

*Revista del
Foro Canario*

Revista del Foro Canario

89

Las Palmas de Gran Canaria, 1994



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario

IMPRIME: IMPRENTA PÉREZ GALDÓS, S.L.
PROFESOR LOZANO, 25 - EL CEBADAL
35008 LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

DEPÓSITO LEGAL: G.C. 258/80

I.S.S.N.: 0211-0903

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo

Decano del Colegio

Jaime Santana Castellano

Diputado Primero

Antonio Inglott Domínguez

Diputado Segundo

Javier Ayala Galán

Diputado Tercero

Juan Delgado Rodríguez

Diputado Cuarto

Jaime Rubio López

Diputado Quinto

José C. Vidal Martínez

Diputado Sexto

Josefina Navarrete Hernández

Diputado Séptimo

Noemi Fernández Álvarez

Diputado Octavo

Luis F. Naranjo Sintes

Bibliotecario-Contador

Javier Marrero Pulido

Tesorero

Rafael Vera Cominges

Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

José Carlos Vidal Martínez

Jaime Rubio López

Joaquín Sagaseta Paradas

Luis Naranjo Sintes

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

EL SISTEMA DE INCRIMINACIÓN DE LA IMPRUDENCIA EN EL PROYECTO DEL CÓDIGO PENAL DE 1992

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ
DIRECTOR DEL CENTRE D'ESTUDIS JURÍDICS I
FORMACIÓ ESPECIALITZADA DE LA
GENERALITAT DE CATALUNYA
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. SISTEMA DE NUMERUS APERTUS Y SISTEMA DE NUMERUS CLAUSUS.
- III. LA CONCRECIÓN DEL SISTEMA DE NUMERUS CLAUSUS EN EL PROYECTO.
- IV. OTRAS CARACTERÍSTICAS DE LA REGULACIÓN DE LA IMPRUDENCIA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL.
- V. EL SISTEMA DE INCRIMINACIÓN DE LA IMPRUDENCIA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992.

I. INTRODUCCIÓN

1. El art. 11 del Proyecto de Código penal de 1992 dispone: "Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley".

Un precepto de tales características no supone, en realidad, novedad alguna en la ya larga *historia de nuestros proyectos y anteproyectos de reforma del Código punitivo*. Así, si nos adentramos en los intentos reformistas habidos en el régimen anterior, ya en el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal de 1972 cabía hallar la propuesta de que "los delitos culposos se establecerán específicamente en el texto del Código como tales" ⁽¹⁾. Esta tendencia se plasma de modo claro, ya en el régimen político actual, en el Proyecto de 1980, cuyo art. 18 señalaba precisamente, al igual que ahora sucede, que "las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley" ⁽²⁾. Un texto que vuelve a aparecer de modo idéntico en el art. 15 de la Propuesta de Anteproyecto de un Nuevo Código Penal de 1983. Así pues, el art. 13 del Proyecto de 1992 no hace sino insistir en lo que había sido uno de los lugares comunes de los intentos de reforma del Código penal.

2. Ahora bien, por otro lado, la introducción en el Proyecto de 1992 de un precepto como el referido tampoco supone modificación alguna en el *Derecho comparado*. En la mayoría de los Estados cabe hallar disposiciones que, en cuanto al contenido, vienen a coincidir con el art. 11 del Proyecto de 1992. Así, a mero título de ejemplo, el § 15 del StGB alemán ("*Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht*"); el § 7, (1) del StGB austríaco ("*Wenn das Gesetz nichts anders bestimmt, ist nur vorsätzliches Handeln strafbar*"); el art. 42 del Codice penale italiano ("*Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente previsti dalla legge*"); el art. 13 del Código penal portugués ("*Só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, como negligência*"); el § 18, 1 del Código penal suizo; entre otros.

• (1) Cfr. CEREZO MIR, "Informe sobre el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal", en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid 1982, págs. 299-332, pág. 303: Base Tercera, 6.

(2) Una exposición detallada sobre la regulación de la imprudencia en este Proyecto se contiene en el trabajo de RODRÍGUEZ RAMOS, "La nueva regulación de los delitos culposos en el Proyecto de Código penal. Contenido del Proyecto, novedades y problemas". *LA LEY* 1980-1, págs. 1.008-1.014.

3. Precisamente esta referencia a las redacciones por las que se ha optado en el Derecho comparado puede poner de manifiesto alguna deficiencia técnica de la formulación española. Como en su día pusiera de relieve Mir Puig⁽³⁾, decir “*que las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley*” tiene el inconveniente formal de que parece dar a entender, a *sensu contrario*, que las acciones dolosas se castigarán aunque la ley no lo disponga expresamente. Por otra parte, puede parecer superfluo exigir la expresa previsión legal de los hechos imprudentes cuando el artículo anterior⁽⁴⁾ requiere que tales hechos se hallen penados por la ley”. De ahí que en la *Propuesta Alternativa*⁽⁵⁾, que se presentó por el Grupo Parlamentario Comunista al Proyecto de 1980, se diera el siguiente contenido al art. 2, primer inciso: “La ley castiga acciones y omisiones dolosas, salvo cuando expresamente se refiere a acciones u omisiones imprudentes”. Obsérvese cómo este texto salva la anterior objeción formal y se muestra, además, ampliamente coincidente, incluso en la literalidad, con todos los textos extranjeros antes citados.

4. Sea como fuere, lo que resulta innegable es que el Proyecto de 1992 representa, en este aspecto relativo a la forma de incriminación de la imprudencia, una sustancial novedad con respecto al Derecho vigente en España. En efecto, la introducción en la Parte General del Código penal de una disposición como la reseñada viene a institucionalizar un sistema de incriminación cerrada o específica (o *numerus clausus*) de los delitos imprudentes. Por contra, y como resulta sobradamente conocido, el sistema legal de incriminación de la imprudencia vigente en nuestro país se adscribe al conocido como sistema de incriminación genérica o abierta (o *numerus apertus*)⁽⁶⁾. Esto último viene siendo así porque, además de algunos delitos imprudentes tipificados expresamente en la Parte Especial del Código⁽⁷⁾, cabe constatar la existencia de tres cláusulas generales de incriminación de hechos imprudentes

(3) MIR PUIG, “Sobre la regulación de la infracción penal y de las personas responsables en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983”, *RFDUC, monográfico* 6, págs. 471 -480, pág. 472.

(4) Se refiere a la PANCP de 1983. En el Proyecto de 1992 se trata del artículo previo al anterior.

(5) PROPUESTA ALTERNATIVA DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL DEL GRUPO PARLAMENTARIO COMUNISTA (PCE-PSUC~, presentada por Mir Puig y Muñoz Conde, *CPC* 1982, págs. 609-650.

(6) Sistema que proviene de 1848, mientras que el efímero Código de 1822, que definía la imprudencia en la Parte General (art. 2), introducía en la Parte Especial un sistema de *numerus clausus*, esto es, de incriminación cerrada de delitos imprudentes. Cfr. sobre los diversos sistemas de incriminación QUINTANO RIPOLLÉS, “Culpa e imprudencia en la doctrina y en la práctica”, *ADPCP* 1954, págs.45-70, págs. 56-59; y sobre todo la magna obra del mismo QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa (Imprudencia)*, Barcelona 1958, pág.78 y ss. Muy instructiva, en su brevedad, es también la descripción de CORDOBA RODA, “Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht”, en *ZStW* 81 (1968), págs.425-440, págs. 427-428.

(7) Como, por ejemplo, la prevaricación judicial del art. 355 CP o la malversación del art. 395 CP.

(arts. 565, 586 bis y 600) ⁽⁸⁾. De ellas, la primera, ante todo, permitiría, en principio, que cualquier delito fuera comisible por imprudencia o, dicho en otros términos, que fuera punible la realización imprudente de cualquier hecho lesivo de bienes jurídicos penalmente protegidos. Si eso en la práctica no ha sido así, ello se ha debido ante todo a que la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado una corrección de ese principio de general incriminación. Así, constatada la posibilidad *lógica* de castigar cualquier delito cometido por imprudencia en virtud de lo dispuesto en el art. 565, la atención se ha dirigido a cuestionar la posibilidad *jurídica* (axiológica) de tal castigo. La determinación de la posibilidad o imposibilidad jurídica de castigo de la comisión imprudente de un determinado delito es producto de una doble restricción practicada al analizar cada figura delictiva en particular ⁽⁹⁾. Tal doble corrección ha venido representada por las ideas de “posibilidad conceptual” de cometer un determinado delito por imprudencia y de “oportunidad político-criminal” de sancionar penalmente dicha comisión imprudente, que previamente se entendió como conceptualmente posible ⁽¹⁰⁾. Sin embargo, debe subrayarse que, si bien ello ha supuesto una razonable restricción del ámbito de la responsabilidad por imprudencia, no ha dejado de plantear, al menos, dos problemas. En primer lugar, y en lo relativo al criterio de la posibilidad conceptual, un cierto *automatismo*. En efecto, en cuanto a ésta se ha señalado convencionalmente que no cabe la comisión imprudente de delitos con elementos subjetivos del injusto, delitos de tendencia, etc. Sin embargo, sucede que en los casos en que la ausencia de dolo no afecte a la presencia de tal elemento subjetivo (p. ej. el ánimo lúbrico) no hay obstáculo conceptual alguno a la comisión imprudente, como ocurre, vgr. en los casos de violación con error sobre la edad inferior a doce años del sujeto pasivo ⁽¹¹⁾. En segundo lugar, y en lo relativo a la procedencia político-criminal de la sanción penal de la comisión imprudente de determinados delitos, no se ha superado una cierta sensación de *arbitrariedad*, ante la ausencia de criterios que expresaran con claridad las razones político-criminales, trascendentes a una genérica “escasa gravedad” del delito en sí. Incluso en los casos en los que se han especificado los criterios en uno u otro sentido, no se ha conseguido unificar

(8) En realidad, como subraya QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, págs. 221 - 222, los sistemas suelen ser mixtos: en el español existen, además de la cláusula general, tipicidades culposas específicas en la Parte Especial, e incluso en las faltas (arts. 586 bis y 600) parece que más bien se sigue un sistema de *numerus clausus*.

(9) COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*. 3ª ed. Valencia 1990, pág. 483.

(10) El mejor trabajo sobre este punto es, según creo, el de TORIO LOPEZ, “Sobre los límites de la ejecución por imprudencia”, *ADPCP* 1972, págs. 53-88, págs. 55, 58, etc.

(11) Lo señalaba CÓRDOBA RODA, *ZStW* 81 (1968), p. 437. También TORIO LOPEZ, *ADPCP* 1972, pág. 66. Lo recoge OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*. 2ª ed., Madrid 1986, págs. 631-632.

la doctrina. Puede, pues, concluirse, sin exagerar, que, a pesar de que se ha impuesto en la práctica una relativa excepcionalidad en cuanto a la sanción penal de los hechos imprudentes, “el vigente sistema de cláusulas generales provoca una gran inseguridad a la hora de establecer fiablemente qué delitos en concreto son susceptibles de aparición en forma imprudente y cuáles no, al quedar la conclusión en manos de la interpretación judicial”⁽¹²⁾.

5. Al respecto podría citarse la discusión tradicional a propósito del aborto, las detenciones ilegales, la omisión del deber de socorro, ciertos delitos de peligro, etc. En cualquier caso, un ejemplo característico lo constituye la discusión habida sobre todo en el seno de la jurisprudencia a propósito de la posibilidad de que los funcionarios públicos cometan falsedades por “imprudencia”. Frente al criterio de un sector dominante de la doctrina, de que las expresiones “falsedad” y “abuso del cargo” (art. 302 CP) tienen una connotación subjetiva que veta la posibilidad de comisión del hecho por imprudencia, la jurisprudencia del TS, mediante una argumentación gramatical ciertamente documentada, rechaza la connotación subjetiva de los términos “falsedad” y “abuso” y concluye afirmando que “cabe la realización de los delitos de falsificación de documentos por imprudencia de acuerdo con el sistema abierto existente en nuestra legislación por lo dispuesto en el art. 565 CP, que pueden cometer los particulares, pero sobre todo los funcionarios públicos que tienen un deber especial de diligencia en sus comportamientos profesionales” (Así la STS de 4 de noviembre de 1989, ponente Sr. Delgado García, F.J. 2º y 3º, Rep. LA LEY 10.153)⁽¹³⁾. Sin embargo, en la misma sentencia se contiene un voto particular discrepante del magistrado Barbero Santos, el cual, apelando al concepto popular de falsificador y a una interpretación no extensiva, sino favorable al reo, de extremos dudosos, concluye la solución contraria. Y se dan sentencias muy próximas en el tiempo a la anterior que muestran sus dudas al respecto: así, la STS de 30 de septiembre de 1989, ponente Sr. Montero Fernández-Cid, Rep. LA LEY 10.392: “El tema sustantivo referido es interesante y probablemente precisado de reexamen jurisprudencial, pues malamente cabe cohonestar la referencia normativa del

(12) OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA, PG, 2ª ed., pág. 631.

(13) Muy claramente en la misma línea la STS de 10 de febrero de 1992, ponente Sr. Puerta Luis; o la de 4 de marzo de 1992, ponente Sr. Montero Fernández-Cid: “En cuanto a la posibilidad de comisión culposa del tipo delictivo de falsedad, la doctrina científica ha pendulado en España dentro de las direcciones admensiva y negativa, aduciendo argumentos de orden dogmático y de política criminal. Lo cierto es que la jurisprudencia de esta Sala ha venido tradicionalmente admitiendo tal posibilidad, siendo la última formulación la contenida en la compendiosa S 4 nov. 1989, excluyendo tan sólo de la misma los casos que incorporan el dolo a la tipicidad, como son los previstos en los arts. 304, 305, 306, 307 y 311 CP, en los que se exige la realización de algo que sobrepase la genérica voluntad del autor sobre la mera realización de la acción objetiva: ‘intención de lucro’, ‘perjuicio de tercero o ánimo de causárselo’ u otro elemento subjetivo semejante de la tipicidad”.

“abuso de oficio” con la infracción de un deber de cuidado...”. En la doctrina, el tema también fue polémico⁽¹⁴⁾, aunque quizá ya no lo sea tanto, por la existencia de una postura claramente mayoritaria contraria a la punición⁽¹⁵⁾.

II. SISTEMA DE NUMERUS APERTUS Y SISTEMA DE NUMERUS CLAUSUS

1. En favor del sistema de incriminación cerrada, acogido por el Proyecto de 1992, suelen esgrimirse esencialmente dos argumentos que han propiciado que en el Derecho comparado este tema ya no sea siquiera objeto de discusión, advirtiéndose de modo común que el dicho sistema de *numerus clausus*, consagrado en la mayoría de los países, es el preferible. Por un lado, desde una perspectiva formal, se alega que la incriminación cerrada cumple de modo más preciso con el *principio de taxatividad*, puesto que pasa a extender el cumplimiento del mandato de determinación al tipo subjetivo del delito y no sólo el aspecto objetivo⁽¹⁶⁾. Así se garantiza la seguridad jurídica de un modo que, por muchos esfuerzos que realicen doctrina y jurisprudencia, nunca acaba de alcanzarse con sistemas de *numerus apertus*⁽¹⁷⁾. Por otro lado, y desde una perspectiva material, se argumenta que el sistema de *numerus clausus* conlleva, si no conceptualmente, sí en la forma en que se ha puesto en práctica tal sistema en la totalidad de los países⁽¹⁸⁾, el carácter excepcional de la incriminación culposa⁽¹⁹⁾. Tal restricción, que reserva la incriminación

(14) Cfr. Las referencias a autores clásicos en ANTÓN ONECA, *Derecho Penal. Parte General*. Madrid 1949, pág. 225.

(15) Cfr., por ejemplo, DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, “Falsedad imprudente en certificado médico de defunción”, en *LA LEY* 1986-2, págs. 246-256, especialmente, págs. 250-254; GONZÁLEZ CUSSAC, “Falsedad documental e imprudencia”, en *Poder judicial* n° 22, junio 1991, págs. 235-244, especialmente, pág. 240 y ss.

(16) Esto lo subraya la doctrina alemana (en relación con el Art.103, II GG): RUDOLPHI, en Rudolphi / Horn / Samson (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil*, 5a ed., Frankfurt 1989, § 15 n° marg. 1: “Forderung nach Bestimmtheit des subjektiven Tatbestandes”; también SCHROEDER, en Jescheck / Ruß / Willms (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*. 10ª ed., Berlín / New York 1985, § 15 n° marg. 1, 3, 4; MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Strafrecht. AT. Teilbd. 2*, 7ª ed., Heidelberg 1989, págs. 93-94 [§ 42 I, n° marg.12-14].

(17) FORTI, *Colpa ed evento nel Diritto penale*, Milano 1990, pág. 64. En España muy claramente CEREZO MIR, “Cuestiones previas al estudio de la estructura del tipo de lo injusto de los delitos de acción culpables”, en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, tomo 1, Barcelona 1983, págs. 129-145, págs. 138-139.

(18) En efecto, en el plano teórico cabría que un sistema de incriminación abierta castigara menos que otro de incriminación cerrada si aquél se interpretara muy restrictivamente y éste previera un gran número de tipos delictivos imprudentes. Pero lo cierto es que, en general, los sistemas de incriminación cerrada conllevan la reducción sustancial de los tipos delictivos imprudentes a los casos de agresión a bienes jurídicos más relevantes. Con ello, resulta que no sólo garantizan una mayor seguridad jurídica, sino que dan razón del principio de fragmentariedad.

(19) Lo subraya SCHROEDER, *LK* 10ª ed., § 15 n° marg. 5.

de la modalidad culposa de comisión delictiva para casos de especial gravedad, es expresiva del menor desvalor de los hechos imprudentes⁽²⁰⁾. En efecto, la menor gravedad genérica de las conductas realizadas por imprudencia determina que sea menos necesaria y merecida la reacción penal contra las agresiones a bienes jurídicos que no aparecen guiadas por el dolo⁽²¹⁾.

2. De ambos argumentos, presentes desde hace bastante tiempo en la doctrina, se hace eco la Jurisprudencia, como muestra la sentencia antes citada, relativa a la materia de las falsedades:

“Se han utilizado también otros argumentos en contra de la punición por imprudencia de estos delitos, como el carácter de *ultima ratio* propio del Derecho penal que aconseja la intervención mínima de la sanción penal, la cual sólo debe utilizarse en relación a hechos de notoria gravedad o importancia que son los únicos que han de tipificarse como delitos o faltas, argumento que parece dirigido más al legislador en orden a una posible modificación del CP, que al Juez, quien conforme al principio de legalidad debe atenerse al derecho constituido.

También se ha dicho que esta incriminación culposa abierta, que permite en general el castigo de todos los delitos dolosos por imprudencia, crea inseguridad jurídica, y que sería preferible otro sistema de específicas tipificaciones imprudentes que contribuiría a dar mayor claridad al tema, y este argumento parece acertado, pero lo mismo que el anterior hay que estimarlo dirigido al legislador para que adopte las normas penales en orden a una mayor perfección técnica con una más perfecta realización del referido principio de legalidad” (STS de 4 de noviembre de 1989).

(20) CEREZO MIR, en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, pág. 136: “El castigo, en principio, de la realización culposa de todas las figuras delictivas, siempre que ésta sea posible, es injusto, pues da lugar a la aplicación de penas, la más grave de las sanciones del ordenamiento jurídico, a conductas cuya relevancia ético-social o cultural es en ocasiones escasa, es decir, que no suponen una infracción grave del orden ético-social, político o económico de la sociedad. Esta amplitud del castigo de las conductas culposas es censurable, además, desde el punto de vista político-criminal, pues da lugar a una inflación del derecho penal, que afecta a la eficacia de la sanción”.

(21) FORTI, *Colpa ed evento*, pág. 64; BURGSTALLER, en Foregger / Nowakowski (Hrsg.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wien 1979, § 7, n.º marg. 3, atribuyendo al precepto austriaco el sentido de una “Entlastung der Deliktstypen des Besonderen Teils”. Por su parte, la Exposición de Motivos del Proyecto afirma al respecto lo siguiente: “El ordenamiento punitivo es el que concede mayor relevancia al contenido de la voluntad, a la intención de dañar (dolo). Si esa intención va acompañada de la objetiva capacidad de causar un grave daño o crear un grave peligro, interviene el derecho penal. Pero si ese daño o peligro no han sido intencionales, el Código Penal sólo actúa si el mal se ha causado a un bien de singular importancia a consecuencia de una intolerable falta de sensibilidad hacia el peligro que se creaba o la tragedia que se avecinaba. En resumen: como regla solamente se castigan las conductas dolosas; en relación con los bienes más importantes y más susceptibles de daño negligente, se castigan también los actos imprudentes. (...) Por otra parte, además de satisfacer al principio de legalidad y taxatividad penal, no se hace sino adoptar la técnica común a los derechos positivos de nuestra vecindad cultural jurídica (expresa punición de los actos imprudentes)”.

3. Sin embargo, no puede hablarse de que en España exista unanimidad en estimar preferible al nuevo sistema respecto al tradicional. Sí es cierto que algunos autores clásicos ya mostraron su inclinación por el sistema de *numerus clausus*. Es el caso de *Antón Oneca*, quien señalaba textualmente: “De *lege ferenda* es aconsejable reducir la punibilidad de los delitos culposos a figuras de delito especialmente previstas en la Ley. De este modo desaparecería la actual incertidumbre”⁽²²⁾. O de *Jiménez de Asúa*, quien también se mostraba en favor de un sistema de incriminación de la imprudencia asentado en criterios de excepcionalidad y taxatividad. Para ello se remitía al argumento de *Merkel*⁽²³⁾, según quien el dar una gran extensión al Derecho penal en el ámbito de la imprudencia conllevaría dificultades en la aplicación del Derecho, a la vez que peligros para la libertad de los ciudadanos, que no se verían compensados con la utilidad que pudiera resultar de las penas que se aplicasen⁽²⁴⁾. No obstante, otro sector de la doctrina, representado ante todo por el monografista *Quintano Ripollés*, mantuvo siempre una postura favorable al sistema de incriminación abierta. A juicio de *Quintano*, “en ausencia de un criterio rigurosamente técnico de determinación *a priori* de lo culposo, que a todas luces falta en doctrina como en praxis, el arbitrio del legislador no creo ofrezca ventaja alguna de ningún orden sobre el del juzgador”⁽²⁵⁾. En consecuencia, se pronunciaba a favor del sistema de *numerus apertus*, por atribuir a la flexibilidad que le es característica mayores ventajas en orden al tratamiento de los problemas propios de la imprudencia en Derecho penal⁽²⁶⁾.

4. En nuestros días, también *Cobo / Vives* se han mostrado favorables a una fórmula legal de incriminación general de la comisión culposa de delitos. En favor de esta opinión esgrimen tres argumentos⁽²⁷⁾:

(22) ANTÓN ONECA, *PG*, pág. 226.

(23) MERKEL, *Derecho penal*, tomo I (trad. P. Dorado), Madrid, La España moderna, s./ f., págs. 128-1 29.

(24) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo V. La culpabilidad, 2ª ed., Buenos Aires 1963, págs. 1.045, 1.047 y 1.048.

(25) QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, pág. 223 y ss, 226.

(26) QUINTANO RIPOLLÉS, *ADPCP* 1954, pág. 69: “Sobre todo deben mantenerse sus características tan genuinamente hispánicas de tipicidad abierta, no tan sólo, ciertamente, por ese valor tradicional, sino por su mejor adaptación a las esencias de lo culposo, notablemente en cuanto a lo bien que permite las soluciones de flexible individualización tan preferentes en el Derecho penal moderno. En efecto, la técnica tan nuestra del *numerus apertus* es de inapreciable valor para enjuiciar conductas ambiguas de culpabilidad, en que la estimativa del dolo es imposible y en las que, por tanto, una sistemática de tipos culposos cerrada obligaría al impunitismo al no hallarse previstos específicamente en la ley. (...) Además de servir los de la tradición y la justicia, la del *numerus apertus* se acuerda perfectamente con los postulados teóricos de la culpa, forma de culpabilidad antes que nada, y por ende, susceptible de operar en no importa qué delitos, siempre y cuando, naturalmente, que no repugnen a su naturaleza. Tampoco vulnera nuestra fórmula, como alguien piensa, el principio de legalidad, dado que el dogma del *nullum crimen, nulla poena sine lege* se halla suficientemente amparado en la tipología básica, que es, por regla general, la dolosa”.

(27) COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *PG*, 3ª ed., págs. 482-483.

1) El del “primado de la antijuricidad”: Según entienden, “si un hecho es típicamente antijurídico parece, en principio, correcto castigar toda realización culpable del mismo”. En relación con este argumento debe recordarse que, según la sistemática del injusto personal, un hecho lesivo de un bien jurídico pero todavía no doloso ni imprudente no es típicamente antijurídico de modo pleno⁽²⁸⁾ y, por tanto, no tiene por qué ceñirse a esa supuesta excepcionalidad de la impunidad de lo antijurídico. Tal alegación, pues, descansa sobre la previa aceptación de la sistemática neoclásica y el rechazo de las sistemáticas más modernas. Planteando la cuestión en el seno de ésta y desde una concepción del injusto penal como “injusto agravado” sucede, más bien, algo diferente y es que, precisamente por el especial significado de la prohibición penal, entendida como prohibición bajo pena, agresiones a bienes jurídicos que, en su forma dolosa, no ofrecerían duda sobre su carácter antijurídico, en su modalidad imprudente pueden no reunir los elementos precisos para la antijuricidad penal, como después trataremos de poner de relieve.

2) El de la evitación de lagunas de punibilidad. A su juicio, los preceptos generales de regulación de la imprudencia, al ser de aplicación en las hipótesis de error vencible, en las que queda desplazado el dolo, evitan la posibilidad de que aparezcan intolerables lagunas punitivas. La primera cuestión que hay que valorar es la de por qué han de ser intolerables las lagunas punitivas que resulten de la impunidad del error vencible cuando éste recae sobre elementos típicos de delitos poco graves, cuya comisión por imprudencia puede no mostrar ni merecimiento ni necesidad de pena. En todo caso, también a esto será posible responder más adelante.

3) Finalmente, el del recurso indebido a la forma dolosa de comisión. Según señalan estos autores, la adopción del sistema de *numerus clausus* “situaría a los Tribunales, en más ocasiones de las que sería deseable, ante la alternativa de dejar sin castigo conductas injustas y reprochables, aunque no dolosas, o de castigarlas a título de un dolo inexistente. Y no es difícil prever que, al amparo de consideraciones de justicia material, los Tribunales habrían de elegir, en más de un caso, este segundo camino”. Este argumento plantea la existencia de conductas injustas y reprochables pese a que el legislador ha decidido no tipificarlas, como serían las supuestas comisiones imprudentes de delitos respecto a los que el legislador sólo ha previsto la forma de comisión dolosa. Sin embargo, se hace difícil advertir cuál ha de ser la fuente de tales “injusto” y “reprochabilidad” penales al margen de la decisión del legislador expresada en la tipificación. Eventuales discrepancias con la deci-

(28) Queda aquí, obviamente, presupuesto que la antijuricidad requiere, además, la ausencia de causas de justificación.

sión legislativa podrán reflejarse en la adopción de propuestas *de lege ferenda*, pero no, ciertamente, en la aceptación de una especie de creación judicial del Derecho, inadmisibles en Derecho penal. Lo cierto es que sólo al legislador le compete decidir respecto a qué hechos aparece como necesario legítimo y proporcionado efectuar la intervención tan intensa que supone precisamente la prohibición bajo pena, con lo que los hechos no prohibidos por él (por ej. la modalidad imprudente de comisión de ciertos delitos) carecerán de ese carácter penalmente reprochable. Cuestión distinta, de índole puramente práctica, aunque ciertamente no por ello menos trascendente, es el nuevo sesgo que puede adquirir la delimitación del concepto de dolo eventual cuando la alternativa ya no sea una imprudencia consciente punible, sino la impunidad. Y posiblemente sí se pueda hablar aquí de una tendencia en la práctica a una mayor incriminación a título de dolo eventual, lo que debería evitarse.

Finalmente, *Cobo/Vives* admiten que el principio de fragmentariedad puede abonar el sistema de *numerus clausus*, ya que el que la incriminación de los delitos imprudentes tuviera la misma extensión que la de los dolosos no parecería muy conforme con aquel principio. No obstante, estiman salvado este extremo en la medida en que el alcance del art. 565 se ve corregido por una consideración sistemática y teleológica de cada precepto. Con todo, a ello hay que responder que el principio de fragmentariedad es, en primera línea, un principio inspirador de la legislación penal, por mucho que también pueda luego operar en la interpretación de los tipos. Dicho al revés, el que por vía interpretativa pueda corregirse, como se ha venido haciendo, el, en principio, excesivo alcance del art. 565, no obsta a que deba existir una primera barrera de decisión sobre la base de ese principio, que le corresponde al legislador y que sólo puede ejercerse, con mejor o peor fortuna, a través de un sistema de *numerus clausus*.

5. En todo caso, y a pesar de lo anterior, parece claro que la doctrina dominante valora como preferible el sistema de *numerus clausus* ⁽²⁹⁾. Al respecto, cabe registrar ya en 1972 una clara toma de posición en este sentido de *Cerezo*, al afirmar que sería conveniente:

“...que se castigaran únicamente los delitos culposos más graves (homicidio, lesiones, incendio, por ejemplo), es decir, que se siguiera el principio consagrado en todos los modernos Códigos penales de la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos.

(29) En 1981, MIR PUIG, *Adiciones de Derecho español* al Tratado de JESCHECK, I, Barcelona 1981, pág. 793, afirmaba: “La doctrina española absolutamente dominante se opone a tan amplia extensión de la punibilidad de la imprudencia y pide la adopción del sistema de incriminación particularizada y restrictiva”.

El castigo con pena, la más grave de las sanciones del ordenamiento jurídico, de todos los delitos culposos, no es justo, dada la escasa gravedad de muchas conductas, ni es oportuno desde el punto de vista político-criminal, pues da lugar a una inflación penal”⁽³⁰⁾.

En sentido similar se pronuncian, en los manuales, *Rodríguez Devesa*⁽³¹⁾, *Gimbernat Ordeig*⁽³²⁾, *Mir Puig*⁽³³⁾, *Octavio de Toledo / Huerta*⁽³⁴⁾, *Muñoz Conde*⁽³⁵⁾, etc. Ello responde a una concepción político-criminal que cabe estimar claramente mayoritaria en la actualidad.

En efecto, la cuestión que nos ocupa no es, en sí, directamente dogmática. Sí es cierto que podría alegarse que el sistema de incriminación cerrada favorece una concepción de la imprudencia desde la doctrina de lo injusto personal, al permitir sostener, en virtud de la tipificación separada de unos y otros, es que el hecho doloso y el imprudente son *hechos distintos*, tipos de injusto distintos. Por contra, el sistema de *numerus apertus* permitiría sostener con más facilidad que para el delito doloso y el imprudente el hecho es el mismo, diferenciándose únicamente en virtud de su comisión con una culpabilidad dolosa o imprudente. Sin embargo, es cierto que en nuestro país ha podido sostenerse sin demasiados problemas la doctrina de lo injusto personal en materia de imprudencia con un sistema de incriminación abierta. Por tanto, del mismo modo cabe imaginar que quien desee sostener una concepción neoclásica de la imprudencia con un sistema de incriminación cerrada también podrá hacerlo. De hecho, para ello le bastaría recurrir al expediente, relativamente sencillo, de diferenciar entre tipo en sentido legal y tipo en sentido dogmático (tipo de injusto) y subrayar que el tipo en sentido legal no se limita a expresar los elementos de lo injusto, sino que también puede incluir elementos pertenecientes a otros niveles sistemáticos.

Tampoco puede afirmarse, según entiendo, que en los sistemas de *numerus clausus* se acentúe la importancia del resultado mientras que en los de *numerus apertus* es la imprudencia en sí el elemento central. Ello, aunque sólo sea porque la gravedad de la infracción del deber de cuidado, la imprudencia en sí como puesta en peligro jurídico-penalmente relevante de un bien jurídico, no es algo que pueda determinarse con independencia del bien jurí-

(30) CEREZO MIR, *Problemas fundamentales*, pág. 303.

(31) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, PG, 8ª ed., Madrid 1981, pág. 464.

(32) GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, Madrid 1979, pág. 122.

(33) MIR PUIG, *Derecho penal* PG, 3ª ed., Barcelona 1990, pág. 287, por estimarlo más conforme con los principios de legalidad (seguridad jurídica) y *ultima ratio*.

(34) OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA, *PG*, 2ª ed., pág. 631, calificando al sistema de *numerus clausus* de “más avanzado” y de “político-criminalmente más correcto”.

(35) MUNOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 2ª ed., Valencia 1989, págs. 78-79.

dico que resulta afectado⁽³⁶⁾. Si lo que determinase la pena fuera la mera causación de un resultado típico (dada una imprudencia previa) sí podría sostenerse que el sistema de *numerus clausus* atribuye mayor relevancia al elemento de azar que es, en todo caso, la producción del resultado. En efecto, en el sistema de *numerus apertus* la pena de los delitos imprudentes, condicionada obviamente en cuanto al *si* de la producción del resultado, no lo está tanto en lo relativo al *quantum*, pues la imprudencia temeraria se mueve en todo caso entre 6 meses y un día y 6 años (prisión menor, art. 565 CP). Por contra, tal incidencia en el *quantum* sí es perceptible en el sistema de *numerus clausus*⁽³⁷⁾. Pero ello no afecta a la afirmación inicial que hemos realizado, en la medida en que la imputación del resultado requiere como condición previa que en la conducta se haya advertido *ex ante* un contenido de peligro relevante para la producción de ese resultado (y que aquel peligro se haya realizado finalmente en tal resultado). De este modo, es la conducta y no el resultado el factor determinante. Ello, con la peculiaridad adicional de que en el sistema de *numerus clausus* se acota mejor la real peligrosidad de cada conducta al fijarse marcos penales propios para cada peligro específico de lesión de un bien jurídico realizado en el correspondiente resultado.

En todo caso, y con independencia de todo lo anterior, sí puede indudablemente afirmarse que nos hallamos ante una importante cuestión político-criminal, si bien es cierto que su trascendencia depende no tanto de la adopción o no del sistema de *numerus clausus* como de su precisa concreción en la Parte Especial. Ciertamente, un sistema de *numerus clausus* con profusión de tipos imprudentes será más respetuoso con el principio de taxatividad, pero no aportará grandes novedades en el plano material del grado de intervención del Derecho penal. En cambio, un sistema de *numerus clausus*, con una importante restricción de la sanción penal de delitos imprudentes, supone un claro avance en la línea de un Derecho penal orientado a principios de fragmentariedad e intervención mínima. Una valoración del sistema concretamente adoptado requerirá, pues, la previa determinación de si se han seleccionado convenientemente los tipos que admiten la comisión imprudente, atendiendo del modo preciso a los principios de merecimiento de pena y de necesidad de pena.

(36) Cfr., sobre este tema, parcialmente discrepante, RODRÍGUEZ RAMOS, LA LEY 1980-1, págs. 1.011 y 1.013. Al respecto, sin embargo, debe tenerse en cuenta que la imputación del resultado a título de imprudencia requiere la adecuación *ex ante* de la conducta imprudente para producirlo y que el resultado produzca dentro del ámbito o fin de protección de la norma de cuidado infringida.

(37) Así, en el proyecto de 1992, el homicidio por imprudencia grave recibe una pena de uno a tres años de prisión (art. 148), mientras que las lesiones por imprudencia grave tienen asignada una pena de prisión de seis meses a dos años (art. 160) y el aborto por imprudencia grave, una pena de multa de seis a veinticuatro meses (art. 154).

6. El respeto del principio de fragmentariedad en materia de incriminación de delitos imprudentes debería conducir, sin duda alguna, a la tipificación de la modalidad imprudente de los delitos de homicidio y lesiones, y quizá de otros delitos como incendios o estragos. Se trata de casos con clara necesidad de pena, dada la reiteración de los mismos, la insuficiencia de los mecanismos extrapenales para su contención y la inquietud social ante fenómenos en los que se plasman las consecuencias más indeseables de la moderna sociedad de riesgo. Por ser expresión, además, de comportamientos gravemente insolidarios⁽³⁸⁾ (piénsese, por ejemplo, en casos como los de la colza, ardistyl, acelerador de electrones, o en los generales de la medicina, circulación viaria, etc.) muestran un merecimiento de pena difícilmente discutible. La sanción penal de estas conductas aparece justificada, pues, tanto desde perspectivas de proporcionalidad como de utilidad (preventivas). Más allá de ahí, por contra, la procedencia de la incriminación imprudente de otros delitos, como los daños⁽³⁹⁾, es mucho más discutible. En particular, sin embargo, debería obrarse con cautela ante la pretendida incriminación imprudente de agresiones que, por recaer sobre bienes jurídicos supraindividuales o por configurarse como delitos de peligro, resultan demasiado difusas como para justificarse la intervención punitiva. Ejemplo claro de esta tendencia expansiva es la nueva figura del blanqueo imprudente de dinero (art. 309, 3 del Proyecto 1992), y otras del Derecho comparado en el ámbito económico (por ejemplo, § 264, 3 StGB, estafa de subvenciones por imprudencia grave). Sólo haciendo frente a tal expansión puede cumplirse con el principio básico de la incriminación de conductas, que se plasma en una teoría material de la tipicidad. Éste consiste en que los inconvenientes representados por la limitación de libertad característica de la prohibición bajo pena, se vean compensados por el beneficio en cuanto a la protección de intereses esenciales de la comunidad frente a agresiones que amenazan con afectarles de modo esencial⁽⁴⁰⁾.

7. En todo caso, debe subrayarse que el hecho de que el legislador haya tipificado la forma imprudente de comisión de un determinado delito no implica que automáticamente toda imprudencia en relación con ese delito, sea cual sea el elemento típico al que se refiera, dé lugar a punibilidad. Puede suceder que determinados elementos típicos requieran necesariamente ser

(38) Sobre las características criminológicas de la delincuencia culposa, QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, págs. 106 y ss., 122, 127, aludiendo a la falta de altruismo y la contradicción con un mínimo de solidaridad.

(39) Sobre la conveniencia de que los daños culposos constituyan únicamente un ilícito civil, cfr. CEREZO MIR, *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, pág. 137 nota 28 y bibliografía allí citada.

(40) Cfr. los criterios detallados que ofrece AMELUNG, "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin", en Schünemann (Comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* (trad. Silva Sánchez), Madrid 1991, págs. 94-107, en especial págs. 97-99.

realizados con dolo, de manera que quede excluida de todos modos la punibilidad de una eventual comisión culposa basada en la concurrencia de imprudencia sobre tales elementos⁽⁴¹⁾.

III. LA CONCRECIÓN DEL SISTEMA DE NUMERUS CLAUSUS EN EL PROYECTO

1. Frente al principio mencionado más arriba, la realidad del Proyecto de Código Penal es de una gran abundancia de los supuestos de incriminación culposa. Sin ánimo de lograr una total exhaustividad al respecto, pueden constatarse al menos los siguientes tipos culposos: art. 148 (homicidio por imprudencia grave); art. 154 (aborto por imprudencia grave); art. 160 (lesiones por imprudencia grave)⁽⁴²⁾; art. 166 (lesiones al feto por imprudencia grave); art. 167, 3 (daño en el tipo vital por imprudencia grave en la manipulación de genes humanos); art. 181 (comisión imprudente⁽⁴³⁾ de la violación de persona menor, enajenada o privada de sentido); art. 277 (daños por imprudencia grave en materia de valor histórico, cultural, artístico o científico); art. 278 (otros daños por imprudencia grave); art. 309, 3 (“blanqueo” de dinero por imprudencia grave); art. 317 (delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente por imprudencia grave); art. 327 (delitos relativos a la energía nuclear por imprudencia grave); art. 340 y 341 (incendios o estragos por imprudencia grave); art. 351 (delitos contra la salud pública por imprudencia grave); art. 389 (no promoción de la persecución de delitos por imprudencia grave); art. 427 (prevaricación judicial por imprudencia grave o negligencia inexcusable); art. 542, 2 (actos de imprudencia grave en relación con la libertad de presos y detenidos); art. 600 (regulación de las faltas de imprudencia).

2. En la regulación resultan llamativos algunos aspectos. Así:

A) La comisión por imprudencia grave de las lesiones del art. 155 es constitutiva de *falta* y castigada con pena de multa de 1 a 2 meses en el art.

(41) Cfr. SCHROEDER, *LK* 10ª ed., § 15 n° marg. 2 e). Es lo que sucede en el párrafo último del art. 18 del Proyecto a propósito de la violación por imprudencia. Obviamente, con ello se está pensando en un error sobre la edad del sujeto pasivo o sobre su privación de sentido, no a un error sobre el yacimiento carnal o a otros errores, que, a mi juicio, deberían dar lugar a impunidad. Sobre ello, RODRÍGUEZ RAMOS, *LA LEY* 1980-1, pág. 1.012.

(42) Por cierto que resulta llamativo que sólo se incrimine como delito la forma culposa de comisión de las lesiones de los arts. 157 y 158, mientras que la comisión imprudente de las lesiones graves de los arts 155 (tipo básico) y 156 (tipo cualificado) aparece como modalidad de falta en el art. 600.

(43) Cabe subrayar que aquí no se trata de imprudencia grave, sino de cualquier imprudencia.

600, 1.; además, está sujeta a la condición de perseguibilidad de la previa denuncia del ofendido (art. 600, 5.). En cambio, diversas formas de daños por imprudencia grave se estiman delito y se castigan con penas de 3 a 9 o incluso a 18 meses de multa (arts. 277 y 278); y la condición de perseguibilidad de la previa denuncia del perjudicado, herederos, representante legal (o incluso Ministerio Fiscal) sólo alcanza al último de los citados artículos (art. 278, II).

B) En el homicidio sólo es *delito* la comisión imprudente si la imprudencia es “grave” (y en las lesiones, ni siquiera siempre basta eso), siendo los restantes casos constitutivos únicamente de *falta*; en cambio, en la violación de menores o personas privadas de sentido o enajenadas la comisión imprudente puede ser delito, aunque la imprudencia no sea grave (art. 181 in fine). A ello se añade que el homicidio y las lesiones cometidas por imprudencia leve, y algunas de las lesiones cometidas por imprudencia grave, se condicionan en su perseguibilidad a la previa denuncia del “ofendido”(art. 600, 5.). Algo que, por de pronto, parece imposible en el caso del homicidio, dado que ofendido lo es el titular del bien jurídico y éste habrá fallecido. No debe olvidarse, a este respecto, que tal término tiene un campo semántico mucho más restringido que el de “perjudicado”, que se extiende a todos los titulares de intereses afectados por la producción del delito.

C) La previsión de la comisión imprudente de la violación no se extiende a otros delitos sexuales diferentes de la violación (agresiones, estupro, exhibicionismo) (arts. 182, 183, 186 y ss).

D) Se observa la incriminación imprudente de numerosos delitos de peligro; sin embargo, ni la omisión del deber de socorro, ni la del deber de impedir determinados delitos, ni la denegación de auxilio, ni los delitos contra la seguridad del tráfico son punibles en su forma imprudente, pese a que su frecuencia quizá lo haría recomendable, porque, además, se trata de delitos que tienen que ver de modo inmediato con la vida y salud de las personas.

E) Se mantiene la prevaricación judicial por imprudencia, pero desaparecen las figuras, hoy claramente típicas, de la prevaricación imprudente del funcionario público, de la malversación imprudente y de las falsedades imprudentes. En qué medida ello puede suponer una invulnerabilidad penal del funcionario público en importantes aspectos de su actividad es algo que merece valoración.

F) Sorprende el mantenimiento de la punibilidad de supuestos de daños imprudentes.

3. En todo caso, y sin necesidad de entrar en un detallado análisis valorativo que desbordaría lo procedente en esta ocasión, debe señalarse que la

regulación del sistema de *numerus clausus* que efectúa el Proyecto es satisfactoria en sus mínimos, pero dudosa, por lo arbitrario, en los máximos, produciéndose la impresión de que la selección obedece en algún caso a criterios puntuales de oportunidad y que, de haberse adoptado una óptica menos marcada por la coyuntura, podrían haberse seleccionado otros tipos imprudentes y, en todo caso, menos.

IV. REPERCUSIONES TEÓRICAS Y PRÁCTICAS DE LA ADOPCIÓN DEL SISTEMA DE NUMERUS CLAUSUS

Como resulta obvio, la adopción de un sistema de incriminación de la imprudencia tan distinto del vigente no puede dejar de tener importantes repercusiones en el conjunto del sistema del Derecho penal, tanto en el plano teórico como en el práctico. Vamos a tratar de hacer sumaria referencia a ellas.

1. La primera es la relativa al *error de tipo vencible* ⁽⁴⁴⁾. El sistema de incriminación cerrada implica que el error de tipo vencible sólo sea punible a propósito de aquellos tipos que, junto a la modalidad dolosa, han visto incriminada también la modalidad comisiva imprudente. De hecho, ya el art. 13 del Proyecto (coincidiendo sustancialmente con el vigente art. 6 bis a) II CP indica que “si el error fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente”. Y la expresión “en su caso” no puede obviamente entenderse más que en el sentido de aludir a los casos en que efectivamente exista un tipo imprudente junto al doloso. En los demás, el error vencible dará lugar a la impunidad, como si nos halláramos ante un error invencible. La consecuencia de la impunidad del error de tipo vencible en los delitos en los que no se ha tipificado la modalidad comisiva imprudente es asumida con toda naturalidad en los países de nuestro entorno, habituados a esta consecuencia del sistema de *numerus clausus* ⁽⁴⁵⁾. Es más, el propio Código Penal italiano, en su art. 47, 1º se refiere, con mayor claridad que el español, expresamente a esta hipótesis: “*L’errore sul fatto che costituisce reato esclude la punibilità dell’agente. Nondimeno se si tratta di un errore determinato da colpa, la punibilità*

(44) Ya advertida, a propósito del Proyecto de 1980, por RODRÍGUEZ RAMOS, *LA LEY* 1980-1, págs. 1.011-1.012.

(45) JESCHECK, *Tratado de Derecho penal* (trad. Mir Puig / Muñoz Conde), tomo II, Barcelona 1981, pág. 415; ROXIN, *Strafrecht AT, I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenstheorie*, München 1992, pág. 312 [§ 12, II, nº marg. 117]; FIANDACA / MUSCO, *Diritto penale, PG*, Bologna 1985, págs. 179 y ss, 180-181.

non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo". En cambio, en algún sector de nuestra opinión jurídica el tema se ha visto de modo diferente ⁽⁴⁶⁾. Así, en concreto, la *Asociación profesional de la Magistratura*, en su "Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal" ⁽⁴⁷⁾, señala:

"El artículo 13, regulador del error de tipo y del error de prohibición parece redactado como si existiera un delito de imprudencia, que desaparece en el Anteproyecto y es sustituido en la parte especial por distintas tipologías imprudentes, de acuerdo con el criterio del artículo 11, que establece que "las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley". En este sistema no tiene sentido ya que para el caso del error de tipo, cuando sea vencible, se establezca el castigo de la infracción "como imprudente". No existiendo ya una pena para la imprudencia, sólo sería aplicable en los tipos penales especialmente previstos como imprudentes, lo que significaría que en los restantes casos el error de tipo aunque fuese vencible resultaría impune. Es necesario que en tal caso la penalidad procedente sea como en el error de prohibición (del párrafo tercero) la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados".

En la base de esta opinión debe latir la creencia de que el error de tipo vencible no es un caso de imprudencia, sino un caso que el legislador remite al trato penológico que otorga a la imprudencia. Sin embargo, ello no es de recibo. El error de tipo excluye el dolo. Dado que las únicas formas de atribución subjetiva del hecho son el dolo o la imprudencia (no hay pena sin dolo o culpa), su punición sólo será posible en los casos en que tal error pueda verse como una imprudencia. Ello es así en los casos de error vencible. En efecto, el error de tipo surge por la creencia del sujeto en que su conducta, pese a la peligrosidad de la misma, no se va a plasmar en una lesión para un bien jurídico penalmente protegible. La vencibilidad, la imprudencia, resultan del hecho de que el sujeto disponía de los elementos para haber salido de su situación de error si hubiera aplicado la diligencia debida.

Además de todo lo anterior, hay que afirmar que el Proyecto deja muy claro que el error de tipo vencible se castigará como infracción imprudente "en su caso", esto es, cuando tal modalidad imprudente sea punible. Está,

(46) Ya QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, pág. 232, apuntaba que el error vencible de tipo, en los sistemas de *numerus clausus*, sólo resulta punible en relación con contadas infracciones, aludiendo a los problemas que podría plantear el tema del error sobre la edad, etc.

(47) ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA: GABINETE DE ESTUDIOS Y DOCUMENTACIÓN, "Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal", *CPC* 1992, págs. 309-347, pág. 318.

pues, perfectamente clara su adaptación a un sistema de *numerus clausus*. Aceptar la propuesta de la Asociación profesional implicaría frustrar la pretensión político-criminal del sistema de *numerus clausus*, ya que se pasaría a castigar la imprudencia en casos en los que el legislador ha decidido que el ataque imprudente al bien jurídico no reviste la suficiente intensidad como para estimarlo punible. Muy claramente se hace eco de estas consideraciones, incluso para el vigente sistema de *numerus apertus* con correcciones, el TS en su sentencia de 27 de octubre de 1992, ponente Sr. Díaz Palos. En efecto, al comentar el “ánimo de hacerse pago”, como elemento del delito de realización arbitraria del propio derecho (art. 337 CP), señala que:

“...estamos ante un típico elemento subjetivo del injusto (S 21 Mar. 1991) que como tal excluye la culpa, si se entiende que existe un error sobre el tipo, dado que, si el error es vencible, el art. 6 bis a) CP sólo permite la remisión a la culpa, cuando la infracción sea castigada, en su caso, como culposa. Y ya hemos visto que el delito de realización arbitraria del propio derecho no admite la comisión culposa en cuanto esencialmente doloso”.

Así pues, en un caso de creencia vencible acerca de que la cosa era propia y no ajena, se concluye la impunidad.

2. *El error vencible sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación.* Como es sabido, la cuestión de la suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación resulta altamente polémica en cuanto a su tratamiento doctrinal. Así, y por simplificar al máximo, un sector estima que esta modalidad de error debe regirse por las reglas del error de prohibición (teoría estricta de la culpabilidad), mientras que otro estima que debe seguir el régimen del error de tipo (teoría restringida de la culpabilidad, teoría de los elementos negativos del tipo, etc.). No podemos en este momento entrar en la profunda discusión doctrinal que enfrenta ambos puntos de vista. Sucede, sin embargo, que la introducción del sistema de *numerus clausus* en cuanto a la incriminación de la imprudencia viene a añadir un elemento más a la polémica. En efecto, de optarse por la solución del error de tipo, el error vencible sobre los presupuestos de las causas de justificación sólo sería punible respecto a aquellos tipos delictivos en los que el legislador ha tipificado, junto a la modalidad comisiva dolosa, también la culposa, resultando impune en los demás. En cambio, de optarse por la solución del error de prohibición, la punibilidad del error vencible sobre los presupuestos de las causas de justificación tendrá lugar en todo caso, con independencia de que se trate o no de un delito que tenga tipificada la forma

comisiva imprudente⁽⁴⁸⁾. Por mencionar un ejemplo claro, un hurto cometido en la creencia errónea y vencible de que alguien está en peligro y con el bien hurtado se le puede salvar sería impune si se optara por la solución del error de tipo y punible si se optara por la del error de prohibición. Esta situación ha dado pie a que, desde las filas de la teoría estricta de la culpabilidad, se haya subrayado la existencia de lagunas de punibilidad de optarse en este punto por seguir la otra teoría, la teoría limitada de la culpabilidad. Sin embargo, a ello se ha sido respondido, por ejemplo, por *Roxin*, indicándose que si la realización del tipo positivo por imprudencia es impune, también debe serlo la realización de ese mismo tipo por un error vencible (imprudente) relativo a la concurrencia de los elementos de la justificación⁽⁴⁹⁾. Este mismo es el régimen legal previsto en el párrafo último del art. 59 del CP italiano, según el cual “*se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo*”⁽⁵⁰⁾. Con todo, debe advertirse que el tema es sumamente complicado y que resulta natural que subsista discusión al respecto incluso en los países que tradicionalmente han dispuestos de un sistema de incriminación cerrada.

En todo caso, estas conclusiones iniciales en cuanto a las figuras del error vencible de tipo y del error vencible sobre los presupuestos de las causas de justificación indudablemente pueden tener un efecto en la práctica, que no es otro que una extensión de la figura del dolo eventual, tanto en el ámbito del tipo en sentido estricto, como en el del “conocimiento eventual” de la ausencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación⁽⁵¹⁾.

(48) Sobre los autores que sostienen este punto de vista ROXIN, *AT*, pág. 388 [§ 14, VIII, n° marg. 58, 59]. Alguno de ellos, como *Dreher*, propone de lege ferenda que el error vencible sobre presupuestos objetivos de causas de justificación se trate siempre como un delito imprudente, incluso en los tipos que no incriminan la modalidad culposa de comisión.

(49) ROXIN, *AT*, pág. 391 [§ 14, VIII n° marg. 66, 67 con cita a JAKOBS 11 / 56]: “Es cierto que los delitos imprudentes del Derecho vigente están ceñidos en primera instancia a la imprudencia típica y no a la suposición errónea evitable de presupuestos objetivos de la justificación. Pero no se puede mostrar que exista una necesidad político-criminal de conminar penalmente el error de tipo permisivo allí donde la imprudencia típica es impune. Con razón señala Jakobs: ‘Si para proteger frente a los daños culposos es suficiente con el deber de resarcimiento que se deriva de ellos, cabe que éste sea suficiente también para la protección frente a los daños cometidos en suposición errónea, por ejemplo, de un estado de necesidad’. Si la destrucción de cosas de gran valor por imprudencia temeraria no es abarcada por el § 303, sería una clara contradicción valorativa que, de conformidad con la teoría estricta de la culpabilidad, tenga que contar con una sanción por daños dolosos quien, por ejemplo, para salvar la vida de un hombre cree erróneamente tener que dañar una cosa”. La única laguna cuya existencia reconoce Roxin es la del caso del aborto (n° marg. 67). Pero en el Proy. 1992 el aborto imprudente es punible (art. 154).

(50) FIANDACA/ MUSCO, *PG*, págs. 120-121.

(51) Alude a esta figura ROXIN, *AT*, § 14, VIII, n° marg. 88 y nota 100. Por mi parte, SILVA SÁNCHEZ, “Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuricidad”, *ADPCP* 1987, págs. 647-663, en especial sobre este tema, págs. 659-661.

A ello hacían alusión, según antes recogíamos, *Cobo / Vives*, y es posible que resulte una consecuencia inevitable de esta nueva situación. El auge de la figura del dolo eventual en Alemania, muy superior al que actualmente tiene entre nosotros, puede servir de indicio en esta línea.

3. Un tercer ámbito en el que repercute la introducción de un sistema de *numerus clausus* en la regulación positiva de la imprudencia es el de la distinción entre *autoría y participación por imprudencia* y, más concretamente, el de la *sanción penal de la participación por imprudencia*. Frente a lo que sucede en otros países es en España postura mayoritaria, según creo⁽⁵²⁾, la que entiende posible distinguir entre autoría y participación por imprudencia, postura que, luego, se divide entre quienes sostienen la punibilidad de las formas imprudentes de participación, ya lo sean en un delito doloso, ya en un delito imprudente, y quienes sostienen la impunidad de tales formas de participación. Pues bien, con la introducción de un sistema de *numerus clausus* parece inevitable la solución de que las formas de participación, al no haberse tipificado en su modalidad imprudente, pueden sólo cometerse a título de dolo, y eso para cualquier delito, de modo que la participación por imprudencia es impune por atípica⁽⁵³⁾. El Código Penal, al adoptar un sistema de *numerus clausus*, tipifica sólo formas imprudentes *de autoría* de determinados delitos. Esta consecuencia, que parece difícilmente eludible, tendrá, a buen seguro, alguna repercusión práctica, bien sea en la adopción de un concepto unitario de autor en la imprudencia, bien en otras soluciones alternativas. Lo que, en todo caso, no parece verosímil es que la Jurisprudencia vaya a adoptar un concepto restrictivo de autor en la imprudencia del que resulte la impunidad de aportaciones imprudentes al resultado en virtud de la calificación de las mismas como formas de participación no tipificadas⁽⁵⁴⁾.

4. Finalmente, una repercusión dogmática importante de la adopción del sistema de *numerus clausus* debe ser el final de la postura jurisprudencial, según la cual cuando una conducta imprudente da lugar a la producción de una pluralidad de resultados, se procede a sancionar por un único delito de

(52) Cfr. el excelente resumen de la situación en CUERDA RIEZU, "Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español", *ADPCP* 1992, págs. 491-514, p. 503 y ss.

(53) Aquí sí que sería irrefutable la idea, que sostiene *Luzón* para el Derecho vigente, de que las formas de participación deben entenderse como formas de participación "dolosa": LUZÓN PEÑA, "Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales", en *Derecho penal de la circulación*, 2ª ed., Barcelona 1990, págs. 81 y ss, 93-94 y ss.

(54) Como señala CUERDA RIEZU, *ADPCP* 1992, pág. 508: "La tendencia mayoritaria en la praxis en este campo de la autoría en el delito imprudente es adoptar una teoría extensivo-causal y considerar autor a todo aquel que por imprudencia haya causado un resultado lesivo; sólo algunas sentencias admiten la posibilidad conceptual y la punibilidad de la participación en el delito imprudente".

imprudencia con resultado de varias muertes, o de muertes y lesiones⁽⁵⁵⁾. En realidad, ésta es una solución incorrecta también en el vigente sistema de *numerus apertus*, pues, como se ha dicho, la opción entre una tipificación abierta o cerrada de la imprudencia no encierra una disparidad de concepciones dogmáticas acerca de la imprudencia⁽⁵⁶⁾. Sin embargo, la Jurisprudencia interpreta, al menos en ocasiones, el sistema de *numerus apertus* como expresivo de la existencia de un único *crimen culpae*, o delito de imprudencia, que se daría con independencia de los resultados que conllevara la realización de la conducta imprudente. Incorporado un sistema de *numerus clausus* la solución del *crimen culpae* pierde las pocas apoyaturas legales que le pudieran quedar, de modo que en caso de que con un solo hecho imprudente se produzca una pluralidad de resultados delictivos, la solución habrá de ser la de un concurso ideal de delitos, ya sean éstos varios homicidios culposos, homicidios culposos y lesiones culposas, etc.⁽⁵⁷⁾.

V. OTRAS CARACTERÍSTICAS DE LA REGULACIÓN DE LA IMPRUDENCIA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL

1. En el aspecto terminológico, el Proyecto de Código Penal muestra rasgos de diverso signo. Por un lado, opta claramente por el término “imprudencia” (“imprudente”) para designar a la forma no dolosa de imputación típica⁽⁵⁸⁾. Se distancia así de la terminología del Código vigente, en la que, sobre todo por el influjo de la reforma de 1983, prima el término “culpa” (y “culposo”) ⁽⁵⁹⁾. Sin embargo, por otra parte desaparece la tradicional distinción española entre *imprudencia temeraria* e *imprudencia simple*, con o sin infracción de reglamentos. De conformidad también aquí con lo previsto en los anteriores Proyectos, las clases de imprudencia en función de su gravedad pasan a ser la *imprudencia grave* y la *imprudencia leve*. Que con ello se introduzcan términos que resultan menos expresivos que los tradicionales, como

(55) Críticamente sobre esta tendencia CEREZO MIR, *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, págs. 131-132.

(56) Cfr., por ejemplo, OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA, *PG*, 2ª ed., pág. 631.

(57) Discrepa de esta conclusión RODRÍGUEZ RAMOS, *LA LEY* 1980-1, pág. 1.012, por entender que la postura tradicional de la Jurisprudencia, aun sin base legal, es materialmente justa. De ahí que propugnara la inclusión de una referencia en el sentido de que “en caso de pluralidad de resultados la pena será única y vendrá determinada por el más grave”.

(58) Así, en los arts. 3, 9, 11, 13 del Proyecto y luego, a lo largo de los diversos tipos. La acogida del término “imprudencia” era solicitada ya por CEREZO MIR, *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, págs. 128-129, por ser un término más preciso y más enraizado en nuestra tradición jurídico-penal; cfr. también la valoración positiva, respecto a su introducción en la PANCP de 1983, de MIR PUIG, *RFDUC monográfico* 6, pág. 472.

(59) Art. 1, 6 bis a), 6 bis b), etc.

subrayan *Cobo / Vives*⁽⁶⁰⁾, es más que posible. Pero además puede tener trascendencia una eventual diferencia entre los campos semánticos de la imprudencia *temeraria* y la imprudencia *grave*, ya que no resulta aventurado pensar que el de aquélla es más restrictivo que el de ésta. En todo caso es previsible que los Tribunales apliquen para la determinación de la imprudencia grave los baremos desarrollados para caracterizar a la imprudencia temeraria.

2. En principio, sólo son punibles los hechos cometidos por imprudencia grave. Por lo que se refiere al error, ello significará que la punibilidad del error vencible de tipo (o sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, si se opta por la solución de la teoría restringida de la culpabilidad o de la teoría de los elementos negativos del tipo) requerirá tanto que el tipo correspondiente pueda cometerse por imprudencia como que el error pueda ser estimado constitutivo de imprudencia grave. Una imprudencia leve no sería suficiente en este sentido. Con todo, hay algunas excepciones a esta regla: así, en primer lugar, la comisión imprudente de la violación en caso de menores, enajenados o privados de sentido no requiere que la imprudencia sea grave, sino que en principio basta con cualquier clase de imprudencia (art. 181, párrafo último). Además, obviamente, en el capítulo de las faltas son punibles, por disponerlo el art. 600, el homicidio y las lesiones producidas por imprudencia leve. Pero todo ello añade un nuevo elemento de especial trascendencia a la distinción entre imprudencia grave y leve.

3. El nuevo sistema ha traído consigo también algunas peculiaridades en cuanto a la determinación de la pena en el ámbito de la imprudencia. Por un lado, ha significado la desaparición de la *impericia o negligencia profesional*, como forma agravada de imprudencia. Ello provoca que la pena del homicidio imprudente haya quedado significativamente disminuida en el Proyecto, si la comparamos con las penas que podría alcanzar en el sistema vigente: de uno a tres años de prisión, en el Proyecto; de cuatro a seis años en el sistema vigente, pudiendo incluso subir en uno o dos grados en función de que el mal causado fuera de extrema gravedad. Por otro lado, ha supuesto también la desaparición de las reglas especiales de determinación de la pena en la imprudencia, características del vigente art. 565 en sus párrafos penúltimo y último. Tales disposiciones, con las que se pretendía corregir las consecuencias del sistema de penalidad única, atendiendo la diversa trascendencia de los hechos imprudentes, no son ya obviamente necesarias.

4. Un tema nuclear es el de qué ocurre en el Proyecto de Código Penal con los delitos cualificados por el resultado. En los demás países, la regla de la incriminación cerrada de los supuestos de imprudencia tiene como excep-

(60) COBO / VIVES, *PG*, 3ª ed., pág. 473.

ción, más o menos aparente, la regulación propia de los delitos cualificados por el resultado. Así, en Alemania se suele subrayar que el § 15 StGB tiene una excepción en el § 18 según el cual cuando la ley vincule una pena más grave a la producción de una consecuencia especial del hecho, ello le afectará al autor o al partícipe sólo cuando él hubiere actuado de modo al menos imprudente respecto a tal consecuencia⁽⁶¹⁾. Y en Italia el art. 42 también hace una salvedad para tales casos. Sin embargo, en el Proyecto desaparece la mención del Código Penal vigente según la cual “cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa” (art. 1, párrafo último), manteniéndose sólo la declaración de que no hay pena sin dolo o imprudencia (art. 3 Proyecto 1992). Lo cierto es que, según parece, los delitos cualificados por el resultado más característicos del Derecho vigente han desaparecido del Proyecto (aborto con resultado de muerte, delito contra la salud pública con resultado de muerte, abandono o detención, etc.). Sin embargo quedan algunos. Así, al menos, los art. 251, 2 (represar o distraer el curso de aguas públicas o privadas causando grave perjuicio a la causa pública o de terceros); art. 398, 2 (revelación de secretos por funcionario con grave daño para la causa pública o para tercero); art. 501, autoridades o funcionarios (atentado contra altos cargos con resultado de muerte o lesiones). La ausencia de una regulación específica obliga a entender, en aplicación de las reglas generales, que, para poder aplicar el tipo con la cualificación correspondiente, el sujeto activo deberá haber abarcado la misma como mínimo en los términos del dolo eventual. Es decir, será preciso tratarlos como tipos dolosos, al igual que sucede, por ejemplo, en arts. como el 232, 3 o el 234,2, en los que la cualificación viene representada por una puesta en peligro concreto que, obviamente, también habrá de ser abarcada por el dolo del agente.

(61) Cfr. SCHROEDER, *LK*, 10ª ed., §15 n° marg. 2 a); RUDOLPHI, *SK*, 5ª ed., § 15 n° marg. 1.