

SOBRE LA DOGMÁTICA DE LO COTIDIANO: LA IMPRUDENCIA PUNIBLE*

BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ**

Resumen: Análisis, con base en un caso cotidiano, de los requisitos para poder imputar un delito imprudente de resultado con la pretensión de demostrar que ciertos intentos de deslegitimar la imprudencia como modalidad delictiva, especialmente por su deficiente determinación legal, se encuentran infundados.

Palabras clave: Delito imprudente, homicidio imprudente, imputación objetiva, infracción del deber de cuidado, fin de protección de la norma de cuidado.

Abstract: Review, based on a daily event, of the requirements to attribute a resulting misdemeanour with the intention of demonstrating that certain attempts to delegitimize negligence as a criminal modality, especially for its poor legal determination, are unfounded.

Keywords: misdemeanour, manslaughter caused by negligence, proximate causation, breach of duty of care, protective end of the standard of care.

SUMARIO: I. LOS HECHOS; II. EL PLANTEAMIENTO; III. EL TIPO OBJETIVO DEL DELITO DE HOMICIDIO; 1. La creación no permitida de un riesgo; 2. La concreción o realización del riesgo típico en el resultado; IV. LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA; 1. La infracción del deber de cuidado; 2. La imputación del resultado a título de imprudencia; V. LA CULPABILIDAD; VI. CONCLUSIÓN; VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. LOS HECHOS

En la decisión de fecha 29.09.2010, recaída en la Causa Nro. 1133 –Sala II– de la Cámara Nacional de Casación Penal de la República de Argentina se exponen los siguientes hechos:

Un conductor de autobús detuvo el transporte para el ascenso y descenso de pasajeros en una parada. Al no observar a través del respectivo espejo retrovisor

* Fecha de recepción: 11 de abril de 2013.
Fecha de aceptación: 13 de junio de 2013.

** Catedrático de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: bernardo.feijoo@uam.es.

externo ni del espejo interno que enfoca hacia las escaleras de descenso del rodado, no esperó a que una pasajera descendiera de dicha unidad por la puerta trasera ubicada en el medio del automotor, reanudando su marcha sin constatar que todos los pasajeros hubieran efectivamente bajado. Dicha acción provocó la caída al pavimento de la damnificada, arrollándola con sus ruedas traseras derechas. Como consecuencia de las lesiones sufridas la pasajera falleció al día siguiente.

II. EL PLANTEAMIENTO

Este sencillo caso nos permite plantearnos algunas cuestiones básicas del debate dogmático sobre el delito imprudente de los últimos tiempos. Ha resurgido con virulencia la cuestión clásica de que el delito imprudente infringiría el mandato de determinación derivado del principio de legalidad penal¹. Incluso algún autor ha llegado a predicar la anticonstitucionalidad de la punición de la imprudencia por implicar siempre una infracción del principio de legalidad². Dejando de lado en estos momentos que el mandato de determinación o taxatividad sea menos exigente con respecto a las instituciones de la parte general que a las figuras delictivas de la parte especial, nunca he entendido bien esta cuestión si se plantea en los siguientes términos: ¿Está menos determinado un delito imprudente que su correspondiente equivalente doloso? Concretando, ¿se encuentra menos determinada por la ley la tipificación de la conducta “suponer un funcionario de forma dolosa la intervención de personas que no la han tenido” (art. 390.1.3º) que “suponer un funcionario por imprudencia grave la intervención de personas que no la han tenido” (art. 391)? Se podría discutir la legitimidad de criminalizar el segundo supuesto por la menor vinculación subjetiva del autor con su hecho y el carácter fragmentario del Derecho Penal (muchos códigos penales carecen de un delito de falsedad de documentos imprudente), pero no por su mayor indeterminación.

¹ En tiempos recientes DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Tubinga, 2001, p. 206, 487, si bien asumiendo la posibilidad de una interpretación conforme a la constitución del término “imprudencia”; el mismo, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., Munich, 2011, 15/33 ss.; el mismo, “Fahrlässigkeit und Bestimmtheitsgebot”, *Festschrift für Günter Kohlmann*, Colonia, 2003, pp. 13 ss.; SILVA SANCHEZ, “Mandato de determinación e imprudencia”, *InDret* 2/2012, con referencias a la actual discusión en Alemania sobre esta cuestión. Anteriormente, en profundidad, FEJOO SANCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, Barcelona, 2001, pp. 248 ss., en relación a la tradicional polémica sobre si los tipos imprudentes son tipos penales abiertos o necesitados de integración.

² Con toda radicalidad, SCHMITZ, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., Munich, 2011, 1/51 s., desarrollando la idea en su trabajo “Nullum crimen sine lege und die Bestrafung fahrlässigen Handelns”, en *Recht-Wirtschaft-Strafe, Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2010, pp. 181 ss., basándose especialmente en las contribuciones de DUTTGE, (*Fahrlässigkeitsdelikten*, nota 1), MIKUS, *Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts*, Berlín, 2002 y CIACCHI, *Fahrlässigkeit- und Bestimmtheitsgebot-Deutschland und Italien im Vergleich*, Colonia, 2005, y respondiendo a algunas críticas previas de HERZBERG a esta posición que cuestiona el respeto del delito imprudente al principio de legalidad. Responde críticamente a este trabajo HERZBERG, “Die Fahrlässigkeit als Delikt Voraussetzung und das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG)”, *ZIS* 5/2011, pp. 444 ss.

Con estos presupuestos, y aprovechando la valoración del fallo de este caso real de la jurisprudencia argentina, que se corresponde con supuestos de los que se encuentran todos los días los órganos de justicia, se hará una exposición encaminada a argumentar que no existen diferencias estructurales entre el delito imprudente y el doloso.

III. EL TIPO OBJETIVO DEL DELITO DE HOMICIDIO

Los problemas para defender la legitimidad del delito imprudente son menores si se entiende que los delitos imprudentes tienen el mismo tipo objetivo que los delitos dolosos correspondientes. Desde esta perspectiva, se puede constatar como algunos problemas de indeterminación en los casos de homicidios o lesiones imprudentes no vendrían motivados por tratarse de responsabilidad por imprudencia, sino más por la propia naturaleza de determinados tipos, tal y como sucede con los tipos denominados puros de resultados o prohibitivos de causar. No se trata de negar que los tipos penales en los que las conductas sólo se describen en relación a sus consecuencias encierren ciertas dificultades, pero las dificultades no varían en función de la modalidad de imputación subjetiva.

La teoría de la imputación objetiva ha desvanecido en parte estas dificultades estableciendo criterios para poder imputarle a alguien un hecho como injusto penal, lo que aplicado al delito de homicidio –doloso o imprudente– significa que la conducta ha adquirido objetivamente (intersubjetivamente) de acuerdo con la configuración del orden social existente el significado de matar a otro. Ante la extensión formal y gramatical de esta modalidad de tipos penales, que suelen caracterizar las tipificaciones de los delitos de lesión que protegen la vida humana y la salud, la doctrina y la jurisprudencia³, a través de la teoría de la imputación objetiva, han conseguido ir ofreciendo unos contornos político-criminalmente aceptables a estos tipos tradicionales que han venido centrando desde hace siglos la atención y los esfuerzos doctrinales. Es cierto que todavía se mantienen gran número de cuestiones de detalle por discutir. Pero cuando se pretenden debilitar las aportaciones de la teoría reprochándole el carácter vago o ambigüo de la misma así como el de sus criterios, hay que tener en cuenta que la vaguedad o ambigüedad afecta a una mayor o menor restricción de los tipos, pero que los criterios normativos expuestos siempre restringen el amplio alcance que tendrían los tipos puros de resultado con base en una interpretación meramente gramatical. Si bien es cierto que la teoría de la imputación ha conducido a un proceso de “desformalización” de los tipos –si se me permite la expresión–, ello es una tendencia que se debe aplaudir porque

³ Sobre la importancia de la teoría de la imputación objetiva en la doctrina del Tribunal Supremo, vid. STS 495/2011, de 1 de junio. No se trata sólo de una aceptación nominativa. El Tribunal Supremo está utilizando instituciones que configuran la teoría para absolver o no imputar hechos típicos. Vid. por muchas, a título de ejemplos significativos, SSTS 301/2011, de 31 de marzo sobre el principio de autorresponsabilidad de la víctima como criterio normativo que restringe el tipo penal y 1300/2009, de 23 de diciembre sobre la denominada doctrina de los “actos neutrales”.

ha permitido integrar en la interpretación de los tipos penales el sentido de los mismos de acuerdo con la configuración vigente de las relaciones sociales

En el presente caso la mujer muere de unas lesiones que tienen su origen en que la rueda del autobús le pasa por encima y el hecho de que estuviera en ese lugar proviene, a mayores, de la caída producida por el arranque del colectivo con las puertas abiertas. La misma persona es responsable de la caída de la mujer y de que el autobús pasara por encima de su cuerpo una vez en el suelo, lo cual simplifica los problemas de imputación.

1. La creación no permitida de un riesgo

Forma parte de los conocimientos elementales sobre la tipicidad de cualquier estudiante de Derecho que para entender a una persona autora de la muerte de otra no basta con establecer una relación de causalidad, sino que los tipos de resultado implican la creación no permitida de un riesgo que se realiza o concreta en el resultado. Los tipos puros de resultado no desvaloran sólo como hecho una relación de causalidad de una persona con un resultado típico. No cabe duda de que pasar por encima del cuerpo de una persona con un autobús representa la creación no permitida de un riesgo: tenemos un haz o conjunto de condiciones que permiten explicar el resultado típico sin necesidad de ulteriores condiciones. Es más, en este caso el conductor es incluso responsable de que la mujer cayera al pavimento ante las ruedas al poner en movimiento el vehículo (equivalente a haber empujado directamente a la mujer mientras bajaba las escaleras) con las puertas del abiertas y, por tanto, de haber convertido una actividad escasamente peligrosa (bajar unos peldaños) en una situación lesiva. Es el conductor el único responsable de “haber convertido el mundo en algo más peligroso” para la pasajera.

No toda creación de riesgo es, sin embargo, relevante a efectos de tipicidad. Se excluye la misma cuando la conducta está permitida o tolerada por el ordenamiento jurídico. En esos casos se está haciendo un uso legítimo de la libertad de actuación. Cuando se trata de delitos que ofrecen una protección amplia, como los delitos de homicidio, suele estar prohibido realizar una conducta idónea para acabar con la vida de alguien. Sin embargo, incluso en estos tipos existen conductas adecuadas para matar que están toleradas socialmente y por el ordenamiento jurídico. No sólo en actividades deportivas, en las que juega también un papel que sólo se ven afectadas las personas que deciden exponerse a los riesgos deportivos, sino en supuestos en los que es evidente que el fundamento de la permisión no tiene nada que ver con el consentimiento de las personas afectadas. Por ejemplo, el contagio de enfermedades. Sólo hay que pensar que cada año mueren varias personas de gripe, por ejemplo. Pero también los padres deben dejar a sus hijos de corta edad realizar actividades que pueden ser mortales como andar en bicicleta.

En un principio la doctrina penal construyó la teoría de la imputación objetiva sobre los cimientos de la teoría de la causalidad adecuada⁴. En tal contexto dogmático lo decisivo era que desde una perspectiva *ex ante* no fuera improbable para un espectador razonable con los conocimientos del autor el resultado (“previsibilidad objetiva”). En este punto de vista hermenéutico tradicional, en el que la probabilidad desempeñaba un papel básico, los denominados “conocimientos especiales” afectaban a la permisión de riesgos. Con el tiempo otro sector doctrinal –que se podría definir como más moderno– venimos entendiendo que el significado inicial de la conducta depende de consideraciones sociales o intersubjetivas de acuerdo con la configuración de la sociedad, siendo los conocimientos y capacidades del autor una cuestión a tratar posteriormente en el ámbito de la imputación subjetiva. Es indiferente si el sujeto conocía cierta probabilidad de que el suceso acabara en lesión o sus intenciones si la conducta es definida intersubjetivamente como permitida. No es la probabilidad, sino la configuración normativa de la sociedad, la que configura la permisión de riesgos.

Es cierto que con este punto de partida teórico puede resultar enormemente complejo en supuestos prácticos concretos determinar en determinados ámbitos lo que se encuentra permitido o hasta dónde está permitido realizar determinados comportamientos como ejercicio legítimo de la libertad de actuación. La pregunta “¿Qué derecho tengo o tiene una persona en una determinada situación?” no siempre es una pregunta fácil de contestar. En todo caso esta ambigüedad en la concreción no nos debe hacer rechazar la institución del riesgo permitido (*Rectius*, creación permitida de riesgos). La referencia a la permisión de riesgos es siempre un recurso dogmático para determinar la conducta típica que no tiene efectos expansivos sino restrictivos. Es decir, para paliar los problemas derivados de que, por bien que se encuentre definida la estructura típica que configura el injusto concreto, el tenor literal de los preceptos penales acaba englobando conductas que no se merecen un desvalor o una desaprobación jurídico-penal porque están socialmente permitidas o toleradas (incluso en algún caso fomentadas) o forman parte de los riesgos generales de la vida que todos tenemos que soportar. Ese es un problema jurídico que la mejor técnica legislativa no puede resolver y que sólo puede ser paliado mediante la labor teórica de la dogmática y, posteriormente, por la práctica jurisprudencial gracias a dicha orientación teórica. Este trabajo dogmático y jurisprudencial es especialmente relevante cuando la conducta típica sólo está definida legalmente en relación a sus consecuencias lesivas. En todo caso lo que me interesa destacar una vez más es que este no es un problema propio del delito imprudente.

Aplicando lo dicho a este caso, es evidente que pasar con un autobús por encima de una persona a la que previamente se ha arrojado a las ruedas queda muy lejos de lo tolerado por el ordenamiento jurídico. El caso no plantea problemas desde esta perspectiva como un trato injusto: el conductor del autobús ha afectado ilegítimamente con su comportamiento a otra persona.

⁴ Sobre los orígenes y desarrollo de esta teoría, FEIJOO SANCHEZ, (nota 1), pp. 54 ss.

Cabe señalar que doctrina y jurisprudencia no sólo excluyen la tipicidad de las conductas que se encuentran asumidas por el ordenamiento jurídico conforme a la configuración vigente de la sociedad, sino también en aquellos supuestos en los que el riesgo sería en exclusiva imputable a un tercero o a la propia víctima con base en el criterios normativos como el principio de autorresponsabilidad o la delimitación de ámbitos o esferas de responsabilidad (la denominación es lo de menos: imputación a la víctima, imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima, actuación a propio riesgo, prohibición de regreso, “actuaciones neutrales”, etc.). En el presente caso no se plantean especiales problemas desde esta perspectiva en la medida en la que no hay intervención de un tercero (por ejemplo, si otro fuera responsable de haber arrojado a la mujer ante la rueda trasera) y la víctima se ha comportado correctamente o, al menos, no se ha comprobado un comportamiento fuera de lo normal por parte de los órganos de justicia que han enjuiciado el hecho. Todo viajero que se baja de un transporte colectivo tiene la expectativa legítima y puede confiar en que el transporte no arrancará hasta que el conductor no compruebe que los pasajeros que se bajan se encuentran seguros en la parada o la acera, así como que no arrancará con las puertas abiertas.

En conclusión, y de acuerdo con los hechos declarados como probados, no existe razón alguna para entender que no existe una creación no permitida de un riesgo, es decir, un riesgo relevante para el tipo de homicidio.

2. La concreción o realización del riesgo típico en el resultado

Para que el hecho adquiriera objetivamente el significado de matar (o de causar la muerte de forma típicamente relevante), el riesgo creado de forma no permitida debe ser precisamente el que se realice, concrete u objetivice en el resultado típicamente relevante. Se trata del criterio de la concreción del riesgo, que tiene especial relevancia cuando concurren diversos riesgos, no todos ellos típicos, que permiten explicar el resultado. La mujer fallece como consecuencia de las lesiones producidas al pasar la rueda del autobús por encima de su cuerpo, sin que parezca en este caso que puedan existir otros riesgos concurrentes sin relevancia típica.

IV. LA IMPUTACION SUBJETIVA

1. La infracción del deber de cuidado

En Derecho Penal la mera constatación del tipo objetivo carece de relevancia si no se encuentra vinculado a la infracción de un deber que emana de la norma penal. Según la

doctrina dominante es preciso, para que exista un delito imprudente, que el riesgo se cree mediante la infracción del deber de cuidado (los autores que hablan de cognoscibilidad del riesgo para insistir en el paralelismo con el dolo como conocimiento de un riesgo no permitido en realidad tienen que asumir que están afirmando que el desconocimiento sería vencible si el sujeto hubiera prestado un mayor cuidado que, además, debía prestar). Es evidente que en el caso comentado no hay dolo porque el sujeto, al arrancar, desconocía parte de los factores relevantes que hacen que su conducta adquiera un significado típico, tales como que una mujer –la víctima– estaba bajando y que se había caído debajo del autobús por arrancar demasiado pronto con las puertas abiertas. La imprudencia siempre es error o desconocimiento. Lo relevante es que ese error se encuentra vinculado a la infracción de un deber derivado de una norma de cuidado penalmente garantizada. Es decir, el agente no ha realizado la prestación personal de cuidado que le exige una determinada norma.

Si el injusto doloso en el marco de una concepción normativa lo “despsicologizamos” y lo entendemos también en esencia como la infracción de un deber de evitar una situación de la que se conocen todos los factores relevantes para el tipo (por ello el *error in persona* es un error irrelevante salvo que la identidad del sujeto pasivo o del objeto material sean un elemento del tipo), observamos como tampoco se tiene en pie el reproche de infracción del mandato de determinación. El deber de evitar los riesgos típicos que se conocen no es algo más determinado por la ley que el deber de tener cuidado con ciertos riesgos típicos, teniendo en cuenta que este tipo de deberes dependen ampliamente del contexto de actuación (lo que puede ser correcto en general puede pasar a ser incorrecto en una situación crítica) y de características personales. Es cierto que en este caso, si quedara probado que el conductor, viendo bajar a la mujer, arrancó con las puertas abiertas y la arrolló conscientemente el desvalor de la conducta sería evidente. Sin embargo, que sea más evidente el desvalor jurídico-penal por la mayor vinculación personal del autor con el hecho (coincidencia entre lo subjetivo y lo que efectivamente sucede) no significa que esté más determinada una conducta que otra por la ley. Lo único evidente es que “lo específicamente penal” salta más a la vista cuando existe una correspondencia (aunque haya dudas, como en el dolo eventual) entre las razones que hacen que la conducta adquiera socialmente un significado lesivo y la percepción del agente: el autor es consciente de que está haciendo algo que se entiende socialmente como matar –aunque tenga dudas de si efectivamente va a ser así–.

Los reproches de indeterminación a la responsabilidad por imprudencia vienen provocados por una concepción inadecuada de la imprudencia conforme a la cual el sujeto infringiría el deber de comportarse conforme al comportamiento del *homunculus normalis* como sujeto epistémico idealizado (con la denominación que se quiera: prudente y razonable padre de familia, hombre medio, etc.) en el correspondiente sector del tráfico. Si no sabemos cómo se comportaría un sujeto mínimamente diligente en cada situación porque –por suerte– no están definidas las pautas de actuación para todas las posibles situaciones,

el juez estaría condenando con base en un patrón, baremo o modelo evanescente que ha reconstruido él mismo y con el que integraría *ex post* el juicio de tipicidad⁵.

La referencia a este baremo normativo no debe entenderse, en realidad, más que como un criterio de valoración de la conducta desde la perspectiva de si un agente dispuesto a cumplir con la norma de cuidado habría realizado la misma conducta. Es decir, si un conductor con una disposición jurídica adecuada o mínima para ser cuidadoso con la vida y salud de los demás arrancaría sin cerrar las puertas el autobús y sin comprobar por los espejos que ya todos los pasajeros habían terminado de descender del mismo. A partir de esta regla general, en el caso de actividades peligrosas permitidas siempre que se respeten ciertos deberes de cuidado que tienen que ver con la planificación o control de dichas actividades, las reglas jurídicas extra-penales de precaución o cuidado o los procedimientos establecidos por la compañía de autobuses no sirven más que como indicadores de la infracción del deber de cuidado. Un conductor que arranca en una parada el autobús sin mayores precauciones –las establecidas o bien otras equivalentes– está sin duda infringiendo su deber de cuidado: el riesgo típico ha sido creado imprudentemente.

Este proceso de imputación de deberes no tiene que ser distinto en los delitos imprudentes que en los delitos dolosos. Existe un injusto penal si con los conocimientos y capacidades psicofísicas (instrumentales) de que disponía el agente, el sujeto tenía el deber de evitar el hecho injusto, bien directamente bien debiendo aportar un cierto cuidado. El deber de cuidado no es un deber estandarizado, si así fuera serían ciertas las referencias críticas de un sector de la doctrina a la vulneración del mandato de determinación o taxatividad que deriva del principio de legalidad. El cuidado es una prestación tan personal y sin estandarización como el conocimiento o la capacidad de evitación, y su evaluación normativa (intersubjetiva) depende de los conocimientos o desconocimientos, capacidades y experiencias individuales. El injusto imprudente no se basa en la omisión del cumplimiento de un comportamiento estandarizado mediante referencias a una figura ideal o a través de normas extrapenales, sino que tiene que ver con la prestación del cuidado que exige una determinada situación para no crear riesgos no permitidos para terceros (cuidado necesario en el tráfico). La discusión tradicional sobre si para la determinación del deber de cuidado en el ámbito del injusto se tienen en cuenta las capacidades o discapacidades individuales no es más que un síntoma de una concepción inadecuada de la esencia de la responsabilidad por imprudencia.

Si esto es así, y en la imputación a título de imprudencia no se trata sin más de cumplir con un estándar que no está contenido en la ley, lo que hay que plantearse a efectos de imputación subjetiva es si el sujeto podría haber sido más cuidadoso/menos descuidado en la situación concreta. Si bien es mérito de DUTTGE⁶ haber tratado en profundidad este tipo

⁵ Críticas en profundidad a esta concepción de la imprudencia, FEIJOO SANCHEZ, (nota 1), pp. 98 ss.

⁶ (Fahrlässigkeitsdelikten, nota 1), pp. 401 ss. Recensiona críticamente la obra de DUTTGE, en profundidad, HERZBERG, “Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 2001, pp. 568 ss., con respuesta de DUTTGE a las críticas de HERZBERG en “Ein neuer Begriff der strafrechtlichen

de cuestiones, tomando en consideración las aportaciones de la psicología cognitiva, en una línea que no había sido suficientemente explorada por la dogmática jurídico-penal⁷, creo que su teoría tipológica de la imprudencia⁸ no se encuentra normativamente bien fundada, como intentaré exponer tomando como ejemplo este caso que se está comentando. El énfasis de DUTTGE, en su oposición a la doctrina tradicional, en la no estandarización del baremo de cuidado acaba provocando que incurra en un concepto excesivamente subjetivista del injusto imprudente y a no tener en cuenta que en determinados ámbitos sociales la expectativa de la prestación de cuidado se encuentra fuertemente estandarizada. A diferencia de lo que he venido sosteniendo con mi concepción de la imprudencia⁹, DUTTGE no se conforma con que el autor imprudente tenga conocimiento de la peligrosidad abstracta o general de su conducta para tener que prestar un especial cuidado o atención –con respecto al que existe en mucho ámbitos una estandarización o un nivel permitido de cuidado que permite ciertos fallos–. Este autor exige para fundamentar el desvalor de acción en los delitos imprudentes que existan razones serias o datos concluyentes en la situación concreta (“señales de aviso”) que motiven a reaccionar siendo cuidadoso¹⁰. En este sentido, tomando literalmente los argumentos de DUTTGE, el conductor del autobús que no se para a ver por los espejos en la parada y no se cerciora de que todos los pasajeros ya han bajado correctamente del medio de transporte público debería quedar impune, y sólo respondería aquel conductor que estando pendiente de los espejos comete un fallo de cálculo al entender que ya han bajado todas las personas. DUTTGE considera, por ejemplo, que el aviso mediante señal de que uno circula por una zona escolar no es motivo suficiente para fundamentar la imprudencia si el conductor no se adecua a la situación, a no ser que efectivamente tenga indicios de la presencia de niños cerca de su coche¹¹. Aplicado al presente caso, para el conductor no sería suficiente con saber que está en una parada del autobús con las puertas abiertas, sino que tendría que ser consciente de que una persona de movilidad limitada como una persona mayor está haciendo uso en ese preciso momento de la escalera. De esta manera, si fuera correcta esta teoría, tendría el enorme inconveniente de que se premiaría al más descuidado que no está dispuesto ni a la más mínima prestación de cuidado mientras se gravaría al más prudente. Desde la irrupción de la concepción normativa de la imprudencia a principios del siglo XX está claro que no existe un alineamiento entre percepción subjetiva de peligros y relevancia penal o gravedad de la imprudencia. La conclusión de DUTTGE pasa a convertirse en especialmente sangrante con respecto a aquellos “temerarios habituales” que, por su continua falta de disposición a ser cuidadosos, llegan a acostumbrarse a un estado de

Fahrlässigkeit”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 2003, pp. 451 ss. No es casualidad que estos mismos autores protagonicen en gran medida el debate en la doctrina alemana sobre el cumplimiento del mandato de determinación en materia de imprudencia.

⁷ (MK, nota 1) 15/121 ss.; (*Fahrlässigkeitsdelikten*, nota 1), pp. 389 ss., con un cuadro gráfico que resume su posición en p. 421.

⁸ Pp. 423 ss.

⁹ FEIJOO SANCHEZ, (nota 1), pp. 262 ss.

¹⁰ (*Fahrlässigkeitsdelikten*, nota 1), pp. 410 ss.

¹¹ (MK, nota 1), 15/129.

permanente indiferencia y acaban sin percibir “señales de aviso” porque progresivamente van abstrayendo la peligrosidad de lo que hacen. Hay que tener en cuenta que las “señales de aviso” dependen también de quién las tiene que procesar como tales. Es decir, si el conductor, a base de ir llevando a cabo conductas progresivamente más temerarias, termina siendo inmune a la percepción de “señales de aviso” debería quedar impune. Que esta conclusión sería insostenible nos lo demuestra el que sería absurda una línea de defensa que se basara en que el conductor lleva mucho tiempo haciendo lo mismo y ya se había acostumbrado a lo largo del tiempo a que no pasara nada, por lo que por su falta de percepción de los peligros debería quedar impune en la medida en la que se habría auto-generado una incapacidad de percibir “señales de aviso”.

2. La imputación del resultado a título de imprudencia

La infracción del deber de cuidado en los delitos de resultado no sólo debe estar vinculada al agente, sino también relacionada con el resultado. En la práctica suele ocupar un lugar destacado el problema de la imputación del resultado en el delito imprudente, en la medida en la que a efectos jurídico-penales considerar que el resultado no es imputable a título de imprudencia tiene los mismos efectos que la negación del tipo objetivo o de la existencia de una infracción del deber de cuidado. Ello es debido a que en el delito imprudente lo relevante no es sólo que el resultado sea una realización del riesgo creado por el autor mientras infringía su deber de cuidado, sino más bien que se trate precisamente de una concreción del riesgo creado de forma no permitida e infringiendo el deber de cuidado. La persona que crea un riesgo no permitido debe responder sólo de dicho riesgo pero no de los riesgos permitidos inherentes a su comportamiento (conducir un autobús).

Esta idea se suele canalizar a través del criterio del fin de protección de la norma de cuidado¹², según el cual la norma sólo desvalora ciertos riesgos. De acuerdo con esta idea, un resultado sólo es típico si supone una realización de un riesgo típico, pero no de un riesgo permitido o general de la vida acompañante. El criterio básico de imputación del resultado en el delito imprudente es el del fin de protección de la norma de cuidado, entendido éste como la exigencia de que el resultado sea precisamente una concreción o realización del riesgo no permitido o creado mediante la infracción del deber de cuidado y no de otro riesgo. Por ejemplo, si alguien no respeta un límite de velocidad, pero el resultado no es consecuencia de ese aumento de riesgo, sino que se realiza el riesgo general de conducir, no se puede imputar el resultado. Este criterio tiene como principio básico la idea de que la norma de conducta (norma de cuidado) sólo está referida a determinados riesgos, no teniendo que

¹² FEIJOO SANCHEZ, (nota 1), pp. 171 ss., 323 ss.; GIL GIL, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Barcelona, 2007, pp. 382 ss., ambos con ulteriores referencias. En sentido crítico DEGNER, W., *Die Lehre vom Schutzzweck der Norm und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte*, Baden-Baden, 2001, pp. 1 ss., 511 ss. y passim.

evitarse la realización de riesgos permitidos o, lo que es lo mismo, planificar todo tipo de riesgos. De acuerdo con esta idea, tiene que ser precisamente el riesgo creado o no evitado imprudentemente un elemento necesario para explicar *ex post* el proceso lesivo que ha conducido al resultado. No hay injusto imprudente de resultado si éste supone la realización de un riesgo acompañante que permite explicar el resultado típico con independencia de la conducta infractora del deber.

La norma de cuidado debe mostrarse útil para evitar el resultado no sólo en el caso concreto, sino que también debe ser en general apropiada o idónea para planificar sucesos lesivos del mismo tipo. No es suficiente que se encuentre relacionada con el resultado en el caso concreto de forma puramente casual si el resultado no era planificable en general mediante el respeto a la norma de cuidado. La idea dogmáticamente satisfactoria del criterio del fin de protección de la norma, con independencia de la denominación que se quiera utilizar, es que las normas de conducta (en el delito imprudente las normas de cuidado) no pretenden evitar todos los resultados que se puedan derivar casualmente de la conducta infractora del deber, sino sólo un elenco de resultados concretos: los que el sistema jurídico entiende como planificables *ex ante*. La referencia al fin de protección de la norma de cuidado excluye la imputación cuando el respeto de la norma de cuidado (controlar debidamente la bajada de pasajeros) sólo tiene efectos tuitivos en el caso concreto por casualidad, pero no se trata de una estrategia válida en general.

Hay que resaltar con respecto al caso concreto que la defensa del recurrente centra su línea argumentativa en este punto alegando que, incluso, aunque se asuma como hecho probado que el conductor hubiera arrancado mientras la mujer bajaba por las escaleras, al haberse encontrado restos de en la autopsia de la medicación que tomaba la mujer por prescripción facultativa (pentobarbital) cabría la posibilidad de que la caída ante las ruedas no viniera provocada por el movimiento al arrancar el bus, sino por los efectos de la medicación que habrían dado lugar a un desmayo o mareo de la mujer. De esta manera lo que se está alegando es que cabría la posibilidad, con base en dichos datos, de que la mujer se hubiera desmayado o mareado y caído bajo las ruedas mientras el vehículo arrancaba, lo cual no hubiera sido más que una consecuencia del infortunio y el resultado no debería ser imputable al conductor. Se trataría, en definitiva de una situación que éste no tendría deber de controlar e, incluso, si un comportamiento alternativo correcto hubiera evitado el resultado, no sería más que un “reflejo de protección”, pero sería ajeno al fin de protección de los deberes de cuidado de los conductores de transportes públicos en paradas.

Con respecto a este argumento de la defensa del recurrente, la sentencia objeta, con buen criterio, que

“La defensa se esfuerza en sostener que la mujer habría estado bajo los efectos de un componente de la medicina que tomaba por prescripción e intuye una desestabilización en la marcha o un mareo. Más allá del carácter hipotético, la cuestión no es decisiva para la imputación, pues la sospecha de un mareo o debilidad en la

marcha no pone en duda que la mujer hubiese sido pasajera del colectivo, ni que estuviese descendiendo de la unidad conducida por el imputado, sino que introduce la hipótesis de un riesgo distinto que no era objetivamente atribuible a la conducta del imputado. Ahora bien, de lo que se trata no es si la pasajera pudo haber estado mareada al bajar, sino que, como se ha sostenido en la sentencia, todo conductor debe tomar ciertas precauciones antes de reanudar la marcha, entre ellas, cerciorarse que no hay pasajeros descendiendo y cerrar las puertas antes de arrancar. El riesgo creado por la reanudación de la marcha omitiendo esas medidas de precaución funda la imputación objetiva cuando el movimiento es la causa eficiente de la caída. Que la persona esté o no mareada no modifica la imputación porque tal precaución es exigible como medida de protección de toda persona que desciende, con independencia de su estado, y la precaución se explica por los riesgos que se crean al reanudar el movimiento cuando una persona desciende”.

De esta manera el Tribunal no sólo excluye la hipótesis de la concurrencia de riesgos. Determina, correctamente, además, que si la conducta que se desvalora como descuidada consiste en comprobar si descienden pasajeros y en cerrar las puertas antes de arrancar, dichas medidas de precaución elementales tienen como fin proteger a todos los pasajeros con independencia de sus características y capacidad de movimiento (personas con carritos de bebé, personas con problemas de movilidad, niños, personas ancianas, personas mareadas o enfermas, etc.). Ese es el fin de los deberes de cuidado en este tipo de maniobras propias de medios de transporte públicos. No se trata de un mero supuesto de “reflejo de protección” de la norma de tal manera que la mujer se desmayó y el conductor no se dio cuenta por no estar suficientemente atento, sino que el resultado relevante para el tipo es realización del arranque imprudente del autobús con las puertas abiertas. La norma de cuidado pretende prevenir y planificar precisamente eventos de ese tipo con respecto a cualquier tipo de pasajero: en palabras de la sentencia, “la precaución se explica por los riesgos que se crean al reanudar el movimiento cuando una persona desciende”. En definitiva, necesitamos la imprudencia del conductor (aunque es cierto que en casi todo evento imprudente juega también un factor de mala suerte) para explicar la muerte.

V. LA CULPABILIDAD

En este caso no se plantean especiales problemas de culpabilidad. El sujeto no tenía ningún problema mental que disminuyera su capacidad de cuidado o que le hiciera adolecer de un déficit de atención (por ejemplo, un tumor cerebral que afectara al giro cingulado) ni se encontraba en una situación en la que quepa plantearse la no exigibilidad de un mayor esfuerzo de cuidado o atención.

VI. CONCLUSION

Con un comportamiento mínimamente cuidadoso que era debido y exigible en la situación concreta no habría muerto una persona, siendo dicho resultado de muerte por caída y atropello precisamente uno de los que la norma de cuidado vulnerada tenía la finalidad de impedir. La condena se puede entender como justa.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- CIACCHI, *Fahrlässigkeit-und Bestimmtheitsgebot-Deutschland und Italien im Vergleich*, Colonia, 2005.
- DEGENER, W., *Die Lehre vom Schutzzweck der Norm und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte*, Baden-Baden, 2001.
- DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Tubinga, 2001.
- “Fahrlässigkeit und Bestimmtheitsgebot”, *Festschrift für Günter Kohlmann*, Colonia, 2003.
 - “Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 2003, pp. 451 ss.
 - *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., Munich, 2011.
- FEIJOO SANCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, Barcelona, 2001.
- GIL GIL, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Barcelona, 2007.
- HERZBERG, “Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 2001, pp. 568 ss.
- “Die Fahrlässigkeit als Delikt voraussetzung und das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG)”, *ZIS* 5/2011, pp. 444 ss.
- MIKUS, *Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts*, Berlín, 2002.
- SCHMITZ, „Nullum crimen sine lege und die Bestrafung fahrlässigen Handelns”, en *Recht-Wirtschaft-Strafe, Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2010, pp. 181 ss.
- *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., Munich, 2011.
- SILVA SANCHEZ, “Mandato de determinación e imprudencia”, *InDret* 2/2012.