

DOLO E IMPRUDENCIA COMO MAGNITUDES GRADUALES DEL INJUSTO¹

JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS

Catedrático de derecho penal

Universidad de Extremadura. Cáceres (España)

Resumen: Las formas de imputación subjetiva no admiten una distinción cualitativa. El dolo y la imprudencia (y sus respectivas modalidades) no constituyen sino formas de graduar la imputación (y la responsabilidad) en base a la dirección que el autor dio a sus actos y al peligro de resultado (mayor o menor) que se representó.

Palabras clave: Intencionalidad. Dolo directo y eventual. Temeridad. Imprudencia consciente e inconsciente.

Abstract: Subjective forms of imputation do not support a qualitative distinction. Intention and negligence (and their respective forms) just are ways to calibrate imputation (and responsibility) on the basis of the direction the perpetrator gave to his actions and the (higher or lower) danger of a result he imagined.

Key words: Intentionality. Intention and *dolus eventualis*. Recklessness. Conscious and unconscious criminal negligence.

La mejor forma de abordar la cuestión de la responsabilidad a título de delito doloso y a título de delito imprudente en derecho penal, es la de volver una vez más sobre los supuestos de hecho que se han venido utilizando tradicionalmente para explicar académicamente la distinción, nada fácil por lo demás a la hora de formularlo científicamente.

¹ Este artículo ha sido escrito para el Libro-Homenaje al Prof. Dr. Eberhard STRUENSEE que se va a publicar en Argentina.

camente, entre el dolo y la imprudencia, con sus respectivas subcategorías. Ni que decir tiene que para que la fórmula funcione, hace falta que en la medida de lo posible se presenten tales supuestos de hecho prescindiendo de las valoraciones ya acuñadas dogmáticamente.

1. Dolo directo de primer grado o intencionalidad

Si A dispara sobre B, mientras duerme, a escasa distancia, apuntando a la cabeza, siendo consciente de lo que está ocurriendo, todos diríamos, sin dudar, que estamos ante un caso claro de homicidio doloso o, lo que es lo mismo, ante el prototipo del homicidio.

Si como juristas se nos pregunta por qué (lo que intuitivamente ya se comprende) es éste un caso claro, el más claro que cabe pensar, de homicidio, quizá responderíamos, aunque ya comenzamos a utilizar términos valorativos acuñados, que es así porque en él A se ha *representado* y ha *querido* la forma más directa de matar a una persona; lo que es lo mismo que decir que se ha representado y querido crear el mayor peligro para la vida de una persona. Lo que hacemos es pues aludir a los criterios intelectual y volitivo a que tradicionalmente se acude para delimitar el dolo de la imprudencia², de los que *uno u otro elemento, o los dos, estarían menos presentes* en el caso del comportamiento imprudente que en el caso del comportamiento doloso.

Dicho de otra forma, puesto que ni la realidad de la vida presenta casos tan claros como el que hemos mencionado anteriormente³, ni el derecho penal puede limitar la protección de la vida a casos tan claros y graves, unido al hecho de que conceptos prejurídicos como los de conocer y querer son tan ambiguos que no pueden aplicarse directamente sin reelaboración previa para el fin perseguido; por todo ello, surge la necesidad de establecer hasta dónde debe llegar el conocer y querer al que poder llamar todavía dolo, y hasta dónde el conocer y querer al que llamar imprudencia, si es que resulta posible, o, en su lugar, para seguir pudiendo imputar algo a alguien sin conocer o/ni querer hay que acudir a otras categorías como, p. ej., la evitabilidad⁴.

Simplificando mucho la cuestión (lo que incluso en algún aspecto habrá que explicar puntualmente), puede decirse lo siguiente: Si

² Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español, Parte general*, 3.^a ed., 2002, VIII 238 ss.

³ El conocido dogmáticamente como dolo directo de primer grado.

⁴ Tesis de Günther JAKOBS que después habrá que contrastar.

mantenemos las variables tradicionalmente utilizadas para calificar los hechos de dolosos, el elemento intelectual y el elemento volitivo, y decimos, referido al caso presentado para empezar, que hay sin duda dolo cuando el autor se ha representado el mayor peligro posible para el bien jurídico que ha querido desencadenar directamente, siempre conforme a un proceso causal idóneo, habremos de preguntar a continuación: ¿Qué ocurre cuando *uno de esos elementos se ha dado plenamente, sin que ocurra lo propio con el otro*?

El caso en el que el elemento intelectual se da completo no presenta mayores problemas; se trata del llamado dolo directo de segundo grado: El armador del barco lo hunde con la tripulación a bordo, que morirá; cosa que no desearía, sin que la seguridad de su producción le inhiba de hacerlo para poder cobrar el seguro. La creación del riesgo de resultado con probabilidad rayana en la certeza, podemos decir, permite la imputación a título de dolo⁵.

Mayores dificultades, en cambio, entraña el caso inverso, es decir, aquel en el que el autor dirige sus actos directamente a producir el resultado, pese a saber que, por las circunstancias, las probabilidades de alcanzarlo son mínimas. El ejemplo paradigmático, acuñado doctrinalmente para otro fin, es el que supone el llamado *caso Thyren*.

2. La presencia de la intencionalidad a pesar de la inseguridad del resultado: *el caso Thyren*

A pesar de encontrarse a una enorme distancia, y con dudas más que fundadas sobre el alcance del arma (desconfiando pues de alcanzar a la víctima), A dispara sobre B con el propósito de materializar las mínimas probabilidades de matar que se representa. «Afortunadamente» el disparo alcanza a la víctima causándole la muerte.

El interés reactualizado de este caso estriba en que el amplio desarrollo de la doctrina de la imputación objetiva ha convertido en lugar común la afirmación según la cual los tipos de injusto sólo persiguen atajar resultados que hayan venido precedidos del peligro abarcado por la norma penal, debiendo ser ese peligro, y no otro, el que se haya materializado en el resultado⁶. Se evita así concebir el tipo de forma naturalística (causalidad natural) e imputar cualquier resultado unido a la acción de forma meramente causal, basando, con

⁵ Vid. al respecto Hans-Heinrich JESCHECK/Thomas WEIGEND, *Tratado de Derecho pena, Parte general*, 5.ª ed. (trad. de Miguel OLMEDO CARDENETE), 2002, 320. PG⁵, 320.

⁶ Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, PG³, VIII 156.

mejor criterio, la imputación en uno normativo, fundado en el fin perseguido por la norma: lo que incluye, entre otras cosas, dejar de imputar riesgos cuya prohibición restringiría la libertad del mismo destinado a ser protegido (riesgo permitido). El peligro contemplado por la norma, por lo demás, ha de ser uno objetivamente acuñado, pues de otro modo no sería la norma objetiva la que acotaría la tipicidad sino las propias representaciones subjetivas del autor, con lo que no habría normas preexistentes a la voluntad del sujeto destinatario de la misma⁷.

Este planteamiento, basado en la doctrina de la imputación objetiva, ha llevado a algunos a sostener coherentemente, y traerlo a colación expresamente al *caso Thyren*, que cuando el peligro de producción del resultado es muy pequeño no cabe imputarlo, al no tratarse de un peligro abarcado por la norma, cualquiera que haya sido la representación (en todo caso adecuada) y propósito con que lo desencadenó el autor que al hacerlo causó el resultado; esto es, en el *caso Thyren*, dirigiendo la acción tan «escasamente» peligrosa a causar el resultado⁸.

Lo primero que cabe destacar de este caso es que, como ya se ha insinuado, sólo algunos defensores de la doctrina de la imputación objetiva sostienen que el resultado no es imputable. La pregunta entonces es: ¿cuál puede ser la razón que lleva a una amplia doctrina defensora de la imputación objetiva a sostener la imputación también en estos casos, a pesar del «escaso» peligro creado? La respuesta del sector de la doctrina de la imputación objetiva que no ve inconveniente en imputar en el *caso Thyren* y dejar de hacerlo en el caso de la tormenta⁹, utilizado como contrapunto al *caso Thyren*, estriba en sostener que mientras en el caso de la tormenta han de darse todavía muchas circunstancias, además de la del consejo seguido de dar el paseo en que caiga el rayo, en el *caso Thyren* el disparo, dominado por el autor, producirá el resultado, si se produce, como aquél se representa, no dependiendo de circunstancias ulteriores adicionales.

Con independencia de que estos argumentos sean convincentes o no, es lo cierto que la doctrina minoritaria defensora de la no imputación

⁷ Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG*³, VII 4.

⁸ Vid. Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, 113; Rafael ALCÁZER GUIRAO, «El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa», *Anuario de Derecho penal*, 1996-II, 473 ss., 491 ss. Sobre el pensamiento de estos autores en este punto vid. CUELLO CONTRERAS, *PG*³, VIII 251.

⁹ Vid., respecto al caso de la tormenta, Claus ROXIN, *Derecho penal, Parte general, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. y notas de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA y otros), 1997, 362 ss.

tación en el caso *Thyren* que comentamos, choca con la sensibilidad jurídica. Sería muy difícil de justificar dejar de imputar algún caso de la realidad de estructura semejante a la suya, salvo quizá el juego de algunos niños (del tipo disparar sus escopetas de perdigones contra aviones que vuelan bajo), que además ignoran muchas otras cosas sobre el homicidio, unido a la vulnerabilidad, mayor a la supuesta, del objeto dañado por acciones rayanas en lo irrisorio. Hierde la sensibilidad jurídica la tesis extrema de la no imputación en el caso, además, no tanto por la intención de matar como por la puesta en marcha concienzuda de un proceso causal adecuado para matar, el más adecuado *ante actum*, si bien de incierta materialización. Ahora bien, afirmado lo anterior, no cabe duda de que *esta doctrina minoritaria tiene el mérito indiscutible de cuestionar y obligar a revisar algunos tópicos sobre el dolo*.

En efecto, sabidos son los tópicos académicos sobre el dolo. El dolo tiene una componente intelectual y otra volitiva. Según se ponga el acento en una u otra a la hora de determinarlo y delimitarlo respecto de la imprudencia consciente se sostendrá una concepción intelectual o volitiva del dolo. Problema adicional: ¿Puede compensar la presencia contundente de un elemento la ausencia absoluta del otro?

Sin entrar en mayores detalles, lo que supondría continuar con un planteamiento académico poco útil para resolver problema tan arduo y frecuente en la praxis como el de la delimitación entre el dolo y la imprudencia, lo que sí cabe decir al respecto es que, como evidencia el caso *Thyren* y el tratamiento que le dan los defensores de la no imputación en este caso, de ahí su interés, es que no se puede simplificar escolásticamente la materia diciendo, p. ej., que el elemento volitivo del dolo puede compensar el elemento intelectual, de manera que, en el caso, *la intención de matar compense la escasa probabilidad de alcanzar el resultado que el mismo autor se ha representado*, como si de magnitudes independientes se tratara. Esta es sin duda una buena conclusión que la tesis minoritaria que comentamos tiene como mérito indiscutible, entre otros.

Si aprendida la lección, volvemos al caso *Thyren*, y, nos situamos como al principio en el plano prejurídico, hemos de preguntarnos cuáles son las similitudes y diferencias que median entre este caso y el caso paradigmático de *dolo directo de primer grado*, que no ofrecía ninguna dificultad para calificarlo de dolo. Una primera respuesta a esta pregunta diría: En el caso *Thyren*, el aspecto volitivo del dolo está igual de presente que en el caso ya mencionado, del disparo a la sien de quien duerme: en ambos el autor dirige la acción intencionalmente a matar, en tanto que la diferencia estriba en que mientras que

en el caso primero el autor se ha representado una probabilidad altísima de alcanzar a la víctima, por lo próximos que están y por apuntar el autor al lugar del cuerpo más vulnerable, en el *caso Thyren*, por la lejanía, el autor se representa una probabilidad alta de no alcanzar a la víctima a pesar de dirigir el disparo a conseguirlo.

Aclarado esto, ¿cabe distinguir entre clases de peligros remotos para seguir manteniendo todavía una diferencia entre el dolo y la imprudencia según el tipo de peligro que se crea? O, dicho de otro modo: ¿es un peligro remoto de muerte a efectos de una imputación penal el que se crea en el *caso Thyren*?

Sin entrar en mayores detalles acerca de qué peligros remotos son los que justifican una imputación a título de imprudencia y no de dolo, lo que veremos después, cumple esclarecer ahora por qué el peligro creado por disparar en dirección a una persona que, por su lejanía, difícilmente será alcanzada, *no es un peligro remoto* sino, antes bien, un peligro próximo, el más próximo que cabe pensar de matar a una persona situada en la lejanía.

En efecto, el *caso Thyren* evidencia muy bien que *ante actum*, posición en la que la norma penal ha de situarse si quiere prevenir la lesión de bienes jurídicos mediante cursos causales adecuados para lesionarlos¹⁰, deberá prohibir ante todo el desencadenamiento de cursos causales adecuados, cursos *que no dejan de serlo por mucho que entre el desarrollo de la parte dominada por el autor y su efecto se interpongan condiciones adicionales que hagan más o menos probable la causación efectiva del resultado*. De ahí que quepa decir que el *caso Thyren*, a los efectos considerados, no se distingue en nada del caso del disparo a la sien del durmiente, que representa paradigmáticamente al dolo. El *caso Thyren*, por tanto, no es sólo un caso de imputación penal, sino además de imputación a título de dolo directo (ni siquiera cabe pensar en una atenuación basada en las pocas probabilidades iniciales de alcanzar el objetivo).

El caso *Thyren* muestra, además, que siendo muy válida la doctrina de la imputación objetiva para acotar la responsabilidad sobre todo en el delito imprudente, no sólo no es ya tan útil para acotarla en el delito doloso¹¹, sino que además, ni permite desentenderse de los conocimientos subjetivos del autor, ni excluye que la quintaesencia del injusto la constituya la *realización intencional de una acción con conocimiento de curso causal adecuado*, que puede ser suficiente

¹⁰ Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG*³, VIII 34.

¹¹ Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, «Ámbito y límites de la doctrina de la imputación objetiva», *Cuadernos de Política criminal*, 89, 2006, 6.

para la imputación más clara que cabe pensar a título de dolo, o primado del disvalor-acción.

¿Significa la conclusión anterior otorgar la primacía en la configuración del injusto al elemento subjetivo, tal como la doctrina dominante de la imputación objetiva le reprocha al *finalismo*, una vez que no encuentra ya argumentos para contrarrestar lo que la realidad le impone a la ciencia penal y el *normativismo* reinante no sabe o no puede contrarrestar?

La respuesta a la pregunta anterior tiene que ser un no categórico. No se trata de caer en el subjetivismo. Se trata, simplemente, de concebir la objetividad del derecho con base en el conocimiento de la realidad conforme a las leyes científicas; no hay ningún otro modelo que preserve mejor la seguridad jurídica *ante actum*.

El caso *Thyren* muestra, además, por qué es imprescindible situarse en la *perspectiva del autor* para comprender el injusto, no bastando con la *perspectiva*, esencial, pero insuficiente, *del ordenamiento jurídico*¹². El injusto no se puede concebir sólo conforme a la peligrosidad objetiva, que, como el caso muestra, puede ser mínima, y pese a ello haber injusto por la dirección de la acción del autor a realizar directamente (conscientemente) un peligro improbable; como muestra la propia doctrina de la imputación objetiva que ve injusto en este caso, para lo que debe reconocer a su pesar la relevancia de los conocimientos especiales del autor, o, más bien, aquí, la *dirección de la voluntad* a un peligro típico pero incierto.

Ello es así por la misma razón por la que sin tener en cuenta la perspectiva del autor no puede solucionarse el caso siguiente, en el que vuelve a ser crucial la *dirección que el autor da a sus actos*, no la mera peligrosidad objetiva.

3. La ausencia de dolo en caso de voluntad dirigida a evitar el resultado: caso del experto en artes marciales (STS de 24 de octubre 1994)

La STS de 24 de octubre 1994 hubo de ocuparse del siguiente caso: Con un cuchillo de enormes proporciones un experto en armas y artes marciales, sujetó a la víctima por detrás y se lo clavó en el cue-

¹² Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, «Fundamentos para un sistema lógico-funcional de Derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2006, núm. 09-01, p. 01: 1 -01-18. <http://criminet.ugr.es/recp/08recpc/08-01.pdf>. 2.

llo, produciéndole una herida larga pero poco profunda que no acabó con su vida. El TS confirmó la sentencia de instancia que había estimado que si bien el TS viene deduciendo de las proporciones del arma utilizada y el lugar del cuerpo de la víctima herido, lo que ocurre en el caso, peligrosidad del arma y vulnerabilidad del cuello del cuerpo humano, el dolo de matar, en este caso tal presunción debe excepcionarse porque de la experiencia del autor y de la forma de herir, se deduce que no quiso matar, sino sólo herir¹³.

El mérito de esta STS estriba en que se hace eco muy gráficamente de la importancia que la dirección que el autor da a sus actos a efectos de estimar o no el dolo, como defendió en su día Armin KAUFMANN¹⁴, de una forma que, siendo inicialmente rechazada¹⁵, gana paulatinamente adeptos mucho tiempo después.

La tesis de KAUFMANN venía a ser la siguiente: Con independencia de cómo concebamos el dolo¹⁶, la dirección que el autor da a sus actos, de conseguir el fin previsto, evitando sin embargo consecuencias muy próximas a ese objetivo pero negativas y por tanto prohibidas, puede ser determinante de que si se ocasionan, a pesar de dirigir el autor sus actos a evitarlas, se imputen si no se logra, no a título de dolo pero sí de mera imprudencia. El cirujano, p. ej., dirige su acción a extirpar el tumor cerebral, cuidando de evitar afectar a la parte del cerebro no dañada.

La cuestión que, como se comprenderá, se presenta así en muchos órdenes de la vida, es importante no sólo para esclarecer qué casos son de dolo y cuáles de imprudencia, sino también, indirectamente, para ayudar a comprender qué significa en derecho penal dolo, finalidad y conciencia, esenciales, como después veremos, en todos los casos de imputación penal, sea a título de delito doloso sea a título de delito imprudente.

Prescindiendo de estas cuestiones concretas, que abordaremos después, lo que el caso muestra muy bien es que —con independencia de que como mostrará el caso siguiente está justificado imputar a título de dolo consecuencias derivadas del comportamiento del autor

¹³ Esta STS está admirablemente estudiada en el libro de Patricia LAURENZO COPPELLO, *Dolo y conocimiento*, 147 ss. Sobre la concepción del dolo de esta autora *vid.* CUELLO CONTRERAS, *PG*³, VIII 257.

¹⁴ El dolo eventual en la estructura del delito (trad. de Rodrigo Fabio SUÁREZ MONTES), *ADP*, 1969, 185 ss.

¹⁵ *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG*³, VIII, 225.

¹⁶ De lo que hasta ahora no nos hemos ocupado salvo de su modalidad menos problemática a efectos de su delimitación con la imprudencia (que es lo difícil), lo que haremos en seguida, al hilo del próximo caso.

sin necesidad de comprobar un grado de conciencia y voluntad inasequible muchas veces a la propia psicología, dado que ya incluso los conceptos de «conocer» y «querer» son muy ambiguos, lo que harían impracticable la justicia penal—, *la dirección que el sujeto da a sus actos puede ser decisiva en derecho penal. Por eso no se puede prescindir de la perspectiva del autor en contra de lo que pretende el normativismo*; pues las representaciones y voluntad del autor, que remiten a conceptos naturalísticos y no puramente normativos, pueden determinar, y en cualquier caso matizar, el título de la imputación.

No se trata, por tanto, en derecho penal, de que se permita que el tribunal considere que ha llegado a la convicción de que hubo dolo de matar, deduciendo que lo hubo del tipo de arma utilizada y zona del cuerpo alcanzada; sino que se trata, con mejor criterio, de admitir como parámetros válidos para estimar dolo (entre otros) los del arma utilizada y la parte del cuerpo alcanzada, pero admitir también la posibilidad de desvirtuar esa especie de presunción aduciendo otros criterios que la desvirtúen, como en el caso el hecho de que el autor era experto en armas y pudo clavar el cuchillo de otra forma no enaminada a evitar los peligros de muerte derivados de su acción¹⁷.

Cuando decimos, pues, que se imputan acciones y no (solo) resultados, estamos ampliando las posibilidades de excepcionar la imputación, *lo que el modelo normativista y objetivista no puede*. Y es que sólo se responde de acciones conscientes, valoradas, eso sí, conforme a los fines del derecho penal; valoraciones de las que a su vez cabe discrepar ante los tribunales, teniendo éstos la última palabra. En cambio que el condenado sepa de qué acción consciente, la única que puede ser libre, es hecho responsable, constituye la mayor garantía de la libertad en el Estado de Derecho¹⁸. El ejemplo del caso muestra claramente cómo la dirección subjetiva de la acción permite eludir una determinada imputación. Esto es garantismo.

Hemos visto, hasta ahora, lo decisiva que puede ser la dirección que el sujeto da a sus actos: la dirección a lesionar invita a estimar el dolo, la dirección a evitar a excluirlo. Pero eso no quiere decir que el caso más frecuente de dolo en la praxis de los tribunales sea ese. Todo lo contrario. *El caso más frecuente ante los tribunales es aquel donde el sujeto ha querido una acción muy peligrosa desentendiéndose de sus probables consecuencias*.

¹⁷ Vid. en esta línea la argumentación del ponente de la STS de 24 de octubre 1994 (caso del experto en artes marciales), DELGADO GARCÍA, que he reproducido en: «Aspectos sustantivos y procesales del dolo, Psicología del testimonio y prueba pericial», *Cuadernos de Derecho judicial*, VII-2005, 32 ss. *CDJ*, VII-2005, 32 ss.

¹⁸ Vid. al respecto, CUELLO CONTRERAS, *RECPC*, 2006, núm. 08-01, 15 ss.

4. El dolo eventual: caso del bebé forzado a comer (STS de 24 de noviembre 1995)

La STS de 24 de noviembre 1995 se ocupó de una madre y una abuela que siguieron obligando a comer a un bebé a pesar de que éste venía sangrando varios días como consecuencia de una herida abierta en la boca. El bebé murió por asfixia a causa de la propia sangre que tragó¹⁹. La STS alemán de 15 de noviembre 1987 se ocupó de un padre que golpeó en la cabeza a su bebé porque le estaba creando problemas al darle de comer. Como consecuencia del golpe el bebé murió²⁰.

Casos de este tenor son los que más frecuentemente ocupan a los tribunales, y bajo el nombre de dolo eventual son los que obligan a distinguir entre el dolo y la imprudencia.

Los tribunales supremos de todos los países, seguidos por los tribunales inferiores, parten de la premisa según la cual cuando se han querido peligros muy graves para los bienes jurídicos, se ha querido también lesionarlos. Concretamente, por lo que se refiere a los delitos contra la vida, cuando se ha disparado a la cabeza, se han producido numerosísimas heridas por arma blanca en todas las partes del cuerpo, se han producidos golpes brutales con o contra superficies muy compactas, la víctima era un bebé, etc., se ha querido también su efecto, es decir, la muerte.

Este proceder es en principio correcto²¹, estribando su razón de ser, como ya se insinuó con anterioridad, en que los conceptos psicológicos de conocer y querer son muy ambiguos, y hay que prepararlos antes de aplicarlos en función del fin para el que van a ser utilizados. Si partimos de esta premisa metodológica ineludible y de los fines del derecho penal: proteger los bienes jurídicos, se comprende que otra cosa, p. ej., exigir siempre dolo directo de primer grado (que además habría que interpretar) supondría una protección insuficiente (aún en el caso de que se incrementara la responsabilidad por imprudencia). Se justifica así lo mejor de una práctica (superados sus efectos más perversos: responsabilidad por el resultado) que data de antaño sobre la prueba y el concepto de dolo. Se explica, así, también,

¹⁹ El caso está una vez más extraído del excelente libro de LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, 164 ss., que le dedica la atención que merece.

²⁰ El caso fue objeto de un brillante comentario por parte de Heribert SCHUMANN, «Das Wollen beim Vorsatsdelikt und dessen Unterscheidung von bewusst fahrlässigen Verhalten», *Juristenzeitung*, 1988, 573 ss.: *vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG*³, VIII 223, 253.

²¹ *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG*³, VIII 226.

la idea de que el de dolo no es un concepto *descriptivo* sino *adscriptivo*, en la importantísima conceptualización de HART²².

Podemos decir a manera de resumen: el concepto de dolo penal es más amplio que el de otros ámbitos, pues abarca también lo representado como muy probable. De formulación tan simple cabe extraer muchas consecuencias para el concepto de dolo, su prueba y la delimitación con la imprudencia, sobre cuyo concepto dice también mucho, como veremos después.

Lo primero que debe destacarse, para no confundir el concepto de dolo con su presunción histórica, es que el autor ha de llevar a cabo conscientemente una *acción final* que el ordenamiento jurídico asocia con peligros elevadísimos para el bien jurídico. Pues bien, el que llamo *aspecto ontológico del dolo*, que ha de darse por probado para poder realizar después la *imputación axiológica a título de dolo*²³, incluye el desarrollo consciente de circunstancias a las que el ordenamiento jurídico asigna tal peligro. Por simplificar, en los ejemplos propuestos: que el padre golpea el cráneo de un bebe, que el bebé tiene una herida abierta en la boca mientras se le da de comer. En otros ejemplos: lo compacto del objeto con el que golpea en la cabeza de un adulto, etc.

Probado eso, que, lo anticipamos, *también habrá que demostrarse en la imprudencia*, que además constituye una acción (con lo que se vuelve a mostrar la faceta naturalística del dolo), recaerá la valoración de los peligros materializados en el resultado como susceptibles de imputarse al título más grave de delito doloso, o menos grave de delito imprudente, susceptible también de graduación.

Basta pues decir que estructuralmente no hay diferencia entre el delito doloso y el delito imprudente: ambos tienen un tipo subjetivo²⁴, y ambos consisten en el desarrollo de peligros mayores o menores de producción del resultado, reservándose los mayores para la imputación a título de dolo; los casos límite, resueltos hasta cierto punto discrecionalmente por los tribunales como delito doloso, constituyen el ámbito del llamado dolo eventual.

²² Vid. H.L.A. HART, «The Ascription of Responsibility and Right», en: *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49, 1948/49, 171 ss.

²³ Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *CDJ*, VII-2005, 29.

²⁴ Ésta es una de las tesis principales de Eberhard STRUENSEE a lo largo de su producción científica, y desde luego la más controvertida entre los adversarios del finalismo e incluso otras corrientes finalistas. De ubicarla en ambos contextos, el finalista y el general, me he ocupado en: «Neofinalismo y normativismo: condenados a entenderse», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2.^a época, 16, 2005, 16 ss.

Puesto que la imprudencia tiene muchos aspectos comunes con el dolo, dejaremos para ulteriores casos de imprudencia cómo ayudar a la jurisprudencia a resolver la ardua cuestión axiológica de adscribir responsabilidad a un título u otro, y dedicaremos el resto de este apartado referido a la modalidad más colindante con la imprudencia del dolo eventual, a demostrar por qué el concepto de dolo que defendemos (con una parte común a la imprudencia) es sostenible, a pesar, entre otras cosas, de que parece un concepto que se conforma con el aspecto intelectual del dolo de la concepción tradicional; o lo que es lo mismo, por qué el concepto propuesto no amplía el ámbito del dolo a costa de la imprudencia.

Nada mejor, para ilustrarlo, que contrastarlo con la sugestiva, pero inasumible, concepción de JAKOBS, sobre la *indiferencia* como circunstancia excluyente del dolo.

Como evidencia el voto mayoritario en la STS español del bebé obligado a comer por la madre y la abuela²⁵, ellas no querían la muerte de éste. Imputar la muerte a título de dolo es una imputación muy grave. Pero, como evidencia el voto particular en esta STS, lo contrario, imputar sólo a título de imprudencia allí donde el autor se ha representado peligros muy elevados para la vida, también es difícil de asumir.

JAKOBS va aún más lejos²⁶: Que el ladrón que atropella al policía que le cierra el paso responda de homicidio doloso o imprudente depende de si reflexionó sobre el atropello o no, con lo que se privilegiaría al desaprensivo. Esto le lleva a realizar determinadas propuestas en orden a relativizar la diferencia entre el dolo y la imprudencia: desprenderse del elemento psicológico del dolo, por tratarse de un concepto naturalístico, y poner el acento en la *evitabilidad*, unificando el error sobre el tipo y el error de prohibición.

Pues bien, siendo cierto que, como JAKOBS dice, la voluntad hay que extraerla del contexto: el bebé se golpeó en la cabeza porque se le cayó al padre mientras le sacaba del baño (imprudencia), el bebé murió porque el padre le golpeó en la cabeza (dolo), relativizándose mucho el peligro en función del contexto: no somos conscientes, por hábito, del peligro que hacemos correr a otro automovilista circulando muy cerca de él, por detrás, lo que debe tenerse en cuenta, eso no quita para que *a medida que el peligro es mayor quepan menores contextualizaciones*, como muestra el ejemplo de JAKOBS, del cazador

²⁵ Como resalta oportunamente LAURENZO COPELLO (*supra*).

²⁶ JAKOBS, «El delito imprudente» (trad. De Manuel CANCIO MELIÁ), *Estudios de Derecho penal*, 1997, 169.

acostumbrado a dar bromas pesadas consistentes en disparar a rozar a otros cazadores. Una prueba añadida de que a medida que los peligros creados son mayores, siendo consciente de ellos el autor —relevancia de los conocimientos subjetivos— más difícil es excluir la responsabilidad con criterios de imputación objetiva, de mayor utilidad en el comportamiento imprudente que en doloso. Por eso no cabe contextualizar en el ejemplo de JAKOBS, del policía atropellado con indiferencia²⁷.

5. La temeridad: caso de los militares jóvenes embriagados (STS de 17 de julio 1990)

La STS de 17 de julio 1990 hubo de ocuparse de un caso del siguiente tenor: En el transcurso de una larga tarde en la que varios militares jóvenes habían estado bebiendo mucho, habiendo incluso uno de ellos jugado constantemente con su arma reglamentaria, fue desafiado por otro a probar su puntería, disparando a la copa que sostenía en las manos. En el momento del disparo, la víctima realizó un movimiento brusco para secarse las gotas de alcohol que en ese instante le habían caído encima, lo que determinó que el disparo le alcanzara, produciéndole la muerte.

Este caso, que ha sido estudiado por la doctrina española como un caso muy ilustrativo del consentimiento en el riesgo como posible criterio de imputación objetiva —riesgos de muerte que la propia víctima es la primera en desear correr, no deben imputarse en virtud del principio de autorresponsabilidad²⁸— puede ser también un caso muy ilustrativo de la modalidad más grave de imprudencia o *imprudencia temeraria* en atención al criterio que venimos elaborando del mayor o menor grado de peligrosidad que se ha representado el autor como criterio de imputación a título de dolo o imprudencia. (Recuérdese que, no en vano, se utilizó el caso del disparo en la caseta de tiro al blanco como criterio de delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, en función del grado de probabilidades de acertar, al objeto sostenido por la muchacha, y no a la muchacha, que el autor se asignaba: caso Lackmann²⁹).

²⁷ Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *CDJ*, VII-2005, 30 ss.

²⁸ Es el caso de CANCIO MELIÁ, *Comportamiento de la víctima e imputación objetiva*, 47 ss., 345 ss., que tiene el mérito de haber llamado la atención sobre esta sentencia a la que critica en nombre del principio de autorresponsabilidad. Sobre la concepción de la imputación objetiva de este autor vid. CUELLO CONTRERAS, *PG*³, VIII 205 ss.

²⁹ Vid. CUELLO CONTRERAS, *PG*³, VIII 246.

En efecto, si se admite como correcta la decisión del TS en este caso, que —en contra de la doctrina que quiere aplicar el criterio del consentimiento en el riesgo como supuesto de no imputación objetiva, y, por tanto, no responsabilidad— sostuvo que la muerte fue imputable a título de imprudencia, atenuándose todo lo más la responsabilidad en virtud de la concurrencia de culpa obrante en el caso, concretamente por parte de la propia víctima, puede decirse que casos como éste son los más adecuados y gráficos para explicar y justificar la existencia del supuesto más grave de imprudencia desde el punto de vista del peligro creado y materializado en el resultado, al que podemos denominar imprudencia temeraria.

Es más, el propio argumento que he dado recientemente³⁰ para justificar lo acertado del TS al no dejar de imputar a título de imprudencia a pesar del consentimiento (sin duda existente) en el riesgo por parte de la propia víctima, ayuda a comprender la gravedad de esta modalidad de imprudencia, lindante con el dolo eventual: Cuando los peligros de herir o matar como consecuencia de la acción que se va a acometer y el estado de falta de control tanto del autor como de la víctima es muy elevado, se ha alcanzado ya el límite de los casos, muchos y muy importantes, además de amparados en el principio de libertad, a partir del cual no cabe dejar de imputar. Esos casos se parecen ya más a la muerte dolosa, nunca amparada *ex lege* en el consentimiento de la víctima (irrelevancia del consentimiento en el homicidio dolo), que al riesgo remoto (y además controlable) de muerte que puede y debe excluir la imputación.

Entrando en lo que representa este caso de cara a ubicarlo en un grado de injusto entre el dolo y la imprudencia, como forma más grave de imprudencia, e, incluso, de superación de la distinción dolo/imprudencia, lo primero que hay que hacer es justificar en base a qué dato fáctico concluimos la gravedad de la imputación aquí. Ésta estriba en lo siguiente. A pesar de que el dirigir la acción a evitar el resultado, como vimos en el caso del experto en armas blancas, excluye el dolo, siempre que se base en criterios de causalidad adecuada, ello no quiere decir, y precisamente por eso, que no esté justificado por contradictorio, que no lo es, la imputación del resultado en ese caso, el mismo caso, a título de imprudencia. Sin ir más lejos, el caso del experto en armas blancas, que por cierto, para haber sido un caso «perfecto» tendría que haber dejado de imputar a título de dolo aún en la hipótesis de que pese a lo cuidado del golpe, se hubiese producido la muerte de la víctima; ese caso, como decimos, es un caso claro, de haberse producido la muerte (porque, p. ej., a pesar de

³⁰ CUELLO CONTRERAS, *CPCr*, 89, 2006, 16.

la poca profundidad de la herida perforó la carótida), de imprudencia temeraria, en el sentido que aquí queremos darle.

Como consecuencia de lo anterior, cabe la siguiente fórmula heurística: No es pensable forma de actuar más próxima a la intencionalidad que *dirigir la propia intención hasta el límite máximo a partir del cual el resultado sobrevendrá con seguridad*. Esta es la gran diferencia entre esta forma de imprudencia y el mismo dolo eventual, donde el resultado nunca está tan próximo a la intencionalidad, si bien en él como contrapunto, y justificando su gravedad, superior incluso a la imprudencia temeraria, hay la omisión del empleo de medios para la evitación del concreto peligro desencadenado.

Se explica así que merezcan ser calificados de imprudencia temeraria, como suelen hacer los tribunales quizá de manera intuitiva, todos aquellos casos en los que el autor *crea intencionalmente un elevadísimo riesgo de muerte unido al cual, es decir, sin que sea el concretamente perseguido con la acción intencional, pero sí otro muy próximo, causa un resultado que no se propuso causar*. Ejemplos canónicos, como el de querer pasar con el propio vehículo entre otros dos automóviles con los que por su proximidad se puede colisionar, constituyen casos claros de imprudencia temeraria, como asimismo invadir el carril contrario en un cambio de rasante sin visibilidad y con mucho tráfico en la calzada. E incluso algún supuesto previsto en la ley: conductores suicidas (art. 384)³¹.

Es cierto que la acotación propuesta de la imprudencia temeraria no ofrece un criterio definitivo de distinción con el dolo eventual. Y sí, quizá, sólo, criterios aproximativos basados en lo que el autor sí ha querido (extraídos, además, del contexto en el que operan). Léase, sin embargo, como una prueba más de lo difícil que es, quizá imposible en términos exactos, lo que no debe asustar, distinguir en esta materia, salvo acudiendo a criterios flexibles y aproximativos. Es más, de la misma forma que sigue siendo difícil con mi método distinguir entre imprudencia temeraria y dolo eventual, es muy difícil, también, distinguir, por el otro extremo, a la imprudencia temeraria de la imprudencia consciente.

6. Imprudencia «consciente»

A dispara a B, a quien sigue. Su propósito es alcanzarle en las piernas, pero por la velocidad a la que discurre todo y puesto que B

³¹ Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, PG³, VIII 73.

ha resbalado en el momento de efectuar A el disparo, éste le alcanza en la cabeza. En el transcurso de una operación neurológica, en la que el médico A debe proceder a una incisión muy precisa del paciente en la masa encefálica, por su distracción afecta a una zona que produce daño cerebral irreversible. Otro menos límite: Operación de estómago sin sutura adecuada que origina una hemorragia posteriormente.

Estos casos, que podemos considerar como de genuina imprudencia, pueden entenderse como *imprudencia consciente*, en el sentido de que en ellos el autor es consciente de que la acción que lleva a cabo incluye ya un peligro derivado directamente de su realización, peligro que por tanto realiza conscientemente. Más aún: intencionalmente: El autor, en los ejemplos, quiere herir al perseguido, cortar primero y suturar bien después. Aquí, en tanto en cuanto el autor cuenta con la peligrosidad de la acción, se está representando también el peligro que puede desencadenar aunque dirija la acción peligrosa a evitarlo, lo que como vimos antes excluye el dolo, pero, como vimos también, no la imprudencia.

A partir de aquí, podemos hacer una reflexión general según la cual si la imputación penal en general, y la a título de imprudencia en particular, consiste en la creación de un peligro evitable para el bien jurídico, la imprudencia consciente, en los términos en que aquí la hemos definido, será el prototipo de la imprudencia, por la constancia para el autor de la situación peligrosa que está creando (que no es lo mismo, como veremos después, en la imprudencia inconsciente, que llevar a cabo una actuación en sí misma neutra, con la que indirectamente, después veremos cómo, están ligados los resultados que son producto del peligro que se quiso atajar, sin que el autor fuese actualmente consciente de él).

Se explica, de camino, así, también, la práctica, no por dogmáticamente incorrecta, menos coherente, de los tradicionales delitos cualificados por el resultado, más concretamente el homicidio preterintencional del derecho histórico, cuya gravedad estribaba y sigue estribando (con independencia de que ahora lo tengamos que amoldar al principio de culpabilidad) en que no cabe forma más gráfica de representarnos una muerte que no ha sido querida que como la consecuencia indeseada de haber querido lesionar³².

De la caracterización general de la imprudencia consciente se pueden deducir también las dos modalidades que ésta puede presentar, como evidencian los ejemplos propuestos: En paralelo a lo

³² Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, PG³, VIII 83.

que ocurría con el comportamiento tildado de doloso, y evidenciando su semejanza al imprudente —como consecuencia de utilizar el elemento subjetivo para caracterizar a ambos, y distinguidos sólo sobre la base de su contenido de peligro, en lugar de acudir a dos criterios distintos: el elemento subjetivo en el comportamiento doloso y la supuesta infracción del cuidado objetivo en el imprudente³³—, la imprudencia consciente como segunda forma de imputación a título de imprudencia, después de la temeraria, puede basarse en la realización consciente y voluntaria de una conducta ya calificable de peligrosa por el resultado perseguido, porque, además, va acompañada de la *probabilidad*, ni directa: entonces dolo, ni indirecta, entonces imprudencia inconsciente, sino *próxima, de que sobrevenga otro resultado que materializa un peligro más grave que el inicialmente perseguido*, y del que se puede decir que aquél no lo quiere, sin que por lo demás haga lo más indicado para evitarlo: no realizar el comportamiento que va acompañado de ese peligro próximo.

Es cierto que, una vez más, el criterio propuesto es muy ambiguo. Porque, ¿qué se entiende por próximo? ¿Por qué, a quien se propone cometer unas lesiones leves, como consecuencia de lo cual, por una serie de concatenaciones (siempre dentro del desvío inesencial), se produce la muerte de la víctima, le será imputable la muerte a título de imprudencia consciente, mientras que a quien adelanta en una curva sin visibilidad y ocasiona una colisión mortal, la muerte le será imputada, de forma menos grave, a título de imprudencia inconsciente (como veremos después)? Esta pregunta no es fácil de responder, y evidencia las dificultades de toda imputación subjetiva.

Ahora bien, admitido lo anterior, sí cabe ver una diferencia, de la que se beneficia quizá el infractor sin merecerlo, aunque no vulnera el principio de culpabilidad, sino todo lo contrario (lo materializa en su aspecto de medición de la responsabilidad), en el hecho de que en el caso que calificamos de imprudencia consciente *siempre han de darse menos eslabones no previstos por el autor para que el resultado ulterior más grave se produzca*, que en el comportamiento candidato a ser calificado de mera imprudencia inconsciente, lo que no es óbice para que el legislador someta a este último, menos grave en principio que el anterior, a mayor penalidad, independientemente de las razones que fundamenten tal decisión, si, p. ej., considera que debe prevenir comportamientos que a pesar de crear riesgos más remotos, está empeñado el legislador, por las razones que sea (*incluida el exceso de confianza de los ciudadanos*), a prevenirlo más enérgicamente. Sigue siendo, pues, la representación subjetiva, o su no representa-

³³ Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *RDPC*, 2.^a época, 16, 2005, 17 ss.

ción, de eslabones causales el criterio decisivo de las diferentes formas de imputación, con lo que se reafirma el papel decisivo del dolo en derecho penal. Por permitir matizaciones que el criterio objetivo de la evitabilidad no asegura.

La segunda modalidad de imprudencia consciente que ilustra el segundo caso propuesto, por su parte, refleja el paralelo con el dolo en lo que se refiere a lo que allí se decía de la voluntad de evitación, traducido aquí en voluntad de hacer correr al bien jurídico un peligro controlable, salvo que no se dirija la acción precisamente a evitar otros peligros concomitantes a los que se quiere y se puede hacer correr de forma controlada: Hay muchísimas actividades de la vida, empezando por el ámbito de la medicina, que enfrentan a situaciones como el del segundo ejemplo de imprudencia consciente. Su característica principal, desde la óptica que ahora nos interesa, estriba en que como una prueba más de que la imputación penal se basa en los riesgos que el autor se representa y siempre que se hayann materializado en el resultado, fundamentará una imputación a título de imprudencia (consciente) la actividad que persiguiendo dolosamente un resultado, en el caso: suturar bien después de operar, no evita un daño concomitante al anterior pero evitable a poco que se dirija, supuesta la habilidad requerida para hacerlo: p. ej., la experiencia cirujana media, la acción además de a causar el resultado propuesto, casi siempre en los casos más característicos de la actividad médica por la adecuación social (*lex artis*) o el riesgo permitido (en operaciones de alto riesgo: por una causa de justificación próxima al estado de necesidad), a evitar su efecto colateral indeseado. *Siendo esa falta de cuidado al realizar la acción en orden tanto a causar el primer resultado como a evitar el segundo: el autor dirige la acción a este segundo fin, pero de manera incorrecta*, lo que diferencia a este caso de imprudencia consciente, del caso donde el autor ni siquiera dirige la acción a evitar el segundo resultado, desentendiéndose por completo de su posible producción, caso que no se distingue en nada estructuralmente del estudiado con anterioridad como prototipo del dolo eventual.

El hecho, por lo demás, de que hablemos de voluntad de realización sin cuidado por lo que se refiere a efectos concomitantes del actuar, respecto al que hemos acudido a la fórmula del cuidado debido para caracterizar lo que falta y habría evitado el resultado prohibido e imputado a pesar de no ser perseguido, no significa a mi parecer una objetivización de la imprudencia, contra lo que estamos luchando aquí. Pues, en última instancia, el sujeto es consciente de y realiza las circunstancias de las que directamente se derivan los peligros creados, aunque no perseguidos. Con lo que cabe hablar de imputación subjetiva. Igual que se afirmaba, en el ámbito del dolo, que el

querer en derecho penal es más amplio que en otros ámbitos, pues incluye también el efecto no querido tenido por muy probable.

De admitirse las conclusiones obtenidas hasta ahora, cabe observar una fidelidad a la estructura subjetiva, además de objetiva, que hemos asignado a la imprudencia³⁴. Esa estructura puede caracterizarse como representación de circunstancias próximas a la lesión del bien jurídico, a lo que podemos llamar peligro mayor o menor según la proximidad al resultado de los eslabones causales que el autor se representó. Queda por ver, bajo el nombre de imprudencia inconsciente, si hay algún límite a la imputación a título de imprudencia que venimos desarrollando, o más bien operaríamos con posibilidades ilimitadas de imputación, dado lo ilimitado de las conexiones causales y lo limitado de las dominables por el hombre, que, por tanto, siempre habría podido evitar el resultado si hubiese puesto mayor cuidado. En su caso absteniéndose de actuar.

7. Imprudencia «inconsciente»

A, no respeta el límite de velocidad en una curva, como consecuencia de lo cual no puede evitar que el automóvil invada el carril contrario, momento en el que colisiona con otro automóvil que circula correctamente por su carril, produciéndose la muerte de su ocupante.

Los casos denominados tradicionalmente de *imprudencia inconsciente*, consisten en que en ellos la lejanía con que se percibe la lesión del bien jurídico a pesar de que sin duda la acción emprendida es lo suficientemente peligrosa como para que siempre haya estado prohibida y amenazada con pena, permite hablar de que el autor no se ha representado para nada la lesión del bien jurídico, lo que sí ocurriría con la imprudencia consciente y el dolo eventual. FRISCH, incluso, quiere trazar aquí la frontera entre el dolo y la imprudencia (no dolo en su terminología)³⁵.

³⁴ Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, «Finalidad, imprudencia e imputación», en: *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (coords. Carlos GARCÍA VALDÉS y otros), I, 2008, 783 ss.

³⁵ Vid. Wolfgang FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 341: «Dolosamente actúa conforme a ello sólo quien parte para sí mismo de un riesgo (no tolerado ya) adecuado a lo normativamente relevante precedente de su comportamiento: Sólo él se decide —a través de éste su comportamiento— contra el bien jurídico, sólo él posee aquel específico poder de evitación que está detrás colegitimando la pena agravada del dolo». (Sobre la concepción del dolo de este autor vid. CUELLO CONTRERAS, *PG*³, VIII 247; vid. también: CUELLO CONTRERAS, *CDJ*, VII-2005.)

La fortuna de esta denominación estriba en que, a pesar de que a muchos no les gusta, tenía razón JAKOBS cuando afirmaba que en la imprudencia el autor experimenta una *pena naturalis*³⁶. De ahí que pueda decirse en el prototipo de la imprudencia inconsciente, el del automovilista que por cometer una infracción de tráfico causa un accidente mortal, que ha estado ausente el dolo, sin duda, porque no consta que aquél quisiera suicidarse, aplicando reglas elementales de psicología y lógica de la decisión como sugiere SCHÜNEMANN³⁷.

Estas anticipaciones pueden entenderse como aproximaciones a la concepción aquí defendida, que distingue el dolo de la imprudencia por el grado de eslabones próximos al resultado que el autor se representó. Y constituyen sólo aproximaciones porque no pueden explicar en qué se basa la imputación, no a título de dolo, ciertamente, pero sí a título de imprudencia.

Para ser exactos, hay que decir que si bien el peligro que el autor se ha representado en estos casos es menor al que se representó el autor doloso y en imprudencia consciente, *la representación del peligro no ha estado ausente*. Basta pensar en el cuidado que habitualmente se pone al realizar determinadas maniobras de tráfico, como adelantar, para darse cuenta de que se asocia automáticamente su realización con peligros que pueden ser mortales. El hecho de que haya en la sociedad actual muchos accidentes mortales por imprudencias de tráfico no debe ocultar que las maniobras de cierto riesgo son infinitas. Lo que realmente ocurre en estos casos es algo conocido en otro aspecto de la teoría del delito: la frecuencia con que en el ámbito de la imprudencia, sobre todo en la que aquí llamamos inconsciente, están presentes errores de prohibición³⁸: Puesto que el automovilista, p. ej., se sabe muy habilidoso, piensa que la norma de tráfico que prohíbe adelantar apurado, vale para otros automovilistas menos expertos, pero no para él.

No se trata de abordar aquí el error de prohibición. Pero sí de utilizar su incidencia en la imprudencia para conocer mejor la estructura de ésta: Si mientras más inconsciente es la imprudencia, por

³⁶ Vid. JAKOBS, *Derecho penal, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed., trad. de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 1995, 313.

³⁷ Vid. BERND SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, 435 ss., 511 ss., 575 ss., 647 ss., 715 ss., 787 ss.

³⁸ Vid. al respecto Armin KAUFMANN, «Die fahrlässige Delikt», *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1964, 62. Sobre esta cuestión: vid. CUELLO CONTRERAS, *PG*³, XI 222.

prohibir un peligro muy alejado de la lesión del bien jurídico, más frecuente es el error de prohibición (nos atreveríamos a afirmar: *¡y más necesaria la prevención de que los automovilistas no se fíen en que ellos dominan la situación!*), es así porque en última instancia el legislador penal tiene que adelantar mucho la protección de los bienes jurídicos frente a conductas que caracterizan la sociedad actual, esto es: que crean peligros sin que el autor sea directamente consciente de ellos.

En cualquier caso, de la concepción de la imprudencia inconsciente como creación de peligro más remoto de lesión que en la consciente y el dolo, que da lugar a más frecuentes errores de prohibición precisamente por la representación de un menor peligro de lesión, no cabe extraer (además de que no obliga a pensar en una supuesta modificación de la norma del error de prohibición: teoría del dolo) ninguna de estas dos fundamentales consecuencias: 1. Que haya ausencia total de representación subjetiva del peligro, a través de las circunstancias que lo indician. También la imprudencia inconsciente sigue teniendo un elemento subjetivo: Si el automovilista no se ha representando la alcoholemia del ciclista no ha actuado típicamente si adelantó a la distancia de ciclistas serenos. 2. Que tenga que acudirse a la infracción de una norma de cuidado necesariamente para configurar esta modalidad de imprudencia, con independencia de lo útil para la concreción que puedan ser elementos procedentes de aquella teoría. Es más, la doctrina de la imputación objetiva, de tanto juego en la imprudencia, en general, y en la inconsciente, en particular, está supliendo y dejando sin contenido a la infracción del cuidado debido, cada vez menos tratado en los Manuales³⁹. El hecho de que la doctrina de la imputación objetiva dé más juego en la imprudencia que en el dolo, evidencia la relevancia del elemento subjetivo, también en la imprudencia.

Finalmente, lo que acabamos de exponer para explicar la estructura de la imprudencia inconsciente dentro del sistema de imputación que tiene en cuenta junto al elemento objetivo también al subjetivo, explica al mismo tiempo que en ésta (imprudencia inconsciente) no cabe distinguir entre creación directa de un peligro remoto y dirección de la acción a evitarlo, como sí ocurría con las restantes formas de imputación. La razón estriba en que las funciones que allí debían diferenciarse, para dar cuenta de las distintas formas de actuar, aquí están refundidas, de una forma, por lo demás, que se basa más en el segundo elemento que en el primero. Por decirlo brevemente: Al automovilista que causó un accidente mortal

³⁹ Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *EPH-Gimbernat*, I, 787 ss.

por adelantar en una curva sin visibilidad, como el del ejemplo propuesto, no se le castiga tanto por actuar, aunque así lo es en última instancia: derecho penal del hecho, como por haberlo hecho en una situación incierta, en la terminología de STRUENSEE⁴⁰, derivándose de ahí una discusión no muy bien fundada sobre acciones y capacidades⁴¹.

8. Caso fortuito

A, ha dejado lejía en la encimera de su cocina. En el momento de ausentarse de la misma, su hijo de corta edad, que ha entrado en la cocina y por su estatura no alcanza a la encimera, jugando, ha colocado un taburete a través del cual ha llegado a la altura de ésta, cogiendo en sus manos y llevándose a la boca la botella de lejía, lo que le ha producido unas lesiones graves en el esófago⁴².

Puesto que, efectivamente, no hay nada que no habría sido evitable poniendo todavía mayor cuidado, es decir, no actuando hasta haber conocido más nexos causales concurrentes en el caso de los que se conocieron cuando se actuó, de ahí la importancia de la figura del riesgo permitido, en algún momento debe cesar la imputación. Entiéndase bien, no porque no se hayan creado riesgos, lo que ocurre en todo cuanto el hombre acomete, sino porque en función de que es necesario el tráfico y en función de lo limitado del conocimiento humano, sólo el riesgo no permitido da comienzo a la imputación. Se explica, así, la figura histórica del caso fortuito, y que el ámbito de protección de la norma sea el primer criterio decisivo de imputación en derecho penal, sobre todo en la imprudencia.

Riesgos apartados del que quiso abarcar la norma, como, p. ej., el de que el padre del atropellado imprudentemente muera del infarto al recibir la noticia del accidente, no se imputan. Formulado en clave abstracta: Riesgos muy apartados del abarcado por la norma y sólo indirectamente relacionados con la misma, o que son el resultado, además de la infracción de la norma de cuidado, de una pluralidad de nexos causales fortuitos y fatales, como el del ejemplo, pueden dejar de imputarse.

⁴⁰ Vid. al respecto Eberhard STRUENSEE, «El tipo subjetivo del delito imprudente» (trad. de Joaquín CUELLO CONTRERAS) *ADP*, 1987, 448.

⁴¹ Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *EPH-Gimbernat*, I, 779 ss.

⁴² El ejemplo está tomado de Rolf-Dieter HERZBERG, «Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung von bewusst fahrlässigen Verhalten», *JZ*, 1988, 641 ss.

El amplio desarrollo de la doctrina de la imputación objetiva, y sus límites, evidencian las tres ideas centrales conforme a las que aquí hemos construido un *sistema de imputación monista*, que atiende al igual a los aspectos objetivo y subjetivo inescindibles del injusto: 1. Que los peligros son infinitos. 2. Que se puede acotar objetivamente. 3. Que hay que acotar también subjetivamente, modificando esta última acotación las dos anteriores cuando hay conocimientos especiales. Conclusión: Cabe armonizar el sistema en torno al elemento objetivo y subjetivo; imputación objetiva y disvalor-acción finalista son las bases del sistema, en el delito doloso y en el delito imprudente.