

Mandato de determinación e imprudencia

El desarrollo imponente de la dogmática de la imprudencia no ha tenido por objeto aquello que, a los ojos de un profano o de un alumno, sería lo realmente esencial. Una y otra vez me he visto ante la pregunta y ante la dificultad de responderla. No, no existe un concepto sobre el que pueda determinarse con precisión cuándo nos hallamos ante un hecho imprudente y cuándo no. La mayoría de los códigos penales no definen la imprudencia y, aunque lo hicieran, apenas podrían ir más allá de caracterizaciones muy genéricas y poco practicables. Ciertamente, ello plantea un problema en relación con el cumplimiento del mandato de determinación en los tipos de la Parte Especial de los Códigos penales en los que se parte de la descripción de una conducta realizada “por imprudencia”. Pero ello había sido asumido en general con resignación.

Últimamente esa resignación general se ha visto alterada por las posiciones críticas de algunos autores. Así ha pasado a sostenerse con claridad que los tipos imprudentes vulneran el mandato de determinación, de modo que, salvo que fuera posible su interpretación conforme a la Constitución, deberían ser declarados nulos¹. La llamada de atención es razonable; la propuesta, inaceptable. Como ha puesto de relieve *Herzberg*, la verdad es que esta indeterminación no constituye ninguna peculiaridad de los tipos imprudentes. En realidad, lo mismo puede afirmarse de los delitos dolosos, en la medida en que en ellos se dan elementos no escritos que aluden al desbordamiento del riesgo permitido y, por tanto, al carácter jurídico-penalmente desaprobado de la conducta del sujeto². Por tanto, se trata de un grado de indeterminación admisible. A esta afirmación de la admisibilidad de la indeterminación propia de los tipos de delitos imprudentes ayudan, a mi entender, dos factores: por un lado, el hecho de que el mandato de determinación constituye un principio en sentido estricto, para el que rige la idea rectora de “máxima determinación posible” a la vista de los demás fines que deben ser cumplidos por el tipo en cuestión; por otro lado, que no puede cerrarse los ojos al hecho de que los interlocutores reales del legislador son sujetos versados en Derecho que pueden reducir la indeterminación desde la perspectiva de la existencia de una comunidad interpretativa.

¹ Así, DUTIGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, 2001; CIACCHI, *Fahrlässigkeit und Tatbestandsbestimmtheit. Deutschland und Italien in Vergleich*, 2005; más radical todavía SCHMITZ, «Nullum crimen sine lege und die Bestrafung fahrlässigen Handelns» en JOECKS (ed.), *FS-Samson*, 2010, pp. 181 y ss., sosteniendo que los delitos imprudentes carecen de base legal, vulnerando lo dispuesto en el Art. 103 Abs. 2 GG (la regulación del principio de legalidad en la Ley fundamental de Bonn).

² HERZBERG, «Die Fahrlässigkeit als Delikt voraussetzung und das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG)», *ZIS* 5/2011, pp. 444 y ss., 447 a 448.

La Jurisprudencia y la doctrina tienden a considerar imprudente aquella conducta que infringe deberes de cuidado. Suele afirmarse que las reglas o principios de cuidado tienen una naturaleza socio-cultural. Es decir, varían en función de la configuración de cada sociedad, de su actitud general frente al riesgo (de aversión, tolerancia o habituación), de sus prioridades vitales, incluso de su historia. Pero esa visión *sólo* socio-cultural de las normas de cuidado debe ser probablemente completada. Como ha puesto de relieve la Jurisprudencia³, las reglas y principios de cuidado cuya infracción da lugar a la caracterización de una conducta como imprudente pueden obtenerse de cuatro fuentes esenciales: por un lado, de las leyes y reglamentos que disciplinan las conductas que se realizan en sectores de actividad regulados o intervenidos; por otro lado, de las reglas o principios que rigen la actuación de determinadas profesiones; en tercer lugar, de los usos sociales generados en el ámbito de determinadas actividades peligrosas; y, en fin, de la máxima ético-jurídica cuyo contenido es “no causar daño a nadie” (*neminem laedere*).

En los sectores de actividad regulados por el Derecho administrativo la determinación de la existencia de una imprudencia pasa, en buena medida, por la constatación de la infracción de una disposición general (legal o reglamentaria) o incluso de actos administrativos⁴. Sin embargo, aun en estos sectores debería rechazarse el establecimiento de una relación biunívoca entre la infracción de disposiciones administrativas y la afirmación de la existencia de una imprudencia penal. Cabe, por un lado, que se infrinjan aquellas disposiciones y no pueda afirmarse la existencia de una imprudencia en sentido jurídico-penal; viceversa, cabe que no se infrinja disposición administrativa alguna y, sin embargo, deba afirmarse la existencia de una imprudencia relevante para el Derecho penal⁵.

Pero sucede con frecuencia que las normas administrativas omiten pronunciarse sobre un determinado aspecto (por olvido del legislador, sin ir más lejos) y, sobre todo, quedan obsoletas frente al desarrollo de la ciencia y de la técnica. Por este motivo no son pocos los casos en que la normativa administrativa renuncia a establecer un criterio regulativo autónomo, limitándose a remitir al estado de la técnica. Al conjunto de las reglas de la técnica pertenece el subconjunto de las *leges artis* profesionales, que desempeñan un papel decisivo en la determinación de la existencia o no de imprudencia en múltiples sectores de actividad, complementando la función de las disposiciones reguladoras.

En determinados ámbitos de la vida, en los que falta una regulación específica jurídico-administrativa y tampoco cabe hallar reglas técnicas o *leges artis* como las mencionadas, la determinación de la concurrencia o no de imprudencia ha de manejar estándares mucho más imprecisos. Ello conlleva una mayor inseguridad, como puede advertirse si se considera cuál ha de ser el estándar de cuidado de los padres con respecto a sus hijos

³ Cfr., por ejemplo, la STS de 25 de septiembre de 2000.

⁴ Sobre ello, KUDLICH, «Die Verletzung gesetzlicher Sondernormen und ihre Bedeutung für die Bestimmung der Sorgfaltspflichtverletzung» en DANNECKER (ed.), *FS-Otto*, 2007, pp. 373 y ss.

⁵ En este sentido no tengo inconveniente en aceptar la propuesta, algo más precisa, de KUDLICH en DANNECKER (ed.), *FS-Otto*, 2007, pp. 387-388, según la cual la infracción de normas legales extrapenales especiales conlleva, *por regla general*, la apreciación de la infracción del deber de cuidado penal; en cambio, el cumplimiento de dichas normas sólo sería un *indicio* de la realización de un comportamiento penalmente cuidadoso. Ello se traduciría en una distribución diversa de la carga de argumentación en uno y otro caso.

menores de edad que juegan en un parque, de los amigos que juegan un partido de fútbol, etc. En última instancia, no es improbable que en este terreno se incurra en argumentaciones circulares: así, se dice que obra imprudentemente quien no se atiene al estándar de un hombre cuidadoso y prudente, de un buen padre de familia, de un empresario ordenado, etc. De ahí que, al final, la cláusula de cierre de las fuentes del deber de cuidado no pueda ser sino una fórmula general como la del *neminem laede!* (¡no hagas daño a nadie!), que remite de modo muy impreciso a un criterio de autolimitación y no deja de estar parcialmente contaminada de elementos de responsabilidad por el resultado (por el denominado *hindsight bias*, de modo significativo).

La constancia de todo lo anterior debe conducir a un mayor esfuerzo de investigación en cuanto a la determinación de los supuestos de imprudencia, conceptualizando y sistematizando las aportaciones casuísticas de la Jurisprudencia. Ello, por lo demás, pondría de manifiesto hasta qué punto la Jurisprudencia y la doctrina contribuyen a la vigencia del mandato de determinación. Una idea que cada vez tiene mayor acogida y que no debería producir, por lo demás, que ningún “positivista legalista” se rasgara las vestiduras.

Jesús-María Silva Sánchez