



Roj: **STS 1159/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1159**

Id Cendoj: **28079120012021100262**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/03/2021**

Nº de Recurso: **2693/2019**

Nº de Resolución: **284/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJP, Palmas de Gran Canaria (Las), núm. 1, 18-07-2018,**
SAP GC 1405/2019,
STS 1159/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 284/2021

Fecha de sentencia: 30/03/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2693/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/03/2021

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Sexta.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: ICR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2693/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 284/2021

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Vicente Magro Servet



D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 30 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la representación procesal de D. Gregorio , representado por la procuradora Dña. Inmaculada Gail López, bajo la dirección letrada de D. Carlos Conesa Sánchez, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Sexta, de fecha 11 de marzo de 2019, rollo apelación 934/2018, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 18 de julio de 2018 dictada en el procedimiento abreviado nº 170/2017 dimanante del Juzgado de lo Penal nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria, en la que fue condenado como autor responsable de un delito de homicidio imprudente y otro de omisión del deber de socorro en grado de tentativa; siendo parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia de fecha 18 de julio de 2018 (procedimiento abreviado nº 170/2017), que contiene los siguientes hechos probados:

"De la prueba practicada en el acto de la vista ha quedado acreditado que el acusado, Gregorio , mayor de edad por cuanto nacido el NUM000 de 1.970, con D.N.I. número NUM001 y sin antecedentes penales, sobre las 02:00 horas del día 2 de Octubre de 2.016, prestando servicios como empleado de la entidad Mémora Servicios Funerarios S.L., circulaba por la carretera GC-340 sentido Las Torres conduciendo el vehículo tipo furgoneta de la marca Mercedes, modelo Vito, con matrícula-WQN , propiedad de la citada entidad y asegurado mediante póliza en vigor de seguro obligatorio de automóviles concertada con la entidad Mutua Madrileña, haciéndolo sin prestar la atención debida y sin adecuar la velocidad a las circunstancias del tráfico, teniendo en cuenta que se trata de una carretera estrecha y sinuosa por la que es frecuente que transiten peatones, lo que provocó que no se apercibiera de la presencia en el lado derecho de la carretera de Doña María Rosa , nacida el NUM002 -51, a la que embistió por la espalda con la parte delantera derecha del vehículo, lanzándola contra el arcén donde se golpeó violentamente en la cabeza, a consecuencia de todo lo cual sufrió, entre otras lesiones, un traumatismo craneoencefálico, fracturas múltiples en la columna dorsal, rotura hepática y esplénica, lesiones que provocaron un shock traumático que causó su muerte de forma inmediata. A pesar de lo anterior el encausado continuó circulando, sin comprobar el estado en que se encontraba la víctima, hasta las oficinas de la empresa Mémora, donde aparcó el referido vehículo tras lo cual se fue a dormir sin comunicar a nadie lo sucedido.

La fallecida, cuyos ingresos mensuales rondaban los 150 euros al mes, estaba divorciada y tenía 8 hermanos, todos ellos mayores de treinta años, así como tres hijos mayores de edad, dos de los cuales, Obdulio y Pablo convivían con la misma y dependían económicamente de ella.

El marido de la hija de la víctima, Don Prudencio , abonó los gastos del funeral de la fallecida cuyo importe ascendió a la cantidad de 2.800 euros.

El acusado ha estado privado de libertad por esta causa el día 2 de Octubre de 2.016."

SEGUNDO.- En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLO: QUE DEBO CONDENAR y CONDENO A Gregorio como autor penalmente responsable de un delito de homicidio imprudente, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de cuatro años, y como autor de un delito de omisión del deber de socorro en grado de tentativa, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cinco meses y quince días de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al abono de las costas causadas en esta instancia, con expresa inclusión de las generadas por la intervención de la Acusación Particular.

Así mismo deberá de indemnizar, con la responsabilidad civil directa de la compañía Mutua Madrileña y subsidiaria de Mémora Servicios Funerarios S.L., a Doña Carla , hija de la fallecida, en la cantidad de 20.400 euros, a Don Obdulio y Don Pablo , también hijos de la fallecida en la cantidad de 50.400 euros a cada uno de ellos, a cada uno de los hermanos de la fallecida, Don Abilio , Doña Margarita , Doña Matilde , Doña Modesta , Don Arsenio , Doña Palmira , Don Benedicto y Don Benjamín en la cantidad, cada uno de ellos, de 15.400

euros, y finalmente a Don Prudencio en la cantidad de 2.800 euros correspondiente a los gastos de funeral de la víctima".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. Gregorio, dictándose sentencia por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Sexta, de fecha 11 de marzo de 2019, rollo de apelación nº 934/2018, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación entablado por el procurador D. Vicente Gutiérrez Álamo en nombre y representación de Gregorio; y el recurso de apelación entablado por la procuradora D^a María Teresa Díaz Muñoz en nombre y representación de la entidad aseguradora MUTUA MADRILEÑA SOCIEDAD DE SEGUROS, S.A. contra la sentencia dictada el 18 de julio de 2018, por la Magistrada Juez de lo Penal nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria, en autos de procedimiento abreviado nº 170/2017, que se confirma, con imposición de costas a la parte apelante, incluidas las de la acusación particular".

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la representación procesal de D. Gregorio, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente, lo basó en los siguientes motivos de casación:

Primero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim., por indebida aplicación del art. 142.1 del CP e inaplicación del art. 142.2 del CP.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim., por indebida aplicación del art. 66.1.6^a, 66.2 y 72 del CP.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim., por indebida aplicación del art. 195.1 y 3 del CP.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim., indebida aplicación del art. 62 en relación con el art. 16 del CP.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, interesó la admisión del primero de los motivos y la desestimación del resto de motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Realizado el señalamiento para fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 24 de marzo de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia dictada con fecha 18 de julio de 2018 por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria, en el marco del procedimiento abreviado núm. 170/2017, condenó a Gregorio como autor penalmente responsable de un delito de homicidio imprudente, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 3 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de 4 años. Fue también condenado como autor de un delito de omisión del deber de socorro en grado de tentativa, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 5 meses y 15 días de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Esta sentencia fue confirmada en grado de apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial, en virtud de resolución fechada el 11 de marzo de 2019, que desestimó el recurso promovido por el ahora recurrente.

2.- Contra esta última sentencia se promueve recurso de casación por la representación legal de Gregorio. Se formalizan cuatro motivos, todos ellos al amparo del art. 849.1 de la LECrim, única vía casacional admisible frente a las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales al resolver recursos interpuestos contra sentencias emanadas en primera instancia de los Juzgados de lo Penal (art. 848.1.b LECrim).

En efecto, la Ley 41/2015, 5 de octubre, introdujo una modificación de alcance histórico en la regulación del recurso de casación. La reforma altera su propio significado, tradicionalmente asociado a un medio extraordinario de impugnación contra una sentencia dictada en primera instancia por una Audiencia Provincial. La definitiva puesta en funcionamiento de la segunda instancia en el proceso penal ha obligado a sustituir las resoluciones susceptibles de impugnación casacional. En efecto, frente al sistema previgente en el que el objeto del recurso de casación -a salvo la innovación que representó la LO 5/1995, 22 de mayo, reguladora del



Tribunal del Jurado- era una sentencia dictada en única instancia por las Audiencias Provinciales, la Audiencia Nacional o las Salas de lo Civil y Penal cuando enjuiciaban procesos penales contra aforados, la reforma operada por la LO 41/2015, 5 de octubre, ha convertido en objeto del recurso las sentencias dictadas en grado de apelación por esos mismos órganos jurisdiccionales.

La vía abierta por la reforma, al autorizar el recurso de casación por infracción de ley del art. 849.1 respecto de las sentencias dictadas en apelación por las Audiencia Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, da al Tribunal Supremo la posibilidad de unificar criterios en la interpretación de tipos penales que nunca han llegado a la casación penal. Si bien se mira, ese positivo paso hacia el futuro encierra, en el fondo, una vuelta atrás en el papel histórico reservado a este recurso extraordinario. La tantas veces invocada función nomofiláctica del recurso de casación ha sido progresivamente arrinconada. La reforma de 1949 -que suprimió el acceso a la casación de las sentencias recaídas en juicios de faltas- y la creación en 1988 de los Juzgados de lo Penal, apartaron el recurso de casación de su anclaje histórico. Se ha dicho con razón que la historia de la casación penal es la historia de un constante alejamiento de sus bases fundacionales. Dicho con otras palabras, aquellas reformas han potenciado el carácter judicialista del recurso, apartándolo de un modelo de casación puro. Sea como fuere, justificado o no ese desapoderamiento histórico de la labor integradora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la reforma abre un espacio que debe contribuir a mejorar la seguridad jurídica como valor constitucional (art. 9.3 CE).

El acuerdo de Pleno no jurisdiccional de esta Sala fijó los criterios hermenéuticos básicos para hacer valer la impugnación contra este tipo de resoluciones y el alcance de la queja articulada con fundamento en el art. 849.1 de la LECrim (cfr. SSTS 377/2020, 18 de junio; 357/2020, 30 de junio; 392/2017, 31 de mayo; 664/2018, 17 de diciembre; 519/2019, 29 de octubre; 217/2019, 25 de abril; 748/2018, 14 de febrero y los AATS 12 marzo 2018; 18 julio 2018 y 1693/2016, 24 de noviembre, son sólo elocuentes ejemplos).

3.- Nuestro análisis va a comenzar con el primero de los motivos, que denuncia infracción de ley, por la indebida aplicación del art. 142.1 del CP e inaplicación del art. 142.2 del CP.

A juicio de la defensa, "...con los datos obrantes en autos, fruto de la prueba practicada en el plenario, sólo se puede llegar a la conclusión de que la desatención a la conducción a que se refiere la Sentencia apelada, que declara que cuando aquel conducía el vehículo de la empresa estaba "haciéndolo sin prestar la debida atención", no integra el tipo penal de la imprudencia grave a que se refiere el artículo 142.1 del Código Penal".

Con una elaborada cita de la jurisprudencia que considera aplicable y de la normativa administrativa cuyo valor jurídico habría obviado la Audiencia Provincial, concluye la defensa que los hechos no son constitutivos del delito de homicidio por imprudencia grave por el que ha sido condenado Gregorio , sino de un delito de homicidio cometido por imprudencia menos grave, del art. 142.2 del CP.

Así se expresa en el último de los párrafos que integran el desarrollo del primero de los motivos: "...la conducta del Sr. Gregorio no puede calificarse como de imprudencia grave, sino menos grave, teniendo en cuenta la conducta imprudente de la víctima anteriormente descrita. Por ello, la calificación jurídica de los hechos probados ha de incardinarse en el artículo 142.2 del Código Penal, es decir, como de imprudencia menos grave, con las consecuencias penológicas derivadas de la misma, condenando en todo caso a mi mandante a una pena de 10 meses y 15 días de multa, a razón de 6 euros diarios, pues mi mandante se encuentra en paro, al haber sido despedido de forma fulminante de la empresa en la que prestaba servicios a raíz del accidente".

La defensa, por tanto, no reivindica la atipicidad de la acción declarada probada, sino su carácter de imprudencia menos grave.

Una precisión inicial resulta obligada. Y es que el alegado error en el juicio de tipicidad no puede ser concluido, como sugiere el motivo, "...con los datos obrantes en autos, fruto de la prueba practicada en el plenario". En efecto, la vía casacional que habilita el art. 849.1 de la LECrim exige como premisa metodológica que la argumentación expresiva del desacuerdo con la calificación jurídica de los hechos se haga valer a partir del juicio histórico, tal y como ha sido fijado por la Audiencia. Esta Sala no puede indagar en los "...datos obrantes en autos" ni en la "...prueba practicada en el plenario". Nos lo impiden, no sólo poderosas razones ligadas a la naturaleza singular y extraordinaria del recurso de casación, sino la simple evidencia de que no hemos presenciado los actos de prueba que han llevado al órgano de instancia a expresar el juicio histórico . Nuestro punto de partida no puede ser otro que el relato de hechos probados fijado por los Magistrados de instancia, una vez valorada la prueba, conforme exige el art. 741 de la LECrim, con la riqueza añadida que otorga el principio de inmediación.

En suma, sólo a partir de su lectura interrelacionada podremos proclamar el acierto o el error en la calificación jurídica de los hechos. El motivo no cuestiona que el resultado del triste fallecimiento de la víctima fuera la consecuencia de una acción imputable objetivamente al acusado Gregorio . De ahí que en la opción de estimar



que los hechos son constitutivos de un delito de homicidio causado por imprudencia grave (art. 142.1 CP) o por imprudencia menos grave (art. 142.2 CP), sólo podemos contar con el relato fáctico fijado por el Juzgado de lo Penal y avalado en grado de apelación por la Audiencia Provincial.

La jurisprudencia más reciente autoriza también, siempre en beneficio del reo, ponderar elementos de la fundamentación jurídica que tienen un claro sabor fáctico. El tratamiento dispensado a la posibilidad de integración del factum con afirmaciones de hechos que se incorporan de forma asistemática en el razonamiento jurídico, no ha contado -decíamos en las SSTS 220/2020, 22 de junio y 339/2010, 9 de abril- con la deseable uniformidad. De hecho, esta Sala ha venido dictando sentencias que abordan esta cuestión con diferentes soluciones, fundamentalmente tres: a) la tesis que permite la posibilidad de integrar o complementar el factum con datos de hecho desperdigados en la motivación -por ejemplo la STS 990/2004 de 15 de noviembre-; b) la tesis que prohíbe dicha posibilidad de integración -entre otras, STS 762/2006 de 10 de julio-; y c) una tesis intermedia que permitiría la integración siempre en beneficio del reo y nunca en su contra -STS 945/2004 de 23 de julio-.

Hoy puede considerarse plenamente consolidado el criterio que admite la posibilidad de que los hechos probados sean complementados por constataciones de hecho formuladas de forma terminante en la fundamentación jurídica, sin que el relato fáctico, en los elementos esenciales del delito que motiva la condena, pueda configurarse mediante afirmaciones fácticas surgidas de procesos argumentativos contenidos en la fundamentación jurídica (cfr. SSTS 298/2020, 11 de junio; 292/2020, 10 de junio; 21/2010, 26 de enero y 520/2012, 19 de junio y 862/2012, 31 de octubre, entre otras).

3.1.- El respaldo fáctico con el que la Audiencia Provincial de Las Palmas ha etiquetado los hechos como constitutivos de un delito de homicidio por imprudencia grave describe cómo Gregorio conducía, sobre las 02:00 horas del día 2 de octubre de 2016, el vehículo *Mercedes-Vito*, matrícula-WQN , propiedad de la empresa de servicios funerarios *Memora*, por la carretera GC-340, sentido Las Torres, "...haciéndolo sin prestar la atención debida y sin adecuar la velocidad a las circunstancias del tráfico, teniendo en cuenta que se trata de una carretera estrecha y sinuosa por la que es frecuente que transiten peatones, lo que provocó que no se apercibiera de la presencia en el lado derecho de la carretera de Doña María Rosa , nacida el NUM002 -51, a la que embistió por la espalda con la parte delantera derecha del vehículo, lanzándola contra el arcén donde se golpeó violentamente en la cabeza, a consecuencia de todo lo cual sufrió, entre otras lesiones, un traumatismo craneoencefálico, fracturas múltiples en la columna dorsal, rotura hepática y esplénica, lesiones que provocaron un shock traumático que causó su muerte de forma inmediata".

Determinar si los hechos así fijados en la instancia han sido o no correctamente calificados sitúa a esta Sala en el confuso y esquivo terreno de la imprudencia punible, tal y como ha quedado finalmente regulada después de desafortunadas y prescindibles reformas legales. Estamos en presencia de una materia que ha sido objeto de sucesivas modificaciones legales que, buscando aportar seguridad jurídica, han traicionado el valor que pretendían preservar, hasta el punto de que las dudas a las que se enfrenta el intérprete hacen acto de presencia incluso en el momento inicial del proceso exegético, cuando de lo que se trata es de fijar los conceptos más elementales.

En esta tarea de determinación de los límites conceptuales entre la imprudencia grave, menos grave y leve, se han sucedido precedentes de esta Sala que son de obligada cita para entender las claves de los distintos procesos de reforma. La STS 54/2015, 11 de febrero, con amplia glosa de otras resoluciones que han configurado el criterio jurisprudencial, aborda la doctrina previgente en relación con el concepto de imprudencia grave. La STS 805/2017, 11 de diciembre -caso *Madrid-Arena* -, después de fijar algunas consideraciones generales sobre la imprudencia, fijó el criterio orientado a definir lo que por imprudencia menos grave ha de entenderse. En esta resolución se aborda la incidencia que la reforma operada la LO 1/2015, 30 de marzo, tuvo en la delimitación de los grandes conceptos de imprudencia. Su transcripción literal resulta especialmente aconsejable:

" La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, ha procedido a una despenalización de la imprudencia leve, dibujando nuevos conceptos, imprudencia grave y menos grave en los tipos imprudentes de los arts. 142 y 152 del Código Penal .

Las razones de la distinción es la 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.

Así, según se expone en el Preámbulo de la LO 1/2015, el legislador considera "oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil" por considerar que estos supuestos deben quedar fuera del Código Penal razonando que "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 de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad".

Dentro de las imprudencias que se consideran por el legislador que constituyen conductas merecedoras de reproche penal se establece esa modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, en las que se incluyen, por lo que afecta a la presente resolución, los delitos de homicidio por imprudencia grave y menos grave previstos en el párrafo primero y segundo del art. 142 del C.P., respectivamente, y las lesiones por imprudencia grave del art. 147.1 del C.P. que se recogen en el art. 152.1.1º del C.P., no considerándose constitutivas de infracción penal las lesiones previstas en el art. 147 del C.P. que se cometan por imprudencia menos grave puesto que el segundo párrafo del art. 152 del C.P. sólo sanciona al que por imprudencia menos grave cometiere alguna de las lesiones a que se refieren los arts. 149 y 150 del C.P.

Se hace, pues, necesario un esfuerzo interpretativo para delimitar los conceptos de imprudencia grave y menos grave y proyectarlos sobre la realidad social diaria.

La distinción, al menos en su nomenclatura, es novedosa en nuestro sistema penal, y en concreto la expresión y concepto de imprudencia menos grave, pudiendo ayudarnos los antecedentes histórico-legislativos en la exégesis de la misma.

Desde el Código Penal de 1848, la imprudencia se venía graduando en tres categorías: imprudencia temeraria, imprudencia simple con infracción de reglamentos y simple o mera imprudencia. Con la reforma operada por LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, se consideró que la llamada infracción de reglamentos, por concurrir prácticamente en todo hecho culposo, no podía ser utilizada como criterio diferenciador entre delito y falta, antes al contrario, incluso para la falta debía requerirse tal infracción reglamentaria, aun admitiendo la posibilidad de un tipo mínimo de falta en que no concurriera ese elemento; razonamiento que ha de estimarse correcto pues la esencia del injusto imprudente no está fundado sólo en las infracciones de la legislación extrapenal.

La imprudencia temeraria venía definida jurisprudencialmente como la omisión de elementales normas de cuidado que cualquier persona debe observar y guardar en los actos de la vida ordinaria, o en la omisión de la diligencia que resulte indispensable en el ejercicio de la actividad o profesión que implique riesgo propio o ajeno (STS de 15 de octubre de 1991).

En la imprudencia simple se incluía dogmáticamente la omisión de la atención normal o debida en relación con los factores circunstanciales de todo orden que definen y conforman el supuesto concreto, representando la infracción de un deber de cuidado de pequeño alcance, aproximándose a la cota exigida habitualmente en la vida social (ver STS de 17 de noviembre de 1992).

El Código Penal de 1995 estableció un nuevo régimen de crimina culposa, utilizando las categorías de imprudencia grave y leve. La doctrina de esta Sala entendió que imprudencia grave era equivalente a la imprudencia temeraria anterior, mientras que la leve se nutría conceptualmente de la imprudencia simple (STS 1823/2002, de 7 de noviembre), persistiendo la culpa levísima como ilícito civil. La diferencia radicaba en la mayor o menor intensidad del quebrantamiento del deber objetivo de cuidado que, como elemento normativo, seguía siendo la idea vertebral del concepto de imprudencia.

Como hemos dicho, la LO 1/2015, contempla la imprudencia grave y menos grave, quedando la imprudencia leve reservada para el ámbito (civil) de la responsabilidad extracontractual.

La cuestión es pues si los conceptos imprudencia grave y menos grave son o no equivalentes a los anteriores de imprudencia grave y leve y si, por tanto, ha habido una reducción de la intervención penal.

En la doctrina científica, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, se pueden distinguir, fundamentalmente, dos posturas en torno a la elaboración conceptual de la nueva categoría de imprudencia menos grave -y su relación con la grave-. En primer lugar, la que tiende a identificar la imprudencia menos grave con la antigua leve, y junto a ella la de quienes la construyen como una tipología de imprudencia intermedia más intensa que la leve anterior, por lo que se separaría de esta última, nutriéndose de supuestos más graves y sin detraer ninguno de la imprudencia grave. En segundo lugar, la que elabora la nueva imprudencia menos grave como desgajada o separada de la grave, al alimentarse de sus conductas más leves, con las consiguientes repercusiones en el derecho transitorio centradas en la posibilidad de aplicación retroactiva de la nueva categoría como más beneficiosa.

La imprudencia menos grave no puede equipararse a la antigua imprudencia leve. Por otra parte, la nueva imprudencia menos grave tampoco se integra totalmente en la imprudencia grave, y no se nutre de las conductas más leves de la imprudencia, sino que constituye una nueva categoría conceptual. La nueva modulación de ese nivel de imprudencia delictiva contempla un matiz diferenciador de grados o niveles de gravedad; la vulneración del deber de cuidado es idéntica en una y otra y la diferencia está en la intensidad o relevancia -la imprudencia leve atípica vendría referida, por exclusión de las otras dos categorías, a la vulneración de deberes de cuidado de insuficiente entidad o relieve y de mayor lejanía a la imprudencia grave-.

La menor gravedad significa, en estos términos, partir de una previa valoración de la entidad o intensidad en la infracción de los deberes referidos, constitutivos de la imprudencia grave, que ante las circunstancias concurrentes, se degrada o desvalora.

Proyectando estas consideraciones al derecho transitorio, 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.

En suma, en una aproximación hermenéutica al concepto de imprudencia menos grave, es precisa una vulneración de cierta significación o entidad de los deberes normativos de cuidado, en particular de los plasmados en los preceptos legales de singular relevancia, sin exclusión de los sociológicos.

Por tanto, la imprudencia menos grave ha de situarse en el límite superior de aquellas conductas que antes eran consideradas como leves y que el legislador ha querido expresamente despenalizar, encontrándose supuestos que por la menor importancia y relevancia del deber de cuidado infringido, de conformidad con los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por la jurisprudencia para ello, y a los que con anterioridad se ha hecho referencia, pueden ser considerados como menos graves.

La imprudencia menos grave 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 correspondiente 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, bien por su conducta profesional o por su actuación u omisión en una actividad permitida social y jurídicamente que pueda causar un resultado dañoso. Así, mientras 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 la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir).

Estas nociones, naturalmente, constituyen generalmente conceptos jurídicos indeterminados, que necesitan del diseño, en el caso concreto, para operar en la realidad que ha de ser juzgada en el supuesto de autos. La imprudencia grave es, pues, la omisión de la diligencia más intolerable, mediante una conducta activa u omisiva, que causa un resultado dañoso y que se encuentra causalmente conectada normativamente con tal resultado, mediante la teoría de la imputación objetiva, que partiendo de un previo lazo naturalístico, contribuye a su tipificación mediante un juicio basado en la creación de un riesgo no permitido que es el que opera como conexión en la relación de causalidad".

3.2.- Otro pronunciamiento adquiere un valor singular respecto del supuesto que centra ahora nuestra atención. Se trata de la STS 421/2020, 22 de julio, que estimó el recurso promovido por el Ministerio Fiscal y consideró que los hechos declarados probados eran constitutivos de un delito de homicidio por imprudencia menos grave. Su valor interpretativo deriva, no ya del hecho de tratarse de una sentencia unánime del Pleno de la Sala Penal, sino del análisis al que se someten las distintas categorías de imprudencia a partir de la modificación operada en el art. 142 del CP por la LO 2/2019, 1 de marzo, de reforma del Código penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente.

También ahora resulta de interés la transcripción literal de algunos de sus pasajes:

"La reforma de 2019 ha intentado delimitar o clarificar algo ese concepto -imprudencia menos grave-. Tomando prestado un criterio que había aflorado en alguna jurisprudencia menor, establece que la presencia de una infracción grave de la ley sobre tráfico, Circulación de Vehículos a motor y Seguridad Vial (RDL 6/2015, de 30 de octubre) supondrá, en principio, un caso de imprudencia menos grave a los efectos de los arts. 142 y 152 CP.

"Se reputará imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de esta por el Juez o el Tribunal".



La glosa inicial de esta proposición normativa sugiere estas consideraciones:

a) Es claro que la referencia a una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial remite al RDL 6/2015 y su listado de infracciones graves.

b) Una segunda observación: no tiene la norma afán de proporcionar con esa remisión una definición única y excluyente de la imprudencia menos grave. Es solo una indicación orientadora. Presenta alguna singular diferencia (en cuanto no se ofrece como definitiva) a la introducida en el campo de las imprudencias graves. En este ámbito el Código reformado establece que se reputa en todo caso grave la imprudencia en la que el resultado traiga causa de algunas de las circunstancias previstas en el art. 379 (exceso de velocidad relevante en los términos allí previstos, o conducción bajo los efectos del alcohol u otras sustancias tóxicas). Al igual que ha establecido la jurisprudencia en relación al art. 380.2 (STS 744/2018, de 7 de febrero de 2019) estamos ante una presunción legal de imprudencia grave; no ante una definición excluyente o totalizadora. Es taxativa en el sentido de que no es conciliable con la ley, producido un resultado como consecuencia de esos delitos de riesgo, degradar la imprudencia de su máximo rango legal (salvo que podamos negar la imputación objetiva: determinara la producción del hecho). Pero al margen de esos, caben otros supuestos de imprudencia grave. En el marco de la imprudencia menos grave el inciso "en todo caso" que aparecía en el texto que inspiró la enmienda desapareció.

c) La nueva caracterización de la imprudencia menos grave, presenta un relevante matiz frente a la especificación de la imprudencia grave. La presencia de una infracción grave de tráfico, según la catalogación administrativa, empuja en principio al marco de la imprudencia menos grave y aleja de la imprudencia leve no punible. Ahora bien, eso no significa ni que no puedan existir otros casos de imprudencia menos grave; ni que siempre que se dé una infracción grave de tráfico la imprudencia haya de ser calificada de menos grave.

Desarrollemos esta idea:

a) Pueden aparecer supuestos en que sin identificarse una infracción administrativa grave estemos ante una imprudencia menos grave (aunque si observamos el listado extensísimo, y con algún supuesto extremadamente abierto, de las infracciones viarias graves - art. 76 de la Ley de Seguridad Vial -, eso será muy difícil: basta fijarse en la amplísima fórmula de la letra m): es infracción grave la conducción negligente). También -es lógico- existirán casos en que la infracción de tráfico administrativa adquiera la consideración de muy grave, y, sin embargo, no alcance el nivel de la gravedad a efectos penales exigido por los arts. 142 y 152. Deberemos acudir entonces a la imprudencia menos grave para ofrecer la respuesta penal adecuada.

b) Pero, igualmente, son concebibles supuestos en que se constate la presencia de una infracción grave y no estemos ante una imprudencia menos grave:

1. Bien porque el Juez o Tribunal considere que la imprudencia alcanza magnitud suficiente para colmar el concepto penal de imprudencia grave. Éste sería el presente supuesto según el entendimiento del recurrente que comparte el Ministerio Fiscal.

2. O bien, en el otro extremo, por entenderse que, aunque concurra una infracción grave viaria, la imprudencia no desborda los linderos de la imprudencia leve en sentido jurídico penal. El juez o tribunal no queda convertido en esclavo de la catalogación administrativa. No estamos ante la resurrección de la imprudencia simple con infracción de reglamentos. A eso responde -y el seguimiento de la tramitación parlamentaria lo confirma- el inciso que alude a la necesidad de que el juez aprecie la entidad de la imprudencia. La presencia de una infracción grave supone una presunción de imprudencia menos grave. Emplaza, en principio, a incoar diligencias para esclarecer los hechos y delimitar la magnitud de la negligencia. Pero el Juez podría llegar a excluirla por factores varios no susceptibles de ser reducidos a un listado: Solo caben orientaciones o criterios que habrán de ir pensándose casuísticamente (v.gr., si la infracción administrativa grave es intencional o fruto de una negligencia). No es admisible otra interpretación que la de dejar esa escapatoria al arbitrio judicial descartando una dependencia absoluta de la calificación penal de la imprudencia respecto de la catalogación administrativa, menos precisa y más de brocha gorda. Un absoluto automatismo es rechazable. Así se deriva inequívocamente de ese inciso final; y, así, por otra parte, se constata si examinamos el listado de infracciones graves de la legislación viaria.

La comparación con la cláusula del inciso final del art. 142.1, párrafo penúltimo lo corrobora: en todo caso se dice ahí. No encontraremos igual apostilla en la previsión paralela del art. 142.2 donde se ve sustituida por una matización: apreciada la entidad de esta por el Juez o Tribunal. El pronombre "esta" solo puede referirse a la infracción grave administrativa. No puede significar algo tan obvio e innecesario como señalar que es el Juez quien debe constatar que la conducta es encajable en alguna de las infracciones descritas en el art. 76 que ahora citaremos. Añade algo: además de ser una infracción grave según la normativa administrativa de tráfico, ha de encerrar una determinada entidad, concebida como algo más, un plus, de orden valorativo, que debe ponderar el Juzgador y que permite definitivamente excluir la levedad.

La técnica del legislador es alambicada y la interpretación tiene algo de tortuosa. La confusión se ve alimentada por el manejo de términos idénticos (grave, leve) para referirse a conceptos distintos, provocando un cierto galimatías que reclama continuas aclaraciones.

Recopilemos: la presencia de una infracción grave de tráfico -que es la pauta orientadora introducida en 2019- puede determinar:

- a) Una imprudencia grave si el Juez o Tribunal lo estima así a la vista de las circunstancias que implican esa mayor magnitud de la infracción del deber de cuidado.*
- b) Una imprudencia menos grave, que, según esa pauta, debiera ser lo ordinario, aunque aquí se imponen matices.*
- c) Una imprudencia leve si el Juez o Tribunal no aprecia entidad suficiente en la infracción como para categorizarla penalmente de menos grave, en supuestos que tampoco serán insólitos o excepcionales.*

Pese a lo bienintencionado de la reforma, no se logra la deseable previsibilidad normativa, previsibilidad tan importante en el derecho penal como lo es en la imprudencia. Algo se ha avanzado, pero no se alcanza el nivel ideal de taxatividad. Se queja de ello en uno de sus dictámenes de casación la parte recurrida. Se antoja, en efecto, poco claro un marco jurídico que se podría sintetizar así: la infracción grave de una norma de tráfico (con un resultado típico) constituye un delito leve de imprudencia menos grave, sancionado con pena leve o con pena menos grave, salvo que el Juez o Tribunal considere bien que la imprudencia es grave, bien que es leve.

La utilización de unos mismos vocablos (grave, leve) con significaciones diversas (según nos estemos refiriendo al ámbito administrativo, al de la imprudencia penal, o al de la catalogación de los delitos y las penas) provoca un panorama más bien turbio".

La sentencia que estamos glosando, de tanta relevancia para delimitar la frontera conceptual entre las distintas formas de imprudencia, incorpora en su FJ 6º el siguiente razonamiento:

"Demos un paso más a través del análisis de la norma administrativa que se sitúa como referente -no exclusivo ni definitivo, pero sí indicador o indiciario- de lo que es imprudencia menos grave a los efectos del art. 142 CP (y 152).

Según el art. artículo 76 de la Ley sobre Tráfico Circulación de Vehículos a motor y Seguridad Vial (LSV) son infracciones graves (solo mencionamos las que afectan a la conducción de vehículos de motor):

"a) No respetar los límites de velocidad reglamentariamente establecidos o circular en un tramo a una velocidad media superior a la reglamentariamente establecida, de acuerdo con lo recogido en el anexo IV. (...).

c) Incumplir las disposiciones de esta ley en materia de preferencia de paso, adelantamientos, cambios de dirección o sentido y marcha atrás, sentido de la circulación, utilización de carriles y arcones y, en general, toda vulneración de las ordenaciones especiales de tráfico por razones de seguridad o fluidez de la circulación.

d) Parar o estacionar en el carril bus, en curvas, cambios de rasante, zonas de estacionamiento para uso exclusivo de personas con discapacidad, túneles, pasos inferiores, intersecciones o en cualquier otro lugar peligroso o en el que se obstaculice gravemente la circulación o constituya un riesgo, especialmente para los peatones.

e) Circular sin hacer uso del alumbrado reglamentario.

f) Conducir utilizando cualquier tipo de casco de audio o auricular conectado a aparatos receptores o reproductores de sonido u otros dispositivos que disminuyan la atención permanente a la conducción.

g) Conducir utilizando manualmente dispositivos de telefonía móvil, navegadores o cualquier otro medio o sistema de comunicación, así como utilizar mecanismos de detección de radares o cinemómetros.

h) No hacer uso del cinturón de seguridad, sistemas de retención infantil, casco y demás elementos de protección.

i) Circular con menores de doce años como pasajeros de ciclomotores o motocicletas, o con menores en los asientos delanteros o traseros, cuando no esté permitido.

j) No respetar las señales y órdenes de los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico.

k) No respetar la luz roja de un semáforo.

l) No respetar la señal de stop o la señal de ceda el paso.

(...)

m) Conducción negligente.

(...)

- ñ) *No mantener la distancia de seguridad con el vehículo precedente.*
- o) *Circular con un vehículo que incumpla las condiciones técnicas reglamentariamente establecidas, salvo que sea calificada como muy grave, así como las infracciones relativas a las normas que regulan la inspección técnica de vehículos.*
- (...)
- r) *Conducir vehículos con la carga mal acondicionada o con peligro de caída.*
- (...)
- u) *La ocupación excesiva del vehículo que suponga aumentar en un 50 por ciento el número de plazas autorizadas, excluida la del conductor.*
- v) *Incumplir la obligación de impedir que el vehículo sea conducido por quien nunca haya obtenido el permiso o la licencia de conducción correspondiente.*
- (...)
- x) *Circular por autopistas o autovías con vehículos que lo tienen prohibido.*
- (...)
- z) *Circular en posición paralela con vehículos que lo tienen prohibido".*
- Junto a ellas quedan definidas unas infracciones muy graves en un precepto contiguo (art. 77):*
- "a) No respetar los límites de velocidad reglamentariamente establecidos o circular en un tramo a una velocidad media superior a la reglamentariamente establecida, de acuerdo con lo recogido en el anexo IV.*
- b) Circular con un vehículo cuya carga ha caído a la vía, por su mal acondicionamiento, creando grave peligro para el resto de los usuarios.*
- c) Conducir con tasas de alcohol superiores a las que reglamentariamente se establezcan, o con presencia en el organismo de drogas.*
- (...)
- e) Conducción temeraria.*
- f) Circular en sentido contrario al establecido.*
- g) Participar en competiciones y carreras de vehículos no autorizadas.*
- (...)
- i) Aumentar en más del 50 por ciento los tiempos de conducción o minorar en más del 50 por ciento los tiempos de descanso establecidos en la legislación sobre transporte terrestre.*
- (...)
- k) Conducir un vehículo careciendo del permiso o licencia de conducción correspondiente.*
- (...)
- ll) Circular con un vehículo que incumpla las condiciones técnicas que afecten gravemente a la seguridad vial.*

Si centramos la atención en la letra m) del art. 76 sale no solo reforzada, sino blindada frente a cualquier cuestionamiento la interpretación expuesta del inciso final del art. 142 (apreciada la entidad de ésta por el Juez o Tribunal). No puede ser otra que la indicada: es compatible la constatación de una infracción grave de tráfico con una calificación penal como imprudencia leve y, por tanto, con exclusión de la punibilidad. Si negligencia e imprudencia son sinónimos; o al menos términos no susceptibles de significar cosas claramente distintas, siempre que se produzca una imprudencia pilotando un vehículo de motor podrá hablarse de conducción negligente. También si es un episodio puntual. La infracción grave administrativa de la letra m) del art. 76 LSV no sanciona solo una conducción negligente con cierta proyección temporal. También la negligencia momentánea encaja en esa falta. Si eso es así, habríamos arrebatado a la imprudencia leve todo espacio. En la graduación efectuada en el Código Penal la habríamos arrinconado hasta expulsarla del campo de juego: no existirían imprudencias de tráfico leves lo que supondría una clara traición a la voluntad del legislador. La mera mención, huérfana de cualquier otra valoración adicional de la infracción prevista en la letra m) del art. 76 no basta para argumentar la concurrencia de una imprudencia menos grave.

No existe, así pues, vicariedad de la norma penal respecto de la administrativa: ésta por voluntad del legislador aporta un indicativo, un criterio, un indicio de la posible catalogación como imprudencia menos grave, pero no cancela la facultad del Juzgador, para, 'in casu', razonándolo, declarar bien que es una imprudencia grave, bien que es una imprudencia leve.

Algo aporta en todo caso la mención: una infracción grave de tráfico constituye una presunción, un criterio orientativo, de que, prima facie, estaremos ante una imprudencia menos grave. Para desactivar esa especie de presunción, salvo casos muy claros (vgr., y por usar un ejemplo tópico, alcance por detrás a escasa velocidad en un momento de colapso circulatorio con continuas retenciones) ordinariamente será necesario incoar diligencias, indagar y decidir mediante una motivación especial; razonar por qué en el supuesto concreto, pese a ello, la negligencia no tiene entidad suficiente para desbordar la categoría inferior (levedad).

Evidentemente esa valoración no siempre será igual. Según cual sea la infracción grave de tráfico con que operemos habrá unos matices u otros. Y siempre será imprescindible el juicio que exige la imputación objetiva.

La ya mencionada infracción de la letra m), por ejemplo, aporta o nada o muy poco pues remite al problema general ¿cómo de grave es la negligencia? En los excesos de velocidad habrá que graduar, entre otros imaginables factores, en cuánto se excedía el tope permitido: habrá supuestos muy diferenciables. Otras veces puede ser decisivo comprobar si la infracción administrativa en sí ha sido intencionada o por descuido (v. gr., al no respetarse un "ceda el paso") y ponderar las causas de esa desatención momentánea, ... No es posible un prontuario o un vademécum completo: será el juzgador el llamado a valorar en cada supuesto, sin perder de vista ese parámetro legal orientativo (infracción administrativa grave) del que no puede prescindir, y que le obliga prima facie a explicar por qué pese a constatar una infracción grave descarta la calificación como imprudencia menos grave.

La presencia de una infracción grave constituye indicio de imprudencia menos grave; presunción que, puede ser contrarrestada por una motivación suficiente a veces basada en la evidencia, tendente a mostrar que esa imprudencia en esas concretas circunstancias y sus singulares características no alcanza ese rango intermedio y puede ubicarse razonablemente en la imprudencia leve, atípica penalmente".

3.3.- Como puede apreciarse a la vista de la fundamentación jurídica de estos precedentes, la Sala viene enfrentándose al desafío de fijar los límites conceptuales de la imprudencia grave, menos grave y leve. Y ha de afrontar ese desafío a partir de recientes reformas -LO 1/2015, 30 de marzo y LO 2/2019, 1 de marzo- que queriendo optar por un modelo limitativo del arbitrio judicial, han generado el efecto contrario. Hablar de imprudencia supone situar al intérprete en el terreno de lo valorativo. Pero los inconvenientes asociados al manejo de categorías normativas se hacen todavía más visibles cuando el legislador ofrece una interpretación auténtica con la que aspira a zanjar todos los problemas. Y es que la utilidad de esa interpretación auténtica es sólo aparente, pues genera otras dificultades asociadas a los principios de legalidad, proporcionalidad, seguridad jurídica y culpabilidad. Algunos de estos principios pueden resultar irremediabilmente dañados cuando el legislador ve en la administrativización del derecho penal la fórmula taumatúrgica a la que encomendarse. Pretender objetivar las distintas categorías de imprudencia supone prescindir de la propia naturaleza de la acción negligente.

Y todo ello, además, con un perturbador efecto en la práctica cotidiana de algunas resoluciones que optan por la utilización de cláusulas predeterminativas que reemplazan la riqueza descriptiva que ha de predicarse de todo relato de hechos probados. Esa pereza en la narración del juicio histórico está, sin duda, alentada por el propio art. 76 de la Ley sobre Tráfico y Circulación de Vehículos a motor y Seguridad Vial que, por ejemplo, considera infracción grave la "conducción negligente" (art. 76.m). Con el mismo defecto, el art. 77.e) cataloga como infracción muy grave la "conducción temeraria".

En este contexto normativo, cobra verdadera importancia la necesidad de que el órgano jurisdiccional llamado a valorar la intensidad de una acción u omisión negligente no ahorre un esfuerzo descriptivo que facilite la tarea de subsunción.

La Audiencia Provincial ha confirmado en grado de apelación la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1. En ambas resoluciones se califica el atropello de María Rosa como constitutivo de un homicidio por imprudencia grave.

El razonamiento del Juzgado de lo Penal que lleva a reputar como imprudencia grave la acción imputada se expresa en los siguientes términos: "... y entendiendo que la imprudencia grave es la omisión de aquellas reglas o normas de prudencia más esenciales en la actividad en que se desarrolla la acción, en este caso quien suscribe no puede por menos que considerar acreditados los hechos imputados también por lo que al delito de homicidio imprudente se refiere. En primer término, debe tenerse en cuenta que el acusado conocía bien la carretera GC-340, conocida como la de las perrerías así como ser habitual el tránsito por la citada vía de



personas caminando en ambas direcciones de la misma, así lo reconoció a preguntas del Ministerio Fiscal, y que a pesar de lo cual, haciéndolo sin prestar la atención debida, no se apercibió de la presencia en el lado derecho de la carretera de Doña María Rosa , a la que embistió por la espalda con la parte delantera derecha del vehículo, lanzándola contra el arcén donde se golpe violentamente en la cabeza".

Se concluye en el penúltimo párrafo del FJ 2: "...en suma, y conforme a todo lo expuesto, no cabe sin concluir que efectivamente los hechos declarados probados con constitutivos de un delito de homicidio por imprudencia grave, siendo consciente el acusado o al menos debiendo serio de la gravedad de su comportamiento, tal y como lo puso de manifiesto con sus acciones posteriores, es claro que el acusado condujo un vehículo a motor omitiendo las más elementales e indispensables normas de prudencia en el tráfico, provocando con ello el atropello y muerte de Doña María Rosa procediendo por ello su condena como autor de un delito de homicidio por imprudencia grave".

La resolución de instancia rechaza cualquier posibilidad de degradar la intensidad de la infracción del deber de cuidado por la aportación causal de la víctima, en este caso, el hecho de que el peatón circulaba por la carretera de madrugada y sin ningún objeto reflectante: "... la conducta del peatón fallecido en el atropello es irrelevante a efectos penales, pues no se ha acreditado que su conducta no cumpliera las normas de cuidado y atención exigidas a los peatones frente a tan grave infracción de las normas de cuidado por parte del condenado, causa determinante y exclusiva de la producción del siniestro. Así, en el presente caso, y en cuanto a que la fallecida no llevaba ropa reflectante. Consta en el atestado (folio 96 de las actuaciones) que el peatón vestía camisa blanca llevando sobre los hombros una prenda de color rosado, perfectamente visible con las condiciones climáticas y las circunstancias de la vía, descartándose la posibilidad de deslumbramientos, realidad está que descarta la posibilidad de que el hecho de la que víctima no llevara en estrictu sensu ropa reflectante tuviera la más mínima influencia en la producción del atropello, debiéndose alcanzar la misma conclusión por lo que al hecho de que la fallecida transitara por el margen derecho de la calzada, infringiendo a juicio del responsable civil lo dispuesto en el artículo 122 del Reglamento de Circulación".

3.4.- No podemos compartir la idea de que el hecho imputado al recurrente merezca el calificativo de homicidio por imprudencia grave del art. 142.1 del CP. Y no lo merece conforme a la jurisprudencia de esta Sala -transcrita en sus pronunciamientos más recientes- que ha abordado la delimitación conceptual entre las dos formas de imprudencia, grave y menos grave.

No fueron la absoluta falta de previsión y cuidado, ni el desprecio a las normas más elementales de cautela -en eso consiste la imprudencia grave- las causas determinantes del fatal resultado. Con estricta sujeción al hecho probado, Gregorio conducía el vehículo de la empresa para la que trabajaba "...haciéndolo sin prestar la atención debida y sin adecuar la velocidad a las circunstancias del tráfico, teniendo en cuenta que se trata de una carretera estrecha y sinuosa por la que es frecuente que transiten personas, lo que provocó que no se apercibiera de la presencia en el lado derecho de la carretera de Dña. María Rosa (...) a la que embistió por la espalda".

Es cierto que el art. 76 de la Ley 6/2015, de 30 de octubre, sobre Tráfico y Circulación de Vehículos a motor y Seguridad Vial, considera en su apartado a) infracción grave " *no respetar los límites de velocidad reglamentariamente establecidos o circular en un tramo a una velocidad media superior a la reglamentariamente establecida*". La misma infracción, conforme al art. 77.a) puede tener el carácter de muy grave. Todo se hace depender del cuadro incorporado al anexo IV de esa la ley.

Pero, como venimos insistiendo en los fundamentos jurídicos precedentes, no basta la simple y acrítica constatación de que se ha producido una infracción reglamentaria para concluir irremediamente el juicio de tipicidad en unos términos que supondrían la resurrección de la histórica imprudencia con infracción de reglamentos. La aplicación de los conceptos normativos propios del derecho penal -y la imprudencia lo es de modo incuestionable- no puede hacerse depender del juego de un enunciado legal que operaría a modo de presunción *iuris et de iure*.

De hecho, el laconismo del juicio histórico ni siquiera permite cuantificar ese exceso de velocidad, impidiendo así calificar la infracción imputada entre aquellas que la Ley 6/2015 considera graves o muy graves. No se olvide, además, que incluso si obtuviéramos una conclusión sobre ese extremo a partir del análisis reduccionista que la jurisprudencia viene intentando evitar, resultaría que la infracción grave del art. 76 de la Ley 6/2015 es, conforme al art. 142.2 del CP, una imprudencia penal menos grave.

En el momento de la calificación jurídica de un homicidio por imprudencia cometido con vehículo de motor, la gravedad de la infracción del deber de cuidado no puede prescindir de la intensidad de la desatención que está en el origen de la acción negligente. La fidelidad a un tipo penal lastrado por su deficiente técnica legislativa conduce de forma irremediable a lesionar los principios de culpabilidad y proporcionalidad.



Y este es el riesgo que correríamos si confirmáramos el criterio jurídico de la instancia. En efecto, en el relato de hechos probados se incluyen datos puramente objetivos que obligan a ponderar el comportamiento de la víctima y su influencia en la degradación de la imprudencia atribuida al conductor. Se trata de un lamentable atropello que se produce a las 02:00 de la madrugada, en la carretera comarcal GC-340 sentido Las Torres, tramo caracterizado por su estrechez y sinuosidad ("...se trata de una carretera estrecha y sinuosa por la que es frecuente que transiten peatones").

Nada dice el juicio histórico del punto exacto por el que transitaba la víctima a altas horas de la madrugada, pero en el FJ 2 de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal y confirmada por la Audiencia Provincial se precisa, con indudable carácter fáctico, que la víctima transitaba de madrugada en una zona en la que no existe arcén habilitado para peatones: "... se trata de una carretera convencional urbana, con dos carriles de circulación uno para cada sentido sin arcén, limitada por el margen derecho por cuneta en el lugar donde se produce el atropello, una recta, con un ancho de 0,60 metros, no existiendo cuneta en el lugar donde se localiza al peatón y a continuación, por el margen izquierdo, talud de tierra de 2,50 metros cubierto de piedras y flora, imposible de transitar por este, por zona de tierra de 1,20 metros de ancho, y a continuación valla, blanda o guardar rail, no observándose huellas de frenada así como tampoco de fricción o derrape, siendo suficiente el alumbrado público y buena la visibilidad".

En el mismo FJ 2 la Jueza de instancia, tomando como referencia las fotografías obrantes en el atestado levantando por los agentes de la autoridad, llega a afirmar sin ambages la peligrosidad del lugar y la arriesgada opción asumida por la víctima: "...claramente se puede observar un pequeño margen pero margen al fin y al cabo en el lado derecho de la vía, y ninguno en el lado izquierdo en el que únicamente se observa la existencia de un guarda rail y a continuación del mismo, como el propio perito reconoció, un talud, resultando obvio a juicio de quien suscribe que antes tales circunstancias, no perfectas para el tránsito de peatones evidentemente, la opción menos peligrosa fue la escogida por la fallecida de circular por el margen derecho de la vía".

Y sin necesidad de completar el juicio histórico con esas consideraciones fácticas sistemáticamente descolocadas, en el propio relato de hechos probados se describe cómo Dña. María Rosa caminaba por ese pequeño margen de espaldas al tráfico rodado. Sólo así se explica que el vehículo del acusado la embistiera "...por la espalda con la parte delantera del vehículo lanzándola contra el arcén donde se golpeó violentamente la cabeza".

En definitiva, la Sala entiende que los hechos, tal y como han sido descritos en el relato fáctico han de ser calificados como constitutivos de un delito de homicidio por imprudencia menos grave -calificación que reivindica la defensa en su recurso- por dos razones básicas.

a) La primera -una vez hemos hecho los matices que obligan a huir de la administrativización del derecho penal mediante la aplicación de inflexibles presunciones *iuris et de iure* emanadas del derecho de la circulación- está conectada con la idea elemental de que el exceso de velocidad que la sentencia de instancia sitúa como causa determinante del accidente, en ausencia de otros datos que permitan cuantificar ese exceso, nos sitúa de forma obligada en la infracción grave del art. 76.a) de la Ley 6/2015. Y según el art. 142.2 del CP, después de la reforma operada por la LO 2/2019, 1 de marzo, "... se reputará *imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de ésta por el Juez o el Tribunal*".

b) Los datos que arroja el juicio histórico, referidos a las características del tramo en el que se produjo el accidente, la hora de la madrugada en la que tuvo lugar el atropello y la zona por la que transitaba la víctima, de espaldas, sin ropa reflectante y por un pequeño margen que la propia sentencia de instancia califica como tramo peligroso, obligan a concluir que Gregorio infringió un deber de diligencia de grado medio, no equiparable al estándar del más previsor de los conductores, pero tampoco al del menos cuidadoso. No acomodó su conducta como conductor al deber de cautela y precaución medianamente exigibles en las circunstancias concretas en las que se produjo el lamentable atropello, características que en este caso imponían una atención extrema.

En definitiva, estamos ante una imprudencia de grado medio (ni grave, ni leve) que ha de ser calificada como una imprudencia menos grave, estimando así el motivo formalizado por la defensa del acusado.

La Sala es consciente de que la reprochabilidad de la conducta posterior del acusado no puede nublar la valoración de la intensidad del injusto. La responsabilidad por el hecho propio y el principio de culpabilidad definen principios de los que no puede prescindirse en el momento del juicio de subsunción.

3.5.- Por otra parte, la limitada contribución de la víctima a la creación del riesgo generado por la imprudencia menos grave del acusado no tiene por qué conllevar el efecto de compensación previsto en el art. 114 del CP. La posibilidad que este precepto ofrece a los Jueces y Tribunales de "moderar el importe de su reparación o

indemnización" tiene carácter facultativo. Así lo hemos declarado en numerosos precedentes, de los que las SSTs 9/2008, 18 de enero y 967/2011, 23 de septiembre son elocuentes ejemplos. En esta última resolución apuntábamos que " *la moderación de la responsabilidad civil no es preceptiva, sino que es una posibilidad que el legislador ofrece al Tribunal (...) siempre que la parte interesada se lo haya pedido*".

En el presente caso, la sentencia recurrida ha descartado la utilización de esa cláusula legal de moderación de la responsabilidad civil. Los términos en que ha sido formalizada la impugnación y la naturaleza extraordinaria del recurso de casación obligan a no rectificar el pronunciamiento civil incluido en la sentencia de instancia.

4.- El segundo de los motivos se formaliza con carácter subsidiario, para el caso en el que el primero de ellos no fuera estimado y denuncia la errónea aplicación de los arts. 66.1.6 y 72 del CP.

El acogimiento del primero nos libera del examen de esta segunda queja del recurrente, referida a la vulneración de las reglas dosimétricas tenidas en cuenta por la Audiencia para la aplicación de la pena correspondiente al delito de imprudencia grave.

5.- El tercero de los motivos, con la misma cobertura que los anteriores, denuncia indebida aplicación del art. 195.1 y 3 del CP.

En el desarrollo del motivo se entremezclan dos consideraciones que han de ser deslindadas. La primera, inaceptable a la vista de la única vía que habilita el art. 847.1.b) de la LECrim, centra su argumentario en el hecho de que "...no ha quedado acreditado en las actuaciones ni existe dato objetivo alguno del que pueda deducirse que mi defendido se apercebiera de que había golpeado a una persona".

Como ya hemos apuntado *supra*, la Sala no puede aceptar la sugerencia del recurrente para que valore la corrección del juicio de tipicidad a partir de "...los datos obrantes en autos" o la "...la prueba practicada en el plenario". Es el relato de hechos probados el que ha de ofrecer la clave para valorar el error de subsunción que se denuncia.

Pero junto a esa línea crítica, la defensa introduce un segundo elemento de discrepancia que sí tiene pleno encaje en la vía casacional empleada. Se alude ahora al "...hecho determinante del fallecimiento inmediato de la víctima". Con apoyo en precedentes jurisprudenciales, se concluye que la absolución del acusado viene impuesta "...por la falta de tipicidad e indebida aplicación del artículo 195 del CP".

Y ya anticipamos que el motivo ha de ser estimado.

5.1.- El art. 195 del CP castiga a quien "no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros". El apartado 3º agrava la pena "...si el accidente se debiere a imprudencia" de quien omitió el auxilio.

La porción de injusto abarcada por este precepto no puede obtenerse sin una referencia al bien jurídico que pretende tutelarse. Y no existe en este punto, desde luego, unanimidad doctrinal. Para algunos se trata de un delito contra la seguridad de la vida e integridad personal. Otros ven en esta omisión un delito contra la solidaridad humana.

Esta segunda tesis ha sido aceptada -no sin matices- por la jurisprudencia de esta Sala. Conforme a esta idea, nos hemos referido a la "...infracción de un deber de solidaridad humana que el precepto eleva al rango de deber jurídico" (SSTs 13 marzo 1987 o 22 noviembre 1989); sin que falten precedentes que hablan de "...una repulsa social encarnada en antijuridicidad" (STS 20 mayo 1994) o una "...repulsa social ante la conducta omisiva del agente" (STS 16 mayo 1991).

De especial interés son dos pronunciamientos de la Sala que han querido matizar el tradicional entendimiento del art. 195 - art. 489 *ter* del CP *previgente*-.

En la STS 706/2012, 24 de septiembre, precisábamos que "... *el tipo penal no requiere la protección de la vida o integridad física, sino que se atiende a la persona en peligro. Se castiga la infracción del deber de auxiliar a la persona en peligro. Correlativamente lo que se tutela es el derecho a ser asistido cuando se está en una situación de peligro grave para la vida o integridad física. Ese deber es más intenso respecto de quien ha provocado esa situación de peligro*".

La STS 648/2015, 22 de octubre, permitió a esta Sala precisar que "...la alusión a la "repulsa social", debe ser reinterpretada conforme a los criterios del Código Penal actual; pues proviene de resoluciones jurisprudenciales nacidas al amparo del anterior Código", añadiendo que también "...la solidaridad en cuanto mero valor ético-social, precisa ser concretada en su valor instrumental en la defensa de determinados bienes jurídicos individuales concretos".

5.2.- Es cierto que la tipificación de un delito a partir del mero incumplimiento formal de un deber ético sitúa al derecho penal en un terreno fronterizo con los principios jurídicos que legitiman su aplicación. El código penal no puede aspirar a convertirse en un simple instrumento de pedagogía social que dé la espalda a la referencia axiológica de los bienes jurídicos que se pretenden tutelar.

Sea como fuere, sin necesidad de abordar un debate de esta naturaleza, lo que resulta evidente es que, ninguno de los dos bienes jurídicos que se señalan como tutelados por el art. 195 del CP -la seguridad de la vida e integridad física y la solidaridad- fueron menoscabados por la omisión imputada a Gregorio .

Y no pudieron ser menoscabados porque, como indica el juicio histórico, la víctima "...se golpeó violentamente en la cabeza, a consecuencia de todo lo cual sufrió, entre otras lesiones, un traumatismo craneoencefálico, fracturas múltiples en la columna dorsal, rotura hepática y esplénica, lesiones que provocaron un shock traumático que causó su muerte de forma inmediata".

El acusado incurrió en una omisión especialmente censurable en el plano ético, incluso en el ámbito de los comportamientos sociales esperados, pero no puede sufrir pena privativa de libertad por un hecho que no es calificable como delictivo. Después del impacto que produjo el lamentable fallecimiento de Dña. María Rosa no había "...una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave". Y sin la existencia de esa situación de desamparo y peligro, se desmorona la estructura del tipo objetivo.

La Audiencia Provincial, al confirmar la sentencia de instancia, da por bueno el criterio del Juzgado de lo Penal, que entiende que el delito de omisión del deber de socorro se cometió en grado de tentativa. El razonamiento es el siguiente: "...el delito se comete desde el momento en que el agente se ausenta del lugar de los hechos sin comprobar el estado en el que se encontraba la víctima aceptando la eventualidad de encontrarse en peligro manifiesto y grave, pues con ello se atenta con el bien jurídico de la solidaridad humana que se sitúa en el ámbito de protección de la norma, siendo así que el resultado inexorable de la muerte por tratarse de lesiones incompatibles con la vida, tal y como en el presente caso ratificaron las forenses que depusieron en el plenario, no excluye la consumación del tipo si ese fallecimiento no es instantáneo por haber transcurrido algunos minutos antes del óbito o constatado por haberse realizado maniobras de reanimación por los servicios médicos. Pero cuando el fallecimiento es instantáneo tal conducta debe ser sancionada como delito intentado de omisión del deber de socorro tipificado en el artículo 195. y 3 del Código Penal".

Esta Sala, sin embargo, no puede identificarse con esta línea argumental. El art. 195 del CP incluye en el tipo objetivo una situación de desamparo, un peligro grave y manifiesto que impone el deber de actuar omitido por el sujeto activo. Por tanto, la capacidad de recibir ese socorro es un elemento del tipo cuya ausencia hace imposible el juicio de subsunción.

Y la imposibilidad de calificar los hechos probados como constitutivos de un delito previsto en el art. 195 del CP, no es superable, desde luego, con la confusa invocación de la doctrina de esta Sala acerca de la tentativa inidónea.

El art.16 del CP ha redefinido la tentativa frente a su concepción más clásica, añadiendo la expresión "objetivamente" ("practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado"). Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, así como los medios utilizados, "objetivamente" considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado. Quedan fuera de la reacción punitiva: a) los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); b) los denominados "delitos putativos" (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso puede ser sancionado penalmente por imperativo del principio de legalidad; c) y los supuestos de delitos imposibles *stricto sensu* por inexistencia absoluta de objeto, que carecen de adecuación típica (falta de tipo); es decir los casos que la doctrina jurisprudencial denominaba inidoneidad absoluta. En ninguno de estos casos los actos deberían objetivamente producir el resultado típico.

Por el contrario, sí deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos en que los medios utilizados, "objetivamente" valorados *ex ante* y conforme a la experiencia general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico de lesión o de peligro (cfr. SSTS 771/2014, 19 de noviembre; 1114/2009, 12 de noviembre; 963/2009, 7 de octubre; 822/2008, 4 de diciembre, entre otras muchas).

En el supuesto que centra nuestra atención, la muerte instantánea sufrida por la víctima y descrita como tal en el hecho probado, encierra una inidoneidad absoluta. No se puede socorrer a quien ya no es susceptible de ser socorrida. Y precisamente por ello no se puede castigar la omisión de una acción esperada cuando, de haberse realizado esa acción, en nada habría afectado a la indemnidad del bien jurídico protegido, sea éste la seguridad de la vida e integridad física, sea la solidaridad.



5.3.- Distinta es la voluntad del legislador que en la reforma operada por la LO 2/1919, 1 de marzo, ha considerado oportuno introducir un nuevo precepto -art. 382 bis- en el que se castiga al conductor que "... fuera de los casos contemplados en el artículo 195, voluntariamente y sin que concurra riesgo propio o de terceros, abandone el lugar de los hechos tras causar un accidente en el que fallecieran una o varias personas o en el que se le causare lesión constitutiva de un delito del artículo 152.2".

Se crea así un delito de aplicación subsidiaria mediante el que se pretende evitar la impunidad de aquellas conductas que escapan a los límites del tipo que ofrece el art. 195 del CP. Se ha buscado la inspiración en el equívoco espejo de la literalidad del precepto alemán, que sanciona el "delito de huida" o "delito de fuga" como respuesta al infractor de un "deber jurídico de espera" y de "asistencia".

La fecha en que sucedieron los hechos imputados a Gregorio y el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables (arts. 9.3 CE y 2 del CP) liberan a la Sala de un análisis del encaje de la conducta imputada en la renovada tipicidad que ofrece el art. 382 bis del CP.

6.- La estimación del motivo tercero hace innecesario el examen del cuarto, en la medida en que su línea argumental giraba en torno a la indebida aplicación de las normas de determinación de la pena derivadas de los arts. 62 y 16 del CP.

7.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación promovido por la representación legal de D. Gregorio , contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, con fecha 11 de marzo de 2019, en causa seguida contra el mismo por los delitos de homicidio imprudente y omisión del deber de socorro, casando y anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Vicente Magro Servet

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

RECURSO CASACION núm.: 2693/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Vicente Magro Servet

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 30 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la representación legal de D. Gregorio contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, en el rollo de apelación incoado a raíz del recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria, recaída en el procedimiento abreviado núm. 170/2017, se dictó sentencia de fecha



11 de marzo de 2019, que ha sido casada y anulada por la sentencia pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. Magistrados expresados al margen, se hace constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Por las razones expuestas en el FJ 3º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del primero de los motivos entablados, declarando que los hechos son constitutivos de un delito de homicidio por imprudencia menos grave previsto en el art. 142.2 del CP.

2.- Asimismo, a la vista de lo razonado en el FJ 5º de la primera sentencia, procede la estimación del tercero de los motivos, declarando que los hechos no son constitutivos de un delito de omisión del deber de socorro del art. 195.1 y 3 del CP.

3.- Procede la imposición al acusado de una pena de multa de 12 meses a razón de 6 euros diarios y privación del derecho a conducir vehículos de motor por tiempo de 12 meses.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Se dejan sin efecto las penas de prisión impuestas por el tribunal de instancia a D. Gregorio y se condena a éste, como autor de un delito de homicidio por imprudencia menos grave a la pena de multa de 12 meses a razón de 6 euros diarios, con un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, y privación del derecho a conducir vehículos de motor por tiempo de 12 meses.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia -incluida la responsabilidad civil- en lo que no se oponga a la presente.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Vicente Magro Servet

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. LEOPOLDO PUENTE SEGURA, A LA SENTENCIA NÚM 284/2021 DE FECHA 30 DE MARZO DE 2021, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 2693/2019.

1.- Mi discrepancia con el parecer ampliamente mayoritario del Tribunal se centra en un solo de los aspectos de nuestra sentencia: el referido a la consideración como atípica de la conducta protagonizada por el acusado con relación al delito de omisión del deber de socorro, previsto en el artículo 195 del Código Penal. La resolución recurrida confirma el criterio sostenido en la dictada por el Juzgado de lo Penal, en el sentido de que dicha conducta debía ser calificada como constitutiva de delito de omisión del deber de socorro en grado de tentativa. Se hacía así aplicación del criterio mantenido hasta ahora por este Tribunal Supremo, bien es verdad que en resoluciones no particularmente recientes (entre ellas, sentencias de fechas 12 de noviembre de 1979, 17 de octubre de 1980, 5 de diciembre de 1989, 8 de marzo de 1990, 8 de junio de 1992 y 25 de octubre de 1993). Nuestra sentencia de ahora se aparta, por descontado de manera razonable, de dicho criterio, sobre la base de un conjunto de argumentos, explicados además con particular precisión. Argumentos que, sin embargo, aunque naturalmente respeto, no comparto.

Si no yerro, las razones que justifican la decisión adoptada serían las siguientes: i) el mero cumplimiento formal de los deberes éticos, sin que los mismos vengan a lesionar o poner en peligro bienes jurídicos necesitados de especial protección, no merece acogida en el Derecho Penal; ii) tanto si se considera que el bien jurídico



protegido en el delito de omisión del deber de socorro es la infracción de la solidaridad, –especialmente exigible a quien ha provocado el siniestro–, la vida o la integridad física de la persona desamparada, o ambos a un tiempo; en el caso, ninguna lesión o puesta en peligro pudieron sufrir, habida cuenta de que no existía ninguna persona en peligro manifiesto y grave, al fallecer la peatón atropellada de manera instantánea, conforme resulta del relato de hechos probados. Entiende mis compañeros que "se desmorona" así "la estructura de tipo objetivo"; iii) se argumenta, además, que la actual redacción del artículo 16 del Código Penal alude expresamente a la necesidad, para que la tentativa resulte punible, de que el sujeto haya dado principio a la ejecución del delito, practicando todos o parte de los actos que *objetivamente* deberían producir el resultado, por lo que, *a contrario sensu*, cuando no resulta posible, objetivamente, que el resultado del delito tenga lugar, la conducta no puede considerarse tentativa (punible); iv) distinto es el caso, se explica, de la idoneidad de los medios empleados para la comisión del delito en la que, conforme hemos proclamado en las resoluciones que esta sentencia cita, en desarrollo del criterio mantenido en el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 25 de febrero de 2012, si resultaría posible sancionar la conducta intentada; v) finalmente, y si se quiere como argumento de cierre o complementario, la conducta aquí enjuiciada resultaría (o podría resultar) constitutiva del delito, ahora contemplado (no entonces), en el artículo 382 bis del Código Penal, que sanciona al conductor que, *fuera de los casos contemplados en el artículo 195*, también voluntariamente y sin que concurra riesgo propio o de terceros, abandone el lugar de los hechos tras causar un accidente en el que fallecieran una o varias personas. Si el legislador ha considerado la necesidad de sancionar con este nuevo tipo penal (no existente a la fecha de los hechos que ahora se enjuician) esta clase de comportamientos, es porque los mismos –parece querer decirse–, no estaban "*contemplados en el artículo 195*".

2.- Naturalmente participo de los dos primeros razonamientos, introductorios o vestibulares, relativos a la inconveniencia de residenciar en el derecho penal la persecución de meros incumplimientos formales de deberes éticos, desligados de cualquier clase de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico merecedor de protección. Pero, precisamente, lo que se trata aquí de determinar es si, en efecto, nos encontramos en el caso ante uno de esos supuestos. El parecer ampliamente mayoritario de la Sala ofrece al respecto una respuesta afirmativa porque, acreditado que la víctima falleció instantáneamente, tras ser atropellada "*y lanzada contra el arcén donde se golpeó violentamente la cabeza*", no había, en el caso y por desgracia, persona alguna desamparada y en peligro manifiesto y grave, necesitada de auxilio. Tal vez, vendría a mantenerse implícitamente, el acusado quisiera cometer el delito, pero no podía.

Se centra mi discrepancia en el distinto tratamiento que la sentencia administra, en el marco de la conocida como tentativa inidónea, a los supuestos en que su incapacidad efectiva para lesionar el bien jurídico protegido por el delito procede de la inhabilidad de los medios (en cuyo caso, se afirma, la tentativa resultaría punible) frente a la que resulta, en cambio, de la idoneidad del objeto, distinción que, aunque acogida también por algún sector de la academia, no goza, creo, en la actualidad de seguimiento mayoritario.

A mi parecer, alineándome con las tesis de un caracterizado sector de la doctrina científica, lo relevante en estos casos es analizar la idoneidad o peligrosidad objetiva de la conducta enjuiciada, valorar si el comportamiento merece calificarse como apto para lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido (si resulta idóneo), a partir de los elementos concurrentes al tiempo de realizarse aquella (*ex ante*), con independencia de que *ex post* se compruebe que ese peligro estaba en realidad excluido, ya fuera porque los medios empleados se revelen como inadecuados para producirlo, ya porque faltara el objeto material de la acción. Lo decisivo, desde el punto de vista que defiendo, es que el sujeto activo y cualquier observador medio que hubiese presenciado el suceso al tiempo de producirse, hubiera concluido que el mismo resultaba "*objetivamente*" capaz de producir el resultado, en atención a los medios empleados y en atención también a la existencia del objeto. En el caso, se deja establecido en el relato de hechos probados de la sentencia impugnada, que el acusado, después de atropellar a la peatón, "*lanzándola contra el arcén donde se golpeó violentamente la cabeza, continuó circulando sin comprobar el estado en que se encontraba la víctima*". A partir de este relato, consciente del acusado de la existencia del atropello y de sus efectos aparentes, forzosamente hubo de representarse que la víctima se hallaba desamparada y en peligro manifiesto y grave, pese a lo cual resolvió ausentarse del lugar, negándole todo auxilio. Dicha conducta, valorada por él en ese momento y por cualquier observador que allí hubiera podido hallarse, resultaba objetivamente apta para lesionar el bien jurídico protegido (ya se tratara del deber general de solidaridad especialmente exigible el causante del siniestro; de la vida o de la integridad física de la víctima). Distinto es, naturalmente, el caso del delito putativo (en el que el sujeto cree estar cometiendo un ilícito penal que, en realidad, no existe); o el de la conocida como tentativa irreal o absolutamente inidónea en la que, ya en ese momento, desde una perspectiva *ex ante*, se pone de manifiesto la falta de capacidad objetiva de la conducta protagonizada por el acusado, –ya fuera por la refulgente inhabilidad de los medios empleados o por la manifiesta ausencia de objeto–, para lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido por el tipo penal.



Consideran mis compañeros, y es innegable, que después hemos sabido (el acusado, los operadores jurídicos y el conjunto de la sociedad), que al haber fallecido la víctima instantáneamente, ninguna eficacia habría podido ya tener el auxilio del acusado. Y es que, indudablemente, realizada la valoración ex post, la conducta protagonizada por Gregorio resultaba inane desde el punto de vista de la protección de los bienes jurídicos referidos. Pero, en realidad, si bien se mira y desde mi punto de vista, tal conclusión axiológica resulta predicable de toda tentativa. Después de conocerse, por ejemplo, que el autor ha errado el disparo, fácil es concluir que el mismo carecía, por el modo en que se ejecutó, de la aptitud necesaria para lesionar el bien jurídico. Una vez conocido (inidoneidad del medio empleado) que el arma, pese a creer lo contrario el acusado, no se encontraba cargada, fluye con naturalidad la ineptitud de la conducta para producir la muerte o para lesionar; e igualmente, una vez revelado que la víctima falleció instantáneamente, concluimos que cualquier auxilio que el acusado hubiera podido prestar (y que deliberadamente omitió) de nada hubiera servido. En todos estos supuestos, –no así en los casos de tentativa absolutamente inidónea o irreal–, "descubrimos", efectuada la valoración ex post, que los actos realizados por el autor no resultaban *objetivamente* aptos para producir el resultado (ya fuera porque no se ejecutaron con eficacia; porque el arma estuviera descargada; o porque la víctima hubiera fallecido de forma instantánea). Es por eso, en mi opinión, que, en estos casos, el delito se intenta, valorado ex ante, de un modo que objetivamente resulta apto para provocar la lesión del bien jurídico; aunque, tras la comprobación ex post, observamos que no llega a consumarse.

Ninguna diferencia sustancial existe, a mi juicio, en el plano del desvalor de la acción, entre el comportamiento del acusado en este caso ahora enjuiciado y el que resultaría predicable si la víctima hubiera estado todavía con vida, siquiera unos minutos. Ciertamente que en el primero el (desvalor de) resultado no se produjo (tentativa); mientras que, en el segundo, el delito habría de reputarse consumado.

Por otra parte, un entendimiento como el que aquí defiende el criterio mayoritario (impunidad de la tentativa inidónea por el objeto), obligaría, a mi parecer, a concluir que, en coherencia con ello, quien, por ejemplo, queriendo causar la muerte dispara contra otro que, sin aquél saberlo, acaba de fallecer, incluso segundos antes, víctima de un infarto; o quien, también por ejemplo, arroja ácido sobre la cama en la errónea creencia de que su víctima estaba en ella y con el propósito de matarla o causarle graves lesiones, siendo que ésta, previsora, se encontraba ya camino de Canadá y cruzando el Atlántico en ese momento; quienes así actúan, incumplen nada más que formales deberes éticos, sin aptitud para lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido, debiendo permanecer tales conductas, en coherencia con lo aquí sostenido en la sentencia de la que discrepo, extramuros del Derecho Penal.

Y una cosa final: la incorporación reciente (ley orgánica 2/2019, de 1 de marzo) del artículo 382 bis, no creo que resulte decisiva en ningún sentido respecto de la cuestión acerca de la que discutimos ahora. En primer lugar, porque, como es obvio, el mismo no contempla únicamente la conducta del conductor que abandona el lugar de los hechos tras causar un accidente en el que falleciera otra persona, sino que también se refiere a que la víctima hubiera sufrido lesiones de cierta entidad; pero, eso sí, exige que el abandono del lugar se produzca en condiciones tales que la víctima no se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave (*"fuera de los casos contemplados en el artículo 195"*). Y, además, porque el nuevo precepto establece, para el caso de que los hechos tuvieron su origen en una acción imprudente del conductor, la misma pena privativa de libertad contemplada en el artículo 195 del Código Penal para omisión del deber de socorro, –además de la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años–, es decir, una pena superior a la que correspondería imponer en el caso de que éste último delito, como yo creo que sucedió en el supuesto que enjuiciamos, hubiera sido cometido en grado de tentativa. A lo más, podría entenderse (y tampoco creo que esto resulte exacto, aunque, por razones obvias, no me extenderé ahora en ello), que el legislador ha querido agravar la responsabilidad criminal de conductas como la aquí enjuiciada; pero no, al menos no necesariamente, que haya pretendido colmar ninguna "laguna legal".

En definitiva, a mi parecer, Gregorio, plenamente consciente de que acababa de atropellar a una peatón, arrojándola al arcén y golpeándose esta la cabeza, y contemplando necesariamente por ello la alta probabilidad de que se hallara, además de desamparada (altas horas de la madrugada y sin presencia inmediata de ninguna otra persona), en peligro manifiesto y grave para su vida, resolvió ausentarse del lugar sin brindar a la víctima ninguna clase de auxilio. Intento cometer un delito de omisión del deber de socorro, que no llegó a consumarse como consecuencia de que, fatalmente, la víctima falleció de manera instantánea.

Por esto, considero que debió ser desestimado el motivo de impugnación y confirmado en este punto el pronunciamiento que se contiene en la sentencia recurrida, manteniendo la condena del acusado como autor de un delito de omisión del deber de socorro en grado de tentativa.

Leopoldo Puente Segura