

Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena

Comentario crítico de la SAP Madrid, Penal, Sec. 7ª, 21.09.2016

Esther Hava García

Universidad de Cádiz

*Abstract**

El caso Madrid Arena constituye un ejemplo palmario de las enormes dificultades a las que se enfrenta el enjuiciamiento de sucesos fatales ocurridos con ocasión de la celebración de eventos multitudinarios. En estos supuestos, el cúmulo de irregularidades y descuidos cometidos antes y durante la tragedia complican aún más una tarea ya de por sí compleja: la identificación de quiénes deben responder penalmente. Para responder a esa cuestión debe llevarse a cabo un proceso deductivo que, en el caso de la imprudencia, está lleno de escollos. En el presente trabajo se exponen algunos de esos escollos, a propósito del análisis de algunas cuestiones fundamentales que plantea el caso Madrid Arena.

Der Madrid-Arena Fall ist ein hervorragendes Beispiel der riesigen Schwierigkeiten, die die Beurteilung der tödlichen Ereignisse darstellt, die im Rahmen von Massenveranstaltungen auftreten. In solchen Fällen erschwert die Anzahl der vor und während der Tragödie begangenen Unregelmäßigkeiten und Versäumnissen eine Aufgabe, die ohnehin schon komplex ist: Die Identifizierung derjenigen, die strafrechtlich zu haften sind. Zur Beantwortung dieser Frage soll ein deduktiver Vorgang verfolgt werden, der in den Fällen von Fahrlässigkeit auf zahlreichen Hindernissen stößt. In dem vorliegenden Beitrag werden einige dieser Hindernisse anhand der grundsätzlichen Fragen des Madrid-Arena-Falls dargestellt.

The Madrid-Arena case is a clear example of the enormous difficulties faced by the criminal prosecution of fatal incidents happened at large-scale public events. In these cases, the high number of irregularities and oversights before and during the tragedy adds even more complexity to an already complicated task: The identification of those who must be held criminally accountable. The answer to this question depends on a certain deductive process which, in the case of reckless behavior, is full of obstacles. This paper aims to show some of those obstacles, in relation to the analysis of some fundamental questions that raised by the Madrid-Arena case.

Titel: Strafrechtliche Verantwortung wegen Fahrlässigkeit in großen Veranstaltungen. Eine Analyse von problematischen Fragen anhand des Madrid-Arena Falls. Anmerkung zum SAP Madrid, Penal, Sec. 7ª, 21.09.2016.

Title: Criminal Liability for Reckless Behaviors in the Celebration of Massive Events. An Analysis of Some Problematic Issues Regarding the Madrid-Arena Case. Comment on SAP Madrid, Penal, Sec. 7ª, 21.09.2016.

Palabras clave: delito imprudente, diligencia exigible, causalidad, imputación objetiva.

Stichworte: Fahrlässigkeitsstraftat, Sorgfaltspflicht, Kausalität, Objektive Zurechnung.

Keywords: reckless crime, due care, causality, objective imputation.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto I+D+I "Jurisprudencia y doctrina: incidencia de la doctrina española en las resoluciones judiciales de los órdenes civil, penal y laboral" (DER2016-74971-P), financiado por el Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia.

Sumario

1. Planteamiento
2. Determinación del cuidado exigible
 - 2.1. Diligencia debida en la celebración de grandes eventos: organizar, vigilar, controlar
 - a) División horizontal del trabajo; el principio de confianza
 - b) División vertical del trabajo; los deberes secundarios de cuidado
 - 2.2. Diligencia debida en la actuación del equipo sanitario: la *lex artis* y las capacidades del profesional
 - a) De la *lex artis* a la *lex artis ad hoc*
 - b) Los conocimientos y capacidades particulares del sujeto: ¿Es relevante la edad del facultativo?
3. Causalidad e imputación objetiva
 - 3.1. Concurrencia de varias acciones y omisiones descuidadas de un solo sujeto
 - 3.2. Concurrencia de comportamientos imprudentes de varios sujetos
 - 3.3. La denegación de asistencia sanitaria: ¿tipificación de la tentativa imprudente?
4. Tabla de jurisprudencia española citada
5. Bibliografía

1. Planteamiento

En la madrugada del 1 de noviembre de 2012, durante la celebración de una macro fiesta de *Halloween*, se produjo una avalancha humana en el Pabellón "Madrid Arena" que provocó la muerte de cinco adolescentes y una treintena de lesionados. El hecho tuvo una enorme repercusión en la opinión pública y en los medios de comunicación, los cuales, tras el impacto que en los primeros días tuvo la publicación de la noticia (y especialmente las imágenes de la tragedia), se centraron en señalar a los posibles responsables del suceso (gestores del pabellón, promotores del evento, empresas de seguridad, policía, órganos del consistorio) y las múltiples irregularidades cometidas antes y durante la macro fiesta (en relación con el número de entradas vendidas, las diversas medidas de seguridad aplicables al pabellón, la tolerancia policial frente al "botellón" que tuvo lugar en el parking del recinto, la ausencia de controles respecto a la entrada en el evento de menores de edad y la pasividad de los servicios sanitarios contratados para el mismo). Esa presión mediática acompañó desde sus inicios a la instrucción penal del caso y a la consecuente celebración del juicio oral, en el que comparecieron como acusados quince personas (aunque durante la investigación el número de imputados había superado con creces la veintena). Todas las acusaciones personadas en la causa coincidieron en calificar los hechos como homicidios y lesiones imprudentes. El Tribunal encargado de enjuiciar el caso condenó a siete de los acusados y dictó la libre absolución de los ocho restantes¹.

¹ SAP Madrid, Penal Sec. 7ª, 21.09.2016 (Ar. 204612; MP: Ángela Ascensión Acevedo Frías).

El caso “Madrid Arena” constituye un ejemplo palmario de las enormes dificultades a las que se enfrenta el enjuiciamiento de hechos de esta naturaleza², en los que el cúmulo de irregularidades y descuidos cometidos antes y durante la tragedia, unido a las comprensibles expectativas que tal enjuiciamiento suscita en las víctimas y en la opinión pública, vienen a complicar una tarea ya de por sí compleja: la identificación de quiénes han de responder penalmente, lo que obliga a llevar a cabo con carácter previo un proceso deductivo que, en el caso del injusto culposo, está lleno de escollos. Y dichos escollos comienzan a manifestarse ya en la propia definición de la imprudencia.

En efecto, la doctrina y la jurisprudencia han propuesto prácticamente todas las posibles combinaciones que pueden darse entre los componentes esenciales de la imprudencia, como si se tratara de una ecuación cuyos factores pudieran ser libremente desordenados sin alterar por ello el producto; de hecho, incluso los partidarios de situar la culpa en el seno del injusto muestran fuertes divergencias a la hora de determinar la exacta ubicación de sus elementos, dotarlos de contenido e, incluso, denominarlos. El empleo de múltiples términos para identificar a dichos elementos parece especialmente significativo: previsibilidad (objetiva o subjetiva) del resultado; norma/regla de cuidado; infracción del deber (objetivo y/o subjetivo) de cuidado o de la diligencia debida; riesgo permitido y adecuación social³, son algunas de las expresiones que se utilizan para caracterizar a la imprudencia, y que en no pocas ocasiones se emplean simultáneamente para denominar a los presupuestos de la imputación objetiva del resultado a la acción⁴.

El estrecho parentesco que existe entre tales expresiones y los criterios empleados por la teoría de la imputación objetiva resulta fácilmente comprensible, pues los elementos que actualmente suelen asignarse al delito imprudente son fruto de dos evoluciones históricas que se han dado de forma paralela e interrelacionada en el seno de la teoría del delito: por un lado, la sustitución de

² No es la primera vez que se produce un suceso de estas características. En España es muy conocido el caso del incendio de la discoteca “Alcalá 20” (STS, 2ª, 17.07.1995 -Ar. 6827; MP: Luis Román Puerta Luis), y en Argentina el caso “Cromañón” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Nº 24 de la Ciudad de Buenos Aires, 19.08.2009 – causa Nº 2517; y Sentencia de la Sala 3ª de la Cámara Nacional de Casación Penal, 20.04.2011 –causa Nº 11684), nombre de la sala de conciertos en la que murieron 193 personas y otras 1.432 resultaron lesionadas (sobre este último caso, véase HAVA GARCÍA, «Comisión por omisión, dolo de peligro e imprudencia. Un análisis a propósito de la Sentencia del caso “Cromañón”», *Revista de Derecho Penal*, (1), 2010, pp. 291 ss.; LA MISMA, «La influencia de las tesis dogmáticas en la fundamentación de los aspectos subjetivos del injusto. De nuevo sobre el caso “Cromañón”», *Revista de Derecho Penal*, (2), 2011, pp. 481 ss.

³ Sobre las relaciones que guardan ambas expresiones, véase GIL GIL, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, 2007, pp. 216 ss.

⁴ En sentido similar, FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*, 2001, p. 88, con amplias referencias bibliográficas. Un sector de la doctrina califica de superflua la teoría de la imputación objetiva en el delito imprudente por entender que en este caso bastan los contenidos ya elaborados por la dogmática de 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” (GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, p. 213, compartiendo la opinión de HIRSCH, «Acerca de la teoría de la imputación objetiva», en EL MISMO, *Derecho penal. Obras completas*, t. I, 1999, p. 61). Sin embargo, tiene razón FRISCH cuando señala que con esta objeción “no se está cuestionando la adecuación de los presupuestos materiales de la imputación del resultado, sino al contrario: se están reconociendo” (FRISCH, «La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático», en EL MISMO/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, 2004, p. 37).

la concepción psicológica de la culpabilidad por una normativa⁵; por otro lado, la creciente utilización de criterios, asimismo normativos y cada vez más matizados, a la hora de analizar la función del resultado en el tipo. Ambos procesos perseguían, como mínimo, una meta común: restringir el excesivo ámbito que a la antijuridicidad otorgaban las teorías causales⁶.

Pero las divergencias doctrinales en torno a la exacta configuración del injusto imprudente no se han agotado tras el surgimiento de la teoría de la imputación objetiva, sino más bien todo lo contrario⁷. Al respecto, baste con señalar que el debate en torno a la naturaleza objetiva o subjetiva de los elementos que conforman la imprudencia (y de los criterios a tener en cuenta en el juicio de imputación), sigue muy vivo y de hecho influye (de forma más o menos intensa, según los casos) en la configuración de otras tesis que han evolucionado desde la teoría de la imputación objetiva del resultado a otras versiones más recientes (y asentadas en presupuestos distintos), como por ejemplo la de FRISCH (que traslada el riesgo desaprobado a la caracterización de la conducta típica)⁸ o la de ROBLES PLANAS (que hace depender el injusto penal “no sólo de la desvaloración de la conducta, sino también de la posibilidad de *imputar* esa conducta bajo unas determinadas condiciones (cualificadas) a una persona”⁹).

Lo anterior pone de manifiesto la necesidad de concretar los postulados de los que se parte en la fundamentación y configuración del injusto imprudente, como paso previo al análisis de las cuestiones especialmente problemáticas que suscita su proceso de deducción en la organización de grandes eventos, particularizadas en este trabajo en el caso Madrid Arena. Pues solo así, en definitiva, podrán apreciarse las eventuales bondades (y sin duda los grandes defectos) de la lógica que inspira tal proceso deductivo.

En mi caso, parto de una concepción mixta de la norma penal en la que aparecen indisolublemente unidos sus dos aspectos, el valorativo y el imperativo, como fundamento del injusto¹⁰. De la menor importancia que otorga el legislador al desvalor de resultado en la

⁵ Las aportaciones de la concepción normativa de la culpabilidad facilitaron a ENGISCH la tarea de extraer la referencia al deber de cuidado (o “cuidado necesario en el tráfico”) del contenido de la culpabilidad y trasladarla a la antijuridicidad, si bien con el fin de caracterizar de forma más exacta a la teoría de la adecuación, no de identificar un elemento normativo exclusivo de la imprudencia, que en su concepción sigue permaneciendo en la culpabilidad (ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, pp. 13, 169).

⁶ Evidentemente, la concepción normativa de la culpabilidad perseguía además otras metas, como por ejemplo dar una explicación satisfactoria a la penalización de la imprudencia inconsciente. De forma paralela, la teoría de la imputación objetiva ha tratado de aportar también argumentos válidos para fundamentar la sanción de modalidades delictivas específicas, como por ejemplo la comisión por omisión.

⁷ En este sentido, resulta especialmente ilustrativo el debate entre los partidarios de una teoría de la imputación “global” y quienes limitan (en mi opinión correctamente) el alcance de la teoría de la imputación objetiva en la configuración del injusto. Al respecto, véase por ejemplo ROBLES PLANAS, «Normatividad e imputación objetiva: respuesta a la recensión de Feijoo Sánchez a Frisch/Robles Planas, *Desvalorar e imputar* (2005)», *InDret*, (3), 2006, pp. 2 ss.

⁸ “El requisito de la creación desaprobada del peligro unido a la acción no es un presupuesto de la imputación. Si no hay creación desaprobada de un peligro unido a la conducta, entonces lo que en realidad falta es una *conducta prohibida*” (FRISCH, en EL MISMO/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, 2004, p. 59). En sentido similar, CANCIO MELIÁ, «Aproximación a la teoría de la imputación objetiva», en BOLAÑOS GONZÁLEZ (comp.), *Imputación Objetiva y Dogmática Penal*, 2005, p. 95.

⁹ ROBLES PLANAS, «Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo», en FRISCH/EL MISMO, *Desvalorar e imputar*, 2004, p. 107.

¹⁰ En una primera fase, el legislador valora los bienes jurídicos a proteger y el momento a partir del cual comienza esa tutela (lesión, peligro concreto, peligro abstracto); en una segunda fase, el legislador prohíbe, reforzando

configuración de los delitos dolosos (en los que se castiga no solo la consumación sino también la tentativa y, en ocasiones, meros actos preparatorios) frente a los delitos imprudentes, se deduce asimismo el distinto contenido de desvalor de acción que poseen ambas modalidades delictivas: la exteriorización por parte del sujeto de su decisión de actuar en contra del bien jurídico¹¹ fundamenta el mayor *desvalor subjetivo de conducta*¹² que posee el injusto doloso frente al imprudente (en el que el “descuido” sustituye a la “decisión”), mientras que el *desvalor objetivo de la conducta* viene a explicar el porqué, a identidad de desvalor de resultado, la conducta imprudente puede ser calificada como delito o ser declarada atípica, en función de la respectiva entidad que posea la infracción del cuidado realizada. Es en este sentido en el que pueden en cierto modo ponerse en conexión norma penal (primaria) y norma de cuidado en el ilícito imprudente, pues en este caso el mandato normativo no se infringe ya desobedeciéndolo directamente (con dolo –decisión en contra del bien jurídico–) sino indirectamente (con imprudencia –infracción típica del *cuidado exigible*–)¹³, razón por la cual resulta necesario individualizar el mandato (abstracto) de cuidado hasta llegar a la concreta pauta cuidadosa cuya observancia le era exigible al sujeto¹⁴. Sin embargo, otorgar a la norma de cuidado el carácter de elemento típico significaría quizá dar un paso incorrecto en el proceso deductivo¹⁵, pues es su inobservancia, y no la norma en sí, la que pertenece al tipo. En otras palabras y a modo de ejemplo: el mandato normativo de cuidado que exige ser diligente para evitar, por ejemplo, la producción de una muerte fundamenta (en tanto que forma parte de la norma general que protege la vida y prohíbe destruirla) la propia existencia de un injusto imprudente; en cambio, la

dicha prohibición con una sanción penal, la realización de comportamientos que afecten a esos bienes jurídicos, cuando sean ejecutados en la forma y circunstancias previstas en el correspondiente tipo. Más ampliamente, sobre la concepción que mantengo, HAVA GARCÍA, *El tipo de injusto del delito imprudente. Un análisis de sus elementos orientado a la práctica*, 2013, pp. 17 ss.

¹¹ Al respecto véase ROXIN, *AT I*, 4ª ed., § 12/21 ss. El concepto que se maneja no difiere sustancialmente de la noción de dolo como “toma de posición personal” del autor respecto al carácter peligroso de su conducta que propone FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 97 ss. Sobre este tema más detenidamente, véase HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, 2002, pp. 17 ss.; LA MISMA, «Dolo eventual e imprudencia consciente», en HURTADO POZO (ed.), *Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal*, 2009, pp. 145 ss.; LA MISMA, *El tipo de injusto del delito imprudente*, 2013, p. 35 ss.

¹² Se sigue tendencialmente la distinción entre parte subjetiva y parte objetiva en el desvalor de acción que realiza LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., 2016, p. 175 ss.

¹³ En sentido similar, LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., 2016, p. 172.

¹⁴ Creo que este planteamiento, aun partiendo de postulados diferentes, no se halla demasiado alejado del que mantiene ROBLES PLANAS, «Los dos niveles del sistema de intervención del delito (El ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret*, (2), 2012, pp. 4-5: “El injusto del hecho se corresponde con el injusto objetivo abarcado por la *norma de valoración*. (...) Puesto que los tipos prevén sanciones penales para lesiones de determinadas normas de conducta, la lesión de la norma de conducta de cada interviniente fundamenta su correspondiente injusto típico de la *conducta*”.

¹⁵ En opinión de CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 1989, p. 124: “en el caso del contenido del tipo de injusto imprudente no hay que olvidar que la norma de cuidado está prevista legalmente, igual que en el tipo doloso, y que lo que resulta falto de concreción en el supuesto que se juzga es la existencia o no de infracción de dicha norma de cuidado prevista en el tipo”. Tales afirmaciones podrían ser plenamente asumibles si se hiciera referencia a la “norma de cuidado” en tanto que “norma penal” genérica fundamentadora del injusto imprudente, y no como un elemento más del tipo; y en efecto, éste es el sentido que en ocasiones parece adjudicarle la autora mencionada (por ejemplo, en p. 102). No obstante, en otros párrafos de la monografía citada parece inclinarse por la segunda opción, por ejemplo cuando señala que “la determinación de la norma de cuidado sólo es posible cuando previamente se concreta el contenido del deber de cuidado objetivo y subjetivo” (p. 101), lo que a la postre se coonestaría con una concepción de la norma de cuidado como mero elemento típico. Sin embargo, es posible que en esta última cita la autora utilice la expresión “norma de cuidado” en sentido equivalente a la de “pauta de cuidado exigible”, con lo que desaparecería la aparente contradicción.

infracción de ese mandato de cuidado sólo adquirirá relevancia jurídico-penal cuando dicha infracción sea *típica*, es decir, cuando posea la entidad (mayor o menor gravedad, en el caso de la regulación penal española actual) requerida expresamente en el correspondiente tipo¹⁶.

Por otro lado, gracias a las aportaciones de la teoría de la imputación objetiva se asume desde hace tiempo de forma unánime que no basta con la constatación de una mera relación causal entre acción y resultado para afirmar la completa realización de cualquier tipo objetivo¹⁷. En efecto, el empleo de criterios normativos tales como la “previsibilidad objetiva” (procedente de la teoría de la causalidad adecuada), el “incremento del riesgo permitido”, o el “fin de protección de la norma” posibilitan el análisis objetivo del hecho con independencia de que el autor lo realizara imprudente o dolosamente, pues también en este último caso es necesario comprobar que la conducta ha superado el riesgo permitido hasta el punto de provocar un resultado desvalorado¹⁸. La aplicación de tales criterios se realiza, pues, para comprobar un requisito de carácter objetivo cuya concurrencia es preciso constatar en cualquier modalidad típica, ya sea ésta dolosa o culposa, activa u omisiva, de lesión o de peligro: la necesaria relación entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado¹⁹.

No obstante, de los tres criterios que la doctrina mayoritaria suele mencionar para hacer referencia a la imputación objetiva del resultado (incremento del riesgo, fin de protección de la norma y realización del riesgo)²⁰, únicamente el tercero aparece verdaderamente desligado del contenido del desvalor de acción propio del delito imprudente, en la medida en que los dos primeros (incremento del riesgo permitido y fin de protección de la norma²¹) ya deben ser

¹⁶ A conclusiones similares, aunque partiendo de distinto planteamiento, entiendo que llega FRISCH, en EL MISMO/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, 2004, pp. 66 s.: “El reconocimiento y la limitación de derechos y libertades y, unido a ello, la desaprobación de determinadas conductas, son producto, más bien, de principios que ofrecen un baremo totalmente abstracto en el seno del programa del ordenamiento jurídico (...). Una concepción que convierta todas estas cuestiones en problemas de imputación estaría mezclando cuestiones relativas a la constitución del Derecho (y a la discrepancia de una determinada conducta del Derecho) con cuestiones relativas a la auténtica imputación (...). Por este mismo motivo parece plausible limitar la imputación del resultado a aquello que realmente es un problema de imputación, es decir, a la pregunta que surge una vez se ha determinado la acción imputable y su desaprobación”.

¹⁷ Incluso el sector doctrinal más apegado a la concepción causalista del injusto se ha visto obligado a introducir en ella ciertas matizaciones. Así, por ejemplo, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª ed., 1999, p. 649: “consecuentemente con la adscripción de la infracción del deber de cuidado a la culpabilidad, hemos de concebir la ejecución del hecho que culmina en la producción del resultado antijurídico como materialización completa del injusto típico, es decir, como realización de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (...). Para que el resultado, en el que se materializa el injusto típico, pueda fundamentar la punibilidad no basta, sin embargo, con que haya acaecido, sino que es preciso, antes de nada, que pueda imputarse objetivamente a la acción y subjetivamente al autor”.

¹⁸ GIMBERNAT ORDEIG, «¿Qué es la imputación objetiva?», en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., 1990, pp. 214 s.

¹⁹ TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», *ADPCP*, (39), 1986, pp. 42 ss.

²⁰ Puede observarse la presencia de estos tres elementos, por ejemplo, en la definición de ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 11/44 ss.

²¹ En sentido similar, al menos respecto del incremento del riesgo permitido, GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, p. 228: “El primer elemento del tipo del delito imprudente de acción es una acción que infringe el cuidado objetivamente debido, es decir, una acción que infringe la prohibición de actuar descuidadamente, la prohibición de realizar una acción que supera el riesgo permitido. Todas estas expresiones deben ser entendidas como sinónimos”. Por su parte, CANCIO MELIÁ, en BOLAÑOS GONZÁLEZ (comp.), *Imputación Objetiva y Dogmática Penal*, 2005, pp. 95-97, incluye la institución del riesgo permitido (y parece que también el criterio del fin de protección de la norma) en la imputación del comportamiento, entendida ésta como el primer nivel de análisis que precede en su construcción a la imputación objetiva del resultado.

tenidos en cuenta a la hora de identificar el cuidado que era exigible en el momento de la actuación, y de constatar su infracción u observancia²². En efecto, sólo conociendo esa concreta pauta de comportamiento podrá determinarse, de un lado, si el riesgo normal de la actividad realizada se elevó por encima de lo tolerable y, de otro, si uno de sus objetivos era evitar el concreto resultado causado. El nuevo ingrediente que aporta la teoría de la imputación objetiva a la estructura del ilícito imprudente radica ante todo, pues, en la exigencia de que ese resultado sea concreción (realización) del riesgo creado con el comportamiento o, dicho de otro modo, que sea directa consecuencia de la infracción del cuidado exigible²³.

Partiendo de la base de que es, precisamente, el ilícito imprudente el terreno en que mayor trascendencia práctica adquiere la teoría de la imputación objetiva, puede decirse que los criterios que en el seno de esta teoría se han ido desarrollando han intentado en cierto modo, quizá intuitivamente, superar el carácter excesivamente formal que en el pasado se ha otorgado al deber de cuidado como elemento de la imprudencia. No obstante, algunos de sus presupuestos (incremento del riesgo *permitido* y fin de protección de la *norma*) constituyen ya “cualidades” de la infracción del cuidado, esto es, elementos a tener en cuenta en la determinación del desvalor de acción, y no del resultado²⁴; la mejor prueba de ello es que pueden existir casos límite en que se constate dicha infracción y en cambio el resultado no sea objetivamente imputable a la conducta realizada. Por otro lado, hablar de “incremento del riesgo permitido” como sustitutivo de la expresión “infracción del cuidado exigible” puede llevar a ciertas confusiones a la hora de diferenciar claramente lo que caracteriza el desvalor de acción frente a lo que constituye el desvalor de resultado; así por ejemplo en los delitos de peligro, en los que la creación efectiva de un riesgo no permitido puede no ser ya un mero criterio de imputación del resultado a la acción, sino erigirse en el mismo (desvalor) de resultado.

Por lo demás, la constatación de lo que se denomina “relación de riesgo” entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado adquirirá especial importancia en el análisis de un grupo de supuestos que pueden aún plantear problemas de causalidad: aquéllos en los que surge la duda a la hora de determinar si la conducta descuidada ha sido la que efectivamente ha producido el resultado típico o si, por el contrario, éste se debió a la concurrencia de *otro riesgo*, ajeno al comportamiento del sujeto²⁵.

²² En términos parecidos, pero desde un punto de vista fuertemente crítico con la teoría de la imputación objetiva “tradicional”, MORSELLI, «Observaciones críticas acerca de la teoría de la imputación objetiva», en ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (dirs.), *LH-Barbero Santos*, t. I, 2001, pp. 1209 ss. Véase también DE LA CUESTA AGUADO, *Tipicidad e imputación objetiva*, 1996, pp. 138-139: “en los delitos imprudentes, ámbito para el que originariamente fue creada la teoría del incremento del riesgo, por su especial conexión con la norma de cuidado, surgen supuestos nuevos y más conflictivos. En estos casos, tanto la existencia como el incremento y la cuantificación del riesgo, no pueden realizarse al margen de la norma de cuidado infringida”.

²³ CEREZO MIR, *PG*, t. II., 6ª ed., 2004, pp. 169 ss.

²⁴ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *PG*, 2006, pp. 227-248: “El planteamiento político criminal de Roxin parte sólo del desvalor de resultado y reduce la determinación del injusto a un problema de imputación objetiva, esto es, de afección al bien jurídico y desconoce el desvalor de acto, esto es, los procesos de riesgo para los bienes jurídicos que significan las situaciones típicas”.

²⁵ Sobre tales supuestos en general, véase por ejemplo GIMBERNAT ORDEIG, «Causalidad, omisión e imprudencia», *ADPCP*, (47), 1994, pp. 21 ss.

2. Determinación del cuidado exigible

La constatación de la infracción del cuidado exigible requiere comparar el comportamiento del sujeto con un baremo o pauta de cuidado cuyo contenido en cada caso el juzgador ha de concretar, pues la determinación de las distintas reglas de cuidado que cada ciudadano debe observar en el desarrollo de sus actividades se realiza previamente, mediante una ponderación social de intereses de carácter extrapenal²⁶. Es tarea del juez, por tanto, descubrir en cada supuesto particular qué era lo exigible penalmente al individuo conforme a tales reglas, que son preexistentes a la labor judicial²⁷, con el fin de determinar si su comportamiento fue imprudente. Para ello, el juzgador no deberá ya indagar el contenido de la voluntad de ese individuo, sino deducir si éste respetó la pauta de comportamiento cuidadoso exigida en la situación particular.

Cuando la conducta objeto de enjuiciamiento tiene lugar en ámbitos de la vida social ordenados jurídicamente con mayor o menor detalle, las dificultades del proceso deductivo de la pauta de cuidado exigible son menores. En estos supuestos, la actividad peligrosa se encuentra regulada mediante preceptos extrapenales que contemplan reglas generales de cuidado cuya observancia minimiza los riesgos²⁸ derivados, por ejemplo, de la circulación vial, la explotación de actividades industriales o, por lo que aquí interesa, la organización de grandes eventos. No obstante, el desarrollo cotidiano de estas actividades (peligrosas pero admitidas socialmente por su utilidad), puede dar lugar a una diversidad de situaciones que son difíciles de prever al detalle en las reglas formalizadas que ordenan el cuidado a observar por cada sujeto en cada sector determinado.

2.1. Diligencia debida en la celebración de grandes eventos: organizar, vigilar, controlar

La celebración de grandes eventos por parte de un conjunto de personas (físicas y jurídicas) que actúan de un modo más o menos coordinado y jerárquico dentro de una o varias estructuras (organismos y/o empresas), plantea una serie de dificultades que, en el ámbito propio de la imprudencia, se manifiestan sobre todo a la hora de determinar, en caso de suceso trágico, las eventuales responsabilidades en que incurrieron los distintos intervinientes en su preparación, organización y desarrollo. Y es que, en tales contextos, las diferentes funciones de evitación y minimización de riesgos se hallan tan íntimamente relacionadas que puede resultar complicado calibrar los respectivos niveles de diligencia con que se han desarrollado cada una de ellas. La dificultad esencial en este punto radica, por tanto, en determinar la pauta de cuidado que le correspondía observar, conforme a las funciones que desempeñaba, a cada uno de los individuos que intervinieron en la organización del evento²⁹.

²⁶ En el mismo sentido, GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, p. 264. En una sociedad jurídicamente preformada, las reglas de cuidado a observar en cada ámbito de actuación se hallan de uno u otro modo "institucionalizadas" (generan deberes "institucionalizados", que no "institucionales"), y en esa medida constituyen un elemento fundamental a la hora de determinar las acciones y omisiones (descuidadas) que merecerán desaprobación penal sin son vinculadas, mediante los criterios de la imputación objetiva, a la producción de resultados típicos. Al respecto véase ROBLES PLANAS, «Deberes negativos y positivos en Derecho Penal», *InDret*, (4), 2013, pp. 10-12.

²⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, 1999, p. 196.

²⁸ BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*, 1974, p. 45.

²⁹ Según entiendo, en el esquema de ROBLES PLANAS, *InDret*, (2), 2012, p. 5, esta cuestión determinaría no sólo la

En este contexto, la noción de trabajo en equipo aparece en los más diversos ámbitos de la organización del evento, y con ella se puede denominar desde la labor inicial que se realiza para determinar y verificar el aforo máximo, pasando por otras más elementales como la de controlar el acceso al recinto con el correspondiente boleto de entrada, hasta llegar a otras a otras quizá más complejas, como las del personal encargado de evitar accidentes cuando el espectáculo ya está en marcha. Por otro lado, la organización de eventos privados (cerrados al público en general) también posee connotaciones distintas a las que presentan los que se celebran con la colaboración y/o bajo la supervisión de entidades y organismos públicos. En cada municipio existen además diferentes unidades, con sus correspondientes estructuras organizativas jerarquizadas, destinadas asimismo a minimizar los riesgos propios de esta clase de eventos (policía local, servicio de protección civil, cuerpo de bomberos, etc.), y en muchos casos ciertas comisiones encargadas de la supervisión general de todo lo relativo a su celebración.

En esta fase del proceso deductivo puede resultar útil realizar una distinción previa en función del grado de jerarquía que impera en los diferentes aspectos, escalones o niveles de la estructura organizativa, con el fin de valorar cuáles de ellos responden al esquema de división horizontal del trabajo (en la que no existe una relación jerárquica de subordinación entre los diferentes miembros del respectivo nivel de la organización) o al esquema de división vertical del trabajo (donde sí hay una estructura jerarquizada, aunque quien ostenta la capacidad de decisión en cada momento, y respecto de cada actividad, puede naturalmente variar).

a) División horizontal del trabajo; el principio de confianza

Cuando se trata de niveles de la estructura organizados conforme a una división horizontal del trabajo, puede adquirir cierta virtualidad el principio de confianza como criterio complementario a la hora de determinar el cuidado exigible a cada miembro dentro del respectivo nivel³⁰, siempre que su comportamiento aparezca relacionado con el de otros individuos en apariencia plenamente responsables³¹. En tales casos, el principio de confianza adquiriría trascendencia en la

afirmación o negación de la imprudencia (por haberse infringido o no los deberes de cuidado exigibles al sujeto) y su relativa gravedad, sino también la calificación de la aportación de cada interviniente como autoría o participación: "La decisión sobre la calificación de la intervención se basa en que dentro del círculo de intervinientes algunos pueden recibir una mayor pena (en terminología clásica: autores): todos infringen la norma pero la intensidad de la infracción de la norma de algunos es superior. El auténtico problema de esta operación (el llamado 'criterio de autoría') es la determinación de la gradación de las infracciones de deberes. A tal efecto, debería quedar claro lo siguiente: se trata de la *graduación del injusto de los intervinientes*. Que esa graduación se lleve a cabo en un momento anterior a la determinación de la pena en sentido estricto, no desvirtúa su naturaleza. El injusto de los llamados 'autores' es superior al de los llamados 'cómplices'".

³⁰ De acuerdo con dicho principio, "un comportamiento conforme al cuidado exigido autoriza a suponer que otros partícipes del tráfico se comportarán de acuerdo con las obligaciones de cuidado que les incumben, sin que tal suposición implique, por sí misma, una infracción del deber de cuidado" (así se define en el caso del aceite de colza: STS, 2ª, 23.04.1992 -Ar. 6783; MP: Enrique Bacigalupo Zapater). Analizan en profundidad el principio de confianza MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal*, 2009; ABRALDES, *Delito imprudente y principio de confianza*, 2010, pp. 193 ss.

³¹ Pues es opinión unánime que tal principio no surte sus efectos cuando el autor confía (injustificadamente) en la actuación cuidadosa de ciertos sujetos inimputables, como por ejemplo menores. Pero planteado en tales términos, el fundamento de la impunidad derivada del principio de confianza se relacionaría no ya con la determinación del cuidado exigible o los límites del riesgo permitido, sino más bien con el principio de culpabilidad, que impide declarar responsable a un individuo por un hecho ajeno (en este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes*, 1999, p. 228).

delimitación del alcance de la pauta de cuidado determinando cuándo la confianza del autor en la actuación correcta de terceras personas estaba justificada³². No obstante, la jurisprudencia ha señalado tantas excepciones a esta regla general que, en lugar de considerarlo un verdadero principio interpretativo, más bien habría que hablar de un mero criterio inspirador de las resoluciones³³. De este modo, no se estima aplicable el principio de confianza cuando existen motivos para sospechar que la conducta de otra persona participante en la actividad es antijurídica, se detecta en ese tercer individuo una incapacidad para prestar la debida diligencia, o bien existen dudas acerca de su cualificación o fiabilidad.

La confluencia en el caso Madrid Arena de diferentes estructuras organizativas implicadas en la preparación y celebración del evento, todas ellas con sus respectivos superiores jerárquicos (la empresa promotora de la macro fiesta; la que explotaba y gestionaba el recinto donde tuvo lugar; las encargadas de la vigilancia y control de acceso; la que proporcionaba los recursos de apoyo al servicio de asistencia sanitaria en el interior) podría haber llevado a enfocar el proceso deductivo conforme a un esquema de división horizontal del trabajo entre dichas estructuras, otorgando cierta virtualidad al principio de confianza a la hora de ponderar la actuación de los distintos superiores jerárquicos encargados de la seguridad en cada una de esas estructuras, con el fin de comprobar si alguno de ellos (especialmente, aquéllos a los que solo se les imputa omisiones) podía haber confiado justificadamente en que la actuación del resto de superiores sería diligente. No es éste sin embargo el camino seguido por la SAP Madrid, Penal Sec. 7ª, 21.09.2016 (Ar. 204612), la cual dedica un buen número de páginas a determinar quién era “la máxima autoridad” durante el montaje, celebración y desmontaje del evento. Tal condición es adjudicada a F.D.A., Coordinador de eventos del Departamento de operaciones de la empresa municipal que gestionaba el pabellón, partiendo para ello de dos circunstancias probadas: en primer lugar, una circunstancia normativa, cual es el contrato suscrito entre la empresa promotora del concierto y la entidad gestora del recinto, que incluía una cláusula en cuya virtud se otorgaba esa máxima autoridad al personal designado para el evento por la empresa gestora como sus representantes (lo que suponía, interpreta la Sentencia, la expresa subordinación del cliente –promotor– a dicha autoridad); en segundo lugar, una circunstancia fáctica, pues a pesar de que la persona designada por la gestora para tal tarea fue inicialmente J.R.A., Técnico de Operaciones de dicha entidad, la Sentencia del caso Madrid Arena considera probado que la responsabilidad que esa noche le hubiera correspondido fue asumida y ejercida de hecho por su superior jerárquico, F.D.A., que también estuvo presente en la macro fiesta y fue “quien asumió la figura de máxima autoridad en el evento, relevando por tanto a J.R.A. de la responsabilidad que ello suponía, ya que ante la presencia de su superior, R.A. no podía tomar decisiones”.

b) División vertical del trabajo; los deberes secundarios de cuidado

Incluso cuando se trata de niveles estructurados dentro de la organización conforme a una división vertical (jerarquizada) del trabajo, la capacidad de decisión que ostenta la “máxima autoridad” en la celebración de evento, el carácter vinculante que poseen sus órdenes para cada miembro de los respectivos niveles (integrados por sus correspondientes superiores y subordinados) y, en definitiva, la determinación del cuidado que le era exigible a cada uno de ellos, pueden resultar cuestiones más que dudosas, especialmente cuando se trata de valorar

³² FEIJOO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes*, 1999, p. 230.

³³ En sentido parecido, afirman HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, 1995, p. 99, nota 54, que el principio de confianza, “más que un criterio de la imputación objetiva es un «tópico» o punto de vista genérico susceptible, junto con otros, de ser aplicado para comprobar el nivel de la diligencia debida en el caso concreto. La ambigüedad de este y de otros principios igualmente genéricos utilizados también a veces por la jurisprudencia para establecer los límites de la imprudencia (riesgo permitido, adecuación social, riesgo razonable, etc.) obliga a utilizarlos con suma cautela”.

conductas omisivas: ¿Es la “máxima autoridad” en el evento responsable únicamente de los aspectos relacionados con su coordinación global, o también (y hasta qué punto) se le puede exigir responsabilidad por los concretos actos (de montaje, control de acceso, vigilancia, etc.) llevados a cabo por el resto de miembros (superiores jerárquicos y empleados) de los diferentes niveles (promotora, empresas auxiliares) implicados en la organización?

El principio de confianza, aplicado ahora a estructuras con división vertical del trabajo, puede ayudar en parte a solucionar la problemática anterior, pues al menos en teoría quien ocupa la posición jerárquica superior por regla general puede confiar en que sus instrucciones serán seguidas, y el subordinado puede confiar en que dichas instrucciones son correctas³⁴.

Es precisamente este aspecto del principio de confianza el que parece inspirar el fallo absolutorio de determinados acusados en el caso Madrid Arena. Así por ejemplo, la SAP Madrid, Penal Sec. 7ª, 21.09.2016 (Ar. 204612) exime de responsabilidad a J.D.R., que en la noche de autos era el Jefe del equipo del servicio ordinario de seguridad en el exterior del pabellón, a pesar de que transmitió la orden de F.D.A. (“máxima autoridad” en el evento) de abrir el portón de cota 0 (lo que influyó de forma decisiva en la formación de la avalancha humana y el consecuente resultado trágico): “D.R. recibe, como jefe de equipo de S. una orden de la única persona que podía dársela, el responsable de M., y él ni sabe la razón de la misma *ni tiene la capacidad de cuestionarla*, transmitiéndosela, como es su obligación al vigilante que tiene, a su vez, que cumplir con lo que él le indica”.

No obstante, lo cierto es que la presencia de una cierta jerarquía en la organización de grandes eventos hace que el principio de confianza pierda buena parte de su eficacia³⁵ a la hora de analizar la actuación de los responsables (superiores jerárquicos) de los diferentes niveles dentro de la estructura organizativa; pues la vigencia de dicho principio, especialmente evidente en el caso del que recibe órdenes, posee un alcance mucho menor cuando se trata de analizar la conducta del sujeto que las da³⁶. En este contexto, las funciones del superior no se agotan en dictar las instrucciones (o delegar las funciones) precisas para realizar una determinada tarea, pues aún le son exigibles otros deberes de cuidado: supervisar y vigilar el cumplimiento de lo ordenado³⁷. Conforme a estos *deberes de diligencia* secundarios, el superior deberá asegurarse de que sus instrucciones han sido bien entendidas cuando su no seguimiento estricto pueda conllevar riesgos añadidos, e incluso intervenir ante la sospecha de una actuación defectuosa de los subordinados o delegados³⁸.

³⁴ CEREZO MIR, «El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos», *ADPCP*, (36), 1983, p. 484.

³⁵ Al respecto, véase MANSDÖRFER, «Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en un grupo», *InDret*, (2), 2007, pp. 11 ss; PUPPE, «División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica», *InDret*, (4), 2006, p. 4.

³⁶ En el esquema de ROBLES PLANAS, *InDret*, (2), 2012, p. 12, el deber de controlar peligros en relación con conductas de terceros en el marco de la actividad empresarial surge del propio ámbito de organización: “el riesgo de que un inferior jerárquico cometa un delito (doloso o imprudente) no es ajeno al superior, si por alguna razón estaba ya inserto en la constitución de la relación de subordinación o delegación (p. ej., selección inadecuada del inferior o no dotación de medios necesarios para el correcto desempeño de las funciones)”.

³⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes*, 1999, p. 235; ROBLES PLANAS, *InDret*, (2), 2012, p. 14: “El fundamento de la responsabilidad del delegante por la actividad delictiva del delegado reside en que el desarrollo de la actividad del segundo tiene lugar en el ámbito de organización del primero, de forma que a éste le sigue incumbiendo, pese a la delegación, el cumplimiento de los deberes de vigilancia y supervisión relativos a que de su propio ámbito de organización no surjan peligros para terceros”.

³⁸ Sobre la determinación de los deberes secundarios de cuidado en el caso de delegación de funciones,

En el caso Madrid Arena también hay algunos ejemplos del tipo de situaciones en las que, según la jurisprudencia, es posible exigir responsabilidades penales por infracción de esos deberes secundarios. Así, se le reprocha tal infracción a C.M.R. (socio mayoritario de la empresa K.), al cual se considera responsable de las funciones realizadas por los trabajadores seleccionados por tal empresa, pues “a pesar de esta función de dirección de los controladores que resulta acreditada que tenía en el evento, C.M. no se ocupó de solucionar los problemas que se producían por el cierre de las escaleras y de los vomitorios manteniendo el de éstos hasta que conoció que se habían producido los hechos, momento en que ordenó la apertura de la mayoría de los que estaban cerrados [...]. Por su responsabilidad, por lo tanto, en la deficiente realización del control de acceso en el evento que debía efectuarse, precisamente por quienes estaban bajo su mando directo de conformidad con lo expuesto en la presente sentencia, y de influencia decisiva en la producción del resultado, se considera por este Tribunal que la conducta de C.M.R. es también gravemente imprudente” (SAP Madrid, Penal Sec. 7ª, 21.09.2016 -Ar. 204612).

En cualquier caso, cuando se trata de la celebración de grandes eventos el problema no radica tanto en fundamentar la existencia de esos deberes secundarios como en determinar sus límites, pues en tales supuestos las funciones relacionadas con la minimización de riesgos son asumidas por un número elevado de personas, que pueden ser tanto superiores jerárquicos como meros subordinados. En tales situaciones, si bien la delimitación del alcance de las obligaciones de instrucción y supervisión puede parecer más o menos sencilla cuando se trata de controlar la actuación de personal poco cualificado, la eficacia de tales deberes secundarios puede tornarse más dudosa por la confluencia de otros factores: en primer lugar, la concurrencia de otros profesionales, que están sometidos jerárquicamente a la “máxima autoridad” en el evento pero que a su vez son responsables de la actuación de sus propios subordinados (lo que conllevaría una cadena de deberes secundarios aplicables a diferentes niveles y un posible solapamiento de responsabilidades por su incumplimiento)³⁹; en segundo lugar, puede resultar difícil delimitar el alcance de dichos deberes de diligencia secundarios cuando tampoco están claras las respectivas funciones que debe desempeñar el personal poco cualificado al que ha de instruirse y supervisarse previamente.

Ambos factores aparecen en el caso Madrid Arena: Por un lado, la SAP Madrid, Penal Sec. 7ª, 21.09.2016 (Ar. 204612) considera que el cumplimiento de esos deberes secundarios de cuidado (supervisar y vigilar, además de instruir) le era exigible no sólo al representante de la gestora del pabellón presente en el evento (al cual previamente señala como “máxima autoridad”), sino también a otros profesionales (los promotores de la macro fiesta –de la empresa D–; el socio mayoritario de la que proporcionó los controladores de acceso –empresa K.–; los coordinadores de seguridad privada presentes en el interior del recinto –empresa S.–), y la infracción de tales deberes es tomada en consideración para afirmar la responsabilidad penal de todos ellos. Por otro lado, las dificultades existentes a la hora de delimitar las respectivas funciones desempeñadas en el evento por el personal de la empresa K. (funciones respecto de las cuales debería haberse aplicado esa “diligencia secundaria” por parte de los respectivos superiores jerárquicos) quedan plasmadas en varias páginas de la Sentencia del caso Madrid Arena, que se ve obligada a utilizar diversos elementos de prueba (declaraciones de testigos sobre la apariencia y actuación de esos trabajadores durante el evento; tenor de los comunicados enviados por la organización a diversos organismos públicos sobre las medidas de seguridad aplicables; normativa reguladora del personal de seguridad privada y de los controladores de acceso –Decreto 163/2008, de 29 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid–) para dilucidar si a dicho personal le correspondía *velar por la*

expresamente SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, pp. 31 ss.

³⁹ Cuando no una pura atribución objetiva de responsabilidad al superior jerárquico, si se le reprocha el no haber impedido *cualquier actuación* del subordinado. Advierte de tal riesgo ROBLES PLANAS, *InDret*, (2), 2012, p. 14.

seguridad dentro del pabellón (como “equipo de seguridad interior”), *vigilar el aforo* (como “controladores de acceso”) o si solamente les correspondía *mantener el orden en las filas e instalaciones* (como meros “auxiliares”). La Sentencia acaba concluyendo que los trabajadores de la empresa K. no actuaban en la noche de autos como vigilantes de seguridad privada (pues la normativa aplicable impedía atribuirles tales funciones), sino como “controladores de acceso, y no auxiliares como se pretende, y debían de haber ejercido, correctamente, por ello todas aquellas funciones previstas en el referido Decreto de controladores de acceso, entre ellas el control del acceso y por lo tanto el control del aforo y del aforamiento por plantas, siguiendo las instrucciones que a tal efecto deberían haberle dado M.A.F., S.R. y M.A.M por parte de D., y C.M. como responsable de K. y por ello del personal que cumplía tal función, y, todo ello bajo la supervisión de F.D.A. en representación de M., máxima autoridad en el evento”.

2.2. Diligencia debida en la actuación del equipo sanitario: la *lex artis* y las capacidades del profesional

Existen ciertos ámbitos sociales de riesgo donde no es posible determinar legalmente los estándares objetivos de cuidado, debido a que están en continuo desarrollo científico, o bien a que existen multitud de circunstancias que pueden influir en la determinación de lo cuidadoso en cada caso concreto. Ambos factores se dan conjuntamente en la actividad médica, y han hecho desistir al legislador de la positivización de las normas generales de cuidado aplicables en ese terreno, lo que permite que en el proceso de deducción de la imprudencia en la asistencia sanitaria (también de la que se presta desde el servicio de urgencias contratado para un evento) adquieran un especial protagonismo los estándares fijados conforme a la opinión mayoritaria de los especialistas del ramo⁴⁰, junto al examen de las concretas capacidades que posee el profesional cuya actuación ha de valorarse.

En el caso Madrid Arena son especialmente significativos en este contexto dos factores que influyen de modo decisivo a la hora de valorar la actuación de los miembros del equipo sanitario contratado por la empresa promotora del evento para encargarse de las urgencias médicas que pudieran producirse en el interior del pabellón durante su celebración: por un lado, los estándares aplicables a enfermos en parada cardiorrespiratoria como consecuencia de un aplastamiento (tres de las jóvenes fallecidas a consecuencia de la avalancha humana fueron trasladadas a la enfermería, pudiendo afirmarse que al menos dos de ellas vivían aún en ese momento); por otro lado, la relevancia que debe otorgarse a la avanzada edad de los facultativos (S.V., médico responsable del equipo sanitario presente en el pabellón durante el suceso, tenía en la noche de autos 77 años; C.P., auxiliar de clínica contratado por el primero para dicho servicio, tenía esa misma noche 80 años).

a) De la *lex artis* a la *lex artis ad hoc*

La evidente utilidad que poseen los protocolos médicos (que plasman la *lex artis*⁴¹) a la hora de identificar el deber objetivo de cuidado exigible al personal facultativo en cada situación

⁴⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes*, 1999, pp. 220 s.

⁴¹ La *lex artis* puede ser definida como aquella suma de reglas generales técnicas, máximas de experiencia y conocimientos científicos que han sido aceptados y aprobados por la comunidad médica; un conjunto de saberes, en proceso permanente de evolución y cambio, que son plasmados en los correspondientes protocolos de diagnóstico y terapéutica que orientan en cada momento la labor diaria de los profesionales sanitarios, con el fin de mejorar la calidad y eficacia de la práctica de la medicina. Sobre dicho concepto y la problemática que plantea su naturaleza dinámica, véase HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, 2001, pp. 57 ss.; LA MISMA, «Responsabilidad penal por mala praxis médica. La determinación del cuidado exigible al personal sanitario», *Revista de Derecho Penal*, (1), 2002, pp. 77 ss., así como la bibliografía allí citada. Sobre el mismo tema, más recientemente, véase por

concreta, ha hecho que su consideración sea cada vez más frecuente en el proceso de deducción de la imprudencia médica ante los Tribunales, donde son objeto de análisis las directrices técnicas consideradas idóneas por los expertos en la materia (normalmente sociedades científicas de ámbito nacional o internacional, que son las que publican dichos protocolos) para la práctica correcta de la conducta enjuiciada. Ello facilita notablemente la labor a realizar por los peritos designados en la causa, además de disminuir el riesgo de parcialidad en los correspondientes dictámenes y en el propio fallo judicial.

En el caso Madrid Arena, dos protocolos sobre Reanimación Cardiopulmonar (RCP) adquirieron indudable protagonismo a la hora de determinar el cuidado que le habría sido exigible observar al equipo médico contratado por el promotor para hacerse cargo de la asistencia sanitaria durante el evento: el Protocolo RCP de la *American Heart Association* (AHA), en su versión de 2010 (que fue el seguido, según las declaraciones de los dos médicos acusados, en su intento de reanimación de las tres jóvenes con parada cardíaca que fueron llevadas a la enfermería), y el Protocolo RCP europeo, similar al anterior (que fue el que tomaron como referencia los peritos en la causa para valorar la actuación de dichos médicos durante la noche de autos). No obstante, a partir del testimonio de otros facultativos y técnicos sanitarios que también estuvieron presentes, y que destacaron la pasividad y la ineptitud que mostraron los médicos encargados de dicha enfermería, la SAP Madrid, Penal Sec. 7ª, 21.09.2016 (Ar. 204612) señala que “podría pensarse que los acusados han estudiado con posterioridad a los hechos el informe AHA del que conoce C.V. hasta el número de página en el que se expresan los datos, cómo se hace una reanimación cardiopulmonar que el mismo acusado reconoce que no había realizado nunca con anterioridad salvo en maniquís, o cómo se utiliza correctamente un desfibrilador, cuyo funcionamiento, [...] el técnico R. mantiene que tuvo que explicarle a S.V., pero el resto de la prueba practicada acredita que su actuación profesional el día de los hechos dista mucho de lo que ellos quieren expresar en sus declaraciones”.

Con todo, en cada concreta actuación médica influyen de modo decisivo todo un cúmulo de circunstancias concurrentes que deben ser tenidas en cuenta a la hora de identificar la *lex artis* aplicable y de ponderar su cumplimiento en el caso concreto, circunstancias entre las que se encuentran el estado y las concretas características del paciente al que hay que diagnosticar o intervenir, o las condiciones del medio y los recursos con los que cuenta el equipo sanitario para llevar a cabo sus funciones⁴². Esta diversidad de situaciones y circunstancias que concurren en la actividad médico-sanitaria ha generado *eo ipso* una multitud de reglas técnicas particulares en el ejercicio de la profesión, hasta el punto de que se ha mantenido que existe “para cada acto, una ley”. De ahí que un sector de la doctrina estime más adecuado hablar de *lex artis ad hoc* en este contexto, haciendo con ello referencia a un criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico, que es confeccionado teniendo en cuenta las características especiales de la profesión, la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos (tales como el estado del enfermo o de las instalaciones sanitarias) para determinar si dicho acto fue conforme o no al nivel de cuidado exigible en esa particular situación⁴³.

ejemplo, RUEDA MARTÍN, «La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa», *InDret*, (4), 2009, pp. 18 ss.

⁴² “Las condiciones concretas del medio son importantes a la hora de definir qué debe entenderse por conducta prudente, y por tanto por conducta correcta. La corrección no es un concepto abstracto, sino que al final resulta tremendamente concreto. Corrección es aquí y ahora, en este hospital, con estas posibilidades concretas, etc.”: GRACIA GUILLÉN, «Jurisprudencia y *Lex artis*», en JORGE BARREIRO/EL MISMO (dirs.), *Responsabilidad del personal sanitario*, 1995 pp. 55-56.

⁴³ Sobre el concepto de *lex artis ad hoc* y su acogida por la jurisprudencia civil, véase JORGE BARREIRO,

La Sentencia del caso Madrid Arena aplica los criterios de la *lex artis ad hoc* aún sin mencionarla expresamente, pues a la hora de valorar la actuación del servicio sanitario que estaba encargado de las urgencias en el interior del pabellón durante la macro fiesta reconoce que habría sido muy difícil para los médicos encargados del mismo aplicar el protocolo de RCP avanzada (lo que habría incluido tomar vías venosas para administrar adrenalina), ya que las tres jóvenes llegaron a la enfermería en parada cardiopulmonar de forma casi inmediata, y “de la prueba practicada se desprende que para ello harían falta al menos tres personas, una de ellas médico, por paciente, no entendiéndose que tal situación tuviera que ser previsible al organizar el servicio médico, puesto que de igual manera en un evento en que se esperaban 7000 personas hubiera sido posible que el número de paradas al mismo tiempo fuera mayor y no cabe, lógicamente pensar que debe multiplicarse por tres el personal médico en relación con el número de asistentes. Sin embargo, ante esta situación lo que sí tenían que haber hecho los acusados era realizarles a las tres jóvenes una respiración cardiopulmonar básica, lo que podían hacer dado el número de personas que eran y especialmente si hubieran mantenido la asistencia de C.F., de P.E. [vigilante de seguridad y asistente al evento que trasladaron a las víctimas a la enfermería e intentaron reanimarlas] e incluso si C.P. [el auxiliar de clínica contratado] hubiera participado en la misma. [...] Dicha RCP básica incluye, como se desprende de la prueba practicada, la aplicación del desfibrilador, y sobre todo el mantenimiento ininterrumpido del masaje cardíaco y la oxigenación durante el masaje” (SAP Madrid, Penal Sec. 7ª, 21.09.2016 -Ar. 204612).

b) Los conocimientos y capacidades particulares del sujeto: ¿Es relevante la edad del facultativo?

En cada concreto comportamiento médico puede todavía influir de modo decisivo otras circunstancias que ya no es posible prever en los estrictos contornos de un protocolo médico ni en la más matizada *lex artis ad hoc*, pues dependen de los concretos conocimientos y capacidades personales que poseyera el facultativo en el momento de realizar la conducta enjuiciada. Como se sabe, la cuestión en torno a la inclusión o exclusión de las peculiares capacidades del individuo a la hora de determinar el cuidado que le era exigible en la situación dada es objeto de un profuso debate en el que se trata de determinar la cantidad y calidad de los factores subjetivos (o ingredientes personales) que han de añadirse al estándar objetivo de cuidado para llegar al módulo de diligencia exigible al concreto individuo. A esta misma problemática se hace referencia también utilizando ciertas dicotomías, tales como “baremo general o individual de cuidado”, y más frecuentemente “deber objetivo o subjetivo de cuidado”.

La problemática en torno a los particulares conocimientos y capacidades del sujeto se plantea en el caso Madrid Arena principalmente respecto de dos cuestiones, ambas relacionadas con la relativa idoneidad del equipo de asistencia sanitaria contratado por el promotor para hacerse cargo de las urgencias que pudieran surgir en el evento. En primer lugar, como ya se ha mencionado, la avanzada edad de dos de los miembros de dicho equipo: el acusado S.V., médico jubilado que fue el responsable del equipo contratado por el promotor para atender la enfermería del pabellón durante la macro fiesta, y que tenía 77 años la noche de autos; y C.P., auxiliar sanitario de 80 años de edad que acompañó al primero esa noche (en calidad de miembro del citado equipo y en sustitución de uno de los dos diplomados en enfermería que conforme a lo acordado deberían haber asistido), pero que no fue acusado en la causa, compareciendo en la misma como testigo. En segundo lugar, y aunque la Sentencia del caso Madrid Arena no hace un examen detenido de esta cuestión, podría suscitarse asimismo dudas en torno a los particulares conocimientos y capacidades con los que contaba para asumir las funciones encomendadas la noche de

«Jurisprudencia penal y *Lex artis* médica», en EL MISMO/GRACIA GUILLÉN (dirs.), *Responsabilidad del personal sanitario*, 1995 p. 72.

autos C.V., hijo del coordinador del equipo de asistencia sanitaria, Licenciado en Medicina desde 1989 y funcionario del Ayuntamiento desde 1990, quien asistió al evento igualmente en calidad de médico del citado equipo, según su propia declaración, “para hacerle un favor a su padre”, pues le había fallado otro médico. C.V. reconoció en el juicio oral que, a pesar de haber participado en varios cursos de especialización y tener un diploma acreditativo de capacitación en RCP avanzada, “no había hecho nunca una reanimación cardiopulmonar con anterioridad a estos hechos, salvo sobre maniquís” (SAP Madrid, Penal Sec. 7ª, 21.09.2016 -Ar. 204612).

La doctrina más tradicional concibe en términos puramente objetivos el deber de cuidado como principal referente de la tipicidad de la conducta, relegando al ámbito de la culpabilidad todo lo relativo a las capacidades peculiares del autor. En este sentido se afirma que el “cuidado requerido en el tráfico” configuraría a nivel de antijuridicidad un patrón genérico de obligado cumplimiento para todos los individuos, esto es, un *deber objetivo de cuidado* determinado atendiendo a la imagen ideal de un “hombre diligente en la misma posición del autor”⁴⁴, de forma que quien produzca un resultado típico por infringir ese deber objetivo habrá actuado de modo antijurídico, aunque por su incapacidad individual quizá no resulte culpable; en cambio, si el sujeto podía advertir su propia incapacidad, su comportamiento entonces será imprudente tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, por el mero hecho de haber actuado (provocación culpable por emprendimiento o asunción). No obstante, esta teoría reconoce cierta virtualidad a las características personales del autor a la hora de configurar el deber objetivo de cuidado en determinados ámbitos, siempre que éstos sean susceptibles de abstracción y generalización; desde esta perspectiva, los deberes de cuidado se diferenciarían según las profesiones, actividades sociales y situaciones concretas, pero no según la persona del obligado, de forma que la actuación de quien no emplea aptitudes extraordinarias o sobresalientes no subsumibles en un grupo profesional que sirva de referencia comparativa, sería atípica si cumple el deber objetivo de cuidado susceptible de normativización⁴⁵.

Conforme a esta teoría, en el caso Madrid Arena probablemente se debería haber concluido que la edad del médico responsable del equipo sanitario constituye un factor irrelevante a la hora de configurar, a nivel de injusto, el patrón genérico (objetivo) de cuidado a partir del cual valorar su actuación la noche de autos, toda vez que, de acuerdo con el comunicado emitido al efecto por el Colegio Oficial de Médicos competente, lo que habilitaba al acusado como médico era exclusivamente la titulación y la colegiación, y dado que el mismo reunía ambas condiciones al momento de producirse los hechos, podía válidamente ejercer como tal, a pesar de hallarse ya en ese momento jubilado y tener 77 años.

Frente a lo anterior, otro sector doctrinal entiende que el ordenamiento exige más a quien más puede (esto es, a quien tiene una capacidad de rendimiento superior a la de la media), de modo que si causa un resultado por no emplear sus especiales aptitudes podrá ser castigado por imprudencia, pese a que esa misma conducta se juzgaría adecuada en una persona normalmente capacitada. Por el contrario, quien está por debajo de la capacidad de rendimiento marcada por el baremo objetivo de cuidado, y a consecuencia de ello produce un resultado típico, no actuaría antijurídicamente, pese a que un ciudadano medio sería castigado por imprudencia en caso de

⁴⁴ Así por ejemplo, JESCHECK, *PG*, 1981, p. 798. Al respecto, véase también SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *JA*, 1975, pp. 512 ss.; HIRSCH, «Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II)», *ZStW*, (94), 1982, pp. 266 ss.; EL MISMO, «Sobre lo injusto del delito imprudente», *RDPC*, (16), 2005, p. 222.

⁴⁵ SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, p. 514; HIRSCH, *ZStW*, (94), 1982, p. 273. También JESCHECK, *PG*, 1981, pp. 777 ss.

realizar idéntica conducta; ahora bien, si las capacidades del sujeto eran no obstante suficientes para advertir su propia incapacidad, su provocación culpable por emprendimiento o asunción conduciría asimismo, según esta concepción, a la punición por imprudencia⁴⁶.

De acuerdo con esta concepción, la avanzada edad del médico responsable del servicio de asistencia sanitaria del Madrid Arena podría haber sido tenida en cuenta en caso de que dicha edad afectara efectivamente a sus capacidades como médico y tal afectación hubiera sido advertida por el propio sujeto, dando lugar con ello al desvalor de acción propio de una imprudencia por asunción o emprendimiento.

También debe mencionarse una tercera concepción que puede denominarse “mixta”, conforme a la cual las capacidades inferiores a la media no excluirían el tipo ni la antijuridicidad, sino sólo la culpabilidad, mientras que las capacidades superiores deberían tenerse en cuenta ya en sede de injusto; de este modo, se trataría de generalizar hacia “abajo” e individualizar hacia “arriba”, pues la norma se dirige a todos, y su inobservancia se materializaría, en el caso del individuo medio, en el momento en que realiza un comportamiento positivo descuidado y, en el caso de quien tiene capacidades inferiores, en el momento en que no omite la realización de dicho comportamiento (culpa por emprendimiento o asunción). El hecho de si el sujeto podía o no evitar en la situación concreta su infracción de la norma estaría relacionada con la culpabilidad (cuestión constatable *ex post*), pero la infracción de la norma como tal no se eliminaría por la deficiencia de rendimiento⁴⁷.

En mi opinión, la cuestión relativa a las especiales características del individuo posee trascendencia no ya para determinar en qué instante se infringe el genérico deber de cuidado exigible al sujeto activo, sino *de qué modo éste lo puede infringir*, lo que obliga previamente a identificar *qué concreta pauta de cuidado regía su conducta*⁴⁸, atendiendo al *rol* que cumplía el autor en ese momento⁴⁹ y teniendo en cuenta tanto sus conocimientos como capacidades particulares⁵⁰.

⁴⁶ STRATENWERTH, *PG I*, 2005, p. 421. A conclusiones similares, aunque partiendo de presupuestos sistemáticos distintos, llega JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, p. 69.

⁴⁷ ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 24/53 ss.; en este sentido también KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, 1989, p. 85. Por su parte, MIR PUIG «Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal», *ADPCP*, (47), 1994, p. 18, ofrece la siguiente fundamentación del trato diferenciador de los conocimientos o facultades inferiores y de los superiores: “Hay por de pronto una razón derivada del orden cronológico en que hay que analizar los elementos objetivos y subjetivos del delito: la negación de la antijuridicidad objetiva implica necesariamente la imposibilidad de imputarla al sujeto, por lo que, si se negase aquélla desconociendo los conocimientos o facultades superiores del sujeto, ya no podría afirmarse la presencia de delito. Y, sin embargo, esta conclusión no parece razonable cuando el sujeto dispone de conocimientos especiales que le permiten saber que producirá la lesión típica – como en el ejemplo del que conoce la presencia de la bomba en el avión –, o posee facultades sobresalientes mediante las cuales puede hacer menos peligrosa su actuación – como en el caso del cirujano excepcional capaz de utilizar una técnica que la mayoría de los médicos no puede usar –. El problema no se plantea cuando los conocimientos o facultades del sujeto son inferiores. Aunque se empiece por afirmar la imputación objetiva o la imprudencia objetiva, la inferioridad de conocimientos o facultades se podrá tener en cuenta más adelante, al examinar la imputación subjetiva”. Véase también MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 303.

⁴⁸ En el mismo sentido, pero utilizando una terminología probablemente más confusa, HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, 2001, p. 71.

⁴⁹ Se hace referencia al *rol* que cumple el individuo como indicador normativo de los conocimientos y capacidades específicos que éste posee, pero no como un criterio objetivo rígido, determinante de la tipicidad o atipicidad del comportamiento. Ésta parece ser en cambio la posición de JAKOBS, «Tätervorstellung und objektive Zurechnung», en DORNSEIFER *et. al.* (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 271 ss.

⁵⁰ Que sean tenidos en cuenta los conocimientos y capacidades particulares del sujeto a la hora de determinar la pauta de cuidado que le era exigible observar no significa abandonar el terreno de lo objetivo; en este contexto,

Ya se ha apuntado que el tipo de injusto del delito imprudente se caracteriza fundamentalmente por incluir un particular elemento, la infracción típica del cuidado exigible, cuyo concreto contenido debe determinarse en cada caso; pues bien, el sentido común parece indicar que en la realización de tal labor primero debe identificarse la pauta de cuidado aplicable a la situación para, a continuación, entrar a dilucidar si fue infringida por el sujeto obligado a cumplirla.

De esta forma, el comportamiento del médico con capacidades normales que debe atender el servicio sanitario de un gran evento, cuya duración está prevista desde el comienzo de la noche hasta altas horas de la madrugada, y al que se sabe que acudirán miles de jóvenes (muchos de los cuales, con toda probabilidad, tras ingerir una cantidad de bebidas alcohólicas considerable), debe guiarse por las pautas prefijadas en el terreno profesional al menos para las situaciones que más frecuentemente se pueden producir en tal contexto (entre ellas, las intoxicaciones por excesivo consumo de alcohol o de otras sustancias, supuestos en los que también puede resultar necesario realizar maniobras de RCP, pues no en pocos casos el paciente intoxicado llega al servicio sanitario en parada cardiorrespiratoria). En cambio, en esa misma situación, la conducta del médico que carece, por su inexperiencia, de las habilidades específicas requeridas o, por su edad, de las capacidades físicas necesarias para afrontar tales situaciones de emergencia, habrá de regirse por otra regla de precaución mucho más simple: la que obliga a no intervenir como garantes en un determinado ámbito de riesgo cuando no se tiene la preparación o aptitudes adecuadas para ello.

En este sentido, y en contra de lo mantenido en el certificado médico aportado a la causa del Madrid Arena por la defensa de S.V. (en el que se señala que éste se encontraba “en perfectas condiciones físicas y psíquicas para desarrollar su labor profesional de médico experto en el diagnóstico y tratamiento de emergencias, [...] siendo capaz de permanecer con presencia física a cargo de la dirección de este equipo asistencial durante el período prolongado de varias horas que fuese necesario así como realizar personalmente las maniobras precisas de resucitación cardiopulmonar avanzada si así se requiriese”), los peritos designados judicialmente manifestaron tanto en su informe como en la vista oral que la edad de S.V. habría resultado relevante como dificultad a la hora de realizar una maniobra de RCP durante un tiempo prolongado, conclusión que comparte el Tribunal, señalando además “lo contradictorio que resulta ese certificado médico con el que se haya pretendido por la defensa de S.V. que el mismo no compareciera al acto del juicio por su avanzada edad. Es cierto que han pasado tres años desde que se emite el certificado médico expuesto hasta que se celebra el juicio oral, pero también lo es que la diferencia de actividad es evidente puesto que en marzo de 2013 se certifica que puede, con 77 años asumir el control y la coordinación de su equipo asistencial sanitario organizado para emergencias, [...] y en el juicio, sin justificación de ningún agravamiento concreto por razón de una enfermedad, se pretende que no puede permanecer en el acto del juicio oral sentado [...]. En todo caso durante el acto del juicio se ha advertido por la Sala que efectiva, y lógicamente, *el acusado tiene las afecciones propias de su avanzada edad, siendo evidente que, tres años antes, ello también incidiría en su función de responsable del servicio sanitario de un evento como el que se celebraba el día en que se produjeron los hechos enjuiciados, y que esta circunstancia debería haber sido tenida en cuenta tanto por M.A.F. que le contrataba, como por el propio S.V. que, por su larga experiencia debería*

“‘objetivo’ significa concreción de la norma conforme a los patrones generales de un sujeto en un determinado papel social [...] un dato subjetivo como el conocimiento de determinado hecho puede incluirse en el tipo objetivo sin que se destruyan las barreras entre tipo objetivo y subjetivo: pues la valoración en la que es introducida ese dato es distinta de la que procede realizar en el tipo subjetivo” (CANCIO MELIÁ, «Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva», en BOLAÑOS GONZÁLEZ (comp.), *Imputación objetiva*, 2005, p. 223). En sentido similar, sobre los conocimientos especiales y su valoración respecto del riesgo permitido, FRISCH, en EL MISMO/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, 2004, pp. 55 s.

haber valorado las muy diferentes situaciones que se podían producir en este tipo de actos” (SAP Madrid, Penal Sec. 7ª, 21.09.2016 -Ar. 204612).

3. Causalidad e imputación objetiva

Aunque nuestro ordenamiento penal castiga también otras formas de imprudencia⁵¹, los comportamientos descuidados que con más frecuencia se enjuician a propósito de tragedias ocurridas en grandes eventos requieren, para ser penados como culposos, la producción de resultados lesivos expresamente tipificados por el legislador (normalmente muerte o lesiones). Pero es obvio que no basta con que uno o varios descuidos *causen* ese resultado lesivo típico, en el sentido puramente ontológico o “naturalístico” de la expresión⁵²; de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia actualmente mayoritarias, será preciso además que dicho resultado sea objetivamente imputable al comportamiento descuidado realizado. Ello no significa que se haya prescindido completamente de la constatación del nexo causal entre resultado producido y actuación emprendida. Antes al contrario, la prueba de la causalidad se concibe ahora como un requisito imprescindible, aunque no suficiente, para afirmar la existencia al menos de una imprudencia activa. En este sentido, aún goza del refrendo de la mayoría de la doctrina y jurisprudencia la teoría de la *conditio sine qua non* (aunque reformulada de acuerdo con las aportaciones más modernas), en cuya virtud un comportamiento será causa de un resultado cuando aquél se halle vinculado con éste a través de una serie de modificaciones explicables conforme a las leyes empíricas o científicas⁵³.

La Sentencia del caso Madrid Arena descarta la relevancia de determinados hechos, que en hipótesis podrían haberse debido a comportamientos descuidados, precisamente por la ausencia de nexo causal con los resultados producidos. De este modo, se niega que haya tenido incidencia en la tragedia la situación administrativa, un tanto irregular, del pabellón (que funcionaba sin licencia), así como las deficiencias de seguridad observadas en relación con el plan de autoprotección y evacuación del Madrid Arena, que había sido aprobado en 2005 pero que todavía no se había puesto en funcionamiento (pues no hubo una “emergencia” calificada como tal en dicho plan la noche de autos). También se rechaza la relevancia causal de la precariedad del dispositivo policial previsto para el evento (“muy inferior al que se realizaba en otras ocasiones para supuestos semejantes”, según señala la misma Sentencia) y su escaso control del botellón que protagonizaron gran cantidad de jóvenes en las inmediaciones del recinto pues, a juicio del Tribunal, ello “no tuvo incidencia en la producción del lamentable resultado puesto que si se les hubiera impedido estar allí habrían buscado otro sitio en el que permanecer hasta que S.A. [la estrella del concierto] iniciara su actuación, o habrían entrado al principio pero en todo caso habrían accedido al pabellón, produciéndose igualmente el sobreaforo, puesto que todos los que lo hicieron tenían entrada”. Finalmente, se señala asimismo que las negligencias observadas en el acceso respecto de la edad de los concurrentes y

⁵¹ En algunas ocasiones nuestro Código Penal castiga la mera puesta en peligro de determinados bienes jurídicos cuando se realiza por imprudencia grave. Así por ejemplo, el artículo 317 CP (omisión de medidas de seguridad en el trabajo que genera un peligro concreto para la vida, salud o integridad física de los trabajadores). Al respecto, véase por ejemplo TERRADILLOS BASOCO, «Delitos contra la seguridad en el trabajo. Cuestiones concursales: calificación de la imprudencia», *Revista de Derecho Social*, (3), 1998, pp. 174 ss.

⁵² Sobre los hitos históricos de las teorías causales, véase por ejemplo DE LA CUESTA AGUADO, *Tipicidad e imputación objetiva*, 1996, pp. 110 ss.; LA MISMA, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, 2ª ed., 1999, pp. 11 ss.

⁵³ Al respecto véase por ejemplo FEIJOO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes*, 1999, pp. 32 s.; el autor incluye amplias referencias sobre la doctrina favorable a esta concepción de la causalidad en nota 20. En general, sobre las críticas que pueden realizarse a las teorías causales (incluida la de la *conditio sine qua non*), véase la original aportación de PUPPE, «Causalidad», *ADPCP*, (45), 1992, pp. 681 ss.

la requisita no tuvieron mayor influencia en el resultado producido “que el que denota el escaso control en la entrada de los asistentes, poniendo en peligro la seguridad de los mismos puesto que, como luego se comprobó, se introdujeron petardos o bengalas” (SAP Madrid, Penal Sec. 7ª, 21.09.2016 -Ar. 204612).

Una vez comprobada la existencia de nexo causal entre conducta realizada y resultado producido, el siguiente paso a dar en el proceso deductivo parece evidente: habrá de entrarse a dilucidar si además se cumplen los criterios señalados por la teoría de la imputación objetiva para afirmar la tipicidad del comportamiento: incremento del riesgo, fin de protección de la norma y realización del riesgo en el resultado. No obstante, el hecho de que se analicen en el marco de la imputación objetiva del resultado aspectos propios de la conducta del sujeto abre la posibilidad de que, en algunos casos especialmente problemáticos (y sin duda los que suscita la organización de grandes eventos lo son), se invierta erróneamente el proceso deductivo de la imprudencia. Pues si bien es cierto que, en términos temporales, el desvalor de acción precede siempre al desvalor de resultado, las características estructurales del ilícito culposo pueden crear la tentación en el juzgador de trazar el camino contrario a la hora de calificar el comportamiento analizado.

En efecto, el Código Penal castiga la actuación imprudente sólo cuando provoca la lesión de determinados bienes jurídicos, y ello puede llevar al error de constatar, en primer lugar, si se ha producido uno de los resultados típicos descritos para, posteriormente y a partir de este dato, dilucidar si alguna de las acciones y/u omisiones realizadas en relación con el bien jurídico afectado sobrepasó el riesgo permitido hasta el punto de dañarlo. El peligro que genera tal proceso deductivo es evidente: fácilmente se puede caer en la trampa de dotar de contenido a los supuestos deberes de cuidado infringidos en función del concreto resultado que se haya producido; deduciendo, erróneamente, el desvalor de acción a partir de la constatación del desvalor de resultado⁵⁴.

En ese error incurrió la Sentencia de casación del “caso Cromañón” (Sentencia de la Sala 3ª de la Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina, 20.04.2011 –causa N° 11684) cuando enjuició a los tres funcionarios acusados por el incendio de la sala de conciertos: a partir de la constatación de un desgraciadísimo resultado (cientos de muertos y miles de heridos), construye el deber de cuidado cuya infracción les reprocha prescindiendo por completo de las normas jurídicas vigentes, reglamentaciones técnicas o incluso de la *lex artis* que pudiera imperar en su actividad profesional. En este contexto, la cuestión clave que se plantean los juzgadores es la siguiente: ¿Qué podrían haber hecho esos encargados de la unidad de inspección para evitar el desastroso resultado de la noche del 30 de diciembre de 2004? Y de la respuesta a este interrogante deducen el deber de cuidado supuestamente infringido: inspeccionar absolutamente todos los locales de baile y clausurar aquéllos que infringieran las normas de seguridad. Como se puede comprobar, con ello el proceso de deducción de la imprudencia se ha invertido: ya no se indaga si conforme a las “normas del tráfico” imperantes en la actividad inspectora lo adecuado era ordenar la inspección *in situ* de una muestra suficientemente representativa de locales (cosa que sí hicieron los acusados), sino que se afirma que su deber era inspeccionarlos todos, pues sólo de ese modo *se podría haber evitado* el fatal desenlace. De esta forma se desdibujan los límites entre lo que “debe” y “puede”

⁵⁴ En sentido similar ROBLES PLANAS, *InDret*, (3), 2006, p. 5 y nota 6: “Toda responsabilidad por el resultado que no pueda reconducirse al quebrantamiento de una norma de conducta previamente dispuesta a tal fin y cuya infracción convierte a la conducta del sujeto en injusta es una atribución de responsabilidad inadmisibile [...] sólo una vez afirmada la desvaloración normativa de la conducta, las consecuencias de esa conducta se convierten en injustas y pueden así ser tenidas en cuenta para la graduación (y relevancia penal en los delitos imprudentes) del injusto”.

hacerse, pues si se hubiera inspeccionado Cromañón y el incendio se hubiera producido, igualmente podría haberse afirmado que la actividad de inspección no se realizó conforme a la “diligencia debida” y que por consiguiente el resultado era imputable tanto a los funcionarios que la llevaron a cabo como a sus superiores, por no controlar suficientemente la actuación de sus subordinados⁵⁵. En cambio, la Sentencia del caso Madrid Arena mantiene un hilo coherente en el análisis del comportamiento llevado a cabo la noche de autos por uno de los acusados, E.M.P., Jefe de la policía municipal, al cual absuelve: “En cuanto a si la Policía Municipal podía haber advertido el sobreaforo y la asistencia de menores al evento, y tenía que evitarlo de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, [...] es evidente que no cabe pensar ahora, tras lo sucedido, que debía haberse realizado una inspección ordinaria en el pabellón esa noche porque estos servicios se planifican debidamente y ni hubo tiempo, ni había razón para ello” (SAP Madrid, Penal Sec. 7ª, 21.09.2016 (Ar. 204612)).

Aun descartando el riesgo anterior, el proceso deductivo de la imprudencia a seguir en el enjuiciamiento de sucesos trágicos ocurridos con motivo de la celebración de grandes eventos puede encontrarse con varios escollos que son ilustrativos, precisamente, de buena parte de las situaciones problemáticas que ha identificado la doctrina en el plano de la causalidad y la imputación objetiva: en primer lugar, es posible que un mismo sujeto haya realizado varios comportamientos, activos y omisivos, con influencia en el resultado típico (lo que obligaría a determinar cómo debe ser calificada su conducta –como acción o como omisión–); en segundo lugar, en tales casos suelen concurrir comportamientos imprudentes de varios sujetos, pudiendo entonces producirse supuestos de causalidad cumulativa (si los diferentes descuidos, por sí solos, habrían sido insuficientes para provocar la tragedia) o de causalidad alternativa (si cada uno de los descuidos, aisladamente considerados, hubiera bastado para producirla); finalmente, también puede resultar problemático decidir a qué comportamiento imprudente debe imputarse el resultado, cuando se han producido varios de forma sucesiva.

3.1. Concurrencia de varias acciones y omisiones descuidadas de un solo sujeto

En las imprudencias cometidas por los promotores y organizadores de un evento es relativamente frecuente que concurran en el comportamiento de un mismo individuo tanto acciones *causantes* del resultado como omisiones no impeditivas del mismo. No obstante, los problemas de causalidad y de imputación objetiva que plantean dichas modalidades de conducta son distintos: mientras que en el comportamiento activo imprudente se requiere que haya causado científicamente el resultado (además del cumplimiento añadido de los criterios de la teoría de la imputación objetiva), en la omisión, sin embargo, operan otros presupuestos de la responsabilidad (de acuerdo con la doctrina mayoritaria, será necesario que el omitente se encontrara en posición de garante y que la acción omitida, con una probabilidad rayana en la certeza, hubiera evitado el resultado o que, al menos, hubiera reducido considerablemente el riesgo de lesión)⁵⁶.

En el caso Madrid Arena (SAP Madrid, Penal Sec. 7ª, 21.09.2016 -Ar. 204612) se plantea esta situación en el enjuiciamiento de varios acusados. Así por ejemplo, se atribuye a M.A.F., presidente y administrador de

⁵⁵ HAVA GARCÍA, *Revista de Derecho Penal*, (2), 2011, pp. 507 s.; LA MISMA, *El tipo de injusto del delito imprudente*, 2013, pp. 125 s.

⁵⁶ GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, (47), 1994, pp. 15 s.

hecho de la empresa D. (promotora del evento) el haber vendido un número de entradas muy superior al aforo máximo permitido (acción), no controlar el aforo diferenciado por plantas (omisión), añadir al montaje elementos que entorpecían el tránsito de los asistentes por el pabellón (acción), dar instrucciones al personal de la empresa K. que también perjudicaban dicho tránsito (acción), no dárselas para regular el flujo de asistentes en cada una de las plantas (omisión) y modificar el lugar de acceso de los asistentes fijado en los planos, utilizando para ello portones que debían haberse usado como salidas de emergencia (acción). A otro de los acusados, representante de la empresa M. (gestora del pabellón), se le atribuye entre otras cosas consentir las diferencias de montaje en relación con los planos, pese a su obligación de supervisar (omisión), no adoptar medidas para evitar el sobreaforo (omisión) y colaborar, “activa y necesariamente, para que el público, en un número muy excesivo como pudo apreciar desde donde estaba, accediera en lugar de por cota 11 como estaba previsto, por el portón de cota 0 que F.D.A. sabía que estaba considerado puerta de emergencia” (acción).

¿A cuál de los comportamientos (activos u omisivos) del sujeto debe imputarse objetivamente (en todo o en parte) el resultado? La cuestión no es baladí porque, como se ha señalado, aparte de la distinta problemática causal y de imputación objetiva que plantean ambos tipos de conducta, si se afirma que el resultado fue producido por una omisión del autor, deberá previamente constatarse que dicho sujeto se encontraba en una posición de garante con respecto al foco de riesgo que, debido a su omisión, se elevó por encima de lo permitido⁵⁷. La solución de estos casos parece requerir analizar el orden temporal en que se han dado las respectivas acciones y omisiones.

De este modo, si en el comportamiento del sujeto aparece primero una acción causante del resultado, capaz por sí sola de incrementar el riesgo por encima de lo tolerable, en general bastará con la constatación de esa primera acción para imputar el resultado a su autor, sin que parezcan precisas consideraciones ulteriores sobre la posterior infracción de sus deberes de garante.

Conforme a lo anterior, la conducta de M.A.F. (promotor) debería considerarse un delito de acción, pues el hecho de que decidiera vender entradas en un número muy superior al del aforo máximo permitido dentro del pabellón Madrid Arena ya supuso una infracción de la pauta de cuidado a él exigible en la situación determinada (la organización de un evento de las características del celebrado), que incrementó el riesgo por encima de lo tolerable y causó sin duda el resultado lesivo, en la medida en que el sobreaforo fue una de las condiciones necesarias para que se produjera la avalancha humana, y sin duda ese riesgo se materializó en el resultado trágico. En este contexto, sus posteriores acciones y omisiones descuidadas (no controlar el aforo por plantas, ordenar el montaje de elementos entorpecedores del tránsito, habilitar como entradas al recinto vías de evacuación, etc.) no hacen sino intensificar el grado de descuido (imprudencia) que es posible constatar en su caso.

¿Quiere ello decir que debe calificarse de distinto modo aquellos comportamientos que comienzan siendo omisiones y posteriormente se materializan en acciones? La lógica indica lo contrario. En efecto, aun prescindiendo del criterio temporal, la misma solución parece adecuada cuando se trata de un comportamiento que comienza siendo una omisión negligente y

⁵⁷ En relación a este tema, entiende posible SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, 1999, p. 33, diferenciar en la comisión por omisión distintas formas de participación: “autor en comisión por omisión será, en principio, sólo aquél en cuya esfera de competencia se hallaba la *evitación* directa del hecho (...) (en el caso de cosas peligrosas, quien ostentara el control inmediato sobre las mismas). Serán partícipes en comisión por omisión, en cambio, todos aquellos otros superiores (mediatos) en cuya esfera de competencia se hallaba la posibilidad de *instar* a la evitación del hecho”. Sobre los supuestos omisivos en general, véase también, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986.

posteriormente se concreta en una acción también descuidada, que es finalmente la que *causa* el resultado (siempre desde un punto de vista naturalístico), pues ambas infracciones se subsumen en un único desvalor de comportamiento complejo (omisivo-activo), realizado por un único sujeto, y en esa medida nada obsta para calificarlo como un delito de acción imprudente.

De este modo debe considerarse por tanto la conducta del acusado F.D.A., quien a pesar de estar obligado a supervisar el montaje del evento en el Madrid Arena y las medidas adoptadas para controlar el aforo máximo, no llevó a cabo tal tarea (omisión del cuidado exigible en tanto que garante), y sabiendo que dicho aforo se había excedido ampliamente colaboró después de forma activa para intensificar aún más la masificación en el interior del recinto. En su caso, el resultado trágico (avalancha humana que causa varios muertos y lesionados) puede imputarse tanto a la infracción positiva (abrir las puertas de evacuación para que entre un número mayor de personas a un lugar ya de por sí colapsado) como a la omisión del cuidado previa (no haber supervisado la adopción de las medidas necesarias para evitar el sobreaforo).

3.2. Concurrencia de comportamientos imprudentes de varios sujetos

Es ya tradicional en la doctrina que se ha ocupado de la imputación del resultado el estudio de ciertas situaciones complejas que son difíciles de resolver con la sola ayuda de los postulados procedentes de las teorías causales⁵⁸, y también algunas de esas situaciones pueden darse cuando se trata de analizar sucesos trágicos ocurridos durante la celebración de grandes eventos, en los que frecuentemente concurre una pluralidad de comportamientos descuidados de varios sujetos intervinientes. En concreto, puede suscitarse la duda sobre si tales casos deben calificarse como supuestos de causalidad *cumulativa* (cada uno de los descuidos, aisladamente considerados, habría sido insuficiente por sí solo para provocar la tragedia, produciéndose ésta por la concurrencia de todos) o de causalidad *alternativa* (los descuidos se produjeron simultáneamente, pero habría bastado uno de ellos para causar el resultado)⁵⁹.

La respuesta a la cuestión anterior deviene decisiva en el proceso de deducción, pues si se concluye que estamos en presencia de un supuesto de causalidad *cumulativa* en principio sólo podrá imputarse a cada uno de los intervinientes *parte del riesgo* que desembocó en el resultado, a no ser que se entienda que la aportación de cada sujeto se realizó de común acuerdo (lo que permitiría afirmar una relación de coautoría o participación entre todos ellos, y en consecuencia imputarles el riesgo total⁶⁰). En cambio, si se trata de un supuesto de causalidad *alternativa*,

⁵⁸ Puede verse un resumen de todas esas situaciones complejas en CORCOY BIDASOLO, «Eficacia de la imputación “objetiva”. Su aplicación a la solución de casos tradicionales y actuales», *Themis*, (68), 2016, pp. 14 ss.

⁵⁹ Habla de causalidad *cumulativa* y *alternativa* en el mismo sentido GIMBERNAT ORDEIG, «¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones? (Responsabilidad por el producto, accesoriedad administrativa del Derecho penal y decisiones colegiadas)», *ADPCP*, (52), 1999, pp. 63 s., nota 29. Por su parte, CORCOY BIDASOLO, *Themis*, (68), 2016, p. 15, califica en cambio ambos supuestos como de causalidad *cumulativa*. Es cierto que también en el segundo grupo de casos concurren (“se acumulan”) dos o más procesos causales, pero creo que la distinción entre ambos supuestos es más clara si a estos últimos se les identifica como de “causalidad *alternativa*”, dado que en ellos cualquier comportamiento habría causado igualmente el resultado.

⁶⁰ En este sentido, precisamente en relación a los casos “Cromañón” y “Madrid Arena”, CORCOY BIDASOLO, *Themis*, (68), 2016, p. 29. Aunque en otro contexto, realiza un planteamiento muy sugerente de la cuestión ROBLES PLANAS, *InDret*, (2), 2012, p. 4, a propósito del concepto de intervención, el cual sólo adquiere sentido cuando “varios sujetos actúan u omiten *coordinadamente* en un mismo hecho”, sin que por ello resulte ya preciso un “pacto de intervención”.

normalmente la imputación del resultado no será tan problemática, pues la pluralidad de comportamientos habrá modificado (incidido) de algún modo en el suceso trágico, ya sea adelantándolo al suponer una mayor intensidad del ataque (riesgo), ya cambiando la forma concreta de su aparición, de modo que en la mayoría de las situaciones podrá afirmarse que todas las acciones *causaron* ese concreto resultado⁶¹.

En casos como el de Madrid Arena, en el que confluyen un cúmulo de acciones y omisiones de varios sujetos que desempeñaban la noche de autos diferentes roles en relación con la organización del evento, puede resultar difícil dilucidar no sólo si se trata de un supuesto de causalidad alternativa o cumulativa, sino también si existe o no un nexo entre las voluntades de los diferentes intervinientes, una especie de “acuerdo previo” que posibilite imputar el resultado a todos ellos. La Sentencia que ha enjuiciado el caso parece decantarse por la primera opción, al menos respecto de los cinco condenados por delitos de homicidio y lesiones por imprudencia grave (los tres directivos de la empresa promotora, el representante en el evento de la empresa gestora y el socio mayoritario de la empresa de controladores de acceso). De este modo, si bien afirma que el presidente y administrador de la promotora “es el principal responsable de lo sucedido”, estima que “las acciones y omisiones descritas de las que se considera responsable a M.A.F. exigieron la *participación* de S.R., M.A.M., C.M. y F.D.A., los que por tanto son igualmente autores”. Con dicha calificación la Sentencia da a entender que existía una especie de acuerdo previo entre todos estos acusados (S.R. era la “mano derecha” de M.A.F.; M.A.M. “colaboró activamente” con los dos anteriores; C.M. “conocía las funciones que M.A.F. quería que los trabajadores desempeñaran [...] y estaba en el evento controlando que, efectivamente lo hicieran así”; F.D.A. “mantuvo una conducta de favorecimiento de los intereses de M.A.F. en lugar de controlar que por el mismo se cumpliera lo contractualmente acordado [...] admitiendo y colaborando activamente en actuaciones para facilitar el acceso del muy excesivo número de asistentes al evento” - SAP Madrid, Penal Sec. 7ª, 21.09.2016, Ar. 20461). Y es ese acuerdo previo o concurrencia de voluntades precisamente la que le permite imputarles todos los resultados de muerte y lesiones en concepto de autores, si bien imponiéndoles diferentes penas (atendiendo, precisamente, a la diferente aportación al hecho de cada interviniente⁶²). Pero quizá resulta algo contradictorio graduar el injusto personal de cada interviniente en función de su respectiva aportación (para imponerles penas de diversas gravedad) y al mismo tiempo afirmar que todos ellos son *autores* (o más exactamente coautores, aunque la Sentencia no los denomine así, ya que como se ha mencionado parece partir de un acuerdo previo –o coordinación– entre ellos). Dado que efectivamente la aportación de cada uno de ellos fue de diferente intensidad, la Sentencia del caso Madrid Arena debería haber dado un paso más y calificar como autoría la intervención solo de algunos (desde luego la de M.A.F., y quizá también la de F.D.A.), reservando la calificación de partícipes para aquellos cuya aportación fue menos relevante⁶³.

⁶¹ MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, pp. 252 s. En el supuesto teórico de una verdadera situación de causalidad alternativa, sería necesario modificar la fórmula de la *conditio sine qua non* del siguiente modo: cuando varios factores pueden suprimirse mentalmente en forma alternativa, pero no acumulativa, sin que resulte afectado el resultado, todos ellos son causa del mismo (en el mismo sentido por ejemplo CEREZO MIR, *PG II*, 6ª ed., 2004, p. 55).

⁶² Lo que parece dar la razón a ROBLES PLANAS, *InDret*, (2), 2012, p. 5, cuando afirma que “la graduación del injusto de los intervinientes depende de la magnitud de los actos de organización de cada uno para la concreta realización típica”.

⁶³ A estas alturas, la posibilidad de apreciar participación imprudente en un delito imprudente ya debería parecer clara (SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, p. 107), sobre todo cuando se trata de conductas de complicidad, que han de merecer en todo caso una pena inferior a la del autor imprudente. Especialmente ilustrativo en este sentido resulta ROBLES PLANAS, «Participación en el delito e imprudencia», *RDPC*, (6), 2000, pp. 240 ss.

Distintos de los anteriores son los casos de causalidad *sucesiva* (o cursos causales irregulares⁶⁴), situaciones que también han sido analizadas por la doctrina como supuestos problemáticos en el plano de la causalidad y que asimismo pueden plantearse con ocasión del proceso deductivo de la imprudencia en la organización de grandes eventos. En efecto, la confluencia en tales supuestos de varias infracciones del cuidado exigible hace que resulte difícil, si no imposible, dilucidar si el concreto comportamiento de cada sujeto fue el que elevó el riesgo permitido a prohibido, o si simplemente intensificó un peligro que ya había devenido ilícito por el comportamiento previo de otro, de modo que pueden generarse dudas a la hora de determinar si el resultado es imputable al comportamiento del primer sujeto (aquel que convirtió el riesgo permitido en prohibido), a la contribución del segundo (aquel que lo intensificó), o a ambos. Este grupo de supuestos suelen ser analizados desde la óptica del tercer nivel de imputación objetiva, de acuerdo con el cual deberá negarse la imputación objetiva si se demuestra que el resultado no constituyó *realización del riesgo* creado por la conducta descuidada, pero no en caso contrario.

Ello se plantea en el caso Madrid Arena a raíz del análisis del comportamiento del equipo sanitario, que fue posterior a la producción de la “avalancha humana”. Como puede comprobarse, constituye éste un supuesto en el que se provocan lesiones imprudentes potencialmente letales (a consecuencia del aplastamiento sufrido por las víctimas en la avalancha humana) sin que sea posible determinar hasta qué punto el posterior comportamiento imprudente del equipo sanitario realizó (o contribuyó a realizar) el riesgo en el resultado.

Cuando el curso irregular está conformado por dos acciones imprudentes, sucesivas pero ambas causales del resultado (acción inicial imprudente del autor primario que causa lesiones gravísimas, las cuales finalmente conducen a la muerte por la posterior actuación imprudente de un tercero), la solución puede parecer más o menos sencilla, al menos cuando se analiza la responsabilidad del autor primario: las diferentes posiciones doctrinales proponen excluir en su caso la imputación objetiva del resultado final atendiendo a una característica de la conducta antijurídica del autor secundario (si ha consistido en una acción⁶⁵, en una imprudencia grave⁶⁶, o si ha introducido un nuevo riesgo⁶⁷) que sería la que, en definitiva, impediría afirmar que la conducta inicial realizó el riesgo en el resultado.

Más compleja parece la calificación que ha de merecer el comportamiento descuidado del autor secundario, especialmente cuando ese comportamiento ha sido omisivo. Intentar constatar en estos supuestos la existencia de una relación de causalidad con el resultado constituye una tarea condenada al fracaso, porque es evidente que una mera omisión, al menos en términos naturalísticos, no puede *causar* un resultado. Se habla por ello de cursos causales hipotéticos, en

⁶⁴ Sobre el tema, ampliamente, GIMBERNAT ORDEIG, «Cursos causales irregulares e imputación objetiva», *ADPCP*, (63), 2010, pp. 17 ss.

⁶⁵ En cambio, la omisión antijurídica del autor secundario no impediría la imputación objetiva del resultado al autor primario. En este sentido, por ejemplo, RUDOLPHI, «Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre», *JuS*, 1969, p. 556.

⁶⁶ Conforme a esta posición, la imprudencia media o leve del autor secundario no excluiría la imputación objetiva del resultado final al autor primario. En este sentido, por ejemplo, OTTO, «Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten», *NJW*, 1980, pp. 419 ss. Excluye también la imputación al autor primario en caso de imprudencia “escandalosa” (esto es, aquella que *no tiene nada que ver* con la gravedad de las heridas iniciales) GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, (63), 2010, p. 83. Critica estas concepciones PUPPE, *InDret*, (4), 2006, p. 7.

⁶⁷ SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, p. 189.

los que lo decisivo no es la efectiva existencia de una relación causal, sino sólo la *virtualidad causal de la acción que hubiera debido realizarse para evitarlo*⁶⁸, de modo que sólo podrá enlazarse el resultado producido a la omisión cuando se entienda que la realización de la acción omitida habría evitado el resultado, con una *probabilidad rayana en la certeza*⁶⁹.

El criterio de la “probabilidad rayana en la certeza” suele emplearse también para tratar de dar solución a los llamados “comportamientos alternativos adecuados a derecho”, casos que no obstante presentan características distintas: en todos ellos se constata la infracción de una norma de cuidado mediante una conducta que *causa* el resultado, aunque posteriormente se comprueba, conforme a un juicio hipotético, que dicho resultado se hubiera producido igualmente de realizar el autor una conducta diligente (ajustada a derecho)⁷⁰. Como puede comprobarse, tales supuestos tratan de acciones que positivamente se ha demostrado que son “causa” del resultado, algo que no parece posible afirmar cuando se trata de omisiones. La única semejanza que hay entre ambos grupos de casos es que en los dos se afirma la necesidad de realizar un juicio de causalidad hipotética (en el primero para valorar si una conducta alternativa adecuada a derecho de todos modos no habría evitado el resultado; en el segundo, para determinar si el resultado es objetivamente imputable a la omisión del garante). Dicho de otro modo: en los supuestos de “comportamientos alternativos adecuados a derecho” se pone a prueba, o se relativiza, la virtualidad de la causalidad para afirmar la responsabilidad del sujeto actuante; mientras que en los supuestos de omisión impropia (o comisión por omisión), el proceso hipotético viene a sustituir a la propia causalidad⁷¹.

La Sentencia del caso Madrid Arena parece plantear el análisis del comportamiento de los médicos imputados en la causa como un supuesto de comportamiento alternativo a derecho, ya que a pesar de afirmar que con su conducta incrementaron el riesgo de que las tres víctimas que llegaron a la enfermería murieran como consecuencia de las graves lesiones que padecían tras el aplastamiento, señala que “no obstante lo anterior, este Tribunal entiende que *no existe prueba suficiente de que si los acusados S.V. y C.V. hubieran actuado correctamente, que no lo hicieron, se pudiera haber evitado el fallecimiento de K.E., C.A. y R.O.*” (SAP Madrid, Penal Sec. 7ª, 21.09.2016 -Ar. 204612).

Centrándonos ahora en los verdaderos supuestos de comisión por omisión imprudente⁷², parece claro que el empleo de la archiconocida fórmula de la “probabilidad rayana en la certeza” tampoco sirve para despejar todas las dudas, especialmente cuando se trata de valorar el comportamiento omisivo imprudente que tiene lugar con posterioridad a un comportamiento

⁶⁸ MIR PUIG, PG, 10ª ed., 2016, p. 339.

⁶⁹ GIMBERNAT ORDEIG, «La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”», ADPCP, (53), 2000, p. 34.

⁷⁰ CORCOY BIDASOLO, Themis, (68), 2016, pp. 16 ss.

⁷¹ Si bien doctrina tradicional usa la fórmula de la “probabilidad rayana en la certeza” para solucionar los casos de comportamiento alternativo ajustado a derecho (y en su virtud, negar la imputación objetiva en tales casos), otro nutrido sector doctrinal se muestra partidario de imputar el resultado también en tales casos, siempre que se compruebe que el autor generó con su actuar un riesgo desaprobado. Critica ambas tesis CANCIO MELIÁ, en BOLAÑOS GONZÁLEZ (comp.), *Imputación Objetiva y Dogmática Penal*, 2005, p. 112, quien entiende que “lo que procede es determinar si la norma de cuidado infringida estaba dirigida a la evitación del resultado en cuestión, es decir, si su respeto sirve a evitar de modo planificable ese tipo de resultados”.

⁷² Sobre las críticas que se realizan al sector doctrinal que convierte los casos de comportamiento ajustado a derecho en tipos omisivos, véase por ejemplo ROXIN, *Problemas básicos de Derecho Penal*, 1976, p. 151; CORCOY BIDASOLO, Themis, (68), 2016, pp. 18 ss.

activo también imprudente, y ello con independencia de la posición doctrinal que al respecto se sustente. Pues tanto la concepción dominante (que exige una probabilidad límite con la seguridad –seguridad que nunca podrá alcanzarse, al tratarse de un juicio hipotético–) como la de la disminución del riesgo (que se contenta con que la acción omitida hiciera menos probable el resultado) se ven obligadas a operar con el criterio de la probabilidad, con lo que las diferencias entre ambas posiciones son exclusivamente de naturaleza cuantitativa, y en consecuencia se les podría reprochar a ambas la infracción del principio *in dubio pro reo* (por transformar los delitos de lesión en tipos de peligro y medir con dos varas distintas a los delitos de acción –donde se exige seguridad– y omisión –donde bastaría con la mera probabilidad–)⁷³. Es más: la concepción dominante (aquella que requiere una alta probabilidad, rayana en la certeza, de que el resultado se habría evitado con un comportamiento –activo– diligente⁷⁴), de aplicarse coherentemente, debería conducir a la práctica imposibilidad de exigir responsabilidades médicas en comisión por omisión, pues en pocos contextos reinará la incertidumbre en torno a la evitabilidad del resultado de una manera tan intensa como en el terreno de las urgencias sanitarias⁷⁵, de modo que en tales casos el médico “puede quedarse tranquilamente sentado”⁷⁶. Por otro lado, un somero análisis de la jurisprudencia de nuestro país demuestra que dicha concepción, lejos de ser la más garantista, produce altas dosis de inseguridad jurídica en la práctica (pues en algunos pocos casos se exige efectivamente esa altísima probabilidad, pero en muchos otros el juzgador se contenta con una mera chance)⁷⁷.

En la Sentencia del caso Madrid Arena se pone especialmente de relieve la falacia de la fórmula de la “probabilidad rayana en la certeza” para valorar la equivalencia en la comisión por omisión: se interpreta que no es posible afirmar la evitabilidad del resultado en el supuesto de los dos médicos acusados, pero este requisito ni siquiera se plantea a la hora de estimar la responsabilidad penal de otros acusados, a los cuales solo se les imputa determinados comportamientos omisivos (en esta situación están, como mínimo, el socio mayoritario de la empresa K. –que es condenado por cinco homicidios y catorce lesiones en concurso ideal, cometidos por imprudencia grave– y los coordinadores de seguridad de la empresa S. – que son condenados por los mismos resultados –, en su caso por imprudencia menos grave). ¿Cómo es

⁷³ Sobre dichas concepciones, y la posibilidad de someterlas a las mismas críticas, véase GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, (53), 2000, p. 70.

⁷⁴ En este sentido, por ejemplo BOCKELMANN, *Strafrecht des Arztes*, 1968, p. 90. Exige certeza (o plena seguridad) del resultado, TORÍO LÓPEZ, «Límites político criminales del delito de comisión por omisión», *ADPCP*, (37), 1984, pp. 700, 706.

⁷⁵ PUPPE, *InDret*, (4), 2006, p. 9: “Por ejemplo, cuánto va a vivir un paciente de cáncer después de la operación no es solamente imprevisible, sino que objetivamente es algo incierto [...]. El principio *in dubio pro reo* no puede exigir un 100% de prueba allí donde no hay un 100% de certeza”.

⁷⁶ GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, (53), 2000, p. 51.

⁷⁷ Al respecto, véase por ejemplo GIMBERNAT ORDEIG, «A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el derecho penal de la culpabilidad», *Nuevo Foro Penal*, (82), 2014, pp. 123 ss., donde el autor pone como ejemplo la Sentencia 179/2013, de 30 de julio, del Juzgado de lo Penal de Huelva núm. 1, que condena a los médicos acusados por considerar que la aplicación de las pruebas complementarias que no practicaron “hubiesen dado más chance de alcanzar un diagnóstico precoz”, con lo que “aquellas actuaciones [de diagnóstico] se habrían anticipado lo suficiente para evitar, probablemente, el proceso infeccioso del que derivó el resultado fatal”, añadiendo que “esta clara negligencia profesional no facilitó una intervención operatoria o un tratamiento antibiótico lo más inmediato posible, lo que tal vez hubiera evitado las consecuencias del resultado fatal final o disminuido sus efectos”. Por ello este autor propone (p. 126) una fórmula completamente distinta para determinar cuándo se ha de imputar a un garante el resultado sobrevenido: “cuando la inactividad del encargado de un foco de peligro causante del resultado típico tenga como consecuencia (normativa) la transformación de ese foco de permitido en ilícito o la no reconducción al riesgo permitido de un foco que ha desbordado ya los límites jurídicamente tolerados”.

posible afirmar la “probabilidad rayana en la certeza” cuando son varios sujetos los que omiten simultáneamente comportamientos debidos? La realización de un juicio hipotético sobre lo que habría pasado si uno o varios de esos omitentes hubiera actuado de forma cuidadosa debería llevar, como mínimo, a reconocer que existe un amplio grado de incertidumbre respecto de la relevancia de la concreta contribución (omisiva) de cada uno de ellos en la producción del resultado, de modo que una aplicación coherente de dicha fórmula debería haber llevado, probablemente, a la libre absolución de estos sujetos. Por lo demás, la Sentencia del caso Madrid Arena da a entender (erróneamente) que la imputación del resultado a una omisión posterior impide la co-imputación a la conducta inicial: “En el caso de que hubiera resultado acreditado que si los doctores Viñals hubieran actuado correctamente podría haberse evitado el fallecimiento de C.A., R.O. y K.E. la calificación de la conducta del resto de los acusados que se consideran culpables no podría ser, en relación con estas tres fallecidas, de delito de homicidio por imprudencia ya que el resultado mortal no podría imputárseles a los mismos” (SAP Madrid, Penal Sec. 7ª, 21.09.2016 -Ar. 204612).

3.3. La denegación de asistencia sanitaria: ¿tipificación de la tentativa imprudente?

A lo largo de las páginas precedentes se ha mantenido algo que no deja de ser una obviedad: para que una conducta pueda calificarse desde el punto de vista jurídico-penal como una imprudencia *stricto sensu*, será preciso que su autor, mediante la infracción típica de la pauta de cuidado que le era exigible, provoque alguno de los resultados que, conforme al Código Penal vigente, pueden dar lugar a tal calificación, y que ese resultado sea objetivamente imputable a su descuido⁷⁸. No obstante, estas afirmaciones pueden ser puestas en tela de juicio en el caso de la imprudencia médica a la vista del contenido del art. 196 CP, que sanciona al profesional que, “*estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonar los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive un riesgo grave para la salud de las personas*”⁷⁹. La redacción de dicho precepto, que configura un delito de omisión pura, especial y de peligro⁸⁰, obliga a cuestionarse si

⁷⁸ Según DE LA CUESTA AGUADO, *Tipicidad e imputación objetiva*, 1996, p. 160: “son razones de política criminal las que se invocan para justificar que sólo cuando la conducta imprudente produce un resultado lesivo sea punible, pues castigar toda conducta imprudente supondría ampliar excesivamente el ámbito de intervención jurídico penal y, por otro lado, la única prueba real de que la conducta transgredía los límites de la prudencia, es la producción del resultado”.

⁷⁹ Tales comportamientos son sancionados con las penas previstas en el art. 195 CP (omisión del deber de socorro) en su mitad superior, más inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años. Las diferencias y semejanzas entre ambos preceptos es analizado con detalle por HUERTA TOCILDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995, 1997*, pp. 60 ss.

⁸⁰ El art. 196 CP plantea una interesante cuestión en relación con la elaboración teórica de los deberes positivos especiales (institucionales) de ROBLES PLANAS, *InDret*, (4), 2013, pp. 13 ss. En concreto, se plantea la duda de si el art. 196 CP sanciona, en forma de tipo de omisión pura especial o de garante (Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 1986, pp. 339 ss.), la infracción de un deber positivo, o si por el contrario penaliza una peculiar modalidad de comisión por omisión (restringida al “profesional”), dado que el tipo prevé la creación de un resultado de peligro (“...cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas”). Entiendo que la respuesta debe ser favorable a la segunda alternativa (comisión por omisión expresamente tipificada), en la medida en que no creo que pueda afirmarse que la posición de garante que ostenta el profesional sanitario (sea funcionario o no) en el contexto del art. 196 CP pueda reconducirse a un deber positivo especial de origen institucional, en el sentido expresado por ROBLES PLANAS en el trabajo mencionado (pues solamente ciertas instituciones, y fundamentalmente el Estado, “generan deberes positivos jurídico-penalmente respaldados”), y tampoco el fundamento de la pena en la denegación de asistencia sanitaria parece residir “en razones vinculadas a la importancia social de la institución”, sino más bien “en la lesividad propia derivada de la auténtica imputación del resultado”.

con él no se está castigando, antes que una conducta propiamente dolosa, un comportamiento imprudente que no requiere la producción de un resultado lesivo⁸¹.

En el caso Madrid Arena esta posibilidad se plantea, al menos en el plano teórico (pues no se formuló acusación en base al art. 196 CP), respecto del comportamiento omisivo de los médicos que estuvieron encargados la noche del suceso de la enfermería del pabellón y que, según afirma la Sentencia, omitieron el tratamiento de las tres jóvenes que fueron trasladadas allí después de la avalancha humana: “no realizaron diagnóstico alguno de K.E., a la que parece que ni siquiera se acercaron, y el que efectuaron de C.A. y R.O. fue erróneo, entendiéndolo equivocadamente que se encontraba fallecida, siendo esta la razón por la que comenzaron una recuperación, aplicándoles el desfibrilador casi por la insistencia del técnico de emergencias que fue a buscarlo a la ambulancia, practicando intento de masaje y ventilación y poco más, abandonando al poco tiempo, y antes de la llegada del Sámur, la reanimación de ambas jóvenes”. Como ya se ha dicho, ante la ausencia de acusación por la omisión del tratamiento adecuado (“que la hubo, sin ninguna duda para la Sala”), el Tribunal se ve obligado a absolver a estos dos médicos, por la inexistencia a su juicio de nexo causal entre la conducta negligente de los acusados y el mortal resultado, pues no se considera probado “que la asistencia sanitaria que los doctores V. hubieran debido prestar a las tres jóvenes y no prestaron, habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, el fallecimiento de las mismas” (SAP Madrid, Penal Sec. 7ª, 21.09.2016 -Ar. 204612).

En relación con este tema, un sector doctrinal mantiene que los delitos dolosos de peligro constituyen en realidad tentativas de imprudencia expresamente penadas. Para defender esta interpretación, se alude por un lado a los orígenes históricos de estas figuras delictivas y, por otro, a las semejanzas estructurales que presentan con la imprudencia consciente. A partir de estos datos, se deduce la existencia de una continuidad entre los delitos de lesión y los de peligro: “éstos tratan, igual que aquéllos, de evitar lesiones de bienes jurídicos. Y esa continuidad no se establece con los tipos dolosos de lesión, sino con los imprudentes”⁸². De este modo, en aquellos ámbitos en que las normas de cuidado son susceptibles de una cierta tipificación (por la naturaleza de la actividad y la experiencia acumulada), el alto grado de riesgo que la infracción de tales normas puede representar habría llevado al legislador a establecer su punición expresa, sin requerir la producción de un resultado lesivo: “Surgen así los delitos de peligro, que no serían sino «tentativas» o, si se prefiere, formas de imperfecta ejecución de delitos imprudentes, castigados excepcionalmente, al ser elevados por el legislador a la categoría de delitos autónomos”. Conforme a lo anterior, se concluye que “el desvalor de acción específico de los delitos de peligro radica –igual que en los imprudentes– en la realización de una actuación peligrosa, contraria al cuidado debido. Si tal actuación se realiza con consciencia del concreto peligro puede hablarse ya de dolo de peligro, porque desde el momento en que el sujeto es consciente de que con su actuación va a colocar al bien jurídico en esa situación que denominamos peligro concreto y, pese a todo, actúa, ya no puede confiar fundadamente en la

⁸¹ Conviene aclarar que la expresión “resultado lesivo” no se hace equivalente a la más genérica de “resultado”. Al contrario, se parte de la premisa de que todos los delitos, ya sean de lesión o de peligro, contienen un (desvalor de) resultado: en los primeros ese desvalor se materializa en un efectivo menoscabo del bien jurídico, mientras que en los segundos viene constituido por la amenaza o conmoción (probabilidad de lesión) que el comportamiento supone para el bien tutelado. En este sentido también GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, (47), 1994, pp. 5 s.

⁸² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 1994, p. 134.

evitación del peligro mismo, pues ello escapa a sus posibilidades y capacidades. Necesariamente ha de conformarse con la puesta en peligro”⁸³.

Si se aplican las argumentaciones anteriores a la estructura típica del art. 196 CP, habrá que concluir que el profesional que decide no prestar la asistencia debida a un individuo que la requiere urgentemente (derivándose de ello un riesgo grave para su salud), cometerá un delito doloso de peligro, y si a consecuencia de esa omisión el sujeto pasivo sufre además lesiones o muere, el hecho contendrá todos los elementos propios de la imprudencia consciente de lesión (en comisión por omisión). La duda surge entonces a la hora de determinar la clase de relación que une a ambos ilícitos. En principio, las soluciones posibles son dos: entender que la imprudencia de lesión consume el desvalor propio del comportamiento doloso de peligro (en la medida en que éste constituye una mera forma de ejecución de aquélla)⁸⁴, o bien mantener que entre ambos ilícitos deben aplicarse las reglas propias del concurso ideal⁸⁵. No obstante, ambas alternativas presentan inconvenientes: por un lado, mantener la existencia de un concurso ideal entre el delito doloso de peligro y la imprudencia de lesión podría suponer una infracción del principio *non bis in idem*, cuando la conducta afectó a un solo sujeto⁸⁶; por otro, subsumir el delito de peligro en el comportamiento culposo lesivo podría llevar a soluciones materialmente injustas si la imprudencia es calificada como menos grave (lo que impediría aplicar la inhabilitación especial prevista en el caso de homicidio o lesiones por imprudencia profesional)⁸⁷ o leve (lo que lisa y llanamente imposibilitaría ahora plantear el caso ante la jurisdicción penal)⁸⁸.

Es precisamente la nueva graduación de la imprudencia punible acogida en nuestro sistema tras la entrada en vigor de la LO 1/2015 la que lleva a la Sentencia del caso Madrid Arena a calificar la conducta de dos de los acusados (J.J.P. y R.M.G., coordinadores de seguridad de la empresa S.) como imprudencias menos graves: “puesto que la posibilidad de neutralizar los riesgos de su actuación era menor que la de los otros acusados que resultan condenados, y por lo tanto la influencia que su conducta podría tener en la evitación del resultado, en un supuesto como éste de conductas concurrentes, también era inferior, en

⁸³ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 1994, pp. 134 s.

⁸⁴ Mantiene por ejemplo la existencia de un concurso de normas, HUERTA TOCILDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995, 1997*, p. 105.

⁸⁵ A favor de esta última posibilidad, por ejemplo, GÓMEZ RIVERO, «La regulación de los delitos de omisión del deber de socorro», *La Ley*, (3), 1996, p. 1387.

⁸⁶ En cambio, si el riesgo grave afectó a una pluralidad de personas (por ejemplo, varios accidentados a los que se les deniega la asistencia sanitaria), de las cuales sólo una resulta finalmente lesionada o fallece, podrá afirmarse la presencia de un concurso ideal.

⁸⁷ Tras la reforma penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, los homicidios y lesiones causados por imprudencia menos grave no pueden ser perseguidos como imprudencias profesionales. Esta calificación se reserva exclusivamente para las imprudencias graves. En tales casos no sería posible imponer al condenado la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión que sí esta prevista en los supuestos de homicidio y lesiones por imprudencia (grave) profesional. Por otro lado, en la actualidad sólo son perseguibles penalmente determinadas lesiones producidas por imprudencia menos grave: las que causen alguno de los resultados previstos en los arts. 149 y 150 CP.

⁸⁸ De acuerdo con la Circular 3/2015 de la Fiscalía General del Estado sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por la LO 1/2015, tal reforma recoge “una modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo *permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal*. No toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana”.

aplicación de la actual graduación de la imprudencia constitutiva de delito en el C.P., se estima que su responsabilidad debe ser calificada, en beneficio de ambos acusados, como imprudencia menos grave". De forma paralela, la Sentencia parte del hecho de que la imprudencia leve ha sido despenalizada, y por ello absuelve a otro de los acusados, R.P., subdirector del Departamento de Seguridad de la empresa gestora del pabellón en la noche de autos: "R.P. es, además de un experto en seguridad, un hombre muy experimentado en este tipo de eventos, conoce perfectamente la normativa relativa al aforo de los espectáculos y las medidas que se pueden adoptar para impedir el sobreaforo, adoptando pese a todo lo expuesto una conducta absolutamente omisiva sin que no sólo no realizara ningún tipo de actuación por sí mismo sino que tampoco comunicara con su compañero F.D.A. lo que estaba apreciando para que, como responsable, corrigiera la situación. Por todo ello se considera que incurrió en una conducta imprudente, aunque de carácter leve dado que su responsabilidad no se deriva de su obligación de actuación en este evento en concreto sino de su condición de responsable de Seguridad en [la empresa] M., de lo que apreció dado que se encontraba en el lugar, y del conocimiento que por su participación en la preparación del evento tenía del aforo autorizado" (SAP Madrid, Penal Sec. 7ª, 21.09.2016 -Ar. 204612).

Frente a lo anterior, podría pensarse que el deber de cuidado que se infringe cuando se comete (dolosamente) la conducta tipificada en el art. 196 CP *siempre es grave*, en la medida en que el sujeto es consciente de que con su comportamiento crea un peligro concreto para el sujeto pasivo⁸⁹; sin embargo, la solución al problema por esta vía puede suponer la confusión de dos categorías dogmáticas distintas, que responden asimismo a diferentes criterios clasificatorios: la que distingue entre imprudencia consciente e inconsciente (en función de que el autor haya previsto o no la posibilidad de que se produzca el resultado) y la que diferencia la culpa grave de la menos grave o de la leve (a partir de la entidad del deber de cuidado infringido). De este modo, de admitirse la posibilidad de que una omisión dolosa (de peligro) pueda materializarse en una imprudencia consciente pero leve (de lesión), el caso sólo podría resolverse acudiendo, como último recurso, al principio de alternatividad previsto en el art. 8.4 CP.

4. Tabla de jurisprudencia española citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 2ª, 23.04.1992	Ar. 6783	Enrique Bacigalupo Zapater
STS, 2ª, 17.07.1995	Ar. 6827	Luis Román Puerta Luis
SAP Madrid, Penal Secc. 7ª, 21.09.2016	Ar. 204612	Ángela Ascensión Acevedo Frías

⁸⁹ Debe advertirse que, si bien es correcto tener en cuenta la mayor o menor "previsibilidad" del resultado en la determinación del cuidado exigible y, por tanto, en la graduación de la entidad de imprudencia, el dato fáctico de la "efectiva previsión" (es decir, conocimiento o ignorancia del riesgo y, por tanto, de la probabilidad del resultado en el caso concreto) parece a estos efectos irrelevante. Pues tan posible es que un sujeto cree un riesgo no permitido sin saber las altas probabilidades que existen de que éste se materialice en una consecuencia lesiva (imprudencia inconsciente y grave) como la situación contraria, si el individuo es conocedor del riesgo que genera con su comportamiento, pero observa la mayoría de las precauciones necesarias (aunque no todas) para tratar de evitar el resultado sin conseguirlo (imprudencia consciente y leve). Similar, MIR PUIG, PG, 10ª ed., 2016, p. 295.

5. Bibliografía

ABRALDES (2010), *Delito imprudente y principio de confianza*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.

BOCKELMANN (1968), *Strafrecht des Arztes*, Thieme, Estucardia.

BURGSTALLER (1974), *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*, Manz, Viena.

BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE (2006), *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Trotta, Madrid.

CANCIO MELIÁ (2005), «Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva», en BOLAÑOS GONZÁLEZ (comp.), *Imputación objetiva y dogmática penal*, Universidad de los Andes, Mérida, pp. 205 ss.

————— (2005), «Aproximación a la teoría de la imputación objetiva», en BOLAÑOS GONZÁLEZ (comp.), *Imputación objetiva y dogmática penal*, Universidad de los Andes, Mérida, pp. 87 ss.

CEREZO MIR (2004), *Curso de Derecho Penal Español. Parte general*, t. II, 6ª ed., Tecnos, Madrid.

————— (1983), «El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos», *Anuario de Derecho penal y Criminología*, (36), pp. 471 ss.

COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN (1999), *Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

CORCOY BIDASOLO (2016), «Eficacia de la imputación “objetiva”. Su aplicación a la solución de casos tradicionales y actuales», *Themis. Revista de Derecho*, (68), pp. 13 ss.

————— (1989), *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona.

DE LA CUESTA AGUADO (1999), *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

————— (1996), *Tipicidad e imputación objetiva*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ENGISCH (1930), *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, O. Liebmann, Berlín.

FEIJOO SÁNCHEZ (2001), *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*, Bosch, Barcelona.

————— (1999), *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, EDIJUS, Zaragoza.

FRISCH (2004), «La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático», en FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Atelier, Barcelona.

————— (1983), *Vorsatz und Risiko*, Carl Heymann, Colonia et al.

GIL GIL (2007), *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Atelier, Barcelona.

GIMBERNAT ORDEIG (2014), «A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el derecho penal de la culpabilidad», *Nuevo Foro Penal*, (82), pp. 83 ss.

————— (2010), «Cursos causales irregulares e imputación objetiva», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, (63), pp. 15 ss.

————— (2000), «La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, (53), pp. 29 ss.

————— (1999), «¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones? (Responsabilidad por el producto, accesoriadad administrativa del Derecho penal y decisiones colegiadas)», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, (52), pp. 51 ss.

————— (1994), «Causalidad, omisión e imprudencia», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, (47), pp. 5 ss.

————— (1990), «¿Qué es la imputación objetiva?», en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid.

GRACIA GUILLÉN (1995), «Jurisprudencia y *lex artis*», en JORGE BARREIRO/GRACIA GUILLÉN (dirs.), *Responsabilidad del personal sanitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

GÓMEZ RIVERO (1996), «La regulación de los delitos de omisión del deber de socorro», *La Ley*, (3), pp. 1385 ss.

HASSEMER/MUÑOZ CONDE (1995), *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

HAVA GARCÍA, (2013), *El tipo de injusto del delito imprudente. Un análisis de sus elementos orientado a la práctica*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.

————— (2011), «La influencia de las tesis dogmáticas en la fundamentación de los aspectos subjetivos del injusto. De nuevo sobre el caso “Cromañón”», *Revista de Derecho Penal*, (2), pp. 481 ss.

- (2010), «Comisión por omisión, dolo de peligro e imprudencia. Un análisis a propósito de la Sentencia del Caso “Cromañón”», *Revista de Derecho Penal*, (1), pp. 291 ss.
- (2009), «Dolo eventual e imprudencia consciente», en HURTADO POZO (ed.), *Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal*, PUCP-Universidad de Friburgo, Lima-Friburgo.
- (2002), *La imprudencia inconsciente*, Comares, Granada.
- (2002), «Responsabilidad penal por mala praxis médica. La determinación del cuidado exigible al personal sanitario», *Revista de Derecho Penal*, (1), pp. 77 ss.
- (2001), *La imprudencia médica*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- HIRSCH (2005), «Sobre lo injusto del delito imprudente», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (16), pp. 207 ss.
- (1999), «Acerca de la teoría de la imputación objetiva», en EL MISMO, *Derecho penal. Obras completas*, t. I., Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.
- (1982), «Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II)», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (94), pp. 239 ss.
- HUERTA TOCILDO (1997), *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- JAKOBS (1989), «Tätervorstellung und objektive Zurechnung», en DORNSEIFER *et. al.* (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Heymann, Colonia.
- (1972), *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Walter de Gruyter, Berlín.
- JESCHECK (1981), *Tratado de Derecho Penal* (trad. y adiciones Mir Puig/Muñoz Conde), Bosch, Barcelona.
- JORGE BARREIRO (1995), «Jurisprudencia penal y *lex artis* médica», en JORGE BARREIRO/GRACIA GUILLÉN (dirs.), *Responsabilidad del personal sanitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- KUHLEN (1989), *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, C. F. Müller, Heidelberg.
- LUZÓN PEÑA (2016), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- MANSDÖRFER (2007), «Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en un grupo», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2).
- MIR PUIG (2016), *Derecho Penal. Parte general*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.

————— (1994), «Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, (47), pp. 5 ss.

MARAVÉR GÓMEZ (2009), *El principio de confianza en Derecho penal*, Civitas, Madrid.

MORSELLI (2001), «Observaciones críticas acerca de la teoría de la imputación objetiva», en ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*, t. I, Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad de Salamanca, Ciudad Real.

OTTO (1980), «Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten», *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 417 ss.

PUPPE (2006), «División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (4).

————— (1992), «Causalidad», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, (45), pp. 681 ss.

ROBLES PLANAS (2013), «Deberes negativos y positivos en Derecho Penal», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (4).

————— (2012), «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (2).

————— (2006), «Normatividad e imputación objetiva: respuesta a la recensión de Feijoo Sánchez a Frisch/Robles Planas, *Desvalorar e imputar* (2005)», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (3).

————— (2004), «Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo», en FRISCH/EL MISMO, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Atelier, Barcelona.

————— (2000), «Participación en el delito e imprudencia», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), pp. 223 ss.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (1994), *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid.

ROXIN (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., C. H. Beck, Múnich.

————— (1976), *Problemas básicos de Derecho Penal* (trad. Luzón Peña), Reus, Madrid.

RUDOLPHI (1969), «Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre», *Juristische Schulung*, pp. 549 ss.

RUEDA MARTÍN (2009), «La concreción del deber de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (4).

SCHÜNEMANN (1975), «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 511 ss.

SILVA SÁNCHEZ (1999), *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Bosch, Barcelona.

————— (1997), *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona.

————— (1986), *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona.

STRATENWERTH (2005), *Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible* (trad. Cancio Meliá/Sancinetti), Thomson-Civitas, Madrid.

TERRADILLOS BASOCO (1998), «Delitos contra la seguridad en el trabajo. Cuestiones concursales: calificación de la imprudencia», *Revista de Derecho Social*, (3), pp. 169 ss.

TORÍO LÓPEZ (1986), «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, (39), pp. 34 ss.

————— (1984), «Límites político criminales del delito de comisión por omisión», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, (37), pp. 693 ss.