

EL DELITO IMPRUDENTE

Alicia Gil Gil

Para abordar con seriedad una investigación integral sobre lo injusto del delito imprudente de acción, es necesario comenzar por una serie de cuestiones previas esenciales que nos determinarán después la concreta construcción dogmática, como son el concepto de acción elegido y sus implicaciones para lo injusto, el concepto de injusto, su relación con el concepto de norma elegido y el papel en él del desvalor del resultado. Una vez abordados estos imprescindibles puntos de partida, en la segunda parte del trabajo se comentan y rechazan otras construcciones que parten de presupuestos diferentes, poniendo de manifiesto los inconvenientes y contradicciones que presentan, se propone un método de identificación de la acción típica en el delito imprudente, lo que incluye una distinción entre conductas de autoría y de participación y se analizan y eligen los criterios de imputación del resultado.

En relación con el concepto de acción

Se opta por mantener la utilidad del concepto finalista pero rechazando algunas conclusiones que algunas variantes de la doctrina finalista han venido defendiendo.

El concepto de acción cumple su función de elemento básico y unitario desde el momento en que sirve para explicar todos los tipos (lo que no podía hacer el concepto causal, incapaz de explicar la tentativa) pero no es necesario, más allá de eso, que todos sus elementos sean valorados en cada forma de injusto. La diferencia entre el delito doloso y el imprudente no es que en éste último no exista acción final, sino que la finalidad en la acción imprudente no se refiere a los elementos típicos. La diferencia entre

el delito doloso y el imprudente no está por tanto, en el plano de la acción sino en el de la tipicidad.

La finalidad configuradora de la acción del sujeto será relevante en primer lugar para definir la acción realizada y de esta manera identificar la norma de cuidado aplicable a esa actividad, desde la que se construye el tipo del delito imprudente, también sirve para descartar el dolo, o para afirmar la posible concurrencia simultánea de una acción justificante (cuando la finalidad constituya un elemento subjetivo de una causa de justificación que excluya la ilicitud del delito imprudente cometido), pero no es correcto buscar un contenido de la finalidad típicamente relevante en el delito imprudente. Ni la construcción de la finalidad potencial, que confunde los planos ontológico y valorativo y trae a lo injusto elementos que deben quedar en la culpabilidad, ni la pretensión de reclamar la relevancia de una parte de la finalidad (finalidad de los medios), que exigiría siempre la conciencia del medio peligroso, dejando fuera supuestos de imprudencia inconsciente, son correctos.

Ello no significa que el concepto final de acción coincida en su relevancia típica con el concepto causal, pues, incluir o no en la acción –y en la acción típica- un desarrollo causal producido por el actuar voluntario pero derivado solo causalmente de éste supondrá necesariamente una distinta concepción de las normas subyacentes a los tipos y de la relación entre desvalor de acción y norma de determinación. O dicho de otra manera: la norma de valoración que permite el juicio de tipicidad como adecuación del “suceso” al tipo, propio de la teoría de la imputación objetiva, al menos en lo referente a la construcción del tipo objetivo, sólo es compatible con la concepción causal de la acción –o su derivación social- que concibe la acción como suceso –incluyendo el desarrollo causal posterior al actuar voluntario- pero no con la acción final, más apropiada –o

sólo apropiada- para la concepción de la norma como imperativo. La concepción de la acción de la que se parte condicionará pues la construcción de lo injusto, la elección del concepto de norma y su relación con lo injusto, la estructura típica, etc.

Respecto de la concepción de las normas como normas de determinación y las implicaciones para el delito imprudente

Parto de que la “norma” entendida como “todo precepto jurídico independiente, obligatorio, en la forma de un mandato o una prohibición, sin referencia alguna a las consecuencias jurídicas” es presupuesto de la ley y presupuesto de la norma son los juicios de valor.

Las normas de determinación son el instrumento idóneo para la protección del orden jurídico al ordenar o prohibir la realización de acciones que supongan el mantenimiento o la perturbación respectivamente de situaciones valiosas. Así es como las normas penales (y no sólo la pena) realizan su función de protección de los bienes jurídicos.

No puede admitirse, en cambio, que la norma decaiga allí donde el sujeto concreto no puede ser motivado, pues hay que distinguir claramente el deber de las condiciones que posibilitan o impiden el cumplimiento de ese deber, no pudiendo estas últimas condicionar la existencia del primero por constituir tal proceder una incoherencia lógica.

Las posturas que bien ponen el acento en la comprensión de la norma de conducta como norma de determinación y extraen de esta afirmación la consecuencia de la exclusión de la antinormatividad cuando falta la motivabilidad del sujeto, o por el contrario, prescindiendo del contenido de las normas, se centran en la concepción del delito como una teoría de la imputación, carecen de la necesaria y útil delimitación de lo prohibido con independencia de que la vulneración de la prohibición no sea imputable.

Tampoco son correctos los intentos de sustituir el fundamento de la antijuridicidad por la lesividad o las valoraciones con el fin de seguir manteniendo un concepto de antinormatividad completa trasladada ahora a la culpabilidad. Todo ello se hace por mantener una premisa falsa: que la imposibilidad absoluta de motivación normativa impide la propia infracción de una norma personalmente dirigida al sujeto y que esta antinormatividad completa así entendida no puede dividirse en partes según la función que corresponde a cada categoría del delito.

Tal concepto de antijuridicidad basado exclusivamente en la lesividad no puede explicar por si mismo ni la pertenencia del dolo y la imprudencia a lo injusto ni por tanto tampoco el castigo de la tentativa. Por ello es necesario dividir la antinormatividad completa entre lo injusto como contradicción con el contenido de la norma general (la antijuridicidad abstracta), y las condiciones personales de cumplimiento de la norma que se llevan a la culpabilidad.

La concepción de la norma como comunicación individual pierde de vista que la norma penal no es un mandato singular, o prescripción particular, sino general, no se dirige sólo al individuo que la infringe sino a la colectividad y por lo tanto tiene a la vez terceros destinatarios y una pretensión de vigencia general, y respecto de los terceros no puede aparecer como inexistente para el destinatario concreto respecto del que fracasó. Esta concepción supone la pérdida de la función preventivo general positiva que cumple la pena a través de su ajuste a la categoría de lo injusto, pues esta categoría deja de decir lo que está prohibido con carácter general y entonces la pena ajustada a ella ya no podrá reforzar en las conciencias de los ciudadanos esos juicios generales. Esta construcción, con los requisitos que establece para la antinormatividad no puede explicar satisfactoriamente el castigo de la imprudencia inconsciente y del error de

prohibición vencible. Además, al desplazar la antinormatividad completa a la culpabilidad y fundamentar la antijuridicidad en la lesividad, no puede explicar tampoco el castigo de la tentativa, que ya no puede fundamentarse en la lesividad tal y como se la concibió, sino en un nuevo concepto de “lesividad jurídica”, es decir, esta postura tiene que recurrir también a la contradicción con la norma prescripción o norma promulgada que sin embargo se empeña en calificar de irrelevante.

En mi opinión no se trata de buscar el concepto de antinormatividad completa y ligarnos a él sin más, se trata de ver qué parte de la antinormatividad es necesaria para cada categoría dogmática elaborando éstas desde sus funciones y no desde la presunta vinculatoriedad de un concepto de antinormatividad previamente decidido. Personalmente entiendo que es preferible establecer una separación entre la contrariedad objetiva entre la conducta humana y lo prescrito por la norma (antijuridicidad) y las condiciones del cumplimiento de la norma, ya que ello nos permite mantener el carácter general de la prescripción con sus efectos frente a terceros.

La selección para lo injusto de una parte de la antinormatividad completa: la contradicción objetiva de la conducta con el contenido de la norma de determinación, permite por una parte limitar las lesiones o puestas en peligro desvalorables al hacerlas pasar por el ojo de la aguja de lo prohibible (tanto en el delito doloso, en que sólo se desvalorarán las producidas por una acción dirigida por la voluntad a tales resultados, como en el imprudente, en el que sólo se desvalorarán las lesiones causadas por una conducta que infringió el cuidado objetivamente debido). Y por otro lado permite considerar como injusto, conductas que no suponen necesariamente todavía un efecto de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (actos preparatorios, tentativa, delitos de resultado cortado etc.).

Llegados a este punto hay que admitir que existen dos formas posibles del contenido de lo generalmente prohibible (prescindiendo por tanto de las condiciones individuales de la norma comunicación que quedan para la culpabilidad). Para esta misión de identificar las conductas prohibidas ex ante existen dos tipos de normas que se corresponden con dos formas de identificación: las dirigidas por la voluntad hacia la lesión del bien jurídico, entonces el contenido de la voluntad se convierte en elemento que identifica la conducta prohibida y las que suponen un determinado riesgo ex ante que se considera no permitido y entonces el determinado riesgo ex ante identifica la conducta como no permitida en el momento en que se la da comienzo. Solucionado el problema de la concreción del enunciado de la norma de determinación, los problemas de comunicación quedan al margen, pero el dolo queda en el tipo sin necesidad de elementos subjetivo en la imprudencia.

El dolo es la guía o conducción, dirección mediante el actuar voluntario, de un curso causal hacia el resultado, la imprudencia es la realización de una conducta que supone la posibilidad ya no tolerada de desarrollar un concreto curso causal lesivo que se deseaba evitar. Son dos formas de definir la acción que no desea el Derecho, una a través de la dirección consciente de los factores, otra a través de una acción peligrosa ex ante por encima de lo tolerado. Ambas formas de definir la conducta prohibida son necesarias, pues ni la definición de un riesgo no tolerado es suficiente para identificar las conductas dolosas en un momento de realización incipiente que desde el punto de vista objetivo todavía no podrían calificarse como riesgo no tolerado de determinado resultado (tentativa inacabada, actos preparatorios), ni la elección y dirección consciente de todos los factores capaces de producir un resultado puede valorarse de la misma manera que la realización de una conducta que acaso pueda comportarse como factor causal si interacciona con otros no

dirigidos sino solo posibles. Ello supone que ya el tipo objetivo es diferente para el delito doloso y para el imprudente.

Frente a esas posturas que situaban una antinormatividad completa e indivisible en la culpabilidad pretendiendo identificar lo injusto con la lesividad o peligrosidad, están las otras que anunciábamos, que dividiendo esa antinormatividad, bien desde la teoría de la imputación objetiva, construyen un tipo objetivo basado también exclusivamente en la lesividad o peligrosidad y le añaden un tipo subjetivo como forma de evitabilidad, o bien, desde algunas ramas del finalismo, simplemente pretenden traer a lo injusto determinados requisitos de la norma comunicación. Estas posturas suponen en mi opinión también una incorrecta identificación de lo injusto que hace perder de vista su función pero al contrario que las que acabamos de comentar, estas traen a lo injusto elementos que debieron quedar en la culpabilidad, sobre ellas volveremos más adelante.

En relación con el resultado no final y su pertenencia a lo injusto

En mi opinión el efectivo acaecimiento del resultado no forma parte de la acción final que identifico con el actuar humano, dejando fuera del concepto las consecuencias de dicho actuar. El resultado querido por el sujeto no forma parte de la acción, sólo la querencia de ese resultado integra y configura la acción, pero la efectiva producción del mismo como suceso externo y separable del actuar, queda fuera de la acción. Esta es la postura consecuente con una distinción entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado.

El problema de la pertenencia del desvalor de resultado a lo injusto viene resuelto en mi opinión de manera afirmativa por la consideración de los juicios de valor inherentes a las normas penales que son su presupuesto lógico y por una comprensión del efecto preventivo general positivo de la

pena que solo resulta posible partiendo de una categoría de lo injusto que cumpla el fin de informar de lo generalmente prohibido por desvalorado.

La explicación del resultado como condición objetiva de punibilidad resulta desde luego insatisfactoria en la construcción de los defensores del monismo subjetivista porque no se explica adecuadamente que la producción del resultado permita seleccionar dentro de las conductas descuidadas (imprudentes) ya típicas, antijurídicas y culpables, aquellas singularmente intolerables para el Derecho penal.

Si el resultado se establece como criterio de selección de conductas pero no forma parte de lo injusto, la pena debería establecerse en proporción a la gravedad del comportamiento descuidado y no en proporción al resultado causado. Sólo la inclusión del desvalor del resultado en lo injusto puede explicar que una misma conducta que ha infringido una norma de cuidado destinada a proteger la vida y la integridad física y que ha afectado (puesto en peligro) a ambos bienes jurídicos, se castigue con penas diferentes según el resultado producido.

Todo lo anterior nos lleva a afirmar que lo injusto rebasa la materia de prohibición.

El desvalor de acción también se construye por referencia a la valoración por el Derecho de un bien, y por lo tanto la desvaloración de la acción ya incluiría la desvaloración de la lesión del bien en cuya virtud se prohíbe la acción, sin embargo el ajuste de la pena al desvalor de acción es insuficiente para la reafirmación del valor del bien jurídico que pretendemos. Especialmente en el delito imprudente.

En los delitos dolosos la dirección de la voluntad hacia la lesión del bien jurídico identifica más claramente el valor cuestionado por la conducta, aquel al que se dirige la finalidad del sujeto. Pero en el delito imprudente la propia conducta y su cualidad lesiva no aparecen tan

específicamente ligadas a la lesión de un bien jurídico concreto y en su forma concreta de lesión, sino que más bien en el momento de realizarse el delito la conducta aparece como peligrosa para una pluralidad de bienes jurídicos y mediante una pluralidad de vías (y ello aún cuando se argumentara la aquí rechazada finalidad de los medios o la finalidad referida a los factores de riesgo). Aquí el prescindir de la inclusión de la lesión del concreto bien jurídico en lo injusto convierte al delito imprudente en un *crimen culpae*, lo injusto de la conducta radica en su peligrosidad para una pluralidad de bienes jurídicos simultáneamente, y la pena no podría tener en cuenta individualmente cada uno de los resultados producidos (quedando reducido como mucho el resultado a mera condición objetiva de punibilidad). En tal construcción el desvalor del resultado no es tan fácilmente identificable a través del desvalor de acción y la pena pierde su virtualidad para confirmar el valor del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

Por ello también desde el punto de vista de los fines de la pena está justificada la posibilidad de castigar un injusto parcial en el delito doloso pero no en el imprudente. Pero un concepto unitario de injusto y el aplicar la misma argumentación para fundamentar la pertenencia del desvalor de resultado a lo injusto en ambos casos nos lleva a afirmar que tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes lo injusto completo está formado por el desvalor de la acción más el desvalor del resultado.

El desvalor del resultado pertenece por tanto a lo injusto como cofundamentador del mismo pero no a la materia de la prohibición. El desvalor del resultado tiene la función de conectar la conducta contraria a la norma con la función de dicha norma: la protección de bienes jurídicos, apoyada a través del fin preventivo general positivo de la pena. Lo injusto, lo contrario a Derecho, comprende no sólo lo prohibido, sino también la

contradicción de las valoraciones que subyacen a las normas y que las dotan de sentido. Pues la pena no sólo tiene la misión de reafirmar la vigencia de las normas, sino también de confirmar en la conciencia jurídica de los ciudadanos esos valores jurídicos como mejor forma de garantizar su respeto.

Entrando ya en la construcción del delito imprudente quiero comenzar por criticar aquellas construcciones que como anuncié pretendían una separación entre el tipo objetivo y un supuesto tipo subjetivo de la imprudencia, es decir, las que conciben la imprudencia como error.

El concepto de imprudencia como error o como evitabilidad individual se defiende desde muy diversas construcciones y concepciones de lo injusto, desde la teoría de la imputación objetiva hasta un sector del finalismo.

Entre los primeros predominan construcciones que conforman lo injusto como suma de un tipo objetivo y un tipo subjetivo disociados, que responden a fundamentos diferentes. Bien construyendo el primero desde el concepto de lesividad, bien limitándolo ya por la previsibilidad objetiva y por el riesgo permitido, y superponiendo siempre un tipo subjetivo que se dice se basa en la evitabilidad personal, pero en realidad tal evitabilidad se amplía y se limita normativamente mediante criterios que nada tienen que ver con lo personalmente evitable. El tipo objetivo pasa a ser una mera descripción de conductas ajena al fundamento de la imprudencia y el tipo subjetivo opera sobre él para decirnos si la conducta subsumible en el tipo objetivo se puede achacar a la falta de motivación adecuada.

Estas construcciones merecen numerosas críticas: en primer lugar resulta criticable la creación de un tipo objetivo disociado de la norma, y

que en las posturas que incluyen el riesgo permitido como límite al tipo subjetivo y no al objetivo, abarca incluso conductas socialmente no desvaloradas con lo que el juicio de desvaloración que supuestamente implica el tipo objetivo, resulta después irrelevante. También es rechazable que se limite la imprudencia por elementos ajenos a su fundamento. La crítica acerca de la incoherencia de poner límites generales a un concepto establecido de forma individual tiene mucho que ver con esta separación inconveniente del fundamento del tipo objetivo y el del tipo subjetivo de lo injusto.

También resulta absolutamente rechazable la construcción de la imprudencia por asunción a la que se ven obligadas estas posturas. Este proceder que adelanta la conducta imprudente a un momento previo en el que todavía le era posible al sujeto evitar su futuro estado de inevitabilidad, conlleva, además de la contradicción intrasistemática, como todos los intentos de adelantar la imprudencia a un momento previo, una equiparación inadecuada a efectos de conducta típica de acciones con peligrosidades muy diversas, pues conforme se retrocede la peligrosidad disminuye por verse cada vez más condicionada, sin que ello se refleje en una paralela aminoración de la pena, además de que el límite a la anticipación (y por tanto a la evitabilidad) tendrá que venir de nuevo marcado por las normas estandarizadas que señalan los límites entre los riesgos permitidos y no permitidos.

Además estas construcciones plantean el problema de renunciar a normas de conducta generales, llevando con ello a un concepto de injusto que no es capaz de cumplir con el fin preventivo general positivo, pues no refleja el desvalor de lo prohibido con carácter general.

Las construcciones que acabo de comentar parten de un concepto de injusto como infracción de la vigencia de la norma, donde el concepto de

infracción consiste en un proceso de imputación en el que se indaga acerca de si el comportamiento del autor expresa un no reconocimiento personal de la norma, o fórmulas similares, que hacen depender lo injusto no solo de la contradicción objetiva del contenido de la norma, como yo he defendido, sino de expresiones o faltas personales en relación con la misma.

Pero a la misma derogación de normas generales lleva la postura que, partiendo paradójicamente de presupuestos contrarios, entiende lo injusto como la infracción de una norma de determinación incluyendo en el concepto de injusto determinados requisitos de la norma comunicación.

Entre los autores que derivan la individualización del cuidado de las presuntas exigencias de la norma de determinación como norma comunicación están los que pretenden individualizar directamente el deber de cuidado y prescinden de la exigencia de un tipo subjetivo, quienes por el contrario, diseñan un tipo objetivo que recoge el deber objetivo de cuidado y al mismo superponen todavía en lo injusto un “tipo subjetivo” consistente en la comprobación de la evitabilidad (previsibilidad o reconocibilidad) individual acercándose con ello a las posturas anteriormente comentadas. Y también quienes combinando las presuntas exigencias de la norma de determinación con el concepto final de acción construyen un tipo objetivo que recoge las conductas estandarizadas, pero le añaden un tipo subjetivo (en sentido estricto) consistente en el conocimiento de los elementos del propio actuar sobre los que el legislador decide la peligrosidad no permitida de la conducta. Estos últimos convierten los delitos imprudentes en delitos dolosos de peligro.

Quienes parten de la norma como norma de determinación de conductas para llegar a un deber de cuidado individualizado también se ven obligados a poner límites objetivos a ese deber individualizado, tanto mediante la aceptación de los límites impuestos por el riesgo permitido,

bien como límite directo de los deberes individuales, bien a través de la previa limitación del tipo objetivo más la posterior limitación de la previsibilidad individual, como por la exigencia de responsabilidad, a pesar de la incapacidad personal para evitar la infracción del cuidado, a través de la figura de la imprudencia por asunción o por emprendimiento o afirmando la previsibilidad mediante el recurso a deberes previos de previsión, lo que supone según otra parte de la doctrina una contradicción.

En relación con la línea doctrinal que convierte los delitos imprudentes en delitos dolosos de peligro abstracto, tan erróneo como buscar una unidad estructural del ilícito en los elementos objetivos, como denuncian estos autores, lo es buscarlo en los subjetivos, como ellos pretenden. La unidad de lo injusto debe venir de que se mantenga en todos los casos un concepto unitario, lo que significa que lo que se define como injusto en cada una de las dos categorías –delito doloso e imprudente- se defina de la misma manera en su relación con la norma y con el resto de categorías –en especial con la culpabilidad- y cumpla la misma función en relación con el fin del Derecho penal, y no, por el contrario, de que se dote de relevancia en todo caso a los mismos elementos ontológicos.

Para devolver a lo injusto una concepción unitaria, desde sus premisas de que ello debe pasar por dotar de relevancia en todo caso a la finalidad, acaban estos autores por rechazar el dolo como dirección y diferencian el delito imprudente del doloso únicamente por la cantidad de factores causales que deben ser conocidos o previstos para afirmar uno u otro, con lo que acaban desnaturalizando el concepto de finalidad, pero además el conocimiento que exigen en el delito imprudente no equivale realmente, aunque se pretenda lo contrario, a la finalidad o dolo que exigen en el delito doloso, pues en este último cabe la previsión de elementos típicos y en la imprudencia no.

Pero además, a pesar de sus esfuerzos, no es cierto que la conducta prohibida se defina por la finalidad, porque no tenemos en cuenta para decidir la conducta desvalorada y prohibida las representaciones erróneas y sí, aunque sea en la construcción de estos autores después, para recortar la prohibición mediante la imputación del resultado, los datos no representados. Así se ven obligados estos autores a recurrir también a la imprudencia por asunción: a adelantar el momento relevante para la imprudencia, con lo que se retrocede a un desvalor de acción distinto y a un peligro menos sustantivo que si se fuera coherente se castigaría con una pena menor o incluso se declararía impune. Quien por ir distraído no ve el semáforo en rojo no infringe, según estos autores, la norma que le prohíbe invadir el cruce cuando no tiene preferencia sino la norma que le prohíbe distraerse, de peligrosidad menor, pues no todo el que se distrae además se salta un semáforo. Pero además en la anticipación del momento imprudente surge esa contradicción que anunciaba: La norma posterior que se dijo que no se había infringido –saltarse el semáforo- regresa a lo injusto a través de las valoraciones que corrigen a las prohibiciones. Quienes exigen una especial relación de antijuridicidad entre la infracción de la norma y el resultado producido – a pesar de que se pretende aquí que solo es condición objetiva de punibilidad-, para indagar sobre el fin de protección último de todas estas normas anteriores con el objeto de poder imputar el resultado final a la infracción de esa norma antepuesta, deben introducir en el fin de la misma la evitación de la infracción de la siguiente así como los fines de todas las normas posteriores a cuyo cumplimiento servía y que en teoría no se infringieron por no conocerse los factores de riesgo. Es decir, desde la construcción de Struensee habría que admitir que ha realizado una acción típica imprudente de homicidio quien se distrae mientras conduce, y para imputar a esta conducta el resultado de muerte hay que introducir como resultado intermedio que esta norma trata de evitar el hecho de saltarse el

semáforo invadiendo un cruce sin tener prioridad, que es la norma que se dice que no se ha infringido y mediante la cual llegamos al fin último de evitar choques mortales con vehículos que circulan por la perpendicular con prioridad de paso. Con ello la afirmación de que las normas posteriores no se infringieron por desconocerse los factores de riesgo resulta en mi opinión más que dudosa, pues su contenido tiene necesariamente que ser rescatado para lo injusto, la constatación de su contradicción es necesaria para la imputación del resultado.

Además el incluir más o menos factores en el tipo objetivo para que se pueda hablar como pretenden estos autores de error de tipo respecto de los no conocidos sólo se puede hacer desde la idea de lo que constituyen riesgos permitidos o ya no permitidos y esto no tiene ya nada que ver con los conocimientos del sujeto.

Pero la crítica más importante a esta construcción y a las anteriores radica en que todos ellos renuncian, igual que el grupo de autores comentados en primer lugar, a normas de conducta generales en el delito imprudente.

El fundamento que conduce a estos autores a un deber subjetivo de cuidado: una determinada concepción de lo injusto que parte de las exigencias que en su opinión se derivan de la norma de determinación es erróneo. No existe motivo para distinguir y separar determinadas exigencias de entre aquellas que conllevaría la norma como norma de comunicación para su ubicación en lo injusto mientras que otras se dejan en la culpabilidad y tampoco existe fundamento que impida construir lo injusto como contradicción con el contenido de la norma dejando los problemas de comunicación para la culpabilidad. Como ya se ha demostrado esta concepción de lo injusto es además la que se revela como más útil y necesaria. Sin embargo todas las posturas que vengo comentando

hacen desaparecer este momento de lo injusto. Los primeros porque condicionaban lo injusto al concepto de “infracción” caracterizado por un “no reconocimiento” de la norma, con lo que no toda contradicción del contenido de la norma expresa un no reconocimiento de la misma. En estas posturas, no es que no esté clara la separación entre injusto y culpabilidad, pero la misma no responde a ninguna función específica de lo injusto. El segundo grupo de autores comentados desanda igualmente el útil camino trazado principalmente a partir del finalismo en la separación entre injusto y culpabilidad porque igualmente tienden a ampliar las exigencias para afirmar la vulneración de la norma, que ya no consistirá en la mera contradicción entre la acción y su contenido, al incluirse determinadas condiciones de su operatividad como mecanismo de motivación.

Solo un concepto de injusto como contradicción con el contenido de la norma de determinación puede cumplir el fin de protección de bienes jurídicos a través del efecto preventivo general positivo de la pena en su sentido originario. La afirmación de un injusto objetivo previo al examen de la evitabilidad individual no tiene como único fin la posibilidad de aplicación de medidas de seguridad como se ha afirmado para criticar la determinación objetiva de la imprudencia, sino poder identificar en lo injusto el desvalor objetivo de la acción para trasladar el correspondiente mensaje sobre la valoración de esta acción y del bien jurídico a la generalidad y conseguir con ello el efecto preventivo general que sirve a la protección de bienes jurídicos. La contrariedad con la norma promulgada (con el contenido de la norma de determinación) se destaca como categoría que cumple la función de trasladar las valoraciones generales que se perderían al introducir en lo injusto consideraciones relativas a la capacidad individual de actuar conforme a esos parámetros generales.

Las anteriores observaciones me llevan también a la crítica de la concepción que identifica la realización del tipo imprudente tanto como un problema de exclusiva imputación del resultado como de imputación de la conducta y del resultado.

Aunque el gran acierto de las modernas concepciones de la imputación objetiva, que las sitúan por delante de la tradicional construcción de la teoría de la imputación objetiva del resultado, radica en distinguir los problemas relativos a la identificación de la conducta típica de aquellos otros referidos a la imputación del resultado, sin embargo, este descubrimiento no ha sido suyo, el finalismo lo destacó hace ya 50 años. Por otra parte estas construcciones siguen presentando defectos, en especial un concepto de injusto, y de tipo objetivo que ya he criticado, la separación innecesaria y perturbadora de tipo objetivo y tipo subjetivo y una fundamentación errónea de este último. Ese afán, propio de las construcciones de la imputación objetiva, y coherente con su erróneo divorcio del tipo objetivo y el subjetivo, de defender un tipo objetivo común a delitos dolosos e imprudentes, lleva en ocasiones a un resultado incorrecto de la evaluación del "riesgo no permitido", es decir, de la conducta que infringe la norma. Siguiendo la tendencia de la tradicional teoría de la imputación objetiva de resultados, tienden también los partidarios de la imputación de la conducta a caer en el error de sustituir la ponderación de intereses de la que decían partir en la evaluación de un riesgo como no permitido (y que en el delito doloso debería ser necesariamente diferente, pues diferente es lo que se somete a evaluación), por determinados topoi que en realidad son solo factores que deberían haber sido introducidos en esa ponderación y que por el contrario se toman directamente como solución de la misma.

Al final estimo correcta la crítica de que la teoría de la imputación objetiva es superflua en el delito imprudente porque bastan los contenidos ya elaborados por la dogmática de la imprudencia con la infracción del deber objetivo de cuidado y el llamado nexo de antijuridicidad del resultado, o comprobación de la pertenencia del resultado al ámbito de protección de la norma.

Paso a exponer la Construcción y fundamentación que se propone. Empezando por la determinación de La acción típica

La construcción del delito imprudente ha de comenzar por la identificación de la acción típica, lo que implica ocuparse en primer término de la construcción de las normas de cuidado. Ello se realiza en dos pasos necesarios: el primero es el juicio de previsibilidad objetiva, que incluye el diseño de la situación en la que se proyecta la conducta y la constatación de los riesgos que la misma presenta y el segundo es la ponderación de los intereses en juego a la vista de los riesgos constatados de la que surge la decisión final sobre la permisón o prohibición de la conducta tal y como se ha proyectado.

La acción que infringe el cuidado objetivamente debido es el primer elemento del tipo de los delitos imprudentes, y se identifica con el riesgo no permitido. La norma prohíbe realizar acciones fuera del riesgo permitido. La acción típica es la que supone la infracción de la norma que prohíbe actuar descuidadamente. Actúa descuidadamente quien lo hace sin respetar las cautelas ordenadas a quien desee realizar cierta actividad peligrosa. La norma por tanto, no prohíbe cualquier peligro sino sólo los más graves y que no sean necesarios para la utilización racional de los bienes jurídicos. Sólo cuando se comprende que no toda lesión o peligro del bien jurídico es típica porque el bien jurídico tiene que cumplir una función social que resultaría imposible si se pretendiera protegerlo a toda

costa, aparece en primer término la idea de que no toda conducta peligrosa es ilícita sino sólo aquella que excede de un determinado riesgo razonable y necesario para la funcionalidad de los bienes jurídicos.

Es preciso identificar la acción típica con la contraria al contenido de la norma de determinación (prohibición general de actuar de determinada manera: descuidadamente, fuera del riesgo permitido). La clase de riesgo prohibido se determina por la previsibilidad ex ante de que la conducta dé lugar a determinado curso causal no deseado. Y después se examinará si el resultado producido es precisamente de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado infringida, para poder incluirlo en lo injusto del delito imprudente en cuestión.

No tiene sentido empezar el diseño de la norma (o del riesgo no permitido) exigiendo de entrada un grado determinado de peligrosidad ya antes de la ponderación, con el argumento de la legitimación de los límites a la libertad de acción. El comenzar la determinación de la norma de cuidado por el criterio de la previsibilidad objetiva, pero entendida ésta como un determinado grado de probabilidad, heredado de la teoría de la adecuación, es sin duda un lastre de una construcción que parte de un concepto de injusto superado y que ya no resulta necesario tras la incorporación al tipo del riesgo permitido y de la idea de ponderación de intereses subyacente al mismo.

Aunque para la averiguación del riesgo no permitido, del contenido de la prohibición de actuar descuidadamente, se ha acudido con frecuencia a la figura del “hombre prudente”, mezclándose en el mismo criterio el problema de los conocimientos que se asignan al observador imparcial y la solución a la ponderación que determinará la conducta ya no permitida, a la vista de la situación y su peligrosidad definida por aquellos conocimientos, hay que destacar que se trata de dos momentos diferentes. La distinción de

estos dos momentos con finalidades diferentes en el proceso de averiguación de la norma, explica por ej. por qué motivo se tienen en cuenta los conocimientos especiales del autor pero no sus capacidades especiales. Los conocimientos del autor no se tienen en cuenta por sí mismos, como representaciones, sino como identificación o selección de los datos de la realidad que configuran el supuesto de hecho de la norma, lo que evidentemente no se puede predicar que las capacidades.

El resultado de la ponderación que determina la conducta prohibida es lo que entendemos por el criterio del hombre inteligente y sensato, que no debe entenderse sino como una metáfora, o resumen, de las exigencias del ordenamiento. El criterio se usa como ya he dicho también para elegir los conocimientos a incluir en el juicio de previsibilidad y en el diseño de la situación sobre la que se construye tal juicio. Ello se explica porque la inclusión de cada dato no conocido pero “cognoscible” –en realidad con ello nos referimos a que se debió conocer- en la construcción de la situación que sirve de base para el pronóstico responde a la existencia de una norma antepuesta que prohíbe ya la acción que presenta la posibilidad de interacción con la posibilidad meramente abstracta de aparición de ese factor.

Para la construcción de la situación sobre la que se decidirá la norma los conocimientos relevantes no dependen tanto del rol, del sector del tráfico o menos todavía del círculo social del que provenga el sujeto (esta última idea parece especialmente proclive a tener en cuenta defectos de conocimientos), sino de las exigencias que el ordenamiento impone a la realización de una determinada actividad. El hombre modelo del círculo o sector del tráfico, como el rol, sirve sólo como resumen de todas las exigencias anteriores que el ordenamiento impone a quien llega a realizar la acción típica.

En ocasiones la probabilidad de interacción de la conducta con un factor cuya aparición se presenta como abstractamente posible, como una mera posibilidad abstracta, se considera un riesgo mínimo que puede superar la ponderación de intereses. En cambio si la probabilidad abstracta se sustituye por la probabilidad más cercana, bien porque en lugar de la mera posibilidad de aparición del factor colocamos en el juicio de peligrosidad su conocimiento seguro o bien el conocimiento de un indicio del mismo que eleva su probabilidad, entonces puede que la probabilidad final así aumentada no supere la ponderación de intereses. Pero en otras ocasiones ya la mera posibilidad abstracta se considera no permitida. Cuando la mera posibilidad abstracta de irrupción de un factor que interactúe con la conducta y lleve al resultado se considera ya un riesgo no permitido, la única posibilidad de continuar la realización de la actividad está en tomar las cautelas necesarias para verificar la no presencia de ese factor abstractamente posible. En tales casos sin embargo no es la ausencia de estas cautelas lo que constituye el injusto imprudente de resultado, sino la realización de la última acción peligrosa. En los casos en que la permisión de la conducta pasa por despejar la incertidumbre sobre la posibilidad de aparición de un factor abstractamente posible es cuando se habla de los deberes de conocer asociados a la realización de conductas de ese tipo. La actividad de averiguación de los factores puede dar lugar a la exclusión del riesgo si se descartan o a su concreción si se confirman. En el segundo caso ante esta nueva situación aparece aplicable una nueva norma de cuidado que puede o bien prohibir la acción o bien permitir determinadas acciones realizadas con cautelas nuevas dirigidas a controlar este nivel de riesgo percibido ahora como superior. Pero en todo caso el distinto momento en que se analice la peligrosidad de la conducta va a dar lugar a niveles de riesgo diferentes pudiendo ser diferente (o no) la valoración que el mismo merezca. Lo relevante es que mientras el riesgo

aparezca como controlable de distintas maneras van surgiendo diferentes deberes dirigidos a posibilitar su control, o en realidad, desde el punto de vista del tipo, distintas prohibiciones que son eludibles no solo mediante la abstención de actuar sino mediante actuaciones dirigidas a controlar sucesivamente el riesgo variante conforme se concreta.

Para la determinación de la norma infringida en último lugar, que es la norma subyacente al tipo de resultado, se tendrán en cuenta todos los conocimientos que el sujeto hubiera debido ir adquiriendo si no hubiera infringido todas las normas antepuestas. ¿Por qué no concluir entonces simplemente que el sujeto infringió la primera norma de cuidado que prohibía ya el riesgo abstracto? Porque el peligro que aquella conducta representaba estaba condicionado a la posibilidad de todos los factores e infracciones posteriores y por lo tanto aparece como muy inferior a la peligrosidad de la última conducta que se establece teniendo en cuenta todos los factores que han concurrido en el caso concreto y que el sujeto hubiera conocido de cumplir todas las normas de cuidado antepuestas. La afirmación de esas normas de cuidado antepuestas nos permite hacer cortes típicos en la imprudencia sucesiva de un sujeto de manera que solo la infracción de la última norma sea la que subyace al tipo de resultado en cuestión.

Por todo lo dicho anteriormente entiendo que los conocimientos a incluir en el juicio de peligrosidad son aquellos que el ordenamiento exige para la realización de una actividad y que se deben ir concretando a través del planteamiento de la permisón o prohibición de la conducta desde la valoración de la mera posibilidad abstracta de aparición de un factor. El criterio de los conocimientos del ciudadano inteligente dentro del círculo de personas que tiene permitida la actividad no es sino el resumen final de todas las valoraciones anteriores.

En relación con la realización de la ponderación desde la que se decide la permisión o prohibición de un riesgo no creo que se puedan dar más que pautas generales dado que habrá que analizar el valor que se otorgue a la conducta en su configuración concreta y los concretos riesgos que representa en cada caso, así como la posibilidad o conveniencia de modificarla mediante la exigencia de cautelas que a la vez limitan el riesgo y el ejercicio de la actividad. La conducta aparecerá como descuidada y prohibida si era posible limitar los riesgos que todavía presenta de llegar al resultado a través de determinados cursos causales mediante la adopción de cautelas que evitando la interacción con esos posibles factores no limitaban en exceso el ejercicio de la actividad, o puede, por el contrario, aparecer como permitida si el limitar los riesgos que todavía supone se considera limitar excesivamente el valor o la utilidad preferente que la actividad presenta o si esos límites parece más conveniente trasladarlos a terceras personas para garantizar la utilidad o valor de la conducta, etc. Esto es lo que hace que, como ya dije, un riesgo no permitido no se defina simplemente por un determinado grado de probabilidad del resultado, sino por el concreto camino causal que amenaza y por ello la posibilidad concreta de interacción con un factor puede considerarse no permitida si a pesar de ser escasa, su evitación mediante la adopción de una determinada cautela era muy fácil y no limitaba en exceso la actividad. Ello haría que la ponderación de intereses considerase un riesgo no permitido la actuación sin la cautela. En cambio la interacción posible de la misma conducta con otro factor diferente, quizás más probable, puede considerarse un riesgo permitido si el coste de eliminarlo o reducirlo es mucho más elevado y la realización de la conducta sigue apareciendo como preferible a su excesiva limitación. Por tanto, en la ponderación que da como resultado la decisión de los riesgos permitidos y no permitidos interviene no solo la probabilidad de un factor y con ello del resultado al que lleva su interacción, sino

también los costes que supone su evitación mediante la incorporación de cautelas. El riesgo permitido es por ello el riesgo de producción del resultado a través de la interacción con concretos y determinados factores, no una cantidad abstracta o estadística de peligro de producción del resultado. Es necesario tener esto en cuenta para poder analizar con posterioridad de manera correcta el fin de protección de la norma, pues la permisión de determinados riesgos –de la interacción con factores concretos contra la que deliberadamente no se establecen cautelas para no limitar excesivamente la actividad valorada- los dejará fuera del fin de la norma.

Cualquier factor previsible que pueda interactuar con la conducta anudando un curso causal hacia el resultado debe ser analizado conforme a la ponderación de intereses comentada. Incluidas las posibles conductas incorrectas de terceros o de la propia víctima. Por lo general la posibilidad abstracta de interacción con conductas de tercero o de la propia víctima se considera un riesgo permitido puesto que, en primer lugar tomar las cautelas destinadas a evitarlas cuando solo son posibilidades abstractas disminuiría gravemente el ejercicio y con ello la utilidad de cualquier actividad, y en segundo lugar el ordenamiento dispone en estos casos de la posibilidad de cargar con las cautelas dirigidas a la evitación a esos terceros. La respuesta a estos casos está por tanto en primer lugar en la ponderación, no dejan de ser supuestos de evaluación y permisión de riesgos. Pero puede que no siempre sea así, por ej. porque la actividad presente una nula utilidad o interés y prevalezca el interés en evitar interacciones incluso con conductas erróneas de terceros o por la imposibilidad de trasladar la cautela a la víctima o por la elevación del riesgo de conducta errónea del tercero, o por la facilidad de introducir cautelas que limitan muy levemente la utilidad de la actividad pero disminuyen enormemente el riesgo. Por ello otro problema distinto es el de

si toda infracción de una norma de cuidado destinada a evitar interacciones con conductas descuidadas de terceros, (cuando se haya decidido que la conducta que ofrece tal riesgo debe ser prohibida) es la norma subyacente al tipo. La solución tampoco proviene de un principio ajeno a la dogmática del delito imprudente y por cierto contradicho por el Derecho positivo, como el de autorresponsabilidad que determina la imputación a la víctima, sino de los criterios para definir la autoría ejecutiva.

Con ello pasamos a un segundo problema en la identificación de la conducta típica:

el de si toda conducta que infringe cualquier prohibición de actuar descuidadamente que tenga como fin último colaborar a la evitación de un resultado lesivo puede identificarse con la acción típica del delito de resultado en cuestión o si, por el contrario, sólo algunas de esas normas pueden definirse como la norma subyacente al tipo de resultado y por lo tanto sólo la conducta que infringe esa concreta norma de cuidado es la conducta típica. La doctrina ha elegido dos vías diferentes para solucionar los ejemplos de los que vamos a ocuparnos e identificar la conducta típica de entre aquellas que suponen riesgos no permitidos: la imputación objetiva, a través de las figuras de la prohibición de regreso y de la imputación a la víctima, u otros argumentos, por un lado, y la distinción entre conductas imprudentes de autoría y conductas imprudentes de participación por otro.

Las primeras me parecen incorrectas por diversos motivos en cuya discusión pormenorizada no puedo detenerme ahora, pero que son explicados con detalle en el texto que he entregado a la Comisión.

La mayoría de los autores que pretenden reducir la conducta típica por la otra vía anunciada: la de la distinción autoría / participación, parten de la idea aquí rechazada de un único e idéntico tipo objetivo para el delito

doloso y para el delito imprudente. En mi opinión sólo el delito doloso se caracteriza por un elegir e impulsar la voluntad de actuar del sujeto la interacción de cada uno de los factores causales en dirección al resultado. Solo en el delito doloso se puede hablar en mi opinión de un dominio objetivo y subjetivo del hecho. Una conducta que de realizarse con consciencia de la peligrosidad todavía no podría considerarse dolosa –por falta precisamente de dominio del hecho o para quienes optan por un dolo meramente intelectual por no contener el grado o la clase de peligrosidad necesaria para afirmar el dolo- puede sin embargo ser calificada de imprudente. Aquí se ha tratado de demostrar el distinto contenido de las normas que subyacen a los tipos dolosos y a los imprudentes y por tanto quedaría justificado que el tipo objetivo y el tipo subjetivo de la autoría dolosa se configurasen conforme a los elementos característicos de esta clase de tipo, mientras que los elementos que caracterizan al autor imprudente son los propios que definen las conductas imprudentes.

De entre las conductas contrarias a normas de cuidado que referidas a un mismo riesgo interaccionan en la producción del resultado, la conducta subyacente al tipo de resultado, la calificada como autoría, supondrá una mayor cantidad de injusto, una mayor peligrosidad, un mayor merecimiento de pena, mientras que las demás presentan una peligrosidad menor, pues el que puedan formar parte del camino hacia la lesión del bien jurídico aparece precisamente condicionado a *la conducta imprudente* que hemos calificado como autoría, aquella cuya peligrosidad es mayor pues su efectividad ya no aparece condicionada a infracciones de cuidado posteriores de otro sobre el mismo riesgo. La conducta típica, la del autor, presenta por tanto una mayor cercanía al hecho frente a las de participación, que no son la acción típica, más lejanas, condicionadas, prohibidas por normas antepuestas. Lo que hay que buscar por tanto es la última prohibición dirigida a evitar la concreción de un determinado riesgo.

Se trata, en definitiva, de la jerarquización de las normas que afectan a cada uno de los intervinientes.

Cuando el último actuante lo hace de manera atípica porque en su manejo del riesgo le cubre el principio de confianza según el cual podía confiar en recibir el riesgo conjurado del anterior, entonces el anterior como destinatario de la última norma ideada para conjurar ese riesgo es el autor. El partícipe no realiza el hecho con su mera conducta imprudente sino siempre a través de la imprudencia de otro (accesoriedad). Para imputarle el resultado final es preciso hacerlo a través de un resultado intermedio: el favorecimiento de la imprudencia de otro.

En la precisión de que se trate del mismo riesgo y de una disminución de peligrosidad al respecto de la conducta del partícipe se hallan las diferencias con la concurrencia de imprudencias, en la que todos son autores, pues la imprudencia de cada uno, aunque dependa de la imprudencia del otro para llegar al resultado, en realidad se refiere a un riesgo diferente, y no al mismo riesgo. Cada uno debe ocuparse de un riesgo diferente, cada uno es el “último competente” de ese riesgo diferente. En la concurrencia de culpas todas las conductas presentan el mismo grado de peligrosidad, una no aparece como de peligrosidad menor, más lejana que la otra, precisamente por condicionada a esa otra. En cambio en los casos de participación es el mismo factor el que va pasando de uno a otro. Por ej. el farmacéutico que a petición de un cliente le vende sin receta un medicamento para el que ésta es preceptiva es competente, le afecta una prohibición destinada a evitar la interacción del medicamento con una característica del paciente que suponga la contraindicación produciendo la muerte, pero el último competente para evitar esa idéntica interacción, el último destinatario de una prohibición con ese fin, es el comprador que la suministra sin haber consultado al médico o sin haber

leído el prospecto. La peligrosidad de la venta sin receta aparece como más lejana y condicionada a la de suministro contraindicado – pues no todo medicamento vendido sin receta se suministra después contraindicadamente-, mientras que la peligrosidad la última infracción –el suministro contraindicado- aparece como mayor y ya no condicionada a ninguna imprudencia posterior sobre el mismo riesgo. El farmacéutico no es pues autor del homicidio imprudente.

Termino mi exposición con la cuestión relativa a La imputación del resultado.

Precisamente la explicación que di a la inclusión del desvalor del resultado en lo injusto es la que fundamenta la exigencia, reconocida hoy de manera prácticamente unánime, de un determinado nexo normativo más allá de la mera causalidad entre la acción descuidada y el resultado lesivo.

Para mi el único criterio correcto es el del fin de protección de la norma.

El criterio de la conducta alternativa conforme a Derecho debe limitarse a un medio auxiliar en la interpretación del fin de protección de la norma, pero al mismo tiempo en dicha tarea aparece como irrenunciable. El comportamiento hipotético correcto no tiene relevancia por sí mismo, sino sólo en cuanto pueda demostrar la eficacia de la norma para la evitación del curso causal concreto pretendida por la cautela omitida. De lo que se trata no es de ver si se habría producido igual el resultado sino de si se produjo precisamente por la interacción de factores que la norma quería (y podía) evitar, donde la hipótesis sólo nos sirve para comprobar qué tipo específico de factores puede evitar una cautela que convierte a la acción en atípica, después es preciso conocer si el curso causal realizado en el caso fue ese o el que la cautela no pretende ni puede evitar. La única función del criterio

de la conducta alternativa correcta es ayudar, mediante la comparación de los riesgos todavía presentes en una conducta permitida, a descifrar cuáles son los riesgos no permitidos en la conducta prohibida que engloba a su vez otros riesgos –permitidos- comunes a las conductas permitidas, teniendo siempre en cuenta que el riesgo permitido y el no permitido se refieren siempre a la posibilidad de aparición e interacción con concretos factores y no a una magnitud de la probabilidad del resultado.

En cambio resulta inaceptable e incompatible con el criterio del fin de protección de la norma el principio del incremento del riesgo que se utiliza para los casos dudosos en los que no se sabe si el curso causal que produjo el resultado es de aquellos que podía y quería evitar la cautela infringida, a pesar de lo cual se decide la imputación si pese a la imposibilidad de comprobación ex post se estima que la cautela habría podido disminuir la probabilidad del curso causal dado. Desconoce esta teoría que las normas de cuidado subyacentes a los delitos de resultado no tienen como fin disminuir porcentualmente grados de peligrosidad, sino evitar la causación de resultados a través del control de posibles interacciones determinadas con concretos factores causales. Por lo tanto la fundamentación de la imputación del resultado en el incremento porcentual del riesgo concreto carece de base pues no guarda relación alguna con el fin de las normas subyacentes a los tipos imprudentes de resultado.

Si la cautela infringida solo tiene como fin disminuir porcentualmente un riesgo, solo se podrá imputar un aumento de riesgo, pero no un resultado. Si no se sabe o no se puede probar si el resultado es consecuencia de la superación del riesgo o por el contrario es consecuencia del riesgo permitido que la misma conducta supone, no se puede imputar el resultado, pues la relación de antijuridicidad entre la imprudencia y el resultado es a lo sumo probable. Y si parece que la imprudencia es grave y

que la norma necesita el refuerzo de un castigo para su cumplimiento se debe recomendar el castigo de la mera peligrosidad de la conducta pero no se puede convertir una conducta peligrosa en delito consumado.

Otros criterios como el de la causalidad de lo no permitido, son insuficientes.

El único criterio necesario para determinar la imputación del resultado es el del “fin de protección de la norma”. El desvalor del resultado ha de ser un reflejo del desvalor de acción. Ha de servir para reforzar en el juicio de los ciudadanos el valor del bien jurídico y el desvalor de la concreta forma de lesión del mismo que el ordenamiento no tolera, y en cuya virtud se dictó la norma, frente a otras formas de lesión que en cambio se consideran resultado de la preferencia del ordenamiento por la libertad de realización de la conducta (resultado del riesgo permitido que acompaña a la conducta prohibida).

Para decidir de entre los riesgos evitables adoptando una cautela que convierte a la conducta en permitida, cuáles pretende evitar la cautela o cautelas infringidas y cuáles no, es preciso remontarse a la ponderación de intereses que origina la norma, los peligros tenidos en cuenta y el reparto de cargas y ámbitos de libertad que supone. Ello exige por tanto en cada caso una labor de exégesis.

En mi opinión se trata en todos los casos de ver la interacción con qué factores concretos pretende evitar la cautela infringida. Para ello puede ser útil también el plantearse que si el ordenamiento renuncia en circunstancias normales a exigir garantías de evitación de un factor, cuando el mismo resulta evitable sólo casualmente porque se ordena una cautela *dirigida a controlar otro riesgo diferente*, ante un cambio de las circunstancias en las que se realiza la acción y que son ajenas a ese primer riesgo, no hay motivo para pensar que las valoraciones del ordenamiento

respecto del primer riesgo que en otras circunstancias se consideraba permitido hayan cambiado. Lo vemos en el ejemplo del adulto atropellado en las cercanías de un colegio. Pero tan erróneo como generalizar sobre las aptitudes de la cautela y de la norma es hacerlo sobre los riesgos excluidos. Que el legislador ante determinadas situaciones de aumento de peligro y/o imposibilidad de trasladar la carga del control del aumento del riesgo a la potencial víctima, incrementa las cautelas para el sujeto actuante, no significa que niegue toda protección en el resto de supuestos, como algún autor ha pretendido. Así por ej. al establecer el límite general de velocidad en las ciudades, el legislador ha renunciado a la evitación de determinados factores con una concreta configuración -irrupción repentina y demasiado cercana del peatón- pero no a cualquier factor “peatón imprudente”. Si el peatón cruza despistado a una distancia suficiente del vehículo, el conductor que por su velocidad excesiva o por distraerse mirando un cartel no consigue evitarlo como hubiera podido hacer con la conducción correcta responde del resultado. El ordenamiento ha renunciado a evitar los atropellos de cualquier peatón imprudente pero no los de todos los peatones imprudentes. Hay atropellos de peatones imprudentes evitables y que se deben evitar con la forma de conducción correcta –la velocidad permitida, la atención exigida-. Y el hecho de que se establezca una protección reforzada en situaciones de aumento de probabilidad del factor (por ej. el límite de velocidad reducido ante la proximidad a un colegio) no permite desconocer el fin de protección de la norma general, (por ej. del límite de velocidad general en las ciudades tal y como se ha explicado).

En los supuestos de reparto de tareas en el control sucesivo de un riesgo en el que la cautela dirigida a dotarse de conocimientos recae en persona distinta a la que posteriormente actúa, que se halla a su vez amparada por el principio de confianza en relación con la veracidad de la información recibida se produce una limitación del fin de la cautela que

compete a cada uno que puede desembocar en la imposibilidad de imputación del resultado cuando todos incumplen su respectiva cautela. Por ej. un médico es el encargado de elaborar el informe sobre la compatibilidad de las características del paciente con la anestesia y otro distinto, el anestesista, es el encargado de aplicar el anestésico correcto conforme a ese informe. El primero realiza mal el informe que erróneamente no advierte de la intolerancia. El segundo no llega siquiera a consultar el informe incorrecto y aplica el anestésico no tolerado. El paciente muere por una reacción a la anestesia. Pero la muerte no es imputable a ninguna de las dos conductas imprudentes. La primera no ha sido ni tan siquiera causal. La cautela infringida por el segundo tenía el fin limitado de evitar muertes sobre cuya posibilidad advertían informes previos. Esta solución pone de manifiesto la conveniencia quizás del castigo de algunas imprudencias graves sin resultado –la de quien realiza el informe incorrecto- o de algunas imprudencias con resultado no imputable por división de tareas en el control del riesgo –la de quien no consulta el informe-, fundamentalmente en supuestos de reparto de las cautelas destinadas a dotarse de conocimiento, mediante la creación de delitos de peligro castigados con pena menor que el correspondiente delito consumado.