

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona

RESULTADOS DE MUERTE Y LESIONES COMO CONSECUENCIA DE UN DELITO CONTRA LA SALUD PUBLICA

(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1987,
ponente Marino Barbero Santos)

Dra. MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

I. INTRODUCCION

1. El procesado, Faustino H. G., para el tratamiento de sus viñas, adquirió en el año 1971 una cantidad no exactamente determinada de arseniato sódico. El inculpado guardaba este producto en una bolsa de plástico transparente, en una alacena de la bodega, junto a otros productos, entre ellos ácido cítrico, sin que en uno y otro, no obstante su gran parecido, existiese señal alguna que permitiera identificarlos, a pesar de ser el primero extremadamente nocivo para la salud. En junio de 1978, «...en la creencia de que cogía ácido cítrico...», tomó la bolsa de arseniato sódico y vertió tres kilos y medio de este producto en los conos de vinos que tenía en la bodega. El vino, de este modo elaborado, fue posteriormente vendido por el propio procesado, dedicado a la actividad de elaboración y venta de vinos desde hacía muchos años. La ingestión del vino adulterado ocasionó once muertes y trescientas treinta y cinco personas resultaron, más o menos, afectadas en su salud e integridad corporal. Faustino H. G. explotaba, como bodeguero, directa y personalmente, el negocio «Vinos El Raposo», vinificando uvas de su propiedad y de otros

cultivadores mediante el empleo de varios productos. Al mismo tiempo que vendía, el vino así elaborado, tanto a particulares como a comerciantes.

2. La sentencia de 22 de abril de 1987 del TS (1) resuelve sobre el recurso interpuesto por el procesado frente a sentencia de la Audiencia en la que se le condenaba, por los hechos arriba relatados, como autor de un delito de imprudencia con resultado de muerte, lesiones graves y leves del art. 565, párrs. 1.º y 5.º CP, a la pena de seis años de prisión menor. La defensa, junto a dos motivos por quebrantamiento de forma, alega que la conducta del procesado sólo puede calificarse como simple descuido, siendo aplicable el art. 586.3 CP, «...explicable por el número de años que llevaba allí el producto, sin que jamás se haya realizado o producido equivocación alguna...» Del mismo modo estima inaplicable el pár. 5.º del art. 565, por no constituir el «descuido» que produce el resultado gravemente dañoso negligencia estrictamente profesional. El TS no acoge estas alegaciones y ratifica la resolución de la Audiencia Provincial. Ello, al considerar que la conducta del procesado es temeraria por no observar el cuidado «exigible a cualquiera». El TS, pone al mismo tiempo de relieve, que el almacenamiento de un producto letal junto a productos exclusivamente utilizables en la elaboración del vino está prohibida por el propio legislador en el Estatuto del Vino, de la Viña y los Alcoholes, de 2 de diciembre de 1970 (R. 2009 y N. Dicc. 30581), y en Reglamento de 23 de marzo de 1972 (R. 685, 1219 y N. Dicc. 30584), que proscriben el depósito y tenencia de cualquier sustancia no autorizada en bodegas o locales de elaboración y almacenamiento de vino. La calificación de los hechos como integrantes de una imprudencia o negligencia profesional se fundamenta, por el TS, en ser, la elaboración y venta de vinos, al mismo tiempo, la actividad dentro de la cual se desarrollan los hechos y la profesión del procesado desde hacía muchos años (2).

3. Los hechos objeto de este comentario plantean una serie de problemas de muy diversa índole. En un primer nivel de análisis se pone de manifiesto la omisión de cualquier referencia a la realización, a través de los elementos objetivos y subjetivos que configuran el comportamiento del sujeto, del tipo del art. 346 CP, pár. 2.º CP. Pasando a un segundo nivel de análisis se advierte que, como consecuencia de la omisión anterior, tampoco se alude, respecto a los diversos resultados lesivos, a los distintos tipos de imputación posibles (3).

(1) Aranzadi 2601. Ponente, Mariano Barbero Santos.

(2) La reforma del Código Penal de 1963 (Rs. 759, 900 y 1009) hace posible la estimación de la imprudencia profesional respecto de cualquier actividad.

(3) En particular no se alude a la posibilidad de aplicar el tipo previsto en el art. 348 CP, tal y como estudia la propia jurisprudencia en supuestos de similares características. Así, por ejemplo, STSS 10 abril 1948 (A. 566) (A. 2711), 26 febrero 1966 (A. 1007), 12 diciembre 1974 (A. 5184) y 15 diciembre 1977 (A. 4898), entre otras.

En este contexto, es de resaltar la calificación de los hechos como negligencia profesional más aún si tenemos en cuenta la posibilidad de desaparición de esta figura, de progresar las distintas propuestas de reforma del Código Penal en relación con la regulación de la imprudencia (4). Por último, en un tercer nivel de análisis, se pone de relieve la existencia de distintos problemas concursales a los que tampoco hace referencia la jurisprudencia. La situación concursal surge, por un lado, entre el delito de peligro y el/los delitos de lesión, y, por otro, respecto a la calificación de la multiplicidad de resultados lesivos, once muertes y trescientas treinta y cinco lesiones de distinta entidad.

II. ANALISIS SOBRE LA POSIBILIDAD DE CALIFICAR LOS HECHOS COMO DELITO CONTRA LA SALUD PUBLICA DEL ART. 346.2 CP

II.1. *Los delitos contra la salud pública. El bien jurídico protegido. Su consideración como delitos de peligro*

1. Antes de entrar a examinar los problemas concretos planteados en la sentencia, me parece conveniente situarlos en el contexto a que pertenecen —los delitos de peligro, en general, y, en particular, los delitos contra la salud pública—, realizando un análisis, aun cuando sea somero, de estos conceptos. En una primera aproximación a la doctrina sobre los delitos contra la salud pública y, en particular, sobre los llamados «fraudes alimentarios», cabe distinguir dos opciones doctrinales no contrapuestas, pero sí distintas. Una línea doctrinal pone de relieve el aspecto económico, es decir, considera, básicamente, los fraudes alimentarios como delitos económicos (5), no excluyendo, sin embargo, que junto a la economía y salud del consumidor se protege un interés general a la salud pública. La segunda perspectiva (6), por el contrario, da una importancia prioritaria a la salud pública como bien jurídico protegido de estos tipos. Creo que esta segunda interpretación es más acorde con el derecho positivo que

(4) En los distintos proyectos y anteproyectos se prevé la regulación de la imprudencia como «*numerus clausus*» distinguiendo únicamente entre imprudencia grave y leve.

(5) Sobre esta perspectiva vid. OCTAVIO DE TOLEDO, *Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho Penal*, en «RFDUC», 1979, pp. 56 y ss. En general, desde el punto de vista de este autor, los fraudes alimentarios no se diferencian, sustancialmente, de otras irregularidades que afectan a la economía del consumidor (facturas abusivas, contratos de compañías eléctricas...), p. 59.

(6) En este sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, *Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública*, en «Delitos contra la salud pública, tráfico ilegal de drogas tóxicas y estupefacientes», obra colectiva, Valencia, 1977, pp. 439-459; *el mismo*, *Fraudes alimentarios nocivos*, en «Comentarios a la legislación penal», T. V, vol. 2.º, Madrid, 1985, pp. 811-825.

tipifica el art. 346 bajo la rúbrica de delitos contra la salud pública y el medio ambiente, mientras que la posible relevancia penal de carácter económico, o de otro tipo, que puedan conllevar estas conductas está expresamente prevista como modalidad agravada de la estafa, art. 529.1, o dentro del título de las falsedades, arts. 280-281, o, incluso, como modalidad de defraudación de la propiedad industrial, art. 534 (7). Yendo más allá cabe poner de relieve que el aspecto económico no sólo es subsidiario o, en todo caso, complementario, sino que además no concurre necesariamente en todos los supuestos. Así, por ejemplo, en los casos de realización imprudente del «fraude alimentario», tal y como sucede en la sentencia objeto de estudio, en general, no concurre, junto al delito contra la salud pública, la realización de algún otro tipo contra la economía o la propiedad. No parece adecuado, por tanto, la pretensión de abarcar, con el art. 346, la protección con carácter general de los derechos de los consumidores (8). Del mismo modo, la expresión «fraude alimentario» es equívoca en relación con los comportamientos típicos descritos en el art. 346 CP. En primer lugar el término «fraude» encierra una clara referencia al aspecto económico de los derechos de los consumidores, y, en segundo lugar, la nueva redacción del art. 346, párr. 2.º, tras la reforma de junio de 1983, permite entender que objeto material del tipo es cualquier objeto destinado al consumo —«...vendere objetos...»— aún cuando no tenga carácter alimenticio (9). La concepción de la salud pública en un sentido amplio tal y como se recoge en el art. 43 CE abonaría esta interpretación, ya que las «condiciones necesarias y adecuadas para el desarrollo de la vida humana» (10) se pueden ver alteradas no sólo por los alimentos, sino también por otros objetos de consumo (11). Esta interpretación es la que se sigue

(7) La regulación italiana en esta materia sigue también una doble tipificación de estos comportamientos, la protección de la salud pública frente a los fraudes alimentarios se regula en los arts. 440, 442, 444 y 452 CP, mientras que la posible relevancia jurídico-penal del aspecto económico se prevé en los arts. 515, 516 y 517 CP. Análoga es la regulación de estas conductas en Alemania, con la salvedad de que en el Código Penal sólo se tipifican los fraudes alimentarios en tanto atentan contra la salud pública —§§ 319-320 StGB—, mientras que el aspecto económico se regula en una ley complementaria, §§ 51 y 52 de la LMBG (Lebensmittel-und Bedarfsgegenstandesgesetz de 15 agosto 1974, reformada el 19 diciembre 1986).

(8) En este sentido, BOIX REIG, *Cobo y otros*, DP, PE, 2.ª ed., p. 357, entiende que los arts. 346 y 347 protegen los intereses de los consumidores en la medida en que afecten o puedan afectar a su salud.

(9) La doctrina mayoritaria española interpreta como objeto material del tipo del art. 346 los «productos alimenticios», en este sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, *Comentarios*, T. V, vol. 2.º, p. 815; BOIX REIG, en *Cobo (y otros)*, p. 360; MUÑOZ CONDE, DP, PE, 7.ª ed., Valencia, 1988, p. 439; QUERALT JIMÉNEZ, DP, PE, Barcelona, 1987, II, p. 523. En sentido distinto BUSTOS RAMÍREZ, DP, PE, Barcelona, 1986, p. 269, entiende que la nueva redacción del art. 346 amplía el objeto material de este tipo.

(10) En definición de RODRÍGUEZ RAMOS, *Comentarios*, T. V, vol. 2.º, p. 820.

(11) Piénsese, por ejemplo, en los juguetes que han tenido que ser retirados del mercado por ser fácilmente inflamable o en los pegamentos que se vendían a niños pese a su gran toxicidad.

también en Alemania respecto del § 319 StGB, en el cual se entiende comprendido, como objeto material del tipo, cualquier cosa susceptible de consumo, ya sean vestidos o jabones... (12).

2. La salud pública, en tanto bien jurídico protegido en estos delitos, tiene un contenido de una parte restrictivo y de otra más amplio que los intereses de los consumidores (13). Restrictivo, porque no comprende todos los posibles derechos de éstos, sino únicamente los que afectan a su salud y ampliatorio en cuanto es la colectividad social y no los consumidores el objeto de protección. La «colectividad» como objeto del bien jurídico salud pública (14) tiene un significado distinto al de «consumidores», aun cuando materialmente coincidan ambos términos. Un bien jurídico puede tener diferentes contenidos por lo que su identificación con objetos, circunstancias, condiciones... es inconsistente. Palabras como «salud», «vida», «propiedad» o «libertad» no son bienes en el sentido de objetos, sino propiedades que pueden verse como bien. No obstante, esta distinción no implica que el bien jurídico haya de ser algo inmaterial y el objeto algo material. El significado del objeto expresado en general es inmaterial y no necesariamente la propiedad que se atribuye al individuo. Por otro lado, el objeto de la acción, el individuo al que se atribuye la propiedad, puede ser inmaterial —por ejemplo—, en este caso, la «colectividad» (15). La identificación de la «colectividad» como objeto material de los delitos contra la salud pública, y, en particular, del art. 346, con un significado propio, distinto del conjunto de consumidores, está en relación directa con el concepto de peligro y de los delitos de peligro que se mantenga.

3. Los salud pública como bien jurídico con naturaleza propia independiente de la suma de saludes individuales lleva a un sector doctrinal a tratar los delitos contra la salud pública como delitos de resultado. La alteración con sustancias nocivas a la salud de los alimentos es ya una lesión del objeto jurídico de estos delitos (16). Esta concepción que pretende legitimar la existencia de los delitos de peli-

(12) En este sentido, CRAMER, en Schönke-Schröder, 23.^a ed., § 319, núm. 4; WOLFF, en LK § 324, núm. 3; DREHER-TRÖNDLE, 43.^a ed., § 319, núm. 4.

(13) La doctrina italiana advierte que la falta de aplicación de estos tipos puede provenir de tratarse de la defensa de «intereses difusos de los consumidores», vid. en este sentido, SCUBBI, *Tutela penale di «interessi diffusi»*, en «QCR», núm. 3, 1975, pp. 439-481, p. 458.

(14) La distinción entre bien jurídico —«Rechtsgüter»— y objeto del bien jurídico —«Rechtsgutobjekten»— en SCHMIDHÄUSER, *Der Unrechtstatbestand, Fest. Engisch*, pp. 433 y ss.; KINDHÄUSER, *Gefährungsdelikte im Strafrecht*, Freiburg/BR, 1988, p. 117. En sentido similar, MIR PUIG, *DP, PG*, 2.^a ed., Barcelona, 1985, pp. 103 y ss.

(15) En este sentido, KINDHÄUSER, *Gefährungsdelikte im Strafrecht*, pp. 117 y ss.

(16) En este sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho Penal, PE*, T. II, Madrid, 1958, p. 149, entiende que las condiciones de vida son el objeto jurídico de estos delitos, siendo los alimentos una de estas condiciones de vida, con lo que la alteración de éstos no supone sólo un riesgo de lesionar esa condición de vida, sino su lesión misma, en sentido similar RODRÍGUEZ DEVESA, *DP, PE*, 10.^a ed., revi-

gro —la pretensión de evitación de la lesión de un bien jurídico legítima materialmente la norma en relación con el aspecto de exclusiva protección de bienes jurídicos— suprime, al mismo tiempo, la distinción entre delitos de peligro y delitos de lesión (17). La misma pretensión de legitimación lleva a otro sector doctrinal a configurar los delitos de peligro concreto como delitos de resultado, en los cuales éste consiste en la existencia de un riesgo típico para la vida o la integridad física (18). Esta segunda interpretación respeta la distinción entre delitos de peligro y de lesión negando, sin embargo, la existencia de la salud pública como bien jurídico con naturaleza propia. Ello supone negar que la lesión de la salud pública contenga un desvalor distinto de la lesión de la vida o la integridad física y por consiguiente afirmar que hay una continuidad entre los delitos de peligro y de lesión, siendo los de peligro una forma de tentativa expresamente prevista por la ley (19). El mantener una u otra postura tiene importantes consecuencias prácticas en relación con el momento del comienzo de la tentativa, el momento de la consumación (20) y, sobre todo, respecto a la modalidad concursal aplicable en el supuesto de que como consecuencia del comportamiento peligroso se produzcan muertes, lesiones o daños (21),

sada y puesta al día por Serrano Gómez, Madrid, 1987, p. 947. En sentido en parte divergente OCTAVIO DE TOLEDO, *RFUCM*, 1979, p. 79, partiendo de premisas similares entiende que no se debe esperar a que se lesione la salud pública, es suficiente que se intente, siendo para éste autor delitos de peligro abstracto. El resultado es la venta y ésta supone una efectiva puesta en peligro de la salud pública, p. 83.

(17) Esta consecuencia la advierte RODRÍGUEZ RAMOS, *Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública*, pp. 441 y ss., en particular, p. 444, donde afirma que la comprensión de la salud pública como bien jurídico con naturaleza propia, independiente de la suma de salud individual, convertiría los delitos contra la salud pública en delitos de lesión lo que es incompatible con el Título en que se encuadran «De la infracción... y de los delitos de riesgo en general».

(18) En este sentido, LACKNER, *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, Berlin, 1967, p. 7, entiende que la distinción entre delitos de peligro y de lesión se funda en que en los primeros el resultado es el peligro de lesión como resultado de la acción.

(19) En este sentido, FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1986, pp. 127-128, entiende que la punibilidad de la tentativa en los delitos imprudentes se resuelve por el legislador con la creación de los delitos de peligro. En contra de esta interpretación, KINDHÄUSER, *Gefährungsdelikte im Strafrecht*, pp. 191 y ss.

(20) OCTAVIO DE TOLEDO, *RFDUC*, 1979, p. 79, partiendo de la primera interpretación, entiende que en el art. 346 es suficiente que se *intente* lesionar la salud pública sin tener que esperar a que se lesione, lo configura, por tanto, como delito de peligro abstracto. La consumación se produce con la venta, p. 83, ya que ésta supone una efectiva puesta en peligro de la salud pública. En sentido similar, QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho Penal, PE*, p. 149, afirma que la lesión se produce ya en el momento en que se alteran los alimentos a través de sustancias nocivas. Para RODRÍGUEZ RAMOS, *Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública*, p. 453, la puesta en peligro se produce cuando se da la «nocividad».

(21) La consecuencia de otorgar autonomía a la salud pública como bien jurídico protegido en el art. 346 lleva a aplicar la modalidad de concurso de delitos y no de normas en el supuesto en que se producen resultados lesivos y posteriores, en este sentido, BOIX REIG, en Cobo y otros, *DP, PE*, 2.ª ed., p. 358; MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 7.ª ed., p. 434; QUERALT JIMÉNEZ, *DP, PE*, II, p. 509.

tal y como veremos al examinar los hechos descritos en la sentencia. Sin embargo, estas dos interpretaciones ni son las únicas ni son contrapuestas. Es posible defender la legitimidad material de los delitos de peligro y mantener al mismo tiempo, una identidad propia que los diferencia de los de lesión. La solución pasa por tratar de definir lo que se entiende por peligro y por delito de peligro.

4. Horn (22) busca la distinción entre prohibiciones de peligro y de lesión en relación con las leyes deterministas del análisis causal (23), reduciendo el concepto de peligro a una explicación empírico-teórica de los cursos causales (24). Sin embargo, no hay que olvidar que existe una relación inmediata entre la probabilidad de lesión y el peligro, entre la intensidad del peligro y el aumento de la probabilidad de lesión; habrá peligro cuando la probabilidad de lesión roze con la seguridad. Lo que nos interesa, no obstante, es un concepto «práctico» de peligro que describa la relación entre el sujeto y su conducta (25). Un concepto teleológico y no causal, es decir, incurso en una relación de fin-medio (26). La corrección del juicio de peligro sólo es posible a través del convencimiento de la validez de la regla de experiencia de que una lesión, bajo determinadas condiciones, puede ser evitada por el autor. Una conducta peligrosa es aquella en la que el autor no está en situación de evitar o impedir con exactitud el daño que se tiene por posible (27). El peligro concreto se explica así como perturbación de la existencia de certeza en la evitación de la lesión del bien jurídico. La genuina lesividad de los delitos de peligro concreto estriba en el grave desamparo del bien jurídico, en la dependencia de su integridad de intervenciones posteriores del propio sujeto o ajenas a éste (28). En los delitos de peligro concreto no hay una lesión del bien jurídico igual a la de los delitos de lesión, ni son un momento previo a la lesión del bien jurídico, sino que el peligro concreto es una lesión *sui generis*, en atención a las especiales características de los bienes jurídicos protegidos en estos tipos. En el caso de los delitos contra la salud pública, en particular en el supuesto

(22) En *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Köln, 1973, pp. 115 y ss. y *passim*.

(23) Cfr. HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, pp. 51 y ss., entiende el peligro como la no-aclarada no-causación de la lesión de un bien jurídico; en sentido similar, CRAMER, en Schönke-Schröder, 23.^a ed., § 315 c), núm. 29 a), afirma que el peligro se puede fundamentar cuando el autor como consecuencia de su borrachera pierde el dominio del coche y la no producción de una lesión depende del azar.

(24) En este sentido, la crítica de KINDHÄUSER, *Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, p. 173.

(25) Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, p. 176.

(26) La diferencia entre ambos conceptos de peligro es equivalente a la diferencia existente entre la atribución de un resultado a una conducta a través de la relación causal, de acuerdo con leyes causales, o por medio de la imputación objetiva, según criterios teleológicos.

(27) Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, pp. 177 y ss.

(28) En sentido similar, KINDHÄUSER, *Gefährdungsdelikte im Strafrecht*; p. 177, habla de la dependencia de la integridad de «influencias heterómanas».

que nos ocupa, el art. 346.2 CP, se crea el peligro concreto en el momento en que el sujeto vende el objeto nocivo (29). Con este comportamiento el bien jurídico salud pública (30) queda desamparado al no poder asegurar la integridad de los bienes jurídicos individuales que tiene la pretensión de proteger.

5. Pese a los evidentes puntos de contacto, es necesario advertir que delito de peligro concreto y tentativa acabada no son lo mismo. Si bien es cierto que siempre que se dé una tentativa acabada de lesión —con independencia de la razón de la no producción del resultado— existirá un delito de peligro concreto (31), no todo delito de peligro concreto constituye una tentativa acabada de lesión. La certeza de esta afirmación la prueba la eficacia del desestimiento en la tentativa. En los delitos de peligro si ha existido peligro aunque el autor desista ya ha infringido la norma y sólo podremos hablar, en tal caso, de arrepentimiento activo (32). Si, como hemos visto, en el momento en que se produce el desamparo del bien jurídico ya se ha consumado el delito de peligro respecto a éste no puede hablarse de desestimiento, sino, en todo caso, de arrepentimiento (33). Esta interpretación viene abonada en Alemania por argumentos de derecho positivo (34) que concede especial eficacia al arrepentimiento en algunos tipos de peligro concreto imprudentes. La doctrina entiende que en estos casos se presume que el autor con el arrepentimiento activo equilibra el déficit en la motivación correcta demostrado a través de la infracción de la norma (35). La afirmación de que los delitos de

(29) La doctrina no es unánime respecto a la naturaleza de este tipo como delito de peligro concreto, en este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO, *RFDUC*, 1979, p. 79, afirma que no es necesario que se lesione la salud pública siendo suficiente que se intente en relación con la fabricación de objetos nocivos, mientras que la modalidad de venta será de peligro concreto; en el mismo sentido, LORENZO SALGADO, *DJ*, 1983, pp. 963 y ss.; BOIX REIG, en Cobo y otros, *DP, PE*, 2.^a ed., p. 362.

(30) Entendiendo la salud pública, siguiendo a RODRÍGUEZ RAMOS, *Comentarios*, T. V, vol. 2.^o, p. 820, como «condiciones de salud idóneas en la colectividad para que se mantenga la salud individual de cada uno de los elementos que componen ese conjunto».

(31) En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la «conducción suicida»*, «La Ley», 30 septiembre 1988, p. 3, en relación con la distinción entre dolo de peligro y dolo de lesión.

(32) En el mismo sentido, KINDHÄUSER, *Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, p. 193; SILVA SÁNCHEZ, *La Ley*, 30 septiembre 1988, p. 3.

(33) Si el sujeto realiza el comportamiento típico de peligro de vender productos nocivos aunque luego realice los actos necesarios para evitar que se produzcan otros daños, ya ha realizado el delito de peligro y sólo puede desistir, en su caso, de la tentativa de lesión. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, *La Ley*, 30 septiembre 1988, p. 3.

(34) En Alemania se prevén cláusulas específicas de eficacia del arrepentimiento activo equivalente a la del desestimiento en supuestos de delitos de peligro concreto cometidos por imprudencia (§ 311 c Abs 3 núm. 1; § 311 Abs 5 5; § 315 Abs 6; 330 Abs 1; § 330 Abs 6 StGB) por lo que a *sensu contrario* se entiende que en los casos no previstos el arrepentimiento activo no excluirá la punibilidad.

(35) Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, p. 197, equipara la im-

peligro tiene un contenido propio y no son un mero adelantamiento de las barreras de protección (36) obligará a examinar en cada caso la forma concursal aplicable cuando se produzcan daños posteriores. En aquellos supuestos en que con el peligro concreto sólo se han puesto en peligro los sujetos sobre los que recae la lesión estaremos ante un concurso de normas. Por el contrario, si ha existido una puesta en peligro indeterminada de la colectividad los daños posteriores no podrán absorber el desvalor del delito de peligro y estaremos frente a un concurso de delitos.

II.2. Elementos típicos esenciales del art. 346 CP en relación con el comportamiento de Faustino H. G.

1. Partiendo del concepto de peligro y de delito de peligro desarrollado en los apartados anteriores, pasaremos a realizar un somero análisis de los elementos típicos esenciales del art. 346 CP, en particular del pár. 2.º (37). Con la nueva redacción del art. 346.2 parece evidente que, como apuntábamos con anterioridad (38), como objeto material del tipo no se abarca exclusivamente a los alimentos, sino que alcanza también a cualquier otro objeto de consumo (39) que pueda afectar las condiciones de vida de la colectividad. Lo esencial es pues que se trate de un *objeto de consumo* y que su *uso sea nocivo*. El concepto de nocividad es eminentemente relativo (40) y, en general, se identifica con dañosidad o perjuicio para la salud (41).

prudencia consciente con el dolo en relación con el arrepentimiento activo en estos casos, afirmando que ésta sólo dará lugar a atenuación o exclusión facultativa de la pena.

(36) Entendidos como adelantamiento de las barreras de protección, vid. OCTAVIO DE TOLEDO, *RFDUC*, 1979, pp. 673 y ss.; LORENZO SALGADO, *Delitos contra la salud pública*, «Documentación Jurídica», 1983, p. 963.

(37) Las modificaciones introducidas en este artículo y en particular en el párrafo segundo en la reforma de 23 de junio de 1983, han sido objetos de justificadas críticas por parte de la doctrina, por todos, vid. RODRÍGUEZ RAMOS, *Comentarios*, T. V, vol. 2.º, pp. 822-823; BOIX REIG, en Cobo y otros, *DP, PE*, 2.ª ed., p. 363.

(38) Vid. Supra II.1.

(39) Vid. Supra II. 1, en particular nota 12, sobre la doctrina alemana al respecto. El art. 346.2 hace referencia a «bebidas y comestibles», «géneros corrompidos» y «objetos en cuya composición se hubieran incorporado sustancias o productos de forma tal que su uso resulte nocivo para la salud». Pese a que tanto la anterior como la actual redacción del tipo alude expresamente a «objetos», en España se habla, en general, de fraude alimentario. Hacen, sin embargo, referencia a esta ampliación del objeto material, BOIX REIG, en Cobo y otros, *DP, PE*, 2.ª ed., p. 363, «...no necesariamente alimentos...»; BUSTOS RAMÍREZ, *DP, PE*, p. 269, que alude expresamente a la ampliación del objeto material en relación con el tipo anterior.

(40) En este sentido, MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 7.ª ed., p.439; BOIX REIG, en Cobo y otros, *DP, PE*, 2.ª ed., p. 363.

(41) Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, *Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública*, pp. 452-456, busca un concepto de nocividad con ayuda del Código alimentario y hace referencia a la distinción entre nocividad absoluta y relativa, proponiendo, de *lege ferenda*, la interpretación del Código Penal conforme a los criterios técnicos de aquél.

Una sustancia será nociva cuando sea adecuada para perturbar la salud humana (42). Uno de los múltiples problemas que presenta el concepto de *nocividad* surge frente a aquellos *objetos de consumo* que perturban la salud humana únicamente tras repetidas ingestiones o un lapso más o menos largo de tiempo o que son perjudiciales precisamente frente a los destinatarios específicos del producto (ejemplo: este sería el caso de las muñecas realizadas con materiales tóxicos y destinadas a ser utilizadas por los niños que pueden chuparlas...)(43). Por otro lado, el requisito de la *nocividad* plantea graves dificultades en aquellas materias sobre las que existen dudas científicas sobre su peligrosidad y que están o estuvieron permitidas (44). La peligrosidad de una sustancia puede ser dudosa en dos sentidos: 1.º cuando no se conoce con certeza su adecuación para alterar la salud humana (45); y 2.º cuando se sabe de su nocividad, o en cierto modo se presume en virtud de la forma antirreglamentaria en que ha sido elaborada (46), pero se desconoce en qué modo y en qué grado puede ser lesiva. En este segundo caso cabría admitir la relevancia típica del comportamiento en relación con los delitos contra la salud pública, pero resulta problemática la imputación de los hipotéticos resultados lesivos que se deriven de éste (47). El hecho de que, en el caso objeto de estudio, el arseniato sódico estuviera permitido para el tratamiento de las vi-

(42) En este sentido, en relación con el § 319 StGB, CRAMER, en Schönke-Schröder, 23.ª ed., § 319 III, núm. 9, que entiende de que una mera suciedad o contaminación no es suficiente. Para RODRÍGUEZ RAMOS, *Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública*, p. 454, todo alimento contaminado es nocivo; BELLANTONI, *Diritto penale degli alimenti*, Verona, 1973, advierte que la jurisprudencia italiana al interpretar el art. 440 CP entiende que «adulterar una sustancia alimenticia, a los fines del art. 440 CP significa modificarla de modo que se altere profundamente y se vuelva efectivamente peligrosa» (Cass 26 junio 1940).

(43) Sobre la distinción entre nocividad absoluta y relativa, vid. RODRÍGUEZ RAMOS, *Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública*, pp. 455-456.

(44) En este sentido, la STS 18 junio 1963, tiene en cuenta el dato de que los medicamentos que facilitó sin la receta prescriptiva los tenía en su farmacia de la época en que su venta era libre, creyendo además el autor, por ese motivo, que más que tóxicos eran simples analgésicos.

(45) Este conocimiento de la peligrosidad ha de constar *ex ante* para que la nocividad de la sustancia tenga relevancia penal. En el conocido caso de la talidomida, por ejemplo, se desconocían los efectos lesivos en el momento que se elaboró y vendió. En Italia, se planteó un problema similar en relación con una sustancia de la que los peritos admitían una acción de desarrollo de tumores de origen químico, sin poseer una acción específicamente cancerígena. La jurisprudencia afirmó, en este caso (Cass. 22 marzo 1963) que: «La peligrosidad debe ser probada positivamente a través de la individualización concreta de los elementos y caracteres que vuelven a la sustancia adulterada en potencialmente apropiada para perjudicar el desenvolvimiento de las funciones orgánicas.»

(46) En este sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, *Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública*, p. 455, alude a la adecuación o no de las presunciones reglamentarias de nocividad.

(47) Este segundo problema es el que plantea el conocido y discutido caso de «la colza» que, entre otras cosas, fue el causante de la reforma del art. 346 CP según declara la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1983.

ñas, no desde luego para la elaboración del vino, puede tener, como veremos, cierta relevancia en la calificación de los hechos. Sin embargo, los hechos descritos en la sentencia no ofrecen dudas respecto a la concurrencia de estos dos elementos típicos —objeto de consumo y nocividad—. El vino como objeto material del tipo del art. 346 CP se ha entendido siempre como expresamente previsto en el término «bebidas» (48). Respecto al requisito de la nocividad, un vino al que se ha incorporado arseniato sódico es adecuado, con total certeza, para perturbar la salud humana.

2. No es, por el contrario, ni sencillo ni irrelevante determinar en cuál de las varias modalidades comisivas previstas en el art. 346.2 CP (49) cabe encuadrar el comportamiento del bodeguero. Al examinar los hechos se advierte que la conducta de Faustino H. G. realiza los cuatro distintos supuestos previstos en el segundo párrafo del tipo. En primer lugar, del relato de hechos probados se desprende que H. G. no sólo vende el vino adulterado, sino que también lo elabora —realiza tanto la modalidad típica de elaboración como la venta—. Por otro lado, al ser el objeto material el vino y dado el carácter genérico del término «objetos» —que comprende a las bebidas y comestibles (50)— es factible encardinar su conducta tanto en la primera parte del pár. 2.º del art. 346 (alteración de bebidas o comestibles y venta de géneros corrompidos) como en la segunda (fabricación y venta de objetos...). En relación con el objeto material, la aplicación del principio de especialidad fundamenta la decisión a favor del concepto de «bebidas» —más específico respecto al vino— frente a la de «objetos». No es tan fácil, sin embargo, decidir la calificación típica más adecuada dentro de las posibles: la conducta de elaboración del vino o la de venta de éste. Se produce un concurso normativo que, aunque intrascendente respecto a la penalidad (51), por coincidir ésta, no lo es respecto a las consecuencias que una u otra calificación tiene para otros elementos de la teoría del delito. Tanto el inicio de la ejecución como el momento de la consumación es distinto según examinemos la conducta de la elaboración del vino o de la venta de éste. La doctrina y la jurisprudencia examinan el momento de la consumación de este tipo en relación con la modalidad de venta (52), discutiendo únicamente si es necesario que se produzca efecti-

(48) Así, por ejemplo, en la STS 17 abril 1977; STS 22 mayo 1982.

(49) Sobre los cuatro supuestos tipificados en función del objeto material y de la conducta, vid. BOIX REIG, en Cobo y otros, *DP, PE*, 2.ª ed., pp. 363-363.

(50) Esta duplicidad de los conceptos haría aconsejable, de *lege ferenda*, su unificación bajo el término «objetos», en el mismo sentido que el § 319 StGB habla exclusivamente de «Sachen».

(51) En este sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, *Comentarios*, T. V, vol. 2.º, p. 821, alude a la intrascendencia del concurso normativo entre el primer y segundo párrafo del art. 346, por coincidir la penalidad.

(52) Así OCTAVIO DE TOLEDO, *RFDUC*, 1979, p. 83, el momento de la consuma-

vamente la venta o es suficiente que se ofrezca a terceros la sustancia nociva (53). Si se unifica el momento de la consumación para ambas modalidades típicas —alteración o fabricación y venta— queda sin contenido la mitad del segundo párrafo del art. 346 (54). Este planteamiento equivale a sustituir la conjunción *o*, empleada en el texto legal, por *y*. En Italia, donde se contempla tanto el supuesto de fabricación (art. 440 CP), como el de venta (art. 442 CP), se distingue entre ambos respecto a la consumación. Para la perfección del delito previsto en el art. 440 CP es suficiente con que la sustancia adulterada sea destinada al comercio, siendo irrelevante la venta de ésta (55). La consumación del tipo previsto en el art. 442 CP no se produce, sin embargo, hasta que el objeto nocivo es situado o distribuido en el comercio (56). Aplicando esta doctrina a la sentencia objeto de análisis, la *alteración* del vino —como comportamiento típico— se consume al coger la bolsa de arseniato sódico y disolverlo en el vino que estaba destinado al consumo humano. La existencia de una sustancia nociva destinada a entrar en el comercio coloca el bien jurídico *salud pública* en una situación de desamparo (57). El hecho de que H. G. almacene en «...la misma alacena de la bodega un producto letal..., junto a productos exclusivamente utilizables en la elaboración del vino...», podría, incluso, calificarse como inicio de la ejecución respecto al comportamiento típico de la elaboración de vino adulterado (58). La creación de un peligro cierto en relación con el bien jurídico, en este caso la salud pública, peligro que se puede afirmar que crea el comportamiento de Faustino (59), es uno de los criterios

ción se produce con la venta de la sustancia nociva; QUERALT JIMÉNEZ, *DP, PE*, II, p. 523, alude a las SSTs 17 junio 1981 y 18 diciembre 1981, que afirman que el delito se consume con la producción de la nocividad y su ofrecimiento a terceros, sin que sea necesaria ni la adquisición ni el consumo.

(53) HORN, NJW, 1977, p. 2333, entiende que el tipo se consume cuando el tercero *puede* encontrar el objeto en el tráfico; en sentido similar CRAMER, en Schönke-Schröder, 23.^a ed., § 319, núm. 7; la jurisprudencia, sin embargo, exige para la consumación que el objeto haya pasado realmente al ámbito de un tercero, se ha tenido que realizar el cambio de propiedad, en este sentido, BGH LRE 1, 82; OLG Hamm LRE 7, 304; BayDBLG LRE 4, 45; RGSt 62, 389.

(54) El § 319 StGB sólo tipifica la venta y oferta o colocación en el mercado de los productos tóxicos, por lo que es lógico que tanto la doctrina y la jurisprudencia alemana sitúen la consumación en el momento de la venta u ofrecimiento.

(55) Cfr. Cass 26 abril 1951.

(56) BELLANTONI, *Diritto penale degli alimenti*, p. 7.

(57) Vid. Supra II.1.4, sobre el concepto de delito de peligro.

(58) Cfr. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, pp. 137-231, realiza un completo examen de las teorías doctrinales y jurisprudenciales que pretenden trazar una frontera entre actos preparatorios y ejecutivos.

(59) Pensemos, por ejemplo, que cualquier persona que interviniera en la elaboración del vino podía utilizar el arseniato sódico creyendo que se trataba del ácido cítrico, en cuyo caso, se podría hablar de delito contra la salud pública cometido por Faustino en autoría mediata. Sobre el peligro efectivo para el bien jurídico como criterio diferenciador, vid. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, pp. 165-169 y 188-189.

aceptados y discutidos (60) para fundamentar el inicio de la ejecución. Mayor problema surge al tratar de introducir, junto a los anteriores, el criterio del plan del autor (61). Este segundo criterio delimitador del inicio de la ejecución presenta, en este caso, una doble dificultad para su concreción. De un lado, la falta de elementos de juicio, en los hechos probados, sobre los conocimientos y voluntad del acusado en el momento en que almacena el arseniato sódico, omisión, por otro lado, lógica dado que el Tribunal no hace referencia alguna a la posible calificación de los hechos como delito contra la salud pública. De otro, nos encontramos con que las teorías vertidas en torno a la delimitación actos preparatorios-actos ejecutivos, en particular aquéllas que incorporan criterios subjetivos, son de difícil, sino imposible, aplicación frente a un comportamiento imprudente. Con independencia de la conveniencia de tratar con mayor profundidad el problema del inicio de la ejecución típica en el delito imprudente (62), creo que la específica naturaleza de la imprudente aconseja trazar la frontera en base a criterios objetivos. En consecuencia, la creación de un riesgo que supone una amenaza para un *determinado* bien jurídico es ya un acto ejecutivo del tipo imprudente (63).

3. La ubicación del inicio de la realización del tipo en el momento del almacenamiento permite fundamentar, con mayor facilidad, la infracción del deber subjetivo de cuidado (64). De los hechos probados parece que deba entenderse que el acusado desconocía que estaba incorporando arseniato sódico al vino, ya que, de conocer esta circunstancia, sabiendo además de su nocividad, por tratarse de un profesional del tratamiento de las viñas y la elaboración del vino, se deberían de calificar los hechos como dolosos. En los delitos de peligro las hipótesis de culpa consciente son difícilmente imaginables, ya que una vez se prueba el conocimiento, por el sujeto, del peligro relevante que crea su conducta, al no ser necesario advertir el concre-

(60) Vid. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, pp. 165-169, 198-201 y 225 y ss.

(61) Vid. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, pp. 222-223.

(62) En relación con el delito imprudente no se ha elaborado ninguna teoría para la delimitación del inicio de la ejecución.

(63) La admisión de la comisión imprudente del art. 346 CP, había sido muy discutida antes de la reforma de este precepto. La jurisprudencia, en ocasiones presumía el dolo (STS 31 octubre 1966) (sobre las presunciones jurisprudenciales de dolo vid. CORCOY BIDASOLO, *En el límite entre el dolo y la imprudencia*, ADPCP, 1985, pp. 144 y ss.), en otras excluía la modalidad imprudente (STS 17 noviembre 1970 o 23 noviembre 1972), finalmente, en algunas admitía la comisión imprudente (STS 18 enero 1962). RODRÍGUEZ RAMOS, *Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública*, p. 458, entendía que, aun siendo posible la aplicación del art. 565 a estos delitos de riesgo, era aconsejable, de *lege ferenda*, su regulación específica, propuesta que ha sido recogida en la reforma de 23 junio 1983, en el último párrafo del art. 346 CP.

(64) Sobre la infracción del deber subjetivo de cuidado como elemento esencial del tipo imprudente, vid. CORCOY BIDASOLO, *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente. Tesis inédita*, Barcelona, 1988, pp. 325-414.

to riesgo de lesión, habrá dolo de peligro (65). El acusado, en el caso de que supiese que estaba incorporando al vino un producto tóxico, conocería, ineludiblemente, la relevancia del peligro que creaba con su conducta, que sería dolosa, sin que quepa admitir, en ese caso, la existencia de un error sobre la capacidad de evitación (66) que excluyera el dolo y fundamentase la imprudencia, en relación con el delito de peligro (67). Partimos, por tanto, de que el sujeto actuaba, en el momento de la elaboración del vino, con culpa inconsciente. La fundamentación de la culpabilidad en los supuestos de culpa inconsciente ha sido muy discutida, llegando a negarse que esto sea posible (68). Si la realización del tipo imprudente se hace depender de que junto a la infracción del deber objetivo de cuidado —tipo objetivo— se infringa el deber subjetivo de cuidado, en la culpa inconsciente la infracción del deber subjetivo de cuidado se condiciona a que el autor *pueda y deba* evitar el desconocimiento del peligro creado por su comportamiento (69). La exigibilidad del conocimiento será, pues, el fundamento de la existencia de infracción del deber subjetivo de cuidado (70).

4. En el caso objeto de análisis la exigibilidad del poder y deber conocer el peligro se fundamenta en el hecho de que es el propio sujeto quien previamente había iniciado la situación de peligro al almacenar el arseniato sódico. En el Estatuto del Vino, de la Viña y los Alcoholes, de 2 de diciembre de 1970, y en el Reglamento de 23 de marzo de 1972, se prohíbe el depósito y tenencia de sustancias no autorizadas en bodegas o locales de elaboración y almacenamiento de vino. La finalidad de estas normas es precisamente evitar que puedan ser vertidas en el vino estas sustancias por error.

(65) SILVA SÁNCHEZ, *La Ley*, 30 septiembre 1988, p. 3, distingue entre dolo de peligro y dolo, incluso eventual, de lesión.

(66) Cfr. CORCOY BIDASOLO, *ADPCP*, 1985, pp. 970 y ss., entiendo que, si pese al conocimiento de la peligrosidad de la conducta, el autor cree, erróneamente, en base a un fundamento racional, que puede evitar la producción del resultado concurrirá imprudencia y no dolo. Sin embargo, en relación con el resultado de concreta puesta en peligro no puede fundamentarse este error sobre la capacidad de evitación.

(67) Cuestión distinta es la posibilidad de admitir un error sobre la capacidad de evitación, que excluiría el dolo, en relación con los resultados de muerte y lesiones.

(68) Cfr. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito*, Barcelona, 1963, p. 28; KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, 2.^a ed., Heidelberg, 1976, pp. 156 y ss.; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus und objektiven Strafbarkeitsbedingung-in Grundfrage der modernen Strafrechtssysteme*, Berlin-New York, 1984, p. 209.

(69) Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*, pp. 353 y ss., el deber subjetivo de cuidado, como deber de prever, existirá cuando el peligro sea cognoscible, lo que se decidirá en el caso concreto atendiendo a todas las circunstancias objetivas concurrentes, a los conocimientos actuales y previos del autor y a su capacidad.

(70) Sobre la exigibilidad como principio regulativo que permite trazar una frontera entre la existencia o no de un deber, vid. HENKEL, *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, *Fest-E. Mezger*, München-Berlin, 1954, pp. 249-309, pp. 285-286.

El fin de protección de la norma infringida al almacenar el arseniato es pues, precisamente, evitar conductas como la llevada a cabo por Faustino al elaborar el vino. La existencia de la realización imprudente de un delito contra la salud pública, art. 346, último párrafo, que se consuma en el momento en que Faustino elabora el vino incorporando arseniato sódico, me parece, en consecuencia suficientemente probada, pese a lo cual el Tribunal no hace, respecto a ello, ninguna referencia. La existencia de una regulación específica de la comisión imprudente impide la aplicación de la negligencia profesional del pár. 5.º del art. 565 en relación con estos hechos (71), sin que pueda deducirse de la estructura del tipo ya que, al contrario de lo que sucede en el pár. 1.º del art. 346, en el 2.º pár. autor puede serlo cualquiera (72), por lo que el hecho de ser H. G. profesional del ramo podría fundamentar la calificación de negligencia profesional, de ser de aplicación el art. 565.

III. LA RESPONSABILIDAD DE FAUSTINO H. G. POR LAS MUERTES Y LESIONES PRODUCIDAS. EL ART. 348 CP

III.1. *La posibilidad de calificar los hechos como constitutivos del tipo previsto en el art. 348 CP*

1. La nueva regulación del art. 1 CP tras la reforma de 1983 tenía como principal objetivo, según la exposición de motivos, «detererrar de nuestro sistema punitivo la responsabilidad objetiva y todas sus manifestaciones» (73). En relación con los delitos cualificados por el resultado, el pár. 2.º del art. 1 CP, cierra el paso a la «posibilidad de delitos *únicamente* cualificados por el resultado», ya que se requiere que el resultado cualificante sea imputable, «al menos, por culpa» (74). Con anterioridad a la reforma, la doctrina y la jurisprudencia desarrollaron distintas teorías con la pretensión de limitar el alcance del pár. 3.º del art. 1 CP, como principio fundamentador de las dis-

(71) Sobre la aplicación de esta modalidad de imprudencia en relación con las muertes y lesiones vid. *Infra* III.2.

(72) En sentido crítico respecto a la diversidad de criterios a la hora de concretar en la misma ley penal los sujetos que pueden incurrir en responsabilidad de este carácter, vid. RODRÍGUEZ RAMOS, *Comentarios*, T. V, vol. 2.º, pp. 813-314.

(73) Sobre el significado de la reforma en relación con los delitos cualificados por el resultado, vid. QUINTERO OLIVARES/MUÑOZ CONDE, *La reforma de 1983*, Barcelona, 1983, pp. 126 y ss.; MAQUEDA ABREU, *El principio de responsabilidad subjetiva: su progresiva influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983*, «CPC», 187, pp. 185 y ss., realiza un completo examen de la doctrina y jurisprudencia surgida tras la reforma, en particular, en relación con los delitos cualificados por el resultado y la preterintencionalidad, vid., pp. 196-231.

(74) MIR PUIG, *DP, PG*, 2.ª ed., pp. 242 y ss.

tintas manifestaciones de responsabilidad objetiva del CP (75), y, en particular, respecto a la preterintencionalidad (76) y los delitos cualificados por el resultado (77). Los delitos cualificados por el resultado se concebían como supuestos de preterintencionalidad especialmente tipificados, en los que la previsión expresa de una penalidad agravada excluía la aplicación de las reglas del art. 50 o del art. 71 (78). La naturaleza preterintencional de estos delitos ha sido cuestionada por no tratarse de supuestos de progresión delictiva (79), sino de tipos en los que se protegen conjuntamente bienes jurídicos distintos (80), no hay que olvidar, sin embargo, que en el binomio lesiones-homicidio, supuesto clásico de preterintencionalidad, también son dos los bienes jurídicos en juego. El mantenimiento, tras la reforma, de varios supuestos de delitos cualificados por el resultado únicamente es comprensible frente a determinadas modalidades de comportamiento en las que la *cualificada* previsibilidad del evento más grave fundamenta político-criminalmente la agravación de la pena (81), siempre que se respete el principio de culpabilidad a través de la aplicación de las reglas generales de imputación dolosa o imprudente (82). Ello, con

(75) En este sentido, MUÑOZ CONDE, *Del llamado homicidio preterintencional. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1973*, *RJCat* 1974, pp. 883 y ss., en particular, p. 892; MAQUEDA ABREU, *CPC*, 1987, pp. 196-198.

(76) Por todos, vid. MIR PUIG, *DP, PG*, 2.ª ed., pp. 241 y ss.; *el mismo*, *Preterintencionalidad y límites del art. 50 CP*, *RJCat* 1979, pp. 57 y ss.; sobre los criterios jurisprudenciales vid. MAQUEDA ABREU, *CPC*, 1987, pp. 198 y ss.

(77) En este sentido, GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, *passim*.; CÓRDOBA RODA, *La producción de un resultado de muerte en los delitos contra la salud pública*, en libro homenaje al profesor J. Antón Oneca, Salamanca, 1982, pp. 674 y ss.; la doctrina del Tribunal Supremo en MAQUEDA ABREU, *CPC*, 1987, pp. 219 y ss.

(78) Cfr. MAQUEDA ABREU, *CPC*, 1987, p. 220.

(79) En este sentido, HUERTA TOCILDO, *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, Madrid, 1977, pp. 102 y ss.

(80) MAQUEDA ABREU, *CPC*, 1987, pp. 220-221, núm. 102, rechaza la especificidad de los delitos cualificados por el resultado en base a que el tipo base «...contiene ya un grado mayor o menor de peligro para el bien jurídico que se actualiza y deviene en lesión al producirse el resultado más grave...» En los delitos cualificados por el resultado hay una estrecha vinculación entre los bienes jurídicos afectados ya que se prevén en aquellos casos en que la experiencia nos dice que existe una mayor o menor probabilidad de que como consecuencia de la lesión de un bien jurídico se devenga la lesión de otro (así, por ejemplo, en el aborto con resultado de muerte, cuando se reguló existía una gran probabilidad de que con las prácticas abortivas se produjese la muerte de la mujer), esta relación entre los bienes jurídicos no excluye, sin embargo, la naturaleza propia de cada uno de ellos.

(81) Cfr. MAQUEDA ABREU, *CPC*, 1987, p. 230 y núm. 123, señala que la doctrina encuentra el fundamento de la agravación legal «en un contenido de injusto adicional» o en «consideraciones de prevención general».

(82) En Alemania, que, de acuerdo con el § 18 StGB, que dispone que sólo se impondrá la pena más grave cuando el resultado se haya producido al menos imprudentemente, tiene una regulación semejante a la de nuestro actual código, se distingue entre delitos cualificados por el resultado propios e impropios, delitos cualificados impropios serán aquellos que pueden ser castigados como concursos ideal entre el delito base y el resultado, en este sentido, HRUSCHKA, *GA* 1967, pp. 43 y ss.; HIRSCH, *GA* 1972, p. 66; CRAMER, en Schönke-Schröder, 23.ª ed., § 18 núm. 2.

independencia de que pueda proponerse, de *lege ferenda*, su supresión y consiguiente tratamiento de estos supuestos de acuerdo con las reglas concursales genéricas (83). La solución concursal no sólo se ajusta más al principio de culpabilidad, sino que además permite diferenciar entre las distintas combinaciones según: 1) el tipo subjetivo: dolo-dolo, dolo-imprudencia o imprudencia-dolo; o 2) el grado de ejecución: consumación-consumación, tentativa-consumación, frustración-consumación, consumación-tentativa, consumación-frustración, tentativa-tentativa..., y 3) las múltiples variables posibles poniendo en relación ambos aspectos (84), adecuándose de este modo, en mayor medida, al principio de justicia. Por el contrario, la existencia de estos delitos, en su actual formulación, obliga a distinguir en base a interpretaciones doctrinales, que en ocasiones se alejan bastante de la que sería una interpretación literal del precepto (85).

2. Los delitos cualificados por el resultado suelen configurarse a partir de un comportamiento inicial doloso —tipo base— del que se deriva un resultado imputable a título imprudente a esa conducta inicial. La doctrina mayoritaria rechaza la aplicación de los delitos cualificados por el resultado cuando el tipo básico es imprudente (86). Existen, sin embargo, algunos sectores doctrinales que admiten la posibilidad de aplicar también el delito cualificado ante supuestos de tipo básico imprudente por entender que en estos delitos «la ley no quiere ser razonable» (87). Este problema se plantea especialmente en relación con el art. 348, ya que de su deficiente formulación (88) es perfecta-

(83) Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos cualificados por el resultado y el art. 3 del proyecto de Código Penal español de 1980 II*, «ADPCP» 1983, passim., y, en particular, pp. 124 y ss., entendiéndose que ésta es la solución adoptada en el Proyecto de Código Penal de 1980, aun cuando él no se muestre totalmente partidario por entender que en algunos supuestos la solución del concurso ideal no es la más idónea, proponiendo en consecuencia para estos casos la creación de delitos de peligro concreto constituidos por un tipo básico doloso de resultado material, y un tipo doloso de peligro concreto que se aplicarían cuando de este segundo tipo no se derive un resultado material más grave.

(84) Si existe un dolo, aunque sea eventual, respecto al resultado de lesión la calificación será de concurso ideal entre el delito de peligro doloso consumado y el delito de lesión doloso intentado, lo que haría innecesaria la creación de los delitos a que se alude en la nota anterior.

(85) vid. *Infra* III.1.2., en relación con el art. 348.

(86) DIEZ RIPOLLÉS, *I*, ADPCP, 1983, p. 637; MAQUEDA ABREU, *CPC*, 1987, p. 219; COBO/VIVES, *DP, PG*, 2.ª ed., Valencia, 1987, p. 445; en el mismo sentido, una línea jurisprudencial que podemos considerar mayoritaria, así SSTS 10 abril 1948 (A. 566), 2 julio 1959 (A. 2711), 26 febrero 1966 (A. 1007), 15 diciembre 1977 (A. 4898) y 17 noviembre 1986.

(87) GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, pp. 167-172; en sentido similar, STS 12 diciembre 1974 (A. 5184); en Alemania se admite, excepcionalmente, que sea imprudente el tipo base, los §§ 309, 314 y 320 StGB son delitos cualificados por el resultado en los que el tipo base es imprudente.

(88) Cfr. CÓRDOBA RODA, *La producción de un resultado de muerte en los delitos contra la salud pública*, pp. 673 y ss.; BOIX, en Cobo y otros, *DP, PE*, II, pp. 509-510, advierten de la deficiente técnica legislativa del art. 348.

mente factible deducir que es aplicable tanto cuando el comportamiento inicial es doloso como cuando es imprudente (89). La tipificación expresa, en la misma reforma de 1983, de un delito contra la salud pública imprudente en el último párrafo del art. 346 avala esta interpretación, que literalmente es evidente, aun cuando razones de justicia material la hagan inaceptable (90). Estas mismas razones de justicia material conducen a aplicar el art. 348 únicamente en aquellos supuestos en que el resultado posterior es imputable a título imprudente y no cuando lo es a título doloso (91). La aplicación del delito cualificado por el resultado cuando tanto la realización del tipo base como la del cualificante es dolosa supone no dar relevancia a la conducta inicial «con la absurda consecuencia de que tipos concebidos con una finalidad agravatoria pasarían a privilegiar a su autor» (92). La teoría jurisprudencial del dolo eventual surgió, antes de la reforma de 1983, con la loable intención de restringir el alcance de la responsabilidad objetiva que se derivaba del párrafo tercero del art. 1 (93). Esta línea jurisprudencial exige un dolo eventual respecto a la muerte o lesiones para aplicar los delitos cualificados por el resultado, estimando que se dará un concurso ideal de delitos cuando respecto del resultado exista dolo directo o imprudencia (94). Sin embargo, esta restricción del ámbito de la responsabilidad objetiva es sólo aparente, ya que para la apreciación del dolo eventual se sirve de la existencia de un dolo de peligro para presumir el dolo de lesión (95). La existencia de dolo en la realización de determinados comportamiento típicos de peligro, que abarcan la posibilidad de la pro-

(89) En este sentido, MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 7.ª ed., p. 442, advierte como «legalmente» la acción inicial ilícita puede ser incluso culposa; en sentido análogo BUS-TOS RAMÍREZ, *DP, PE*, p. 287; en este sentido la STS 12 diciembre 1974 (A. 5184), se mostró propicia a la aplicación del art. 348, en un supuesto en que la conducta inicial fue imprudente (aunque no lo hiciera en virtud del principio de la «reformatio in peius»). Para Muñoz Conde, el Tribunal evitó su aplicación ante la dureza de la regulación legal.

(90) En el mismo sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, *Comentarios*, T. V, vol. 2.º, pp. 824-825. Antes de la reforma era controvertida la posibilidad de comisión imprudente de los delitos contra la salud pública lo que facilitaba la restricción de la aplicación del art. 348 a los supuestos de realización dolosa del tipo base, en este sentido, la interpretación de CÓRDOBA RODA, *La producción de un resultado de muerte en los delitos contra la salud pública*, p. 674.

(91) En este sentido, la doctrina mayoritaria, por todos, RODRÍGUEZ RAMOS, *Comentarios*, T. V, vol. 2.º, pp. 824-825.

(92) MAQUEDA ABREU, *CPC*, 1987, p. 230.

(93) Vid. Supra II.1.

(94) En este sentido, STS 17 noviembre 1970 (A. 4938), y, tras la reforma, SSTS 28 marzo 1984 (A. 2299), 19 octubre 1984 (A. 5020) y 30 marzo 1985 (A. 2052). Esta construcción conlleva además una graduación del dolo con un efectivo trato diferencial que no ha sido, y difícilmente puede ser, fundamentado en el Derecho positivo.

(95) Cfr. MAQUEDA ABREU, *CPC*, 1987, pp. 224 y ss., realiza un completo examen crítico de esta construcción jurisprudencial, advirtiendo que «el efecto más relevante fue el de prolongar en la práctica en forma encubierta el ejercicio de la más pura responsabilidad objetiva».

ducción del resultado más grave, implica, para esta teoría, que el sujeto cuando actúa conoce y «acepta» este resultado. Esta construcción nos permite constatar, una vez más, que la teoría del consentimiento, como prueba de la existencia de dolo eventual, es fácilmente manipulable. Si, por el contrario, para probar el dolo, junto al conocimiento del peligro concreto, exigimos, en lugar de la «aceptación», que no exista un error sobre la capacidad de evitación estaremos limitando, mucho menos arbitrariamente, el ámbito del dolo (96). Tras la reforma, el Tribunal Supremo sigue manteniendo la tesis del dolo eventual, en base, por un lado, a la reforma del art. 1, unida a la concepción jurisprudencial y doctrinal de que los delitos cualificados, como los previstos en los artículos 411, párr. último, 348 y 483, albergan hipótesis de dolo eventual respecto al resultado (97).

3. En la sentencia objeto de examen parece consecuente que no se haga referencia a la posibilidad de aplicar el art. 348 desde el momento en que tampoco se alude a la realización, por el comportamiento del sujeto, de un delito contra la salud pública del art. 346, último párr. No obstante, si, como pusimos de relieve (98), dicha realización resulta probada y siempre que, como veremos, *Infra III.2.*, los resultados lesivos sean imputables a la conducta del sujeto, la *no* aplicación, en este supuesto, del art. 348 en base al carácter imprudente del comportamiento inicial, no se deduce, como advertíamos arriba, de una interpretación literal de este artículo. Por el contrario, la interpretación literal del art. 348 conllevaría su aplicación y *a sensu contrario* la calificación de los hechos como constitutivos de un delito del art. 348 no sería fácilmente recurrible. En consecuencia, sería deseable, de *lege ferenda*, o su derogación o al menos una nueva redacción que limite exactamente su ámbito de aplicación. Con independencia de lo anterior es necesario poner de relieve que, en todo caso, el art. 348 es únicamente aplicable respecto de los resultados de muerte, ya que en los delitos contra la salud pública la calificación por el resultado no se extiende a las lesiones (99), tal y como sucede en relación con el aborto, art. 411, último párr.

(96) Vid. *Supra* nota 66.

(97) STS 30 marzo 1985 (A. 2052).

(98) Vid. *Supra* II.2-1.

(99) En Alemania, el § 320 StGB, se tipifica la comisión imprudente de los delitos de peligro contra la comunidad —«Gemeingefährdung»— siempre que se produzca algún *daño* posterior. Para algunos autores, como WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, p. 468, o HORN, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. II, Besonder Teil, 1976-1987, § 320, núm. 5, el daño ha de consistir en una lesión en la vida o la salud de otros. Otros autores, por el contrario, entienden que es suficiente la producción de cualquier clase de daño, como un daño en la propiedad, en este sentido, WOLFF, *LK*, 10.^o ed., § 320, núm. 5; LACKNER, *Strafgesetzbuch*, 17.^a ed., 1987, § 320, núm. 1. La doctrina mayoritaria considera que al no ser el § 320 un delito cualificado por el resultado del § 18, por no existir ningún tipo básico imprudente, los daños no deben ser imputables por imprudencia, sino que se trata de una condición objetiva de punibilidad, en contra, CRAMER, en Schönke-Schröder, 23.^a ed., § 320, núm. 3.

III.2. *Comportamiento típico e imputación del resultado en relación con las muertes y lesiones producidas*

1. Para la imputación de las muertes y lesiones, tanto si entendemos aplicable el art. 348 (en relación con las muertes), como si aplicamos el art. 565 en relación con el 407 y 420 y ss., será necesario probar la creación de un riesgo típicamente relevante de muerte y lesiones —como presupuesto de la imputación— y la existencia de una relación de riesgo entre aquél y los resultados efectivamente producidos (100). En los hechos aquí examinados, el presupuesto de imputación, como creación de un riesgo adecuado, no permitido y relevante de lesión para la vida y la integridad física surge en el momento en que el sujeto vende el vino adulterado, pues una vez se encuentra en manos del consumidor existe ya una tentativa acabada de lesión (101). Que existe tentativa acabada nos lo prueba el hecho de que para evitar la efectiva producción del resultado no es suficiente un desestimiento pasivo, por el contrario, el autor deberá desarrollar una actividad tendente a evitar la efectiva lesión del bien jurídico —buscar a todos los compradores y advertirles de la nocividad del vino—, es decir, desestimiento activo. La fundamentación del presupuesto de la imputación, en sus dos momentos, el axiológico —juicio valorativo sobre la infracción de la norma de cuidado— y el teleológico —juicio de pronóstico sobre la probabilidad de producción del resultado lesivo— (102) nos da un resultado positivo en relación con el comportamiento de Faustino de vender un vino que contenía arseniato sódico. Respecto al primer momento, en el que se examina la relevancia penal del riesgo, se advierte cómo al vender el vino sin asegurarse previamente de la inocuidad de éste el sujeto está infringiendo la norma de cuidado. La infracción del deber objetivo de cuidado se produce al no cumplir Faustino los deberes de cuidado exigibles en ese sector de actividad al vender el vino sin analizar su composición. En el aspecto subjetivo, al autor le era exigible conocer el peligro que creaba con su conducta, en base al mismo razonamiento que se siguió en la prueba de la infracción del deber subjetivo de cuidado, en relación con el delito de peligro, puesto que habiendo sido el mismo sujeto quien lo había almacenado, era *cognoscible* (103),

(100) Vid. Supra III A.-1., donde pusimos de relieve que, tras la reforma de 1983, para aplicar un delito cualificado por el resultado es necesario que éste sea imputable a la conducta que realiza el tipo de peligro. Con anterioridad a la reforma el TS había restringido el alcance de los delitos cualificados por el resultado en base a la exigencia de relación, causal entre el comportamiento del sujeto y el resultado, en este sentido, por ejemplo, STS 15 de diciembre 1977 (A. 4898).

(101) Cfr. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, pp. 254 y ss.

(102) El doble juicio axiológico y teleológico ha de recaer sobre el comportamiento del sujeto en cuanto infractor del deber objetivo y subjetivo de cuidado.

(103) Sobre el deber subjetivo de cuidado entendido como *cognoscibilidad* y ésta

para él *ex ante*, la existencia de arseniato sódico en el vino y, en consecuencia, *debía de conocer* la concreta previsibilidad de la realización típica (104), es decir, la efectiva virtualidad del peligro creado al vender un vino de tales características. En cuanto al momento teleológico, el juicio de pronóstico sobre la probabilidad de producción de los resultados lesivos recae sobre los «factores de riesgo cognoscibles» *ex ante* por el autor; al ser el peligro cognoscible, la venta para el consumo humano de vino conteniendo arseniato sódico, una respuesta afirmativa sobre la gran probabilidad de que se produzcan tanto muertes como lesiones parece incontestable.

2. En esta sentencia, en relación con el presupuesto de imputación, como contenido del injusto imprudente, debemos hacer, aunque sea someramente, referencia a la calificación de los hechos como negligencia profesional. Calificación ésta ratificada por el Tribunal Supremo cuya única objeción hace referencia a la no aplicación del inciso segundo del pár. 5.º del art. 565, siendo «indudablemente catastrófico el resultado producido» (105). Generalmente se entiende por negligencia profesional «la transgresión de deberes técnicos que sólo incumben al profesional» (106), es decir, comportamientos acreditados como faltas profesionales por vulnerar la «lex artis» que regula aquella actividad. En este caso, sin embargo, se fundamenta esta calificación exclusivamente en el otro requisito exigido por la jurisprudencia para aplicar la negligencia profesional, «la condición profesional del agente» (107). Estando de acuerdo con la calificación de los hechos como constitutivos de negligencia profesional no lo estoy con su fundamentación, ya que lo relevante de esta modalidad de imprudencia no es el carácter profesional del autor, sino que éste infringa un deber de cuidado específico de un determinado sector profesional (108). Que el deber infringido en la negligencia profesional haya

como «exigibilidad del conocimiento del peligro», vid. CORCOY BIDASOLO, *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*, pp. 348 y ss.

(104) El contenido del deber subjetivo de cuidado es, precisamente, la obligación del sujeto de conocer el peligro que crea con la infracción del deber objetivo de cuidado. El criterio de la *exigibilidad* es de utilidad en la decisión sobre la existencia o no de ese deber de conocer en el caso concreto atendiendo a todas las circunstancias previas y concurrentes en el hecho; sobre todo ello vid. CORCOY BIDASOLO, *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*, pp. 354 y ss.

(105) En este inciso se posibilita la elevación de la pena en uno o dos grados cuando el mal causado fuera de extrema gravedad.

(106) En este sentido puede citarse una numerosa jurisprudencia, de las que pueden ser representativas las SSTs 31 enero 1976 (A. 249), 14 diciembre 1978 (A. 3953) o 20 junio 1980 (A. 2642).

(107) La jurisprudencia exige el ejercicio habitual y público de la profesión y que este ejercicio constituya su «modus vivendi», STS 25 junio 1980 (A. 2997), entre otras: en el mismo sentido, la sentencia examinada fundamenta la calificación en base a que Faustino «se dedicaba a tal actividad desde hacía muchos años».

(108) En este sentido, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976, p. 231; *el mismo*, *Adiciones de Derecho español al Tratado de Derecho Penal de Jescheck*, Barcelona, 1981, p. 808.

de tener «carácter técnico» (109) no debe conducir a excluir esta calificación cuando el deber infringido no sólo es exigible a un profesional, sino que también se le exigiría al hombre medio. El peligro que se crea al almacenar un producto tóxico, sin ninguna indicación, junto a productos utilizados en la elaboración de vinos es cognoscible por cualquier persona, aun cuando no conozca nada sobre vinos, lo que no debe excluir la calificación de negligencia, sino fundamentarla, pues siendo exigible a cualquiera, más ha de serlo para un profesional. La posibilidad de calificar los hechos resultantes como negligencia profesional, con la sustancial agravación de la pena que ello conlleva, justifica en mayor medida la no aplicación del art. 348 CP, cuyo único fundamento es la voluntad político-criminal de agravar la pena (110).

3. Para poder atribuir los resultados lesivos a esa negligencia profesional es necesaria la prueba de la relación de riesgo —juicio de imputación en sentido estricto—. Esta prueba no suscita excesivas dificultades en este caso. De los hechos probados se desprende que el mismo riesgo inherente a la venta para el consumo humano del vino conteniendo arseniato sódico es el que se ha realizado en la muerte o lesiones de los sujetos que ingirieron esa sustancia nociva (111). Que en el momento de la consumación sean las propias víctimas quienes beban voluntariamente el vino no puede excluir la imputación, ya que actúan en error invencible sobre el peligro que ello supone (112). A través del análisis sobre la exacta relevancia típica de los hechos examinados se ha podido advertir la especial idiosincracia de los delitos contra la salud pública y de las consecuencias que de ello se derivan cuando concurren con otros delitos de resultado. En primer lugar, es necesario hacer notar la amplitud del espectro de riesgo implícitos en el comportamiento típico de peligro, tanto la muerte como las diferentes modalidades de lesiones nos aparecen como previsibles *ex ante* y sólo algunos de estos riesgos se concretan en un resultado. La indeterminación del resultado como característica de la criminalidad imprudente, adquiere en este ámbito su mayor expresión, ya que las consecuencias lesivas que se deriven de la ingestión de una sustan-

(109) En este sentido, por todos, QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la culpa*, Barcelona, 1958, pp. 544-548.

(110) En este sentido, CASABÓ RUIZ, *El art. 348 CP*, en «Delitos contra la salud pública», Valencia, 1977, p. 141, propone la supresión del art. 348 y la aplicación de las disposiciones concursales generales respecto a la negligencia profesional y el delito contra la salud pública.

(111) Es precisamente la prueba de la relación de riesgo la que plantea las más serias, por no decir insalvables, dificultades en el controvertido caso de la colza, ya que en éste se desconoce si es el riesgo creado por las manipulaciones realizadas en el aceite el que causó las muertes y lesiones que se pretende imputar.

(112) La exclusión de la imputación por intervención posterior de terceros o de la víctima se discute únicamente cuando esta conducta es dolosa o imprudente, sobre ello, vid. CORCOY BIDASOLO, *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*, pp. 591 y ss.

cia nociva son difícilmente determinables no sólo *ex ante*, sino incluso *ex post*, lo que, para mi, fundamenta la especial peligrosidad de estas conductas. En el tráfico, poniendo por ejemplo el sector en que más se ha desarrollado el estudio de la delincuencia imprudente, el *momento de azar* del resultado, siendo elevado, está en cierta medida determinado en cuanto que, en el caso concreto, conocidas las circunstancias concurrentes, se puede delimitar, con un escaso margen de error, las consecuencias que se vendrán. Otra de las diferencias que se constatan entre ambos sectores es que en el sector del tráfico existe inmediatez temporal entre la creación del riesgo y los resultados lesivos, mientras que en el ámbito de los delitos contra la salud pública los resultados lesivos pueden surgir tras un lapso mayor o menor de tiempo, o incluso desconocerse que ciertos daños en la salud sean consecuencia de ese riesgo, lo que dificulta en gran medida su imputación. Esta afirmación no queda desvirtuada por el hecho de que en el tráfico de las lesiones inmediatas al comportamiento peligroso se deriven, en ocasiones, otras, los llamados «daños sobrevenidos» (113), ya que en este caso las lesiones iniciales sí se pueden imputar, en tanto que en el otro no puede imputarse nada. Y más aún en el caso de que se puedan imputar algunos resultados lesivos, éstos pueden coexistir con otros que sólo serán apreciables con posterioridad, mientras que en el tráfico los «daños sobrevenidos» recaen en las mismas víctimas que sufrieron las lesiones iniciales ya imputadas. Por otro lado, en el ámbito del tráfico el sujeto conserva, al menos en cierta medida, el control del riesgo, pudiendo, por esto mismo, *desistir* en cualquier momento de su comportamiento evitando de este modo el peligro de lesión. En los delitos contra la salud pública, como en el aquí examinado, una vez el sujeto ha creado el peligro, pierde el control de éste y para evitar que se convierta en lesión será necesario un comportamiento activo tendente a controlar el riesgo, lo que, por otro lado, no siempre será posible. Pensemos en el caso objeto de examen en el cual el bodeguero, con toda probabilidad, desconocía con exactitud la identidad de los compradores lo que conllevaría, en algunos casos, la imposibilidad de evitar la producción del resultado.

4. A lo anterior hay que añadir, por último, la distinta situación en que se encuentra el sujeto pasivo en unos y otros supuestos. En el tráfico, en numerosas ocasiones, la propia víctima en tanto advierte el peligro, tiene, al menos, la posibilidad de evitar la producción del resultado o al menos disminuir su gravedad. No sucede lo mismo en los otros supuestos en los que, como es un claro ejemplo la sentencia analizada, la víctima no advierte en ningún momento el peligro por lo que se encuentra completamente indefensa frente a esta

(113) Cfr. ROXIN, *Problemas básicos del Derecho Penal* (trad. Luzón Peña), Madrid, 1976, pp. 193 y ss.

clase de ataques a su vida o integridad física. Todas estas razones fundamentan, desde otra perspectiva (114), la naturaleza propia del bien jurídico «salud pública» en base a las especiales circunstancias que concurren en estos supuestos, lo que justifica, también, la punición de los comportamientos de esta clase con total independencia de que el comportamiento sea o no sea punible en relación con la existencia o no de resultados lesivos. Esta diferencia estructural justifica la no existencia en los delitos contra la salud pública de una cláusula concursal específica, equivalente a la prevista en el art. 340 bis a) 2 p. Cuestión distinta es que en algunos supuestos, en los que *aparentemente* se realiza un tipo previsto en la sección segunda del Capítulo II del CP, se cree un riesgo totalmente determinado *ex ante*, en cuyo caso se podrá castigar en base a la imputación del eventual resultado lesivo y no como delito contra la salud pública. En algunos casos, como el del farmacéutico que vende Nembutal sin receta a dos jóvenes (115), se infringe formalmente el art. 343 bis, pero la lesión del bien jurídico salud pública (116) se realiza a través de un comportamiento que crea, al mismo tiempo, un riesgo concreto de lesión en relación con al vida de esos dos jóvenes (117), sin que existan otros riesgos distintos. En este otro supuesto de concurrencia de delito de peligro y lesión vemos cómo el delito de lesión absorbe el desvalor del delito de peligro. Con ello se confirma la injusticia que supone dar una solución unitaria para todos los posibles casos de concurrencia. En consecuencia, habrá que decidir, según las circunstancias del caso concreto, si la realización del tipo de peligro es real o *aparente*, según se dé, o no, un riesgo para otros sujetos distintos a aquellos sobre los que recae la lesión.

III.3. *Análisis de los distintos problemas concursales que se plantean en este supuesto*

1. Consecuencia directa de todo el planteamiento anterior es la solución que ha de entenderse como correcta en relación con la modalidad concursal aplicable en los supuestos de concurrencia de uno o varios delitos de resultado con uno de peligro, en general, y en este caso, en particular. El primer problema con el que nos encontramos al tratar de buscar una solución es que la teoría del concurso

(114) Vid. Supra II.1.3.

(115) STS 15 diciembre 1977 (A. 4898), lo mismo se puede aplicar en relación con las SSTS 10 abril 1948 (A. 566), 2 julio 1959 (A. 2711) o 26 febrero 1966 (A. 1007), en las que el farmacéutico confunde una sustancia por otra o la cantidad.

(116) Entendida la lesión del bien jurídico salud pública como imposibilidad de asegurar la integridad de los bienes jurídicos individuales.

(117) Con independencia de los problemas que en este caso concreto, en el que utilizaron la sustancia para suicidarse muriendo únicamente la joven, pueda plantear la imputación del resultado.

parte del delito doloso sin prestar excesiva atención a la especial idiosincracia del delito imprudente (118), como por lo demás sucede en muchos otros aspectos de la teoría del delito. En relación con el punto concreto que nos ocupa, hay un sector doctrinal que concibe estos supuestos como concurso de leyes entre el comportamiento típico de peligro y el de lesión, resultados de muertes y lesiones, por lo que se castigará únicamente el delito de lesión en virtud del principio de subsidiaridad (119). Uno de los argumentos utilizados parte de una interpretación de derecho positivo, fundamentando esta solución en la existencia, en relación con los delitos de peligro contra la seguridad en el tráfico, de una cláusula concursal específica en el art. 340 bis a), último párrafo (120); sin embargo, como hemos desarrollado Supra III, 2.3 y 2.4, el ámbito del tráfico y el de la salud pública no son idénticos, por lo que también puede interpretarse la existencia de esta cláusula en sentido opuesto. Es decir, en el sentido de que las específicas condiciones de la imprudencia en el tráfico hacen aconsejable tratar como concurso de leyes lo que, en supuestos análogos de delitos de peligro concurrentes con delitos de lesión, sería concurso de delitos. En la sentencia examinada la omisión de cualquier referencia a la posible existencia de un delito contra la salud pública, e incluso de la posibilidad de aplicar el art. 348, puede verse como aplicación tácita de esta doctrina, según la cual la aplicación del art. 565, en relación con los arts. 407 y 420, absorbe el desvalor del comportamiento típico inicial, siempre que éste sea imprudente, mientras que se califica como concurso ideal de delitos si la conducta inicial es dolosa (121). La decisión a favor de una u otra modalidad concursal dependerá de que se hayan lesionado o no distintos bienes

(118) Además muchas de las opiniones doctrinales y jurisprudenciales en este punto parten de consideraciones de Derecho positivo y podrían, por tanto, cambiar de llegar a aparecer un nuevo Código Penal (en todos los proyectos se prevé la regulación de la imprudencia como «*numerus clausus*»). Estas razones, junto a la multiplicidad de problemas que se plantean, hacen necesario un estudio en profundidad del tema por lo que las opiniones que mantengo en relación con los problemas concursales están condicionadas a este posterior análisis.

(119) En este sentido, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986, p.124; DÍEZ RIPOLLÉS, II, *ADPCP*, 1983, p. 107.

(120) Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, II, *ADPCP*, 1983, p. 107 y nota 90; ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Barcelona, 1976, pp. 119 y ss.

(121) En este sentido, expresamente, SSTS 10 abril 1948 (A. 566), 2 julio 1959 (A. 2711) y 26 febrero 1966 (A. 1007), en base a que la conducta inicial no fue dolosa, mientras que las SSTS 17 noviembre 1970 (A. 4938), 28 marzo 1984 (A. 2299) y 19 octubre 1984 (A. 5020), aplican en estos casos concurso ideal entre el delito doloso de peligro y el imprudente de lesión. En el mismo sentido, CRAMER, en Schönke-Schröder, 23.^a ed., § 319, núm. 10; en el § 320, no se alude, lógicamente, a la posibilidad del concurso por no estar regulada la comisión imprudente del delito de peligro, sin embargo, en el § 315 c), núm. 45, en cuyo apartado 3) se prevé la comisión imprudente, se acoge la solución del concurso ideal.

jurídicos y de que el desvalor de una de las infracciones aprehenda o no todo el desvalor de los hechos concurrentes (122).

2. En la sentencia examinada veíamos que no sólo se lesionan bienes jurídicos distintos, salud pública por un lado y vida e integridad física por otro, sino que además no todo el desvalor del delito de peligro queda absorbido por el de lesión, ya que no todo el riesgo creado se realiza en los resultado de muertes y lesiones. Estaremos, por tanto, ante un concurso de delitos y no de leyes (123), sin que ello sea aplicable *en todo caso* frente a la concurrencia de un delito de peligro y otro/s de lesión, siendo necesario distinguir en el caso concreto, según la infracción del delito contra la salud pública sea aparente o real (124). En supuestos como el examinado, el castigo *únicamente* como delito de resultado imprudente se deriva de la falta de instauración de una conciencia colectiva sobre la autonomía del bien jurídico salud pública, quedando el delito de peligro como forma de adelantar la protección de los bienes jurídicos individuales, razón por la que hemos tratado de probar en esta sede, desde distintas perspectivas, la naturaleza propia de este bien jurídico (125). La calificación de estos hechos exclusivamente como homicidio y lesiones imprudentes supone castigar como iguales supuestos distintos, atentando al principio de igualdad (126) al no tener en cuenta, que junto a las lesiones a la vida y la integridad física, coexiste la lesión de la salud pública. El desconocimiento del contenido de injusto propio de estas conductas es rechazable también por razones de política criminal, ya que es contrario a la justicia y a la función preventiva del Derecho penal el esperar a que se produzca una catástrofe —colza— para utilizar este derecho como instrumento de escarmiento público, en el sentido más clásico de la retribución, con una infracción clara del principio de culpabilidad.

3. Con el castigo de los comportamientos típicos de peligro dolosos o imprudentes como delitos autónomos, no sólo se cumple con la función preventiva del Derecho penal, sino que se adecúan también al principio de culpabilidad, que se ve muchas veces conculcado cuando como consecuencia de no haber intervenido el Derecho penal cuando

(122) Cfr. MIR PUIG, *DP, PG*, 2.^a ed., pp. 599 y 604.

(123) En este sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, *Comentarios*, T. V, vol. 2.º, p. 825, entiende que las muertes culposas derivadas de fraudes también culposos se castigarán conforme al art. 71 por atentar contra el bien jurídico salud pública además de a la vida de las personas concretas; en sentido similar, BUSTOS RAMÍREZ, *DP, PG*, p. 287; LORENZO SALGADO, *Documentación Jurídica*, 1983, p. 964.

(124) Vid. *Supra* III.2.4.

(125) Lo que no quiere decir que en todos los delitos de peligro se protejan bienes jurídicos autónomos, ya que esta segunda afirmación necesita un examen previo de cada uno de ellos, pues como vimos *Supra* III.2.3., en relación con el tráfico, no siempre es tan clara esta afirmación.

(126) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, p. 172, afirma que al aplicar exclusivamente la imprudencia se está infringiendo el principio de justicia.

debió hacerlo, interviene en un momento posterior infringiendo toda clase de principios. Por otro lado, la mayor gravedad de la pena que se deriva de la aplicación del concurso de delitos sirve para dejar sin justificación alguna la existencia de delitos cualificados por el resultado (127). Respecto a la clase de concurso de delitos aplicable a primera vista podría parecer que si en el momento de la elaboración del vino se consuma el tipo del art. 346 CP y los resultados lesivos posteriores se imputan al riesgo creado por la venta del vino, estaríamos ante un concurso real y no ideal. Y sería así si el riesgo creado por la venta del vino no estuviera ya implícito en el momento de la elaboración. En tanto la relevancia típica del momento de la elaboración depende de que la sustancia esté destinada al consumo, la respuesta ha de ser negativa y aplicar concurso ideal. Esta solución resulta abonada, en este caso, por el hecho de que los dos comportamientos se realicen con culpa inconsciente, siendo común a ambos el fundamento de la infracción del deber subjetivo de cuidado: el almacenamiento consciente e indebido de la sustancia tóxica (128). La realización del tipo por culpa consciente o inconsciente puede tener, por tanto, relevancia en la decisión a favor del concurso ideal o real, ya que si el sujeto advierte el peligro que crea con la elaboración y pese a todo procede a la venta, en la que consecuentemente conocerá el concreto peligro que crea, existe no sólo una doble y distinta infracción del deber objetivo de cuidado, sino también doble infracción *real* y no *ideal* del deber subjetivo de cuidado y, por tanto, dos hechos típicos y no uno sólo.

4. Por último, hay que hacer referencia al problema concursal que plantea la existencia de múltiples resultados lesivos.—once muertes y trescientas treinta y cinco personas más o menos afectadas en su salud o integridad corporal—. La jurisprudencia, al atribuir un carácter sustancial a la cláusula genérica del art. 565 y no de técnica legislativa, concibe la imprudencia como «crimen culpae» (129) y, en consecuencia, admite generalmente un único delito de imprudencia en estos supuestos, tal y como sucede en la sentencia examinada (130). En alguna sentencia se niega expresamente la posibilidad de aplicar

(127) Vid. Supra III.2.2 y nota 110.

(128) Vid. Supra III.2.2. Sobre la relevancia que puede tener la existencia de culpa consciente o inconsciente en relación con la modalidad concursal aplicable volveremos Infra III.3.4.

(129) Sobre las críticas a esta concepción jurisprudencial, vid., por todos, TORO LÓPEZ, *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*, «ADPCP», 1972, pp. 57 y ss.

(130) Un sector doctrinal, pese a rechazar la tesis del «crimen culpae», llega al mismo resultado negando la posibilidad de aplicar concurso en los delitos imprudentes, en este sentido, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, II, Barcelona, 1972, p. 351; VIVES ANTÓN, *La determinación de la pena en la imprudencia punible*, «CPC», 3, 1977, pp. 188; en sentido similar desde una nueva perspectiva, MIR PUIG, *Sobre el tipo subjetivo del concurso de delitos. Comentario a la STS 20 abril 1985*, «ADPCP», 1987, pp. 207-208.

concurso real o ideal de delitos (131) y, en el mismo sentido, en otras afirma que «...si por acto típico antijurídico por imprudencia se derivan varios resultados lesivos se castigará por el más grave, esto confirma el “crimen culpae”, para imponer la pena se refunden los resultados» (132). La tesis favorable a la aplicación del concurso de delitos se fundamenta en la existencia de previsibilidad objetivo-subjetiva *ex ante*, es decir, en que el peligro creado era suficiente y adecuado para la producción de todos los resultados lesivos efectivamente producidos. Si se acepta esta tesis falta por decidir si se trata de un concurso ideal o real (133). En esta decisión considero determinante, junto a los habituales criterios de distinción entre concurso real o ideal (134), el dato de que nos encontremos ante un supuesto de imprudencia con culpa consciente o inconsciente, pese a que a esta distinción sólo se le ha otorgado relevancia en relación con la distinción culpa consciente-dolo eventual (135). En un supuesto de culpa consciente la tesis del concurso real es la más adecuada y mucho más en este caso en el que la venta no se produce en un único momento, sino en varios, creando en cada uno de ellos un peligro efectivo de lesión para el comprador. Sin embargo, al tratarse de un caso de culpa inconsciente, nos encontramos con que el fundamento de la infracción del deber subjetivo de cuidado es único abonando la tesis del concurso ideal, en el mismo sentido que vimos al examinar la relación concursal entre el delito de peligro y de lesión.

5. No desconozco que las mayores y más fundamentadas críticas a la aplicación del concurso de delitos en este supuesto, y en otros análogos, son consecuencia de consideraciones de Derecho positivo. La actual regulación de la imprudencia en el Código Penal como «*numerus apertus*» dificulta la admisión de este planteamiento. Sin embargo, no hay que olvidar que en todos los proyectos de Código realizados hasta la fecha se prevé la reforma de la imprudencia que quedará tipificada como «*numerus clausus*», con lo que de *lege ferenda* estas objeciones resultarían subsanadas. De *lege lata* estos problemas ya no se plantean respecto a la aplicación de concurso de delitos entre el delito contra la salud pública y los de lesión al estar prevista una cláusula específica de imprudencia respecto al primero.

(131) STS 8 noviembre 1978 (A. 3419).

(132) STS 16 junio 1981 (A. 2744).

(133) MIR PUIG, *El delito de coacciones en el Código Penal español*, RJCat 1977, pp. 811-812; *el mismo*, DP, PG, 2.ª ed., pp. 598-599, se inclina por la tesis del concurso real en los casos de concurso ideal homogéneo y de delitos dolosos; en el mismo sentido, COBO/VIVES, DP, PG, 2.ª ed., p. 533. En relación con los delitos imprudentes, SILVA SÁNCHEZ, *La Ley*, 30 de septiembre de 1988, p. 2 y nota 23, parece inclinarse por el concurso real, aunque con reservas dada la elevada sanción que se deriva del principio de acumulación material y acumulación jurídica; en sentido contrario, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, p. 140.

(134) Por todos, vid. MIR PUIG, DP, PG, 2.ª ed., pp. 590 y ss.

(135) Esta distinción se propuso Supra III.3.1, como argumento a favor de aplicar concurso ideal entre el delito de peligro y el de resultado.