

## **La utilidad de una buena dogmática para una buena jurisprudencia (y viceversa)**

*El ejemplo de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 805/2017, de 11 de diciembre (caso «Madrid Arena»)*

Marta Pantaleón Díaz \*

### **I. Introducción**

Quienes nos dedicamos a la dogmática jurídico-penal sabemos mejor que nadie hasta qué punto esta ocupación puede convertirse en el más sublime de los ejercicios de onanismo intelectual imaginables. Pero el objeto de esta comunicación no es —no podría ser— el de negarle su indiscutible belleza y armonía a esta auténtica «catedral» del Derecho, ni menos aún el de abogar por privarnos a todos del placer que nos brinda cada día el seguir poco a poco dibujando sus planos, puliendo sus piedras. Mi objetivo es precisamente el contrario. Quiero defender, y trataré de demostrar con un ejemplo reciente, que el nuestro es (también) un placer *útil*; que la dogmática jurídico-penal cumple en nuestro país una función social de primer nivel y, viceversa, que dejar de cultivarla supondría descuidar esta función, con consecuencias potencialmente muy desfavorables.

La reflexión central en torno a la que girará mi trabajo la formuló ya Carlos Santiago NINO en su magnífico *Los límites de la responsabilidad penal*<sup>1</sup>, al hilo de su comparación de los dos grandes enfoques que entendía entonces vigentes en la construcción de un sistema jurídico-penal: el «conceptualista», típicamente europeo-continental, y el «intuicionista», típicamente anglosajón. Es la siguiente:

*«[L]os juristas académicos [...] se encuentran, en varios sentidos, en mejores condiciones que [los órganos de decisión jurídica] para explorar teóricamente*

---

\* Contratada predoctoral (FPU) en el Área de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid (marta.pantaleon@uam.es).

El borrador de esta pequeña comunicación ha recibido una atención que ni yo misma ni la calidad del trabajo merecíamos. Lo ha leído mi maestro, el Profesor Enrique Peñaranda Ramos; lo han leído los Profesores Juan Alberto Díaz López, Manuel Cancio Meliá, David Gallego Arribas, Fernando Pantaleón Prieto, Leopoldo Puente Rodríguez y Antonio Ruiz Arranz; y lo ha leído, como siempre, mi querido Diego Sobejano Nieto. No puedo agradecerles suficientemente a todos ellos su interés en el texto y sus comentarios y sugerencias al respecto, de las que tanto he aprendido. Los errores restantes son solo míos.

<sup>1</sup> NINO, C.S., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980. Agradezco al Profesor Peñaranda Ramos, su encarecida recomendación de la lectura de esta obra, que ha supuesto un antes y un después en mi incipiente formación como penalista.

*problemas de fundamentación valorativa. Una sentencia judicial no puede convertirse en un tratado de especulación teórica que discuta las posibles justificaciones de los principios morales y políticos que fundamentan la decisión. Los juristas académicos no están urgidos, en cambio, por la necesidad de resolver el caso presente y pueden encarar un análisis exhaustivo de diferentes modelos de justificación, explorando sus consecuencias en distintas áreas jurídicas y en relación a casos reales e hipotéticos. No es casualidad que en un ámbito en el que los juristas no realizan por lo común esta tarea, como ocurre en el common law, los jueces, obligados a realizarla por sí mismos dentro del reducido marco de una sentencia, tengan que eludir [...] la función de fundamentar sus decisiones en teorías y principios suficientemente generales como para permitir justificar también otras decisiones adoptadas en áreas apartadas de la que constituye el caso a decidir.»<sup>2</sup>*

Los jueces, todos los jueces, se encuentran, como señala Nino, inevitablemente «urgidos [...] por la necesidad de resolver el caso presente». En nuestro país, además, los jueces del orden jurisdiccional penal se encuentran «urgidos» por una razón diferente y adicional: una asfixiante carga de trabajo. Según datos del Consejo General del Poder Judicial<sup>3</sup>, los jueces y magistrados del orden penal dictaron el pasado año 2017 una media de 202,9 sentencias cada uno; nada menos que 3,89 sentencias por semana y cerca de una por día laborable.

En este contexto, lo que una buena dogmática jurídico-penal ofrece a los órganos judiciales es un *lenguaje* que pueden emplear (y tener por generalmente conocido) en la motivación jurídica de sus decisiones; un lenguaje integrado por conceptos y categorías que, en la línea sugerida por NINO, presuponen y *resumen* tomas de postura *generales* —aplicables a cualquier caso particular que presente las mismas propiedades valorativamente relevantes— en relación con problemas normativos complejos. Tener a su disposición un lenguaje desarrollado de estas características permite a los jueces, a través del simple empleo de las categorías que lo integran, resolver tales problemas valorativos «por remisión» a la discusión académica en la materia, escogiendo (con la legitimidad política de la que carecemos los profesores) la postura que les resulta normativamente más convincente, y concentrándose en su aplicación a las

---

<sup>2</sup> NINO, loc. cit., p. 14.

<sup>3</sup> Accesibles en <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/>>.

particularidades del caso que tienen ante sí. Esto les ayuda, no solo a decidir *más rápido*, sino también a decidir *mejor*, dando lugar, en última instancia, a una jurisprudencia valorativamente consistente, predecible y respetuosa con el principio de igualdad<sup>4</sup>.

Lo que trataré de defender en esta comunicación es, en definitiva, que la construcción de una buena teoría del delito no solo contribuye a nuestro deleite intelectual, sino también al desarrollo de una buena jurisprudencia. Que, a la inversa, una dogmática pobre, poco desarrollada, redundará en decisiones judiciales escasamente fundamentadas y con un fuerte carácter *ad hoc*, con el consiguiente menoscabo de valores constitucionales como la seguridad jurídica y la igualdad de todos ante la ley. Y que ambos efectos se producen de manera especialmente patente en Estados como España, en los que la enorme sobrecarga de trabajo de los jueces les impide, las más de las veces, llevar a cabo una reflexión profunda, sosegada y generalizable en relación con los problemas que plantea cada caso concreto que se les presenta.

En mi opinión, la reciente sentencia 805/2017, de 11 de diciembre, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el famoso caso «Madrid Arena» —que confirma parcialmente la sentencia 488/2016, de 21 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Séptima)—, constituye un perfecto ejemplo de todo ello. Por un lado, el tratamiento de la responsabilidad de los médicos llevado a cabo tanto en la sentencia mayoritaria como, sobre todo, por el magistrado Alberto Jorge Barreiro en su voto particular discrepante da buena muestra de las virtudes de una dogmática desarrollada para la aplicación judicial del Derecho. Por otro, la inexistencia (aún) de un análisis científico suficientemente profundo de los problemas que plantea la nueva categoría de imprudencia «menos grave» introducida a través de la Ley Orgánica 1/2015, 30 de marzo, permite quizás explicar —aunque probablemente no justificar— el tratamiento

---

<sup>4</sup> Esta función de la dogmática jurídico-penal ha sido destacada por muchos más autores de los que podría citar aquí; vid., por todos, GIMBERNAT ORDEIG, E., ¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?, publicado en sus Estudios de Derecho penal, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1990, pp.140 ss. (entre otras sedes, citadas en la nota inicial de esta versión del trabajo), pp. 158-160; ROXIN, C., Strafrecht, Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2006, pp. 211-214; SILVA SÁNCHEZ, J.M., Aproximación al Derecho penal contemporáneo, 2ª ed., Montevideo/ Buenos Aires, BdeF, 2012, pp. 63-66; y LUZÓN PEÑA, D.M., Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 29-31. Cf., sin embargo, MATUS ACUÑA, J.P., Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos, Política Criminal 5, 2008, pp. 10-14, cuya discrepancia en este punto con los anteriores parece obedecer a otra (más profunda) sobre el objeto y el método propios de la labor dogmática.

enormemente confuso de esta problemática que, en mi respetuosa opinión, lleva a cabo en su sentencia la Sala Segunda.

En lo que sigue, desarrollaré ambas cuestiones, no sin antes realizar, a los solos efectos de contextualización, un breve resumen de los hechos a los que, en lo que aquí interesa, se refiere la sentencia. Me reservaré, sin embargo, mi opinión sobre la forma *sustantivamente* más correcta de resolver uno y otro problema, en la medida en que exponerla distanciaría en exceso esta modesta comunicación del objeto del Seminario al que se presenta. Confío, por lo demás, en que esta forma de proceder me permita transmitir al lector con mayor claridad mi convicción de que la utilidad de la dogmática no reside (o residiría, en caso de que ello fuera posible) en dar a los complejos problemas normativos que plantea la atribución de responsabilidad penal respuestas unánimes, sencillamente «importables» por los órganos judiciales. Consiste, más bien, en *condensar* en conceptos y categorías de uso común en la comunidad jurídica las diferentes opiniones al respecto, con sus correspondientes implicaciones valorativas y prácticas, de forma que los jueces —únicos en quienes reside la *legitimidad política* para hacerlo— puedan emplearlas en la fundamentación de sus decisiones, según el criterio que les resulte más convincente.

## II. Los hechos del caso<sup>5</sup>

La noche del 31 de octubre al 1 de noviembre de 2012, con ocasión de la festividad de *Halloween*, se celebró en el «Madrid Arena» —pabellón propiedad del Ayuntamiento de Madrid, gestionado por una sociedad mercantil municipal (Madrídec) y de cuya seguridad se encargaba, bajo supervisión de la anterior, la UTE Seguriber— un macroevento musical en el que fallecieron cinco jóvenes y muchos otros resultaron lesionados. Tales resultados fueron consecuencia de una sucesión de conductas imprudentes de los máximos responsables de la sociedad promotora del evento (Diviertt) y de la contratada por esta última para el control de los accesos al pabellón (Kontrol 34); de algunos de los empleados de Madrídec y Seguriber que tuvieron un papel protagonista en la organización de la fiesta y, sobre todo, en su posterior control

---

<sup>5</sup> El relato de hechos probados elaborado por la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia es sencillamente excelente. De él he extraído —seguramente para empeorarlo— el breve resumen que sigue y a su lectura remito a cualquier interesado en conocer los hechos del caso «Madrid Arena» con un cierto grado de detalle.

sobre el terreno; y, en el caso de dos de las fallecidas, de los médicos contratados por Diviertt para encargarse de la enfermería del pabellón.

El escenario para la tragedia comenzó a prepararse aproximadamente un mes antes del evento, con la venta por parte de Diviertt de un número de entradas muy superior al aforo máximo del pabellón: al menos 16.492 entradas para un aforo de 10.620 personas. A ello ha de sumarse el hecho de que, en su distribución de los controladores de acceso por el interior del recinto, los responsables de Diviertt (M.A.F.G.<sup>6</sup>, S.R.B. y M.A.M.P.) y Kontrol 34 (C.M.R.) los situaron de tal forma que *«se impedía o dificultaba la circulación del público por espacios [...] que el arquitecto había considerado libres para calcular el aforo máximo permitido»*, por ejemplo, obstaculizando el paso por diversas escaleras; todo ello *«para proteger las dependencias utilizadas por la empresa promotora del evento»*. Además, se mantuvieron inexplicablemente cerrados *«al menos hasta después de suceder los hechos y en los momentos de mayor afluencia de público»* cinco de los ocho pasillos de la planta inferior previstos como vías de evacuación desde la pista, los llamados «vomitorios».

De todo ello se percataron, en la noche de los hechos, el empleado de Madridec encargado de la coordinación general del evento, F.A.L. —su máximo responsable en el seno de la sociedad y único con la capacidad para impedir, en cualquier momento, su continuación—; los empleados de Seguriber responsables de la coordinación de la operativa de seguridad de la fiesta, J.J.P.N. y R.M.G., obligados a reportar al anterior cualquier posible incidencia; y (al menos en lo que al sobreaforo se refiere) el subdirector de seguridad de Madridec, R.P.M., que observó el desarrollo de los hechos desde el exterior del recinto, a pesar de que *«no tenía obligación de estar en el evento, en el cual [no] ejercía función alguna»*. Ninguno de ellos hizo nada por tratar de corregir la situación.

El comienzo de actuación principal de la noche, a cargo del famoso DJ Steve Aoki, estaba programado para las tres de la madrugada. Esto determinó que, a pesar de que la apertura de puertas del pabellón se produjo poco antes de las once y media de la noche, muchos de los asistentes permanecieran en el exterior haciendo «botellón» hasta algo más de las dos de la madrugada, de manera que *«la mayor afluencia de jóvenes que*

---

<sup>6</sup> Siguiendo el ejemplo de HAVA GARCÍA, E., 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, InDret, 2017 (2), me referiré en adelante a todos los acusados y víctimas por sus iniciales para preservar su anonimato.

*quería entrar al recinto se concentró entre las 2 y las 3», con la consiguiente «aglomeración de personas en la entrada al pabellón». F.A.L., M.A.F.G., S.R.B. y M.A.M.P. reaccionaron a esta situación relajando el control del acceso del público al recinto —hasta el punto de que «cerca de las 2'55 horas el mismo dejó prácticamente de hacerse»— y permitiendo «la entrada masiva de más asistentes por lugares distintos del previsto y que estaban considerados como salidas de emergencia así como en que el público fuera dirigido directamente a la pista ya excesivamente congestionada en ese momento»; todo ello, de nuevo, con el conocimiento y ante la absoluta pasividad de J.J.P.N., R.M.G. y R.P.M..*

Así fue como

*«sobre las 3'35 horas, momento en que la pista estaba absolutamente masificada [...], muchos de los jóvenes que se encontraban en ella, y que sintieron una sensación tremenda de agobio y de falta de control sobre sus propios movimientos, intentaron salir por el vomitorio central del sector A, uno de los tres únicos que estaban abiertos en ese momento [...], confluyendo en el mismo y reducido lugar quienes querían salir con los que pretendían entrar. Ello produjo que el gran número de jóvenes que estaban en el interior del vomitorio perdiera el control y cayeran unos encima de otros, produciéndose en pocos segundos una montaña de personas en la que los de abajo llegaron a tener hasta siete u ocho personas encima [...], resultando lesionados de diversa entidad 29 de los jóvenes que se encontraban en el interior del vomitorio y de extrema gravedad B.L.R., M.T.A.V., C.A.F., R.O.P. y K.E.C., como consecuencia del aplastamiento que habían sufrido.»*

Tanto B.L.R. como M.T.A.V. fueron atendidas en el lugar por las unidades del Samur, que consiguieron recuperarlas de la parada cardiorrespiratoria que sufrían y trasladarlas a diferentes hospitales, donde, sin embargo, ambas fallecieron —respectivamente, el 3 y el 21 de noviembre de 2015— como consecuencia de las lesiones. Las otras tres jóvenes fueron conducidas, tras su rescate del vomitorio, a la enfermería del pabellón, si bien no pudo acreditarse que K.E.C. llegara a ella con vida. En la enfermería, C.A.F. y R.O.P. fueron atendidas, respectivamente, por los médicos S.V.P. y C.V.L., que omitieron practicarles las maniobras de reanimación indicadas, «aumentando así la posibilidad de que no pudieran recuperarse de las lesiones sufridas». Ambas jóvenes fueron reanimadas poco después por los efectivos del Samur, pero ninguna de ellas llegó viva

al hospital. No resultó acreditado, sin embargo, «*que en el supuesto de que [S.V.P. y C.V.L.] les hubieran prestado una asistencia correcta las fallecidas hubieran podido salvar su vida.*»

### **III. Buena dogmática, buena jurisprudencia: la responsabilidad de los médicos**

La determinación de la responsabilidad penal de S.V.P. y C.V.L. situó, primero a la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid y después a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ante el clásico problema de la «conducta alternativa conforme a Derecho»: ¿la posibilidad de que el resultado lesivo causado por la conducta del autor se hubiera producido igualmente aun en el supuesto «alternativo» (*rectius*, hipotético) de que aquel se hubiera comportado de forma correcta («conforme a Derecho») puede impedir su condena por un delito de resultado consumado? Y, en su caso ¿basta para ello una simple posibilidad o ha de tratarse de una probabilidad más o menos cualificada?

La Audiencia Provincial absuelve a ambos médicos de los delitos de homicidio por imprudencia profesional de los que se los acusaba, estimando que para condenarlos habría sido necesario que resultase acreditado «*que la asistencia sanitaria que los doctores [...] hubieran debido de prestar a las [dos] jóvenes y no prestaron, habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, el fallecimiento de las mismas*»<sup>7</sup>. La mayoría de Sala Segunda alcanza la conclusión inversa, aunque condena únicamente al médico S.V.P., al no haber sido recurrida en casación la absolución de su compañero<sup>8</sup>. En su voto particular, Alberto Jorge Barreiro, sin asumir la restrictiva premisa teórica adoptada por la Audiencia, se muestra, sin embargo, también partidario de la absolución. Como ya he adelantado, no tomaré posición aquí sobre cuál de estas posturas (si es que alguna) ha de considerarse más correcta desde el punto de vista sustantivo. Creo, en cualquier caso, que la motivación jurídica desarrollada en este punto por ambos tribunales y, sobre todo, por el magistrado discrepante es una buena muestra de la utilidad de la existencia de un sistema dogmático avanzado para la aplicación del Derecho penal.

---

<sup>7</sup> Vid. Fundamento Jurídico Tercero (apartado 3.9) de la sentencia.

<sup>8</sup> Vid. Fundamento de Derecho Vigésimo de la sentencia.

El debate doctrinal sobre cómo han de resolverse los casos agrupados bajo el tópico de la conducta alternativa conforme a Derecho tiene ya, tanto en España como Alemania, más de cinco décadas de antigüedad. De hecho, puede afirmarse con SUÁREZ GONZÁLEZ/ CANCIO MELIÁ que el nacimiento de la teoría de la imputación objetiva —o de algo similar a lo que hoy entendemos por ella— tuvo lugar precisamente al hilo de la discusión sobre este grupo de casos<sup>9</sup>. No me parece exagerada la afirmación de que, a día de hoy, el debate se encuentra (en el mejor de los sentidos), prácticamente agotado. Y es que, aunque nos encontramos todavía lejos de haber alcanzado una respuesta doctrinal unánime al problema, han sido exploradas todas las alternativas de solución y se han puesto sobre la mesa (¿casi?) todos los argumentos dogmáticos y político-criminales posibles a favor y en contra de cada una de ellas.

La problemática, en definitiva, no está resuelta, pero sí convenientemente *ordenada*. Cualquier juez español que desee conocer el estado de la cuestión no tiene más que recurrir a alguna de las (numerósísimas) monografías sobre imputación objetiva, escritas en castellano o traducidas a esta lengua, que se han publicado en nuestro país<sup>10</sup>. Basta, de hecho, con abrir cualquier buen manual de Parte General u obra de consulta en esta materia para hacerse una idea básica de las líneas generales de la discusión y de los argumentos con base en los que se defiende cada una de las posturas posibles<sup>11</sup>. Las alternativas de solución del problema son de sobra conocidas, y van desde el otorgar una relevancia exoneratoria nula a la constatación de que el resultado lesivo se habría producido igualmente con la conducta alternativa lícita, con tal de que el resultado materializado sea uno de los que la norma infringida por el autor tenía la finalidad de evitar (teoría del *fin de protección de la norma*); hasta la exigencia, para la imputación del resultado, de la prueba de que, con una probabilidad más o menos cualificada —

---

<sup>9</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ, C./ CANCIO MELIÁ, M., Estudio preliminar: La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva, en Jakobs, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 28-30.

<sup>10</sup> La bibliografía comienza a ser inabarcable y me resulta imposible llevar a cabo aquí una cita mínimamente exhaustiva. Sí cabe destacar, entre las publicaciones más recientes relativas al problema de la conducta alternativa lícita, la monografía de GIMBERNAT ORDEIG, E., *El comportamiento alternativo conforme a Derecho. De la causalidad la imputación objetiva*, Montevideo/ Buenos Aires, BdeF, 2017; probablemente, el autor español que con mayor profundidad se ha dedicado, a lo largo de toda su carrera, al estudio de este concreto grupo de casos.

<sup>11</sup> Solo entre las obras recientes de estas características publicadas en castellano, vid. MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, 9ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 243-244, 310; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Barcelona, Reppertor, 2016, pp. 308-310, 338-340; LUZÓN PEÑA, PG, 3ª ed., 2016, pp. 208, 218; y PEÑARANDA RAMOS, E., *Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva, y Tipicidad en los delitos omisivos*, en Molina Fernández, F. (Coord.), *Memento Práctico Penal 2017*, Madrid, Francis Lefebvre, 2016, pp. 160-161, 164-165, 179-180.

rayana en la certeza, en la versión más garantista de esta tesis—, este se habría evitado con el comportamiento alternativo conforme a Derecho (teoría de la *evitabilidad*); pasando por la postura que rechaza la imputación únicamente en los casos en que se demuestra, con una probabilidad significativa —en su versión más extrema, rayana en la certeza—, que el resultado se habría producido también en el caso de haberse comportado correctamente el autor (teoría del *incremento del riesgo*).

Categorías como «fin de protección de la norma», «evitabilidad» e «incremento del riesgo» conforman, pues, lo que podríamos calificar como el *lenguaje* de la conducta alternativa conforme a Derecho. Estas sencillas etiquetas permiten a los juristas que las conocen *resumir* en una sola expresión el conjunto de implicaciones prácticas de cada una de las posibles soluciones al problema—en palabras de NINO, «*sus consecuencias en distintas áreas jurídicas y en relación a casos reales e hipotéticos*»— y las consideraciones valorativas que cabe aducir a favor o en contra de cada una de ellas, por ejemplo, en lo que se refiere al respeto a la presunción de inocencia del acusado. Contribuyen, a su vez, a que quien se ha pronunciado a favor del empleo uno de los criterios alternativos de decisión en la resolución de un caso concreto se vea obligado, bien a aplicar el mismo criterio en todos los casos similares que se le presenten en el futuro, bien a distinguir tales casos del ya resuelto con base en consideraciones valorativamente relevantes, o bien a motivar suficientemente un cambio de criterio. Tales son, a mi juicio, los servicios más importantes que una dogmática jurídico-penal desarrollada puede prestar a la jurisprudencia.

Los magistrados que se enfrentaron al problema de la responsabilidad de los médicos en el caso «Madrid Arena» conocían este lenguaje y lo utilizaron en la motivación de sus respectivos fallos. La siguiente afirmación del magistrado Alberto Jorge Barreiro en su voto particular revela hasta qué punto los magistrados de la Audiencia y la Sala Segunda «dialogaron» entre sí (y ante la comunidad jurídica) en el idioma compartido de la conducta alternativa lícita:

«[L]a sentencia recurrida hace una referencia genérica a la existencia de dos concepciones doctrinales a la hora de dirimir la imputación del resultado en un delito imprudente como el que aquí se juzga. [...] Y si bien la Audiencia no entra a desarrollar el contenido de tales concepciones, ni tampoco la repercusión que cada una puede tener en el caso concreto, acaba de facto acogiendo la de la evitabilidad del resultado cuando arguye [...] que para dictar una condena penal ha de constar

*que la conducta correcta de los médicos habría evitado con una probabilidad rayana en la certeza o en la seguridad el resultado mortal.*

*Sigue, pues, la teoría de la evitabilidad del resultado en la versión que puede considerarse más extrema y que más se ajusta al principio “in dubio pro reo” [...].*

*En la sentencia de casación se abandona el referido criterio y se acoge el del incremento del riesgo, pero también [...] siguiendo una concepción extrema de la referida teoría.»*

El diagnóstico de Jorge Barreiro es, por lo demás, absolutamente certero: mientras que, como anticipé, la Audiencia Provincial absuelve a los médicos por no haberse probado con una probabilidad rayana en la certeza la evitabilidad de los resultados de muerte con su conducta alternativa lícita, la mayoría de la Sala Segunda acoge expresamente la teoría del incremento del riesgo —que opone tanto a la de la evitabilidad como a la del ámbito de protección de la norma— y condena a S.R.V. sobre la base de que, para confirmar su absolución, habría sido necesario que se acreditara *«fuera de toda duda razonable, que, aunque hubiera hecho el acusado todo lo que estaba en su mano, la joven hubiese lamentablemente fallecido»*. El magistrado discrepante se muestra, por otro lado, partidario de una posición intermedia entre las dos anteriores, que califica como una versión *«más moderada»* de la teoría de la evitabilidad, *«según la cual es suficiente para imputarle el resultado al acusado que resulte acreditado que existe una probabilidad más o menos elevada (no una mera posibilidad de mínimos) de que una conducta diligente o correcta del médico habría evitado la muerte del paciente»*; probabilidad que, a su juicio, no refleja el relato de hechos probados<sup>12</sup>.

Como puede observarse, el uso por parte de los magistrados de las categorías dogmáticas de la imputación objetiva del resultado les permite entablar su «debate» sobre la responsabilidad de los médicos con toda la *agilidad* que proporciona un lenguaje común; un lenguaje con sobreentendidos, en el que conceptos como «fin de protección de la norma», «evitabilidad» e «incremento del riesgo» condensan una serie de implicaciones normativas y prácticas, *generalizables* a todo un grupo de casos

---

<sup>12</sup> Jorge Barreiro rechaza, por otro lado, la teoría del fin de protección de la norma, que califica (de forma probablemente algo injusta y, en todo caso, demasiado simplificada) como una postura *«acentuadamente normativista que considera suficiente para condenar que concurra una infracción clara del deber objetivo de cuidado, sin atender a la repercusión que en el caso concreto pudiera tener esa vulneración en un resultado homicida»*, y acusa a la mayoría de la Sala de estar acogiéndola *de facto* al condenar al médico.

valorativamente similares. Esta última consideración tiene, por lo demás, una implicación fundamental: la tajante adhesión de la mayoría de la Sala Segunda del Tribunal Supremo a la teoría del incremento del riesgo en la sentencia «Madrid Arena» obliga a la Sala, bien a resolver en el mismo sentido *todos* los casos de conducta alternativa conforme a Derecho que se le presenten en un futuro, bien a llevar a cabo un cambio de criterio *justificado*. Y esto —que naturalmente suscitará valoraciones muy dispares en el plano sustantivo— es, sin lugar a dudas, una buena noticia para la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley<sup>13</sup>.

#### **IV. Y viceversa: ¿qué es la imprudencia «menos grave»?**

La sentencia sobre el caso «Madrid Arena» es, por otro lado, la primera —y, que me conste, la última hasta la fecha— en que la Sala Segunda ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el ámbito de aplicación de la nueva modalidad de imprudencia «menos grave», introducida en los artículos 142.2 y 152.2 del Código Penal («CP») por medio de la Ley Orgánica 1/2015, con ocasión de la despenalización de las faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve (antiguo artículo 621 CP). En este punto, sin embargo, la resolución trae noticias mucho peores para la seguridad jurídica.

Los análisis doctrinales de la nueva modalidad de imprudencia resultan (todavía) escasos y son, en su inmensa mayoría, excesivamente superficiales, lo que contrasta con la extraordinaria relevancia práctica de la reforma. Y es que, siguiendo a MOLINA FERNÁNDEZ —cuyo estudio de la nueva categoría<sup>14</sup> constituye, hasta donde alcanzo, la más honrosa excepción a lo que acabo de señalar—, caben tres (y solo tres<sup>15</sup>)

---

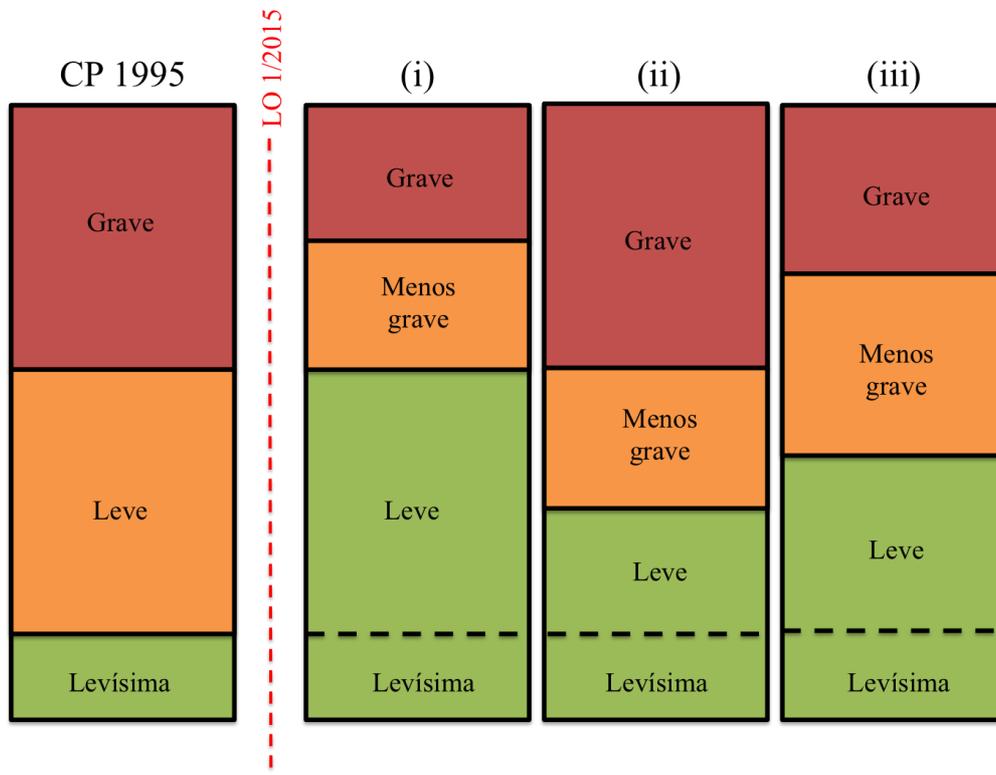
<sup>13</sup> Como señala GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro...?*, 1990, p. 159, «*también existe [...] una seguridad jurídica basada en una opinión errónea, pero en cualquier caso es mejor que la inseguridad jurídica, pues ahí no sabemos siquiera qué es lo que sucede y, por ello, es mucho más difícil argumentar, percibir dónde está un posible error y razonar para rebatirlo.*»

<sup>14</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, F., Dolo, imprudencia y error, en Molina Fernández, F. (Coord.), *Memento Práctico Penal 2017*, Madrid, Francis Lefebvre, 2016, pp. 292-293.

<sup>15</sup> Como señala el autor, la identidad extensional de la imprudencia menos grave y la antigua imprudencia leve (que supondría un simple «cambio de etiquetas») ha de ser descartada a la luz de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015; vid. MOLINA FERNÁNDEZ, loc. cit., p. 292. Mantiene esta postura, sin embargo, LUZÓN PEÑA, PG, 3ª ed., 2016, pp. 288, 295-297, 299.

También resulta insostenible la solución interpretativa propuesta en el Dictamen 2/2016, de 14 de julio, del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial sobre esta materia; solución que también parece acoger SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Del homicidio y sus formas* (arts. 138 y ss.), en González Cussac, J.L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 485-486. Acierta, de nuevo, MOLINA FERNÁNDEZ, loc. cit., p. 292, cuando señala que «[s]u afirmación

interpretaciones posibles de la imprudencia menos grave, cada una de ellas con importantes consecuencias de Derecho transitorio. Una representación gráfica de las distintas alternativas podría ser la siguiente:



Como se muestra en el gráfico, la primera posibilidad (i) pasaría por estimar que la nueva modalidad de imprudencia abarca el segmento *menos grave* de conductas que antes de la reforma habrían sido calificadas como imprudencia *grave*, de forma que estas conductas se castigarían ahora con una pena inferior, al tiempo que las faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve habrían quedado totalmente despenalizadas. De seguirse esta interpretación, la redacción actual de los artículos 142.2 y 152.2 CP tendría considerarse, sin duda, «*más favorable*» para el reo, a todos los efectos previstos en el artículo 2.2 CP (entre ellos, la necesidad de revisar las condenas por delitos de homicidio o lesiones por imprudencia grave recaídas con anterioridad a la reforma).

La segunda alternativa (ii) consistiría, por el contrario, en entender la Ley Orgánica 1/2015 como una norma solo parcialmente despenalizadora de las conductas de homicidio y lesiones por imprudencia leve, de forma que el ámbito de la imprudencia

---

*categórica de que la imprudencia grave no se ha modificado [...] y, a la vez, que la nueva imprudencia menos grave no coincide ni en todo ni en parte con la leve [...] resulta incoherente, ya que presupone un imposible espacio en blanco en la regulación anterior —algo que antes no sería ni imprudencia grave ni leve, y por ello impune, que ahora se castigaría—.»*

grave se habría mantenido constante, mientras que se habrían incrementado las penas previstas para el segmento *más grave* de las conductas que con anterioridad habrían sido calificadas como imprudencia *leve*. En esta lectura, la reforma tendría una eficacia retroactiva favorable (artículo 2.2 CP) limitada al ámbito de conductas encuadrables bajo la antigua categoría de imprudencia leve y no calificables, a su vez, como imprudencia menos grave; debiendo probablemente el resto de ellas continuar castigándose como faltas (vid. Disposición transitoria segunda CP).

Por último, la tercera posibilidad (iii) no sería más que una combinación de las anteriores, cuyas consecuencias de Derecho transitorio habrían de producirse, simultánea y respectivamente, en relación con cada uno de los dos segmentos de conductas ahora abarcadas por la imprudencia menos grave: las que antes de la reforma habrían sido calificadas como imprudencia grave y las que habrían sido calificadas como imprudencia leve. En cualquier caso, como también sugiere MOLINA FERNÁNDEZ, en la práctica podría quizás prescindirse, en beneficio del reo, del segundo grupo de efectos<sup>16</sup>.

Una vez más, renuncio a pronunciarme aquí sobre cuál de las anteriores opciones ha de considerarse sustantivamente más correcta. Sí me parece importante destacar, en cualquier caso, que exposiciones como la que se acaba de desarrollar resultan, como decía, muy difíciles de encontrar en los manuales, comentarios y obras de consulta de Derecho penal español al uso. En muchos de ellos, el problema de la correspondencia entre la nueva categoría y las antiguas de la imprudencia grave y leve, con sus implicaciones de Derecho transitorio, no aparece ni siquiera planteado<sup>17</sup>. En el resto de casos, la cuestión suele dejarse, por lo demás, abierta por completo, probablemente a la espera de que resulte jurisprudencialmente esclarecida<sup>18</sup>. Las tomas de postura en la

---

<sup>16</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, loc. cit., p. 293.

<sup>17</sup> Ni siquiera lo mencionan MUÑOZ CUESTA, J./ RUIZ DE ERECHUN ARTECHE, E., Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 120, 122; y MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial, 21ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 33-34, 105. Por su parte, CASTRO CORREDOIRA, M./ GUINARTE CABADA, G., La reforma de los delitos de lesiones (arts. 147, 152 y 156 CP), en González Cussac, J.L. (Dir.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 494-495; y CARBONELL MATEU, J.C., Homicidio y sus formas (I): homicidio, en González Cussac, J.L. (Coord.), Derecho Penal. Parte Especial, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 54-55 se limitan a afirmar que la nueva categoría de imprudencia no equivale a la leve anterior.

<sup>18</sup> Así, por ejemplo, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., Supresión de las faltas y creación de delitos leves, en González Cussac, J.L. (Dir.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 56-57, 68-69; FARALDO CABANA, P., Los delitos leves. Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 114-116; MIR PUIG, PG, 10ª ed., 2016, p.

materia, adoptadas tras una evaluación de los posibles argumentos a favor y en contra de cada una de las opciones interpretativas posibles, son, en este sentido, francamente excepcionales<sup>19</sup>. Ante esta situación, dista de provocar extrañeza la afirmación del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial de que

*«[t]ampoco en la praxis judicial posterior al 1 de julio de 2015 hay una tendencia unificadora con el matiz de que ninguna resolución se ha ocupado de la elaboración conceptual en profundidad más allá de aplicar, o no, la novedosa categoría al caso concreto, también con múltiples y no siempre coherentes resultados.»<sup>20</sup>*

Podría considerarse que la Audiencia Provincial de Madrid rompe, en cierto sentido, con esta pauta, al optar claramente, en su sentencia sobre el caso «Madrid Arena», por la primera de las alternativas de interpretación de la imprudencia menos grave antes enumeradas —con sus correspondientes efectos de Derecho transitorio— y aplicarla de forma consecuente al supuesto de hecho. Su planteamiento comienza, así, con la afirmación tajante de que

*«la imprudencia menos grave no se refiere al límite superior de aquellas conductas que antes eran consideradas como leves y que el legislador ha querido expresamente despenalizar, sino que debe considerarse que, dentro de la imprudencia menos grave se encuentran supuestos que antes se englobaban en la imprudencia grave pero que, por la menor importancia y relevancia del deber de cuidado infringido, [...] pueden ser considerados como menos graves.»<sup>21</sup>*

En consonancia con ello, la Audiencia condena, por un lado, a los empleados de Seguriber encargados de la coordinación de la operativa de seguridad del evento, J.J.P.N. y R.M.G., como autores de cinco delitos de homicidio por imprudencia menos

---

296; y PEÑARANDA RAMOS, E., Homicidio, en Molina Fernández, F. (Coord.), Memento Práctico Penal 2017, Madrid, Francis Lefebvre, 2016, p. 761.

<sup>19</sup> Cabe destacar la de DOVAL PAÍS, A., El nuevo régimen penal de las imprudencia menos graves y leves, en Quintero Olivares, G. (Dir.), Comentario a la reforma penal de 2015, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 338, 341; y Homicidio y lesiones por imprudencia: evolución, nuevo régimen y límites, La Ley Penal, 119, 2016, pp. 7-8, 11-12, que defiende la primera de las interpretaciones propuestas; y la del propio MOLINA FERNÁNDEZ, Dolo, imprudencia..., 2016, pp. 292-293, que se muestra partidario de la tercera. Esta última solución parece acoger también, si bien de forma mucho más ambigua, FELIP I SABORIT, D., El homicidio y sus formas, en Silva Sánchez, J.M. (Dir.), Lecciones de Derecho penal. Parte especial, 4ª ed., Barcelona, Atelier, 2015, p. 36.

<sup>20</sup> Dictamen 1/2016, de 14 de julio, pp. 17-18.

<sup>21</sup> Fundamento Jurídico Tercero (apartado 3.2) de la sentencia.

grave, y los absuelve de los catorce delitos de lesiones por imprudencia grave de los que se les acusaba, por entender que su conducta —que «*de acuerdo con la redacción que el C.P. tenía en el momento en que se produjeron los hechos, [...] sería, sin duda, constitutiva [...] de imprudencia grave*»— «*debe ser calificada, en beneficio de ambos acusados como imprudencia menos grave*»<sup>22</sup>. Por otro, absuelve al subdirector de seguridad de Madridec, R.P.M., al entender que su conducta durante el desarrollo de los hechos «*sería, en el momento en que se produjeron constitutiva de faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve [...] actualmente despenalizadas*»<sup>23</sup>.

A primera vista, podría pensarse que, también en relación con esta cuestión, la Sala Segunda del Tribunal Supremo mantiene una postura diametralmente contraria a la de la Audiencia, acogiendo la segunda de las opciones hermenéuticas antes expuestas. Así parecería extraerse, en efecto, de lo declarado por la Sala en el Fundamento de Derecho Décimo Tercero de su sentencia, en el que sostiene que

*«no cabría hablar de retroactividad con el argumento de que el nuevo texto surgido de la reforma podría ser más favorable, dado que la imprudencia grave no ha sufrido modificación alguna. [...] Por tanto, la imprudencia menos grave ha de situarse en el límite superior de aquéllas conductas que antes eran consideradas como leves y que el legislador ha querido expresamente despenalizar.»*

La sorpresa del lector es mayúscula, sin embargo, cuando, al llegar al Fundamento de Derecho Décimo Octavo de la sentencia, descubre que la Sala *confirma* íntegramente la calificación de la conducta de J.J.P.N. y R.M.G. llevada a cabo por la Audiencia —y su consiguiente condena como autores de cinco delitos de homicidio por imprudencia menos grave—, a pesar de afirmar, al mismo tiempo, que *comparte* (!) «*el razonamiento del Tribunal sentenciador cuando expone que, de acuerdo con la redacción que el Código Penal tenía en el momento en el que se produjeron los hechos [...], la conducta de ambos sería, sin duda, constitutiva de [...] imprudencia grave*». Esta es, huelga decirlo, una conclusión lógicamente imposible si, como hemos visto que

---

<sup>22</sup> Vid. Fundamento Jurídico Tercero (apartado 3.2) de la sentencia. Recuérdese que, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 las lesiones previstas en el artículo 147 CP son penalmente típicas únicamente si se cometen, al menos, con imprudencia grave (vid. artículo 152 CP, en su redacción actual). Afortunadamente, ninguna de las víctimas del caso «Madrid Arena» —al margen, por supuesto, de las cinco fallecidas— sufrió lesiones de mayor entidad que las contempladas en ese precepto.

<sup>23</sup> Vid. Fundamento Jurídico Tercero (apartado 3.3) de la sentencia.

declara la propia Sala solo unas páginas más arriba, «no cabría hablar de retroactividad [...] dado que la imprudencia grave no ha sufrido modificación alguna»<sup>24</sup>.

Esta patente contradicción hace imposible determinar, a la vista de la sentencia «Madrid Arena», lo que la Sala Segunda del Tribunal Supremo entiende realmente por imprudencia menos grave; ni mucho menos *predecir* con un mínimo grado de certeza el sentido en que se pronunciará en el futuro respecto de casos valorativamente similares. Y no son de ninguna ayuda en esta labor —más bien todo lo contrario— las ciertamente floridas (pero, con el debido respeto, incomprensibles) «aclaraciones» de la Sala en el sentido de que la nueva categoría

*«puede ser definida como la constitución de un riesgo de inferior naturaleza, a la grave, asimilable en este caso, la menos grave, como la infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar correspondientes a la conducta que es objeto de atención y que es la causalmente determinante, única o plural, con el resultado producido, de tal manera que puede afirmarse que la creación del riesgo le es imputable al agente [...]. Así, mientras que la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia pero operada por el despliegue de la omisión de diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir).»<sup>25</sup>*

A mi juicio, este lamentable resultado no hace más que confirmar lo *útil* que habría sido para los magistrados de la Sala Segunda que resolvieron (seguramente con demasiada prisa) este punto del recurso poder abrir *cualquier* manual de Derecho penal y encontrar una exposición clara y suficientemente profunda de las diferentes alternativas de interpretación de la nueva imprudencia menos grave, sus implicaciones valorativas y prácticas —incluidas, por supuesto, sus consecuencias de Derecho transitorio—, y los posibles argumentos a favor y en contra de cada una de ellas. Esta es nuestra función social como juristas dogmáticos. Si, por el contrario, esperamos pacientemente a que los aplicadores del Derecho dilucidan esta clase de cuestiones por sí mismos, y con vistas

---

<sup>24</sup> La absolución de R.P.M., por su parte, no fue objeto de ninguno de los recursos de casación interpuestos contra la sentencia de la Audiencia.

<sup>25</sup> Fundamento de Derecho Décimo Tercero de la sentencia.

únicamente a la resolución de cada caso concreto, corremos el riesgo de obtener un producto bastante parecido a los párrafos de la sentencia «Madrid Arena» que acaban de citarse. En un país como España, donde los jueces se encuentran doblemente «*urgidos*» (en el sentido más arriba indicado), una dogmática poco desarrollada es, como he tratado de demostrar con este pequeño ejemplo, el camino más rápido hacia una mala jurisprudencia.

## **V. Alguna conclusión**

Espero que todo lo expuesto haya servido, en alguna medida, para ejemplificar la idea con la que comencé esta comunicación: la dogmática es, ante todo, un *servicio público*; un servicio cuya prestación contribuye a una aplicación más *ágil*, más *segura* y más *igual* del Derecho penal, y cuya ausencia tiene el riesgo de derivar en todo lo contrario. La dogmática no es un inútil divertimento de los penalistas.