personas o la muerte de una y lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2º o 3º en las demás, y en dos grados si el número de fallecidos fuere muy elevado.

Art. 152 bis CP: En los casos previstos en el número 1 del artículo anterior (lesiones por imprudencia grave), el Juez o Tribunal podrá

⁴⁵⁹ DAUNIS RODRÍGUEZ, *La graduación de la imprudencia...*, p. 52.

imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2º o 3º a una pluralidad de personas, y en dos grados si el número de lesionados fuere muy elevado.

Las penas a imponer en aplicación de estos artículos serían las que se detallan a continuación:

- Pena superior en grado
 - Homicidio: de 4 años y 1 día, a 6 años
 - Lesiones con resultado del art. 147.1 CP: de 6 meses y 1 día a 9 meses
 - Lesiones con resultado del art. 149 CP: de 3 años y un día a 4 años y 6 meses
 - Lesiones con resultado del art. 150 CP: de 2 años y 1 día a 3 años

- Pena superior en dos grados
 - Homicidio: de 6 años y 1 día, a 9 años
 - Lesiones con resultado del art. 147.1 CP: de 9 meses y 1 día a 13 meses y 15 días
 - Lesiones con resultado del art. 149 CP: de 4 años, 6 meses y 1 día a 6 años y 9 meses
 - Lesiones con resultado del art. 150 CP: de 3 años y 1 día a 4 años y 6 meses

La redacción de este artículo puede acarrear la indeseable consecuencia de que los Tribunales acaben por elevar la pena en un grado *ope legis* cuando se haya provocado la muerte de dos o más personas, pues la *notoria gravedad* del hecho, en atención a la *singular entidad y relevancia del riesgo creado*, ya se habrá

tenido en cuenta previamente, precisamente para calificar esa imprudencia como grave.

Para elevar la pena en uno o dos grados deben concurrir, simultáneamente, dos requisitos: notoria gravedad del hecho, además de la muerte de dos o más personas o lesiones a una pluralidad de personas, para elevar la pena en un grado; notoria gravedad del hecho, además de la muerte o lesión de un número muy elevado de personas, para elevar la pena en dos grados.

El término “notoria gravedad” no puede ser asimilado a la afectación de la integridad física de una pluralidad de personas pues este es un requisito adicional y necesario en todo caso. Dado que la notoria gravedad debe determinarse “en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido”, la expresión no podía hacer referencia sino al nivel de imprudencia, pero estando situados ya en la imprudencia grave y no existiendo una categoría superior en nuestro ordenamiento (imprudencia gravísima) toda esta perífrasis no aporta nada a la clarificación del término. Se trata simple y llanamente de una imprudencia grave que provoca los resultados prescritos en ese apartado⁴⁶⁰.

Tampoco queda claro en qué supuestos agravar la pena en un grado y en qué supuestos en dos, pues en el primer caso se habla de *dos o más personas*, mientras que, en el segundo, un número *muy elevado*. Algún autor ha considerado que *número elevado* debería considerarse entre cinco o diez, siendo que por debajo de cinco estaríamos ante el supuesto de *dos o más personas*, mientras que por encima de diez sería un *número muy elevado*⁴⁶¹.

De acuerdo con DOMÍNGUEZ IZQUIERDO⁴⁶², el legislador “parece saltarse a la torera todas las normas relativas a la apreciación de los concursos (...) para

⁴⁶⁰ De la misma opinión, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, *Reflexiones...*, p. 16.

⁴⁶¹ DE CASTRO MORENO, *Comentario crítico...*,

⁴⁶² DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, *Reflexiones...*, p. 17.

sumar, exasperar las penas o subsumir en un concreto precepto y, al mismo tiempo, la presencia de agravantes o atenuantes que pudieran estar presentes, que en este caso da igual que tengan presencia o no”.

Como apunta DE CASTRO MORENO⁴⁶³, la posibilidad de elevar la pena hasta alcanzar un máximo de nueve años, disponiendo el juez de un campo de actuación de ocho años entre el máximo y el mínimo, constituye de partida una clara vulneración del principio de legalidad en su vertiente de legalidad penal y, unido indisolublemente a ello, del de seguridad jurídica y muy probablemente del de igualdad pues no es difícil imaginar que esta decisión legislativa dará lugar a resoluciones judiciales absolutamente dispares según el órgano competente en el caso. Y también debe tenerse en cuenta que el hecho de poder imponer en tales hipótesis una pena de hasta nueve años de prisión de forma discrecional, no solamente implica una condena de mucha más duración que la hasta ahora prevista, sino que es una decisión que afecta a otros muchos institutos penales⁴⁶⁴: seguridad vigilada, suspensión de la ejecución de condena, prescripción, entre otros.

En cualquier caso, no puede sino concluirse que no nos encontramos ante un grado de imprudencia distinto del grave. La posibilidad de elevar en uno o dos grados la pena prevista para las imprudencias grave se deriva únicamente del resultado *ex post*: una imprudencia grave cualificada por el resultado con serios problemas de constitucionalidad.

IV. LA IMPRUDENCIA LEVE

La defensa de la desaparición de la imprudencia leve del ámbito de lo punible viene fundamentada, por una parte, por razones de política criminal, entendiéndose que en estos casos no existe ni merecimiento ni necesidad de pena. Por otro

⁴⁶³ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, *Reflexiones...*, p. 15 ss.

⁴⁶⁴ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, *Reflexiones*, p. 17.

lado, también suele aludirse a la necesidad de atender a la perpetua congestión del sistema judicial para el enjuiciamiento de casos que deberían quedar en la esfera de lo privado⁴⁶⁵.

Pero quien mostró su fuerte rechazo contra la despenalización de la imprudencia leve fueron las asociaciones de víctimas de accidentes de tráfico, advirtiendo la impunidad de la mayor parte de homicidios y lesiones, así como el efecto disuasorio en la reclamación cuando se vieran obligados a acudir a la vía civil para su indemnización, con los costes que esta supone.

Este conflicto es el que justificó la introducción de la enmienda 819 del Grupo Parlamentario Popular a la LO 1/2015, con la siguiente justificación:

“La solución al problema puede encontrarse combinando los siguientes elementos: -Sustituyendo la anterior dicotomía imprudencia grave/ leve por la de imprudencia grave/ menos grave. De este modo el lenguaje -especialmente en contraste con la regulación vigente- evidencia que existe un espacio de conductas leves (meros despistes que, si bien son responsabilidad de un conductor, no deben permitir calificar al responsable del hecho como un delincuente). -Estos supuesto de imprudencia menos grave, que se limitarían a los casos de causación de lesiones de cierta

⁴⁶⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, “Los límites político criminales de la responsabilidad por imprudencia: la imprudencia leve como hecho punible”, en *Revista del poder judicial (PJ)*, núm. 61, p. 122. En el mismo sentido apunta la Memoria FGE del año 2014, p. 12: “Las Fiscalías territoriales que deben cubrir las necesidades del servicio desde la precariedad de los medios (...) para, a la postre conseguir un magro resultado, pues la estadística nos dice que prácticamente la mitad de estos juicios (...) concluyen en sentencia absolutoria, en ocasiones debido al desinterés que muestran las mismas personas afectadas. Y cuando la sentencia resulta ser condenatoria, se moviliza a continuación la oficina judicial y fiscal en un postrero esfuerzo que no tiene otro objeto que materializar las penas de escasa eficacia retributiva o social. La ratio coste/resultado de este tipo de procedimiento no resiste el más somero análisis. Y también dos años antes, la Memoria FGE del Año 2012, p. 25: “el grado de alarma y trascendencia social que la mayoría de estas infracciones genera en la sociedad, es de tan escasa entidad, que cabe afirmar ya sin rebozo, que la consagración de instancias, tan caracterizadas en el desenvolvimiento diario de la Justicia criminal como son los juzgados de instrucción a su enjuiciamiento y resolución, dispersa de manera innecesaria unas energías que convenientemente aplicadas al impulso y resolución de procedimientos de mayor enjundia contribuiría poderosamente a la descongestión de la justicia penal, sin merma alguna del erario público.”

gravedad, serían en todo caso constitutivos de un delito (y no de una falta). Esto por las siguientes razones: parece radicalmente contrario al principio de intervención mínima que incorpora la reforma al suprimir las faltas, que una conducta que causa lesiones de extraordinaria gravedad a una persona (podemos pensar en una mutilación, en la pérdida de funcionalidad de un miembro, en secuelas graves irreversibles) se castigue con penas de 50 a 200 euros. Un hecho de esta gravedad, o bien tiene gravedad suficiente y merece una pena de cierta entidad; o bien constituye un accidente que no debe conllevar un reproche penal que se zanja con una sanción inferior a la de aparcar indebidamente en una zona con horario restringido; la tramitación se llevaría a cabo por el procedimiento abreviado, en el que existen filtros procesales que permiten sobrepasar los asuntos carentes de gravedad. De este modo, se garantiza que son sancionados penalmente todas (pero solo) las conductas que superan una mínima gravedad; al no compartimentarse los procedimientos, se evitan las habituales consecuencias inicuas: que hechos que son accidentes se sancionen penalmente (aunque sea con pequeñas multas); y que hechos de gravedad extraordinaria se sancionen con penas ridículas”⁴⁶⁶.

Resulta sorprendente, a estos efectos, que el único argumento que aporta la enmienda para la nueva clasificación de los delitos imprudentes sea, precisamente, el único elemento que -como se defiende aquí- no forma parte del injusto: el resultado.

Afirma SILVA SÁNCHEZ que en el caso de la imprudencia leve de “ciudadanos comunes” es relativamente común concluir que el Derecho penal carece de efectos significativos tanto en el plano de la prevención general como en el de la

⁴⁶⁶ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, nº 66-2, de 10 de diciembre de 2014.

prevención especial. Dado que nadie está en condiciones de comportarse permanentemente de modo perfectamente adecuado a las elevadas exigencias del tráfico, es la pura producción del resultado la que decide sobre la punibilidad del hecho⁴⁶⁷.

La jurisprudencia ya ha tenido ocasión de operar con la nueva categoría de imprudencia leve, ahora destipificada, en múltiples ocasiones. Un primer ejemplo lo encontramos en la SAP Madrid (Sección 17ª) 304/2017, de 3 de mayo (Regalado Valdes), que estima el recurso de apelación absolviendo de un delito de lesiones por imprudencia grave al entender que la imprudencia era leve. Los hechos describen que la autora conducía su vehículo por una carretera poco iluminada y con poca visibilidad del resto de vías. Mientras realiza un giro a la izquierda, un ciclomotor que circulaba correctamente en sentido contrario impacta contra el vehículo, provocando lesiones a su conductor. El juzgado de instancia condena a la autora por un delito de lesiones por imprudencia grave al probarse que el test de alcoholemia arrojó un resultado positivo de 0,45 mg/l de alcohol por litro de aire expirado. Pero el tribunal de apelación estima el recurso entendiendo que no se ha probado relación entre la ingesta de alcohol y el resultado producido, y que la autora no concluyó la maniobra de giro, sino que detuvo el vehículo al advertir la presencia del ciclomotor.

Por su parte, la STS 644/2016, de 14 de julio (De la Cuesta y de Quero) confirma la absolución del acusado de un delito de lesiones por tratarse de un supuesto de imprudencia leve, cuando el conductor, al no percatarse de la fase roja en el que se encontraba el semáforo, colisiona con el vehículo que se encuentra detenido antes que él. El mero despiste, considera el Tribunal, no puede considerarse más que típicamente irrelevante.

Los supuestos de imprudencia leve dejan de llevar aparejada, por tanto, *responsabilidad ex delicto*, para pasar a formar parte, como ya lo hacía la anterior

⁴⁶⁷ Extensamente, SILVA SÁNCHEZ, *¿Genera derecho la buena suerte?... passim.*

culpa levísima, de los supuestos de *responsabilidad extracontractual*. Esta responsabilidad se encuentra regulada en el art. 1902 CC, que dispone que “*el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”.

Habiéndose definido los contornos de la imprudencia grave y menos grave, la imprudencia leve debe componerse, por exclusión, de todos los supuestos antes considerados culpa levísima, así como los supuestos más leves de la anterior imprudencia leve.

+DOC					
-DOC					
	-DSC				+DSC

V. CONCLUSIONES PARCIALES

1. El ámbito de la imprudencia punible es uno de los que mayores modificaciones legislativas ha sufrido en los últimos años. Tras la aprobación del CP, se implementó en España el modelo de incriminación de *numerus clausus*, en atención a los principios de legalidad, fragmentariedad y *ultima ratio*, para

castigar únicamente aquellos delitos y faltas imprudentes expresamente previstos en la parte especial del CP. Se estableció una clasificación tripartita de la imprudencia, en función de su gravedad, distinguiendo entre imprudencia grave, leve y levísima, quedando esta última al extramuros del Derecho penal. La imprudencia grave se acogió con plena identidad a la anterior imprudencia temeraria, mientras que las anteriores imprudencias simples pasaron a equipararse a la imprudencia leve, ahora sin necesidad de apreciar la infracción de reglamentos.

Si bien se estableció dicha relación entre temeraria y grave, y entre simple y leve, el CP no ofrecía ningún criterio para delimitar su contenido. La doc.may. y la jurisprudencia siguieron entendiendo la imprudencia grave como aquella cuyo evento dañoso se hubiera podido prever por todas las personas, mientras que era leve aquél que solo hubiera podido prever la persona diligente. La adopción del sistema de *numerus clausus*, por su parte, también fue bien acogida por la doctrina, entendiendo que respondía a un mejor Derecho penal de carácter más garantista. No obstante, la continua proliferación de tipos imprudentes en la parte especial evidencia que los principios de fragmentariedad y *ultima ratio* pierden cada vez más su papel, en favor de posturas punitivistas.

2. La aprobación de la LO 1/2015 supuso la transformación integral del sistema gradual de la delincuencia imprudente. La introducción de la categoría *menos grave*, sin ningún tipo de taxatividad, ha generado importantes debates acerca de su ubicación en la escala gradual del injusto imprudente, así como de su contenido. Si antes de la reforma eran penalmente relevantes la imprudencia grave y leve, tras ésta lo es la grave y menos grave, desapareciendo la imprudencia leve del ordenamiento penal.

3. El alto grado de confusión sobre lo que había de entenderse por imprudencia menos grave llevó al legislador a adoptar una nueva modificación en materia de imprudencia, la LO 2/2019. Esta vez, el legislador se dispuso a ofrecer una suerte de interpretación auténtica de lo que debía entenderse por imprudencia menos

grave, además de asegurar el castigo de determinadas conductas por imprudencia grave cuando se infringiera lo dispuesto en el art. 379 CP. Motivado por una supuesta alarma social, especialmente en relación con el ámbito de la seguridad vial, el legislador se propone restringir los espacios de valoración de jueces y tribunales, para evitar que los accidentes de tráfico se hubieran de dirimir en la vía civil, archivándose los procedimientos penales.

Pero la novedad más relevante introducida por esta reforma fue la introducción de los nuevos artículos 142 bis CP y 152 bis CP, que establecen reglas concursales especiales para la apreciación de una supuesta *imprudencia de notoria gravedad*, con un límite superior de pena que roza el homicidio doloso.

4. A pesar de que la reforma introducida por la LO 2/2019 llevaba por objetivo restringir las posibilidades de jueces y tribunales de archivar los procedimientos por entender que la imprudencia no tenía suficiente contenido para considerarse penalmente relevante, el legislador vio fracasada su intención. Esto le llevó a una nueva modificación de los artículos que regulan el homicidio y lesiones imprudentes: la LO 11/2022. Esta reforma se justifica en su Preámbulo en base a una supuesta alarma social por los accidentes de tráfico y, particularmente, la muerte de ciclistas en carretera. De este modo, el legislador modificó su interpretación auténtica de la imprudencia menos grave para dejar aún menor margen a jueces y tribunales en su apreciación. Así, se pretende reducir cada vez más el espacio de atipicidad por imprudencia leve en el contexto de la seguridad vial.

5. La principal problemática que plantea estas reformas es determinar el significado y contenido de la nueva figura de imprudencia menos grave. La doctrina ha defendido todo tipo de propuestas: desde entender que la imprudencia menos grave equivale a la anterior imprudencia leve, que engloba algunas de las conductas que antes eran consideradas leves, que se trata de un subtipo de imprudencia grave, o que detrae supuestos antes considerados graves y leves. En este trabajo se acoge la última tesis.

Que la imprudencia menos grave detraiga los supuestos más graves de la anterior imprudencia leve y los más leves de la anterior imprudencia grave se justifica, por un lado, en el incremento punitivo previsto con la reforma. También la interpretación gramatical permite esta conclusión, en tanto *menos grave* denota una mayor gravedad que leve. Entender la graduación de la imprudencia como lineal, con una relación *plus-minus*, obliga a adoptar esta concepción de la imprudencia menos grave. Si antes de 2015 la frontera inferior de la imprudencia grave coincidía con la frontera superior de la imprudencia leve, esta imprudencia intermedia, o de grado medio, ha de verse necesariamente ahí: en el medio. Convertir la anterior dualidad de imprudencia grave-leve en esta concepción tripartita grave-menos grave-leve permite una mejor graduación y un mejor encaje de cada uno de los casos de imprudencia que puedan darse en la práctica. Además, que la figura de la imprudencia menos grave absorba los casos más graves de la anterior imprudencia leve evita el automatismo judicial percibido por el legislador de sobreseer los procedimientos penales cuando fuera evidente que la imprudencia cometida no era grave: ahora, la figura de la imprudencia menos grave obligará a un mejor examen de cada caso.

6. La principal novedad introducida por la Lo 2/2019 fue la equiparación de las imprudencias menos graves con las infracciones graves LSV. Pareciera que, en un intento de objetivar la figura de la imprudencia menos grave, el legislador rescató la imprudencia antirreglamentaria, justificando la punición de la imprudencia en la infracción de una regla técnica. Pero, como aquí se defiende, las reglas técnicas no son un verdadero criterio de graduación de la imprudencia, sino un mero indicio de la gravedad de esta, que puede ser útil para la determinación de algunas de las pautas de graduación relevantes, pero cuya infracción en ningún caso puede determinar la relevancia penal de la conducta. Solo podrá entenderse que existe injusto imprudente cuando se constate la infracción de la norma de cuidado, y, como se ha defendido, las reglas técnicas no constituyen el deber objetivo de cuidado. Debe ser el juez o tribunal, por tanto, quien teniendo en cuenta todos los elementos que fundamentan el delito

imprudente, determine la gravedad de la infracción de la norma de cuidado, a pesar de existir o no una infracción grave de la LSV. El juez, por tanto, no se convierte en esclavo de la reglamentación extrapenal, y puede todavía valorar libremente la gravedad de la infracción de la norma, sin injustificados automatismos.

7. Otra de las grandes novedades introducidas por la LO 2/2019, esta vez respecto de la imprudencia grave, es la equiparación *ope legis* que se establece para cuando la conducta imprudente que lleve aparejado un resultado de homicidio o lesiones, constituya a su vez un delito de peligro del art. 379 CP. Esta equiparación automática es criticable en el mismo sentido expuesto en la conclusión anterior: el art. 379 CP, si bien en este caso es una regla técnica de naturaleza penal, ello no modifica su papel como mero indicio de la gravedad de la imprudencia. No puede aceptarse, por ser contrario al principio de culpabilidad, que en todo caso que la conducta constituya un delito del art. 379 CP, la imprudencia deba reputarse de grave respecto del resultado lesivo, pues debe existir una necesaria relación de riesgo entre la conducta infractora de alguno de los supuestos del art. 379 CP y el resultado producido. Relación de riesgo que puede verse alterada, por ejemplo, por la intervención imprudente de la víctima, lo cual, como se ha expuesto, puede degradar la imprudencia a menos grave, o incluso la impunidad.

8. Más problemática es la llamada *imprudencia de notoria gravedad*, introducida en los arts. 142 bis CP y 152 bis CP. Según estos artículos, para determinar la notoria gravedad, deberá atenderse a la singular entidad y relevancia del riesgo creado, además de producir un resultado de homicidio o lesión en un número elevado de personas. Pero la singular entidad y relevancia del riesgo creado ya ha sido tenido en cuenta, previamente, precisamente para determinar la gravedad de la imprudencia, en atención al juicio conjunto que supone la valoración de las pautas de graduación. No existe una imprudencia más grave que la grave. Lo que busca el legislador, en realidad, es una mayor pena para los casos de imprudencia grave con múltiples resultados, estableciendo así una

cláusula concursal específica que deja inaplicable el concurso ideal de delito que en realidad debería resolver la multiplicidad de resultados.

9. La imprudencia leve queda ahora destipificada; ninguna mención se hace en el CP tras el año 2015 a este respecto. Las anteriores imprudencias leves quedan, por tanto, relegadas a las vías civil o administrativa, por no presentar un contenido mínimo de significancia que justifique la intervención del sistema punitivo en su prevención o en su castigo. No obstante, debe tenerse en cuenta que, como se ha afirmado, la actual figura de imprudencia menos grave también se alimenta de los supuestos más graves de la anterior imprudencia leve. Por tanto, no hay lugar a automatismos: un caso que con anterioridad al año 2015 hubiera sido calificado de imprudencia leve, deberá ahora analizarse, en función de las pautas de graduación aplicables, si se subsume ahora en la imprudencia menos grave o en la leve. Este mayor esfuerzo en el análisis de la imprudencia es lo que procura una mejor graduación del tipo imprudente, y una mejor asignación de pena para cada caso concreto.

CONCLUSIONES

I. Se defiende en este trabajo una concepción de imprudencia como injusto. Podremos hablar de injusto imprudente, por tanto, cuando se determine la infracción de la norma de cuidado. La norma de cuidado, entendida como norma de determinación, es el elemento esencial del injusto imprudente, la norma penal, contenida en los tipos delictivos de la parte especial. A su vez, la norma de cuidado viene configurada por los deberes objetivo y subjetivo de cuidado. Solo cuando se constate la infracción de los deberes objetivo y subjetivo de cuidado podremos hablar de injusto imprudente. El deber objetivo de cuidado configura el aspecto objetivo de la norma de cuidado, y comporta la no realización de conductas que generan riesgos no permitidos para bienes jurídicos, así como la necesidad de adoptar las cautelas oportunas para evitar que la conducta peligrosa acabe materializándose en un resultado lesivo.

II. Las reglas técnicas, ya sean de naturaleza jurídica o extrajurídica, tienen un mero carácter indiciario del contenido del deber objetivo de cuidado: el cuidado externo deberá determinarse atendiendo a las circunstancias concretas del caso, y no a la regulación general. Se defiende la teoría de los poderes individuales, tanto respecto de los superiores como de los inferiores, así como la necesidad de tomarlos en consideración ya en el injusto, y no en la culpabilidad. Así, el deber objetivo de cuidado deberá ser determinado, precisamente, en función de las capacidades especiales del autor, pues solo de este modo se garantiza la exigencia del mismo esfuerzo en todas las personas, como expresión de los principios de igualdad y justicia material. En la determinación del deber objetivo de cuidado, cobra especial relevancia el riesgo permitido, en relación con la utilidad social de la conducta, y el principio de confianza, en relación con las conductas de terceros. La utilidad social permite la asunción de riesgos previsibles *ex ante* que no necesariamente han de ser abarcados por el deber objetivo de cuidado, mientras que, en su vertiente negativa -desvaloración social- puede suponer que riesgos insignificantes superen el riesgo permitido y sean considerados como típicamente relevantes. El principio de confianza, puesto en

relación con los principios de desconfianza y de defensa, puede modificar el deber objetivo de cuidado del autor, exigiéndole prever riesgos que, en otro caso, serían considerados imprevisibles *ex ante*.

III. La previsibilidad, como elemento del deber subjetivo de cuidado, se defiende como previsibilidad individual. Mientras que en la culpa consciente el autor reconoce el riesgo de lesión creado por su conducta, en la culpa inconsciente deberá determinarse si al autor le era exigible conocer el riesgo de lesión, y en tal caso, si le era posible prever la posibilidad de lesión. Se hace evidente, por tanto, la estrecha vinculación entre previsibilidad y cognoscibilidad, en tanto que la previsibilidad de la posibilidad de realización típica es precisamente el contenido de la cognoscibilidad. La cognoscibilidad, por su parte, es el elemento fundamental del tipo imprudente, entendido como deber de conocer la concreta previsibilidad de realización típica. El desconocimiento de la situación típica, por tanto, no será suficiente para fundamentar el castigo imprudente, sino que debe exigirse la existencia de un deber de evitar tal desconocimiento. Se defiende, de este modo, un concepto de cognoscibilidad como exigibilidad del conocimiento del peligro, que deberá determinarse atendiendo a todas las circunstancias objetivas concurrentes, y las capacidades especiales del autor.

IV. Si definimos el injusto imprudente como la infracción de la norma de cuidado, la gravedad de tal infracción es el único criterio que debe tenerse en cuenta para graduar la imprudencia. Las distintas consecuencias penológicas que comporta la considerar los distintos grados de imprudencia implica que solo pueda explicarse dicha graduación en base a la norma penal, la norma de determinación. La norma de cuidado, a su vez, está compuesta por los deberes objetivos y subjetivos de cuidado. Estos serán los subcriterios de graduación de la imprudencia, en tanto que, si bien no afectan a la gravedad de la imprudencia de forma inmediata, sí lo hacen de forma mediata: la gravedad de la infracción de los deberes objetivo y subjetivo de cuidado determinará la gravedad de la infracción de la norma de cuidado. A su vez, existen determinados elementos que afectan a la gravedad de la infracción de los deberes de objetivo y subjetivo

de cuidado: estos son denominados pautas de graduación. El juicio conjunto de las pautas de graduación permite determinar la gravedad de la infracción de los deberes objetivo y subjetivo de cuidado.

V. Se ha dicho que las reglas técnicas son un mero indicio del deber objetivo de cuidado, en tanto no tienen por qué coincidir en el caso concreto. En consecuencia, las reglas técnicas no pueden ser una pauta de graduación del deber objetivo de cuidado, pues solo se les puede reputar el mismo carácter indiciario de la gravedad de la infracción. En nada es relevante, a estos efectos, la distinción entre reglas técnicas jurídicas y extrajurídicas, pues de ambas se reputa la misma eficacia indiciaria. Ello no quiere decir que las reglas técnicas sean del todo irrelevantes en la graduación de la imprudencia: servirán para graduar otras pautas de graduación, como la peligrosidad *ex ante* de la conducta, o la previsibilidad individual de la lesión. La importancia del bien jurídico en riesgo, en cambio, sí es una pauta de graduación del deber objetivo de cuidado: un bien jurídico esencial exige mayores cautelas o medidas más cuidadosas. También lo es la valoración social del riesgo, en relación con el riesgo permitido, pues la importancia, necesidad, interés social y beneficios de la conducta peligrosa pueden determinar la menor gravedad del deber objetivo de cuidado. Una última pauta de graduación del deber objetivo de cuidado la constituye la peligrosidad de la conducta, en relación con las medidas de control adoptadas. De este modo, cuanto más peligrosa sea la conducta, más gravemente se habrá infringido el deber de cuidado; y, en contra, cuantas más medidas de control del riesgo efectivas se hayan adoptado, menor gravedad se reputará de la conducta infractora del deber de cuidado.

VI. En cuanto al deber subjetivo de cuidado, se descarta la utilidad del criterio de la previsión del resultado para graduar la imprudencia. Así, la distinción entre culpa consciente e inconsciente deviene irrelevante a estos efectos. Si bien suele afirmarse que la representación del resultado predispone al autor a tomar medidas de control sobre el riesgo, esta consideración deberá ser estudiada en sede de peligrosidad de la conducta, como pauta de graduación del deber

objetivo de cuidado, pero en nada afectará a la graduación del deber subjetivo de cuidado. La pauta de graduación que determina la gravedad del deber subjetivo de cuidado es la previsibilidad individual del resultado de lesión, partiendo de los conocimientos que el autor tiene o debería tener respecto al riesgo creado por su conducta. Especialmente relevantes serán, para la determinación de la previsibilidad individual, las reglas técnicas aplicables al sector de actividad y circunstancias del caso concreto.

VII. Una vez determinada la gravedad de la imprudencia en atención al juicio conjunto de pautas de graduación, que determinan la gravedad de los subcriterios de graduación de la imprudencia, ésta puede verse igualmente afectada por la concurrencia de riesgos creados por terceras personas. De este modo, los supuestos de coautoría accesoria o de autopuesta en peligro relevante de la víctima, pueden degradar la gravedad de la imprudencia inicialmente determinada; no así los supuestos de codelincuencia imprudente, para las que rige el principio de imputación recíproca.

VIII. El ámbito de la delincuencia imprudente es uno de los que mayores modificaciones ha sufrido, desde un punto de vista cuantitativo como desde un punto de vista cualitativo. La reforma llevada a cabo mediante la LO 1/2015 introduce el concepto de imprudencia menos grave, desconocido hasta entonces, como nuevo límite inferior a la punición de la imprudencia. Se defiende que el concepto de imprudencia menos grave detrae para sí los supuestos más leves de la anterior imprudencia grave, así como los supuestos más leves de la anterior imprudencia grave. Esto es así por entender que la relación gradual entre las distintas clases de imprudencia es necesariamente de *plus-minus*, siendo que con anterioridad al año 2015, el límite inferior de la imprudencia grave coincidía con el límite superior de la imprudencia leve. Tras la introducción de una suerte de *imprudencia intermedia*, como es al imprudencia menos grave, no cabe sino concluir que su ámbito de aplicación es ese grado medio al que se alude. Así, la imprudencia grave queda nuevamente configurada como una imprudencia de especial gravedad, que requiere para su constatación una

infracción de la norma de cuidado de mayor gravedad de lo que requería la imprudencia grave antes del años 2015, y esto no solo es aplicable a los delitos de homicidio y lesiones, en los que se prevé la posibilidad de comisión por imprudencia menos grave, sino también en el resto de tipos imprudentes en los que solo se prevé esta modalidad de comisión. La nueva imprudencia leve, en cambio, queda relegada a los supuestos más leves de la anterior imprudencia leve, así como a la totalidad de los casos antes considerados de *culpa levísima*, debiendo ser el juez o tribunal especialmente cuidadoso al examinar los supuestos que, con anterioridad a la reforma, hubieran quedado englobados holgadamente en la anterior concepción de imprudencia leve.

IX. Las novedades más destacables de las reformas que han afectado al delito imprudente son, de un lado, la pretendida equiparación de la imprudencia grave a la infracción del art. 379 CP y de la imprudencia menos grave a las infracciones graves LSV, así como la introducción de los arts. 142 bis CP y 152 bis CP. Como se ha defendido, las reglas técnicas no son una pauta de graduación del deber objetivo de cuidado, por lo que no afectan, ni siquiera de forma mediata, a la graduación de la imprudencia. En consecuencia, no puede aceptarse una equiparación automática entre la infracción de la regla técnica, ni siquiera de naturaleza penal, con una determinada clase de imprudencia, ya sea grave o menos grave. El juez o tribunal deberá determinar, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, y en atención a las pautas de graduación de los deberes objetivo y subjetivo de cuidado, la verdadera gravedad de la infracción de la norma de cuidado, y determinar así si la conducta enjuiciada se corresponde con la imprudencia grave o menos grave. En cuanto a los arts. 142 bis y 152 bis, se descarta la existencia de una imprudencia más grave que la imprudencia grave, siendo que los criterios que establece el legislador para atender a la notoria gravedad de la conducta son los mismos que han de determinar su graduación. Suponen esos artículos, por tanto, en realidad, una regla concursal especial, determinada a aumentar significativamente la pena en los casos en que la conducta de riesgo determine una multiplicidad de resultados

lesivos, desplazando de este modo las reglas del concurso ideal de delitos en otro caso aplicables.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUADO LÓPEZ, S., *El delito contra la seguridad en el trabajo. Artículos 316 y 317 del Código Penal*, Valencia, 2002.

- LA MISMA, «La imprudencia menos grave. Concepto y criterios para su correcta calificación jurídica tras las últimas reformas», *LLP*, nº 141, 2019.

ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1940.

ANTÓN Y ABAJO, A., «Sucumbir a los sesgos. La imprudencia menos grave y la STS (Sala 2ª) 421/20, de 22 de julio de 2020», *Diario La Ley*, nº 9805, 2021.

ARROYO ZAPATERO, L., *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, 1981.

BINAVICE, E., *Die vier Momente der Fahrlässigkeit*, Bielefeld, 1969.

BOLEA BARDON, C., «Imputación de resultados lesivos en accidentes laborales. Cuotas de responsabilidad», en Mir Puig (dir.) *Protección penal de los derechos de los trabajadores: seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Barcelona, 2009.

CANCIO MELIÁ, M., «Conducta de la víctima e imputación objetiva», *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, nº 47, 1997.

CASTIÑEIRA PALOU, M./ LLOBET ANGLÍ, M./ MONTANER FERNÁNDEZ, R., «Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas: criterios jurisprudenciales», *Indret*, nº 1, 2005.

CASTRO MORENO, A., «Comentario Crítico a la LO 2/2019, de 1 de marzo, de reforma del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor y ciclomotores: el nuevo delito de abandono del lugar del accidente», *LLP*, nº 138, 2020.

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, 6ª ed., Madrid, 1998.

CHOCLÁN MONTALVO, J., «Deber de cuidado y riesgo permitido», *CDJ*, nº 3, 2002.

COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Valencia, 1996.

CONTRERAS, CHAIMOVICH, L., «Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, nº 25, 2018.

CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed., Buenos Aires, 2013.

- LA MISMA/ CARDENAL MONTRAVETA, S./ HORTAL IBARRA, J., «Protección penal de los accidentes laborales (a propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 2ª, 2 de septiembre de 2003)», *RPJ*, nº 71, 2003.
- LA MISMA, *Criterios jurisprudenciales en torno al delito imprudente*, tesina inédita, Barcelona, 1984.

CUENCA GARCÍA, M., «La incidencia de la “nueva” imprudencia menos grave en la siniestralidad laboral», en De la Cuesta Aguado (coord.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Valencia, 2018.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *La graduación de la imprudencia*, 1ª ed., Navarra, 2020.

- EL MISMO, «La imprudencia menos grave», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2018.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Siniestralidad vial, delitos imprudentes y fuga*, Madrid 2019.

DE VICENTE REMESAL, J., «La regulación de la imprudencia en el Código penal», *Revista xurídica galega*, nº 23, 1999.

- EL MISMO, «Dos propuestas legislativas antagónicas sobre el homicidio por imprudencia leve: referencia especial al ámbito de la seguridad vial», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal*, nº 36, 2021

DEL RÍO MONTESDEOCA, L., *Los delitos de homicidio y lesiones imprudentes en el ámbito laboral*, Valencia, 2017.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./ PAREDES CASTAÑÓN, J., *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999, ponente, Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater)*, León, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, J., *Derecho penal español. Parte general*, 5ª ed., Valencia, 2020.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E., «Reflexiones sobre la técnica legislativa y la reforma penal de la imprudencia en supuestos de conducción de vehículos a motor», *REDS*, nº 13, 2018.

DOVAL PAÍS, A., «El nuevo régimen penal de las imprudencias menos graves y leves», en Quintero Olivares (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Madrid, 2015.

- EL MISMO/ JUANATEY DORADO, C., «Algunos comentarios críticos sobre la reforma del régimen de los resultados lesivos por imprudencia en la conducción y la sanción del abandono del lugar del accidente (LO 2/2019)», en De Vicente Remesal (dir.) *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Madrid, 2020.
- EL MISMO, «Homicidios y lesiones por imprudencia: evolución, nuevo régimen y límites», *LLP*, nº 119, 2016.

ENGISCH, K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 2ª ed., Berlin, 1964.

- EL MISMO, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübinga, 2021.

ESTEVE PARDO, J., *Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento el riesgo tecnológico en el derecho ambiental*, Barcelona, 1999.

FARALDO CABANA, P., «La despenalización de las faltas. Entre la agravación de las penas y el aumento de la represión administrativa», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2014.

- LA MISMA, *Los delitos leves. Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas*, Valencia, 2016.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia*, Barcelona, 2001.

- EL MISMO, «La imprudencia en el Código Penal de 1995 (cuestiones de lege data y de lege ferenda)», *CPC*, nº 62, 1997.
- EL MISMO, «Los límites político criminal de la responsabilidad por imprudencia: la imprudencia leve como hecho punible», *RPJ*, núm. 61, 2001.

FELIP I SABORIT, D., «Homicidio», en Silva Sanchez (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª ed., Barcelona, 2021.

FRISCH, W., *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988.

GIL GIL, A., *El delito imprudente: fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Barcelona, 2007.

GIMERNAT ORDEIG, E., *¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?*, Lima, 2009.

- EL MISMO, «Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos», *RDCirc*, 1965.

GÓMEZ MARTÍN, V., «Título I. Del homicidio y sus formas», en Corcoy Bidasolo (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 1ª ed., Valencia, 2015.

HAVA GARCÍA, E., *La imprudencia inconsciente*, Granada, 2002.

HORTAL IBARRA, J., *Protección penal de la seguridad en el trabajo. Una aproximación a la configuración del derecho penal en la “sociedad del riesgo”*, Barcelona, 2005.

JAKOBS, G., *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, 1972.

- EL MISMO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlin, 1991.

JESCHEK, H., *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 5ª ed., Perú, 2014.

JUANATEY DORADO, C., «Lección I. Homicidio», en Boix Reig (dir.), *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed. Valencia, 2016.

KAUFMANN, A., *Teorías de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, (trad. A cargo de Bacigalupo Zapater y Garzón Valdés), Buenos Aires, 1977.

LANZAROTE MARTÍNEZ, P., «El nuevo delito de imprudencia menos grave en la reforma del Código Penal de 2015», *DLL*, nº 8600, 2015.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid 1994.

LUZÓN PEÑA, D., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Valencia, 2016.

- Luzón Peña, *Derecho penal de la circulación. Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1985.

MAGRO SERVET, V., «La imprudencia menos grave y la referencia del último inciso del art. 152.2.2 CP de atendida la entidad de esta infracción...», *Tráfico y seguridad vial*, nº 254, 2020.

- EL MISMO, «¿Es la infracción grave de la circulación imprudencia grave o menos grave?», *Tráfico y seguridad vial*, nº 240, 2019.
- EL MISMO, «Esquema sobre la reforma del Código Penal en materia de imprudencias en la seguridad vial», *Tráfico y seguridad vial*, nº 234, 2018.
- EL MISMO, «Los accidentes de tráfico y su consideración punible como imprudencias menos graves», *Tráfico y seguridad vial*, nº 218, 2017.

MANZANARES SAMANIEGO, J., *La reforma del Código Penal de 2015 conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Madrid, 2015.

MARTÍN SANTOS, M., *La nueva regulación de la imprudencia en el Código Penal tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. La imprudencia menos grave*, Fiscalía Provincial de Granada.

MAZA MARTIN, J., «La imprudencia y otras infracciones penales cometidas con ocasión de la circulación de vehículos a motor. Cuestiones de interés judicial», *CDJ*, 1993.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 11ª ed., Barcelona, 2019.

- EL MISMO, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Barcelona, 1990.
- EL MISMO, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1979.

MORALES PRATS, F., «Artículo 142», en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código penal español*, 7ª ed., Navarra, 2016.

MORELL ALDANA, L., «Ley Orgánica 11/2022. El enésimo retoque a los delitos contra la seguridad vial», *Tráfico y seguridad vial*, nº 278, 2022.

MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal: Parte General*, 10ª ed., Valencia, 2019.

NIESE, W., *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tubinga, 1951.

OLAIZOLA NOGALES, I., «La relación entre los delitos de peligro y la graduación de la imprudencia en los delitos contra la seguridad vial», en Luzón Peña (dir.), *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, 2010.

- LA MISMA, «Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 316 y 317 CP) y su relación con los resultados lesivos», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2010.
- La misma, «Las definiciones auténticas de la imprudencia en el ámbito de la seguridad vial», *RP*, nº 46, 2020.

ORLANDIS ROVIRA, J., «Sobre el concepto del delito en el Derecho de la Alta Edad Media», *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 16, 1945.

PAREDES CASTAÑÓN, J., *El riesgo permitido en el Derecho penal*, Madrid, 1994.

PREUSS, W., *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Berlin, 1974.

QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Derecho penal de la culpa*, 1ª ed., Barcelona, 1958.

RAMOS TAPIA, M., «Lección 8», en Zugaldía Espinar (dir.) *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Valencia, 2021.

REHBERG, J., *Zur Lehre vom erlaubten Risiko*, Zurich, 1962.

ROBINSON, P., «A Brief History of Distinctions in Criminal Culpability», *Hastings Law Journal*, Vol. 31, 1980.

RODRÍGUEZ DELGADO, J., *El delito imprudente: una visión funcional desde el Código Penal Peruano*, 2ª ed., Lima, 2013.

RODRÍGUEZ LAINZ, J., «Comentario de urgencia a la reforma de los delitos leves por imprudencia menos grave en materia de tráfico en la Ley Orgánica 11/2022», *DLL*, nº 10141, 2022.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ MORO, L., «La configuración de la imprudencia como grave y menos grave en los delitos de homicidio y lesiones de los arts. 142 CP y 152 CP tras la reforma del Código por la LO 1/2015», *RDPC*, nº 20, 2018.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «La imprudencia simple sin infracción de reglamentos en el Código Penal», *ADPCP*, Tomo 16, Fasc. 3, 1963.

ROMEO CASABONA, C., «Los delitos culposos en la reforma penal», *ADPCP*, Tomo 43, Fasc. 2, 1990.

ROSO CAÑADILLAS, R., «La concurrencia de imprudencias. Sus efectos en la teoría del delito», *RPJ*, nº 46, 1997.

ROXIN, C., *Derecho penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (trad. Y notas de la 2ª ed. alemana a cargo de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, de Vicente Remesal), 5ª reimp., Madrid, 2008.

- EL MISMO, «¿Qué queda de la culpabilidad en derecho penal?», *CPC*, nº 30, 1986
- EL MISMO, *Problemas básicos de Derecho penal* (trad. A cargo de Luzón Peña), Madrid, 1976.

SCHÜNEMANN, B., «Las reglas de la técnica en Derecho penal», *ADPCP*, Tomo 47, Fasc. 3, 1994.

- EL MISMO, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *JA*, 1975.

SILVA SÁNCHEZ, J., «El Sistema de incriminación de la imprudencia y sus consecuencias», *CDJ*, nº 27, 1996.

- EL MISMO, «¿Genera derechos la Buena suerte? Sobre el papel del resultado en Derecho penal», en Gómez Martín (dir.) *Un modelo integral de Derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Madrid, 2022.
- EL MISMO, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986.

SILVELA, L., *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 2ª ed., Madrid, 1908.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «Del homicidio y sus formas (art. 138 y ss)» en Gonzalez Cussac (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, 2015.

TERRADILLOS BASOCO, J., «Homicidio y lesiones por imprudencia, imprudencia profesional. Concurrencia de culpas», *CDJ*, nº 15, 2005.

TORÍO LÓPEZ, A., «El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos», *ADPCP*, Tomo 27, Fasc. 1, 1974.

TORRES FERNÁNDEZ, M., «Reflexiones sobre algunos efectos administrativos del llamado “carnet por puntos” en las consecuencias penales de los delitos contra la seguridad en el tráfico», en Morillas Cueva (coord.), *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: aspectos penales, civiles y procesales*, Madrid, 2007.

VON LISTZ, F., *Tratado de Derecho penal: Tomo II*, 2ª ed., Madrid, 2020.

WELZEL, H., *Deutsches Strafrecht*, 11ª ed., Berlin, 1969.

- EL MISMO, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Göttingen, 1951.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Jurisprudencia del Tribunal Supremo

STS de 28 de febrero de 1927

STS 8 de junio de 1985 (Gil Sáez)

STS de 5 de febrero de 1981 (García Miguel)

STS de 31 de marzo de 1982 (Rodríguez López)

STS de 18 de octubre de 1982 (Castro Pérez)

STS de 4 de noviembre de 1989 (Delgado García)

STS 17 de noviembre de 1992 (Soto Nieto)

STS 18 de noviembre de 1991 (De Vega Ruiz)

STS de 23 de abril de 1992 (Bacigalupo Zapater)

STS 178/1996, de 19 de febrero (Martínez Pereda Rodríguez)

STS 1166/1998, de 10 de octubre (Giménez García)

STS 1265/2000, de 6 de julio (Abad Fernández)

STS 291/2001, de 27 de febrero (Jiménez Villarejo)

STS 2201/2001, de 6 de marzo (Marañón Chávarri)

STS 1133/2001, de 11 de junio (Granados Pérez)

STS 2252/2001, de 29 de noviembre (Aparicio Calvo-Rubio)

STS 2235/2001, de 30 de noviembre (Bacigalupo Zapater)

STS 1763/2001, de 19 de diciembre (Marañón Chávarri)

STS 649/2002, de 12 de abril (Soriano Soriano)

STS 1697/2002, de 19 de octubre (Martín Canivell)

STS 966/2003, de 4 de julio (Delgado García)

STS 282/2005, de 4 de marzo (Colmenero Menéndez de Luarca)

STS 256/2006, de 10 de febrero (García Pérez)

STS 16/2009, de 27 de enero (Berdugo y Gómez de la Torre)

STS 181/2009, de 23 de febrero (Prego de Oliver y Tolivar)

STS 186/2009, de 27 de febrero (Monterde Ferrer)

STS 1089/2009, de 27 de octubre (Jorge Barreiro)

STS 1415/2011, de 23 de diciembre (Jorge Barreiro)

STS 54/2015, de 11 de febrero (Berdugo y Gómez de la Torre)

STS 644/2016, de 14 de julio (De la Cuesta y de Quero)

STS 805/2017, de 11 de diciembre (Sánchez Melgar)

STS 421/2020, de 22 de julio (del Moral García)

- Jurisprudencia de Audiencias Provinciales

SAP Burgos (Sección 1ª) de 7 de marzo de 2003 (Carreras Maraña)

SAP Málaga (Sección 2ª) 248/2005, de 20 de abril (Alarcón Barcos)

SAP Granada (Sección 2ª) 176/2006, de 17 de marzo (González Niño)

SAP Madrid (Sección 7ª) 250/2008, de 25 de septiembre (Fernández Soto)

SAP Madrid (Sección 30ª) 884/2016, de 12 de diciembre (Fernández Soto)

SAP Madrid (Sección 7ª) 488/2016, de 21 de septiembre (Acevedo Frías)

SAP Madrid (Sección 17ª) 304/2017, de 3 de mayo (Regalado Valdes)

SAP Murcia (Sección 3ª) 274/2017, de 20 de junio (Martínez Noguera)

SAP Madrid (Sección 3ª) 162/2019, de 18 de marzo (Bermúdez Ochoa)

- Jurisprudencia de instancia

SJP núm. 4 Palma 19/2000, de 19 de enero (Izquierdo Tellez)

SJP núm. 1 Pamplona 279/2015, de 24 de septiembre (Alemán Ezcaray)