

Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?

JOSÉ ULISES HERNÁNDEZ PLASENCIA

Profesor Asociado de Derecho Penal
Universidad de La Laguna

SUMARIO: I. Planteamiento de la cuestión.—II. Breves notas sobre el concurso de leyes entre delitos de peligro y delitos de lesión.—III. Los bienes jurídicos colectivos y los delitos de peligro.—IV. Los llamados delitos de «riesgo en general» en el Código Penal. Análisis de las reglas concursales. A) Delitos contra la seguridad del tráfico. B) Delitos contra la salud pública y el medio ambiente. C) El delito de propagación maliciosa de enfermedades. D) Delitos contra la seguridad en el trabajo y otros delitos de riesgo.—V. Conclusión.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Al Derecho Penal no le debemos atribuir más protagonismo que el estrictamente necesario para asegurar la protección de los bienes jurídicos frente a los atentados más graves que puedan sufrir. Su misión no se reduce a sancionar con penas y medidas de seguridad las infracciones de las normas pertenecientes a otras ramas del Derecho, sino que, como mayoritariamente se afirma, es eminentemente protectora de los «bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana» (1). Pero no es ajeno a él, y cada día se afianza más en los pilares del orden jurídico-penal, el fenómeno de la inflación normativa, tan peculiar de otros sectores de nuestro ordenamiento jurídico, aunque deviene como justo resultado del estado irreflexivo, más bien «reactivo», dominante en el legislador moderno, utilizando el

(1) V. Hans Heinrich JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, vol. I (trad. de la tercera edición alemana de SANTIAGO MIR PUIG y FRANCISCO MUÑOZ CONDE), Bosch, Barcelona, 1981, pp. 9 y s.

sistema punitivo como un instrumento más para atajar cualquier fenomenología infractora (2). Para combatir esta exagerada amplitud del Derecho Penal se apela modernamente al *principio de intervención mínima*, que sirve de límite al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, y representa la imposibilidad de extender la acción punitiva a conductas que cualitativa y cuantitativamente estén desprovistas de nocividad social que no pueda ser evitada o reparada adecuadamente por otro orden jurídico, a la vez que se convierte en diluyente de las normas penales incongruentes con la evolución social, o, por cualquier motivo, ineficaces (3).

El legislador español, permeable a la idea de que la abstención del Derecho penal favorece el bienestar social cuando otros órdenes jurídicos otorgan a los bienes sociales e individuales una tutela eficaz y menos gravosa que la que pueda ofrecer aquél, parece decantarse en los tiempos modernos por la necesaria vigencia del

(2) V. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, «El P. Pereda y las reformas penales», *Amario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (ADPCP), 1983, p. 217. Advierte esta tendencia sancionadora MIR PUIG, «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho Penal en la Reforma penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (Homenaje a Sainz Cantero), II, 1987, p. 246, observando además el mencionado autor, en *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1976, p. 126, que «precisamente, en la nueva concepción social del Estado son mucho más numerosas las posibilidades de intervención positivas, distintas a la sola prohibición bajo sanción —técnica característica del Estado liberal clásico!». Sobre el origen de la concepción del Derecho Penal como subsidiario o sancionador v. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1975, pp. 61-63.

(3) «El que el Derecho penal sea imprescindible no significa, por supuesto, que sea imprescindible en su forma actual... El principio en base al cual deben enjuiciarse todos y cada uno de los tipos penales es el de si es posible fundamentar racionalmente por qué y cómo las acciones criminalizadas ponen en peligro de manera intolerable las bases de la convivencia social», ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, 3.ª ed., Madrid, 1990, pp. 150 y s. V. también MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, cit., pp. 71-79; MANFRED MAIWALD, «Zur fragmentarischen Charakter des Strafrechts», *Festschrift für Reinhart Maurach*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1972, pp. 9-23. Predomina no obstante cierta confusión respecto del contenido o autonomía del principio de intervención mínima, en relación con el carácter accesorio, fragmentario, secundario o de última *ratio* del Derecho Penal, cfr. MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, cit., pp. 64 y s., para quien el carácter secundario y fragmentario del Derecho Penal se deriva del principio de intervención mínima. En el mismo sentido JOSÉ A. SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal*, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1990, p. 36; CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO, *Derecho Penal, Parte General*, Colex, Madrid, 1990, p. 84, identifica el principio de mínima intervención con el de «última *ratio*». Por su parte, JUAN A. MARTOS NÚÑEZ, «El principio de intervención penal mínima», *ADPCP*, 1987, p. 101, entiende sin embargo que el principio de intervención mínima se integra por el respeto al carácter «fragmentario», por su consideración como «última *ratio*» y por la naturaleza «accesoria» del Derecho Penal.

principio de intervención mínima (4). Se advierte no obstante, la tendencia a intensificar la acción punitiva, agravando las penas o extendiéndose a nuevos sectores para proteger intereses ajenos, hasta ahora, a la órbita penal; en especial, lo comprobamos viendo cómo en estas últimas décadas van ganando presencia en nuestro Código Penal intereses que afectan sobre todo a la colectividad, como pueden ser la salud pública, el medio ambiente o la seguridad en el trabajo. La sociedad moderna se enfrenta a problemas distintos; el desarrollo científico y tecnológico, matriz del bienestar social, promueve a la vez nuevas y ricas fuentes de riesgo para la comunidad. En definitiva, la efectiva protección de bienes como la vida o la integridad de las personas parece que no se consigue hoy sin una adecuada protección de los intereses colectivos (5).

(4) El Preámbulo de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, comienza así: «entre los principios en que descansa el Derecho penal moderno destaca el de intervención mínima. En mérito suyo el aparato punitivo reserva su actuación para aquellos comportamientos o conflictos cuya importancia o trascendencia no puede ser tratada adecuadamente más que con el recurso a la pena; tan grave decisión se funda a su vez en la importancia de los bienes jurídicos en juego y en la entidad objetiva y subjetiva de las conductas que los ofenden». Buena prueba de ello fue la importante despenalización en el ámbito de la imprudencia, v. CARLOS M. ROMEO CASABONA, «Los delitos culposos en la reforma penal», *ADPCP*, 1990, pp. 443-495; sin embargo, no hay que desconocer que se crean nuevos tipos penales, como el impago de prestaciones económicas establecidas por convenio o resolución judicial en los procesos matrimoniales (art. 487 bis), los delitos de peligro del art. 348 bis b), la conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás (art. 340 bis d), a la vez que se agravan, por ejemplo, algunos comportamientos contra la libertad sexual (art. 429). Por ello, con razón MUÑOZ CONDE, en relación con la introducción de estos nuevos delitos de peligro advierte «la moderna tendencia a “funcionalizar” el Derecho Penal», en MUÑOZ CONDE/BERDUGO/GARCÍA ARÁN, *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 64.

(5) GIOVANNI FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, en la obra colectiva *Diritto Penale in trasformazione*, Dott. A. GIUFFRÉ, Milano, 1985, p. 168, entiende que «con toda probabilidad resulta más conforme a la Weltanschauung constitucional concebir los bienes colectivos como bienes de naturaleza “instrumental”, cuya finalidad está por siempre a la realización de concretos intereses de los individuos singulares. Bien entendido, que no quiere decir que los bienes superindividuales, en cuanto instrumentales, deban recibir una tutela ya en línea de principio menos intensa respecto a los bienes individuales. Esto resulta particularmente evidente porque los bienes colectivos, como la salud, que no pueden ser concebidos como separados de los singulares individuos: en este sentido la tutela de la salud o de la propia incolumidad pública no se resuelve en la tutela de bienes completamente autónomos, mas se concreta una tutela “anticipada” de la vida y de la integridad de los singulares». V. también GUGLIELMO MARCONI, «La tutela degli interessi collettivi in ambito penale», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, 1979, p. 1053; JUAN BUSTOS RAMÍREZ, «Los bienes jurídicos colectivos», *Control Social y Sistema Penal*, Promociones Publicaciones Universitarias (PPU), 1987, p. 199; WINFRIED HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1989, p. 107.

Otra cosa es que esa protección deba encomendársele y en qué grado al Derecho Penal.

Es lo acontecido en la Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 25 de junio de 1983, pie de la modernización de nuestro Código Penal vigente. Se introduce al Derecho Penal en nuevos ámbitos, pues estadísticamente es demostrable que determinadas actividades de considerable riesgo, pese a estar debidamente reglamentadas, terminan por lesionar bienes jurídicos individuales en un buen número de ocasiones (6). Con ello, se intercala a la sociedad en el dualismo tradicional Estado-individuo, con intereses propios que alcanzan su significado en cuanto sus portadores y demandantes no son los individuos singulares que la componen, sino la colectividad misma, como unidad funcional que mediatamente pretende preservar los bienes individuales. De igual forma, en el *Proyecto* de Código Penal de 1994 el prelegislador vislumbra, además de los hasta ahora existentes, nuevos intereses dignos de la sanción penal, pues crea un Título bajo la rúbrica «delitos contra la seguridad colectiva», que agrupa comportamientos cuya base común es la peligrosidad que engendra el desarrollo de distintas actividades sociales (7), así como también a los delitos societarios (8), a la vez que plausiblemente adopta el principio de castigar excepcionalmente las conductas culposas, incriminándolas singularmente, cosa tan intensamente reclamada por la doctrina (9).

(6) Se introducen en la Reforma de 1983 los fraudes alimentarios (art. 346.1) o el delito contra el medio ambiente (art. 347 bis), por ejemplo.

(7) Este título agrupa a los delitos de riesgo catastrófico —delitos relativos a la energía nuclear y otros, arts. 321 a 329—, delitos de incendios —arts. 330 a 335—, delitos contra la salud pública —arts. 336 a 356—, delitos contra la seguridad del tráfico —arts. 307 a 316—. Los delitos contra los recursos naturales y medio ambiente —arts. 305 a 311— los incluye el legislador fuera de los delitos de riesgo. Parece implantar como nuevo bien jurídico la seguridad colectiva —si hacemos caso a que las rúbricas expresan el bien jurídico protegido, como lo quiere entender el legislador de la reforma de 1989, manifestándolo expresamente en el Preámbulo—. Ahora bien, la seguridad, tan dada a utilizarse en nuestro Código Penal (delitos contra la libertad y seguridad, delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado, delitos contra la seguridad en el trabajo, delitos contra la seguridad del tráfico) es en estos casos una expresión vacía prácticamente de contenido si no se conecta con los bienes jurídicos de los que son portadores los individuos integrantes de la colectividad, pues para comprobar los atentados contra la seguridad colectiva necesariamente debe averiguarse la peligrosidad que entrañan para bienes jurídicos individuales como la vida o la integridad personal. Por tanto, la completa comprensión de ese bien jurídico de la seguridad colectiva se realiza acudiendo inevitablemente a los bienes jurídicos individuales. También así, TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense Madrid/Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, p. 265.

(8) Arts. 293 a 298 del Anteproyecto.

(9) V. por todos JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte General I. Introducción. Teoría jurídica del delito/1*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 407 y s.

En definitiva, la tendencia legislativa parece estancarse por un lado, no agravando la responsabilidad por los atentados directos contra los bienes jurídicos individuales, sino al contrario, intentando atenuarla, pero, por otro, queda patente el ánimo del legislador de intervenir para configurar nuevos intereses colectivos como objeto de la tutela penal. El posible entrecruzamiento o confusión entre esos bienes jurídicos colectivos y los bienes jurídicos individuales, en particular, en los supuestos de verificación del peligro (elemento típico de los delitos que protegen los bienes colectivos) en un resultado dañoso, nos permite plantearnos cuál debe ser la actuación del Derecho Penal, es decir, si debemos castigar diferenciadamente tanto el riesgo realizado como el resultado producido, teniendo en cuenta cuál es la naturaleza de estos bienes jurídicos colectivos, afirmando o negando su autonomía o su valor instrumental en relación con los bienes jurídicos individuales. En definitiva, se trata de resolver si una conducta que integra un delito de peligro y que desencadena además la realización de un delito de lesión, debemos valorarla jurídico-penalmente con arreglo tanto a la norma de peligro como a la norma de lesión sin infringir el principio *non bis in idem*, es decir, ¿estamos ante un concurso de delitos, por cuanto los bienes jurídicos afectados son (aparentemente) diferentes, o ante un concurso (aparente) de leyes? Lo hacemos tomando como referencia el Derecho positivo, en concreto examinando los denominados «delitos de riesgo en general», apuntando previamente unas breves notas sobre el concurso de leyes entre delitos de peligro y delitos de lesión.

II. BREVES NOTAS SOBRE EL CONCURSO DE LEYES ENTRE LOS DELITOS DE PELIGRO Y LOS DELITOS DE LESIÓN

Sobre el concurso de leyes descansa una gran problemática, siendo objeto de un largo debate doctrinal que abarca tanto a la propia denominación de este instituto jurídico como a sus presupuestos y efectos (10). En opinión de KLUG, sin embargo, sobre el concepto

(10) MANFRED BURGSTALLER, «Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht», *Juristische Blätter*, 15-16, 1978, p. 393, apunta alguna de las causas que han propiciado una gran inseguridad en el ámbito del concurso de leyes en el Derecho penal austriaco, entre ellas, la falta de un pronunciamiento legal sobre los principios que deben solucionar tal concurso, aunque, opina que ello no es descuido u omisión del legislador, porque las cuestiones concursales deben quedar cedidas a la jurisprudencia y a la doctrina.

Nuestros Códigos penales hasta fechas muy recientes no se han ocupado del concurso de leyes. En el Código Penal de 1944 se introduce el vigente art. 68, que establece el principio de gravedad o mayor rango punitivo (otros lo denominan de alternatividad), aunque su ámbito de aplicación no es tan amplio como parece des-

básico del concurso de normas domina una amplia unidad: «habrá concurso de leyes si sobre una acción y desde el sentido literal de las leyes pueden encontrar aplicación al menos dos tipos penales, siendo que sólo uno de ellos resulta aplicable» (11). Supone pues el concurso de leyes la posible aplicación a un mismo hecho de al menos dos preceptos penales, de los que sólo uno resulta aplicable y los restantes quedan desplazados por entrar en juego unos principios interpretativos: especialidad, subsidiariedad, consunción, gravedad, etc. El fundamento se encuentra en la evitación de castigar dos veces el mismo hecho por dos o más normas, o sea, para no violar el principio *non bis in idem*, cuando una sola de las concurrentes es suficiente por sí misma para aprehender el desvalor total de la conducta (12).

prenderse de su tenor literal —generalmente se le suele anteponer la aplicación de otros principios concursales—. El Proyecto de Código Penal de 1994, como lo hacían ya el Proyecto de Código Penal de 1980 (art. 15) y la Propuesta de Anteproyecto de un Nuevo Código Penal de 1983 (art. 12), recoge en su art. 8 unas reglas para resolver el concurso de leyes. Sin embargo, en el mismo sentido en que se expresa MIR PUIG, «Observaciones a los Títulos Preliminar Primero del Proyecto de Código Penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 3, Madrid, 1980, p. 45, respecto del art. 15 del PCP de 1980, la enumeración de estos principios no resuelve nada por el hecho de que se positivicen, pues vienen siendo utilizados por doctrina y jurisprudencia desde antiguo. No determina cuál es el contenido de cada principio, o lo que es lo mismo, qué preceptos son especiales o complejos en relación con otros, o sobre si tales principios pueden interferirse entre sí, o cuál es el orden de prelación entre ellos (salvo el de gravedad que opera en defecto de todos ellos). Cfr., sin embargo, ANTONIO CUERDA RIEZU, «La regulación del concurso de delitos en el Anteproyecto de Código Penal de 1992», en *Política Criminal y Reforma Penal* (Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal), Edersa, Madrid, 1993, pp. 313 y s. Pero además, estas reglas se desvirtúan, como apunta RODRÍGUEZ DEVEZA, «Inobservancia de los principios básicos y reglas establecidos en la parte general del proyecto de 1980 en su parte especial, con algunos otros defectos sobresalientes de ésta», *ADPCP*, p. 344, porque en numerosos artículos del Anteproyecto se especifican normas concretas para solucionar los casos de concursos que puedan plantearse (entre otros, art. 168.2, coacciones; art. 221.3, abandono de niños; art. 273.2 y 2, informática; art. 280 *in fine*, alteración de precios; art. 290 *in fine*, seguridad de los trabajadores; art. 360, seguridad del tráfico).

(11) ULRICH KLUG, «Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (ZStW) 68, 1956, p. 399.

(12) En ese sentido, FERRANDO MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel Diritto Penale*, Modena, 1966, pp. 71 y s., y nota 103; FEDERICO PUIG PEÑA, *Colisión de normas penales. Concurso aparente de leyes punitivas*, Bosch, Barcelona, 1955, p. 45, refiriéndolo al principio de consunción; MANUEL COBO DEL ROSAL/Tomás S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 1990, p. 134; JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal*, 3.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 305; MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, PPU, Barcelona, 1990, p. 736.

La expresión «concurso de leyes» no es unívoca en la doctrina para designar los casos a que nos venimos refiriendo, hablándose indiferentemente de concurso «aparente», «formal», «impropio», «ideal aparente», o en vez de concurso de «colisión» de normas penales o de «conflicto» de normas (13). Se plantean también problemas de sistemática, es decir, a qué parte de la Teoría del Derecho Penal pertenece el concurso de leyes, si se inserta dentro de la interpretación y aplicación de las leyes, o en la unidad y pluralidad de acciones, o en las fuentes, o en la medición de la pena, etc. (14). Respecto de los principios de solución del concurso de leyes, se debate en torno a si es válido un solo principio —generalmente se alude al de especialidad—, o si son necesarios varios (15). Polémico resulta igualmente el asunto de si la norma desplazada puede desplegar en alguna circunstancia efectos, en los supuestos en que, resuelto el concurso de leyes, la norma preferente no puede aplicarse —Wiederaufleben— (16).

Un problema fundamental del concurso aparente de leyes penales estriba en su diferenciación del concurso ideal de delitos, pues aunque en ambos es básica la apreciación de un único hecho, en este último se realizan y se aplican conjuntamente los varios tipos penales concurrentes. El concurso ideal de delitos tiene lugar pues en los casos en que una misma acción da lugar a que varios preceptos penales se apliquen a la vez porque ninguno de ellos por separado llega a absorber completamente el desvalor total de la acción, apreciándose dos o más delitos (17). Parece pues decisiva la distinción unidad de

(13) V. al respecto PUIG PEÑA, *Colisión de normas penales*, cit., pp. 35 y s.; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel Diritto Penale*, cit., pp. 12 y s. y 20.

(14) V. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, vol. II, cit., p. 995; JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos. El delito “sui generis”», *ADPCP*, 1979, pp. 47 y s.; ANGEL JOSÉ SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, Universidad de Valladolid, 1986, p. 119; PUIG PEÑA, *Colisión de normas penales*, cit., p. 40; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., p. 8; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal (PG)*, cit., p. 133.

(15) V. FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, 10.^a ed., Dott. A. Giuffrè, Milano, 1985, p. 132; ULRICH KLUG, *Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz*, cit., p. 400; BURGSTALLER, *Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht*, cit., p. 394; RUDOLF SCHMITT, «Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht», *ZStW*, 75, 1963, p. 52; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., pp. 598-611; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal (PG)*, cit., p. 134, entienden que el concurso de leyes se resuelve básicamente a través del principio de especialidad y otras reglas concursales derivadas de éste, que son la subsidiariedad, la consunción y la alternatividad.

(16) V. BURGSTALLER, *Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht*, cit., p. 464, y el reciente estudio de ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS, *El concurso de leyes, el error y la participación en el delito*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 54-77.

(17) V. ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., pp. 304 y s.

acción-pluralidad de acciones (18), aunque sólo nos excluirá la procedencia o no, según se estime una u otra, de aplicar las reglas del concurso real de delitos (19), pues como hemos dicho, aunque se delimite y se concluya ante un supuesto concreto que existe unidad de hecho, ello no nos conduce directamente ni al concurso ideal de delitos ni al concurso de leyes, sino que más bien es presupuesto de ambos, y donde habrá que dar entrada a nuevos criterios de distinción (se alude por ejemplo a que se atente contra diferentes bienes jurídicos, que resolvería una parte de los supuestos, ya que el concurso ideal también se da respecto de acciones contra bienes jurídicos de la misma naturaleza —concurso ideal homogéneo—, pudiendo suceder también en el concurso de leyes).

Para ir centrándonos un poco más, respecto al ámbito del concurso de leyes a los fines de este trabajo, no se está ante aquél únicamente en los casos en que cualquiera de las normas concurrentes es por sí sola suficiente para absorber el desvalor total de la conducta, sino también en aquellos otros en que sólo una de ellas lo es, pudiendo ser subsumido el hecho en las restantes sólo parcialmente, como ocurre en los delitos de peligro en relación con los de lesión (20). Y tampoco será necesario siempre que se trate de lesiones al mismo bien jurídico (el delito de coacción del art. 496 del CP queda absorbido por el delito de violación o el de robo con violencia o intimidación en las personas —bienes jurídicos distintos: libertad y libertad sexual, por una parte, y patrimonio por otra, respectivamente—). Esto sucede justamente con los delitos de peligro respecto de los delitos de lesión, que absorben el peligro si los bienes jurídicos de ambos tipos penales son idénticos, o uno es instrumental del otro —como a continuación veremos—, pues se concibe que el resultado desvalora el previo peligro necesario para su ocasionamiento, no siendo obstáculo que las normas concurrentes de peligro y de lesión estén encuadradas sistemáticamente en distinto lugar.

(18) Así JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, II, cit., p. 995. De otra opinión CUELLO CONTRERAS, «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos», *ADPCP*, 1979, pp. 50 y 64, quien considera que no será lo decisivo la determinación de la unidad o pluralidad de acciones para considerar cuándo estamos ante un concurso de leyes, sino cuántos han sido los tipos penales realizados, pues aquella distinción no suele abarcar los casos pertenecientes al concurso de leyes.

(19) Así TOMÁS S. VIVES ANTÓN, *La estructura de la Teoría del concurso de infracciones*, Universidad de Valencia, 1981, p. 16.

(20) V. JESCHECK, «Die Konkurrenz», *ZStW*, 1955, p. 535; JUAN BUSTOS RAMÍREZ, «Los delitos de peligro», *Control Social y Sistema Penal*, PPU, Barcelona, 1987, p. 335; JOSÉ ORTEGO COSTALES, «Bien jurídico: lesión y peligro», *Homenaje a Antón Oneca*, Salamanca, 1982, p. 434. Ello siempre que el delito de peligro y el de lesión se refieran al mismo bien jurídico se muestran a favor de un concurso de leyes, pues el peligro pasa siempre por ser necesario para la posterior lesión.

Por otra parte, el peligro generado imprudentemente, por lo común, queda consumido también en el delito imprudente de resultado material, pues el dato de la inobservancia del cuidado objetivamente debido es el objeto del desvalor de la acción, que junto con el desvalor del resultado, integra el delito imprudente (21), siempre que la acción peligrosa haya tenido como destinatarios a los mismos sujetos que sufren la lesión, aunque, de no haberse verificado la misma, la conducta peligrosa podría ser constitutiva del delito de peligro correspondiente. Además, el dolo de lesión absorbe también al dolo de peligro (22), cuando para realizar un delito de lesión haya sido escogida una conducta peligrosa constitutiva por sí sola de delito (por ejemplo, el farmacéutico que queriendo matar a una familia despacha a uno de sus miembros medicamentos en mal estado —art. 343 del CP—, idóneos para sus fines, y que sabe que van a ser ingeridos por el resto), y con independencia de que se produzca o no el resultado de muerte para todos los que estaban abarcados por el dolo de matar, no reviviendo el delito de peligro para aquellos a los que no se les ha conseguido lesionar, sino la tentativa de delito de lesión.

III. LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS Y LOS DELITOS DE PELIGRO

Al lado de los delitos de lesión creados para proteger los bienes jurídicos individuales o colectivos, se establecen también delitos de peligro, en referencia directa o indirecta a los bienes individuales (vida o integridad), precisamente conectados con las diversas fuentes de riesgo, como el tráfico motorizado, la elaboración y despacho de medicamentos, las actividades laborales, la elaboración y manipulación de sustancias peligrosas, etc. (23). No parece admisible que cada actividad social se reglamente según el oportuno criterio del legislador, sin atender a la ontología de aquélla y a otras valoraciones provenientes de la existencia de unos bienes personales a los que se dispensa una protección jurídica y a los que se pueden irrogar, en muchos casos, serios perjuicios. Eso implica que deba delimitarse el campo de esa actividad y adaptarlo a un modelo de desarrollo o funcionamiento en el que estén contemplados los intereses mayoritarios de la sociedad.

(21) V. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal (PG)*, cit., pp. 441-443.

(22) Así lo estima ECKARD HORN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, O. Schmidt, Köln, 1973, p. 204. También así RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, cit., pp. 49 y s.

(23) Por ejemplo, LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, 2.^a ed., Trivium, Madrid, 1987, incluye en los delitos contra la vida y la integridad psíquica y corporal los delitos de peligro (tráfico, salud pública, medio ambiente, tenencia de armas y explosivos).

Los bienes jurídicos colectivos aparecen modernamente referidos a determinadas actividades sociales, pero no quedan totalmente desvinculados de los intereses de los individuos (24). La protección de estos bienes jurídicos colectivos, también calificados comúnmente de *difusos* (25), constituye un plus de garantía para aquellos bienes individuales de entidad considerable que están sometidos a un mayor riesgo de lesión, y que motiva la intervención del Derecho Penal en áreas de las que eventualmente podrían surgir daños, adelantando entonces las barreras de la punibilidad, cumpliendo más eficazmente su función eminentemente preventiva (26). Tal protección se instrumenta con la creación de delitos de peligro, que se limitan al castigo de conductas que exceden del riesgo permitido —reglamentado generalmente—, sin requerir la materialización de un resultado lesivo para los bienes jurídicos. La intensidad de la protección admite aún grados, según el peligro se constituya como un elemento integrante del tipo penal o se presuma *iuris et de iure*, es decir, como delitos de peligro *concreto* o de peligro *abstracto*, respectivamente (27). El incremento de las fuentes de peligro para determinados bienes jurí-

(24) En este sentido señala BUSTOS RAMÍREZ, *Los bienes jurídicos colectivos*, cit., pp. 201 y s., que una reordenación de los bienes jurídicos viene a constatar la relación de complementación, teleológica, en que están estos bienes jurídicos colectivos respecto de los que constituyen sus bases y condiciones.

(25) HASSEMER, «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico», *Doctrina Penal*, 1989, p. 279, aprecia que la tendencia del Derecho Penal moderno es la de criminalizar delitos de víctimas difusas, como la economía, el medio ambiente o el abuso de drogas. Por su parte MARCONI, *La tutela degli interessi collettivi in ambito penale*, cit., p. 1060, aunque la doctrina utiliza indistintamente las expresiones bienes colectivos o bienes difusos, los diferencia atendiendo a la organización estable o no de los portadores de esos intereses o bienes.

(26) Así entiende DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, «Conducción temeraria: concurso de normas con delitos imprudentes» (Comentario a la sentencia del TS 28-5-1973), *Derecho Penal de la circulación*, PPU, 2.ª ed., Barcelona, 1990, p. 230, que los delitos de peligro se crean para cubrir una laguna de punición que se produce porque el delito imprudente exige para su castigo la producción de un resultado, constituyendo un estadio previo que pierde su independencia sin embargo cuando aboca en la producción del resultado que *ex ante* aparecía como probable. También así RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, cit., p. 50.

(27) Sobre ello existe una amplia literatura, v. entre otros HORST SCHRÖDER, «Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht», *ZStW*, 81, 1969; WILHELM GALLAS, «Abstrakte und konkrete Gefährdung», *Festschrift für Ernst Heinitz*, Walter de Gruyter, Berlin, 1972; HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, cit.; URS KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechts-theoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, VITTORIO KLOSTERMANN, Frankfurt, 1989; MARINO BARBERO SANTOS, «Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto», *ADPCP*, 1973; JOSÉ MARÍA ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1976; ÁNGEL TORIO LÓPEZ, «Los delitos de peligro hipotético», *ADPCP*, 1981; EVA GRAUL, *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991; CRISTINA MÉN-

dicos, debido a los avances de la técnica que permiten realizar actividades más complejas a la vez que más peligrosas, y ante la dificultad de concretar muchas veces en qué casos determinadas conductas resultan de modo concreto peligrosas, se recurre, a veces hasta el abuso, a los delitos de peligro abstracto (28). Así, el hecho de que se tipifiquen como delitos la infracción de las normas de seguridad e higiene o la conducción temeraria, poniendo en concreto peligro la vida o la integridad, no responde a que la seguridad en el trabajo o del tráfico encierren en sí un valor innegociable, sino que, de no protegerse la vida o la integridad de las personas no tendrían sentido, quedarían sin contenido penal, constituyendo valores funcionales de lo cotidiano, de mera ordenación de la convivencia y al amparo del Derecho laboral o administrativo (29). En definitiva, los delitos de peligro son inherentes a la naturaleza complementaria e instrumental de los bienes jurídicos colectivos (30) y ceden —con carácter general— en cuanto se rebasa el límite de la peligrosidad para transformarse en lesividad. En estos casos, cuando además del peligro sobreviene el daño previsible y probable para bienes jurídicos, pueden adoptarse diferentes técnicas legislativas:

a) Configurar los delitos de peligro como delitos cualificados por el resultado (31).

b) Configurar una cláusula especial para castigar más gravemente por el delito de lesión en los casos en que éste sea imputable a título de culpa (32).

DEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid/Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1993.

(28) V. HASSEMER, *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*, cit., p. 279; BUSTOS RAMÍREZ, *Los bienes jurídicos colectivos*, cit., p. 198, critican la utilización sobre todo de los delitos de peligro abstracto para configurar la protección de los bienes jurídicos colectivos. En nuestro Código Penal hay algunos delitos de peligro abstracto, como el del art. 340 bis a), 1.º o el art. 343, entre otros.

(29) Cfr. GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS, «Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 39, 1989, pp. 739-741.

(30) Cfr., sin embargo, CRISTINA MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., pp. 159 y s. Para esta autora, «la estructuración de los tipos de peligro en relación a los bienes jurídicos colectivos no tiene por qué basarse ni tomar como objetivo a los bienes jurídicos individuales», postulando, con base en esto, abandonar la técnica del peligro abstracto para dotar de mayor contenido a los tipos, y proponiendo la utilización de técnicas intermedias entre el delito de peligro abstracto y el delito de peligro concreto (pp. 167 y ss.).

(31) Así el actual art. 348 CP.

(32) Esta es la opción por la que se definía el Proyecto de Código Penal de 1980 en los casos en que se producía un delito de lesiones habiéndose infringido las normas de seguridad e higiene en el trabajo.

c) Crear el tipo doloso de lesión valorando la infracción de otras normas de cuidado (33).

d) Castigar separadamente el delito de peligro y el delito de lesión, al entenderse que ninguno de los dos absorbe el injusto total del hecho (34). Estaríamos aquí ante un concurso ideal de delitos, puesto que han sido ofendidos diferentes bienes jurídicos y ninguno de los preceptos desplaza al otro (35).

e) Castigar la realización del peligro concreto o abstracto y el resultado consecuencia del mismo a través de un único delito, el de resultado, en el que queda embebido el peligro, si se constata que los bienes jurídicos afectados están en relación de identidad o complementariedad, y los sujetos afectados por el peligro son los que ulteriormente resultan lesionados. Aquí se estaría ante un concurso de leyes, resuelto por el principio de consunción, y corregido, en su caso, por el principio de alternatividad.

Veamos a continuación por qué fórmulas se ha decantado nuestro Código Penal.

IV. LOS LLAMADOS «DELITOS DE RIESGO EN GENERAL» EN EL CÓDIGO PENAL. ANÁLISIS DE LAS REGLAS CONCURSALES

El Capítulo II del Título V del Libro Segundo del Código Penal lleva por rúbrica «de los delitos de riesgo en general», y comprende desde el art. 340 bis a) hasta el art. 348 bis b) (36). La naturaleza

(33) Parece reflejarse tal criterio en el art. 427 del Código Penal.

(34) Así suele manifestarse la mayoría de la doctrina. Para BOIX REIG/ORTS BERENGUER, *Derecho Penal, Parte Especial*, 2.^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1988, p. 311, «la efectiva lesión de los bienes jurídicos individuales que integran los referidos intereses colectivos dará lugar, salvo alguna excepción referida legalmente, al correspondiente concurso de delitos, lo que pone de manifiesto que dichos bienes colectivos se configuran sustancialmente *distintos* de los individuales que pudieran verse afectados», entendiéndose que se trata de bienes jurídicos diferentes, y propugnando un concurso ideal de delitos. V. en igual sentido MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 9.^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 453. Manifiestan, sin embargo, JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA/ALFONSO SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español*, Parte Especial, 16 ed., Dykinson, Madrid, 1993, p. 1101, la subsidiariedad de los delitos (de peligro) contra la salud pública en relación con los preceptos que protegen la vida y la salud. Como se verá más adelante la presencia del concurso de leyes en este tipo de delitos es considerable, pues no todas las reglas concursales conducen al concurso de delitos.

(35) V. LUIS GRACIA MARTÍN, en *Diez Ripollés/Gracia Martín. Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 100.

(36) Crítica MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 450, esta expresión legal «delitos de riesgo en general» porque no aglomera a todos los delitos de peligro

de estas figuras delictivas es la de delitos de peligro, por cuanto no exigen la efectiva producción de un resultado material para que quede configurado el comportamiento típico, sino que basta con constatar el peligro unas veces —peligro concreto— o presumirlo otras —peligro abstracto—. Las secciones del Capítulo II se refieren a los bienes jurídicos protegidos de naturaleza colectiva: seguridad del tráfico, salud pública y medio ambiente, seguridad en el trabajo y otras conductas de peligro que afectan a la seguridad. En algunos casos estos grupos de delitos de peligro vienen acompañados de una regla concursal que trata de resolver los supuestos en que deviene además un ulterior resultado lesivo; así el art. 340 bis c) para los delitos contra la seguridad del tráfico; el art. 348 para los delitos contra la salud pública en los casos de resultado mortal, y por último, el inciso final del art. 348 bis, referido al delito de propagación maliciosa de enfermedades. Quedan pues figuras delictivas de peligro como la conducción «suicida» (art. 340 bis d), y otras contra la seguridad en el trabajo y colectiva (arts. 348 bis a y b), que no están sujetas a cláusulas concursales particulares; en estos casos, la interpretación sistemática no nos conduce a ningún criterio uniforme puesto que los resultados de la misma no parecen coincidir. Por ello a continuación pasamos a examinar cada una de estas reglas concursales para los delitos que las tienen, y averiguar las posibles soluciones para los que no.

A) Delitos contra la seguridad del tráfico

Como es sabido, los delitos contra la seguridad del tráfico (37) se incluyen en nuestro Código Penal mediante la Ley 3/1967 —sus trayéndoles el cuestionado carácter de especialidad que poseía el Derecho penal del tráfico— (38), pues con anterioridad figuraban en las leyes de 9 de mayo de 1950 y 24 de diciembre de 1962, la primera de ellas convirtiendo lo que hasta entonces eran ilícitos administrativos en infracciones penales, como delitos de peligro, en razón a que el vehículo de motor se convertía en un potente factor de riesgo para lesionar bienes jurídicos ya protegidos, así como para atajar el notable incremento de las infracciones de circulación y con base en

que se regulan en nuestro Código, sino sólo los que afectan a la generalidad de las personas. Por ello le parece más apropiado hablar de delitos de peligro general o común.

(37) Se estima mayoritariamente como bien jurídico protegido. V. por todos BOIX REIG/ORTS BERENGUER, *Derecho Penal (PE)*, cit., pp. 312 y s.

(38) Ello dio lugar a una polémica, v. sobre este particular CEREZO MIR, «Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico», *Problemas fundamentales de Derecho Penal*, Tecnos, 1982, pp. 275-283.

que el ataque a la seguridad colectiva reclamaba una sanción proporcionada a su gravedad (39). Sin desconocer que pese a esta prevención muchas veces el peligro desembocaba en resultados lesivos, el párrafo 5.º del antiguo art. 340 bis a) establecía una regla específica para resolver los problemas concursales entre el delito de peligro y el de lesión, consistente en aplicar únicamente el precepto infringido que tuviera mayor pena señalada (40). Esta regla concursal se ha transferido al vigente art. 340 bis c) del Código Penal, que dispone en su primer párrafo: «cuando de los actos sancionados en los dos artículos anteriores se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada». Por consiguiente, este precepto, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe (ahora sin discusión) a las conductas descritas en los artículos 340

(39) Así lo expresaba el Preámbulo de la Ley de 9 de mayo de 1950.

(40) La jurisprudencia entendía en estos casos que se estaba ante un concurso de normas. En la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1971 se expresa este criterio al decir que «si la infracción peligrosa deriva de un delito de lesión, se dará, entre ambas conductas, una relación de subsidiariedad, sistema que sigue el Código vigente, que en el art. 340 bis a, párrafo penúltimo, que, en puridad, es una aplicación específica de la general cláusula de alternatividad y mayor rango punitivo que proclame el art. 68 del Código penal, para resolver el concurso de normas recaentes sobre un mismo ente delictivo, lo cual quiere decir que el delito de peligro sólo recobrará su virtualidad sancionadora cuando esté más gravemente penado que el culposo que dio origen». Es criticable, sin embargo, la alusión al principio de alternatividad, pues éste no es válido para resolver el caso en que las normas concurrentes aisladamente no absorben completamente el desvalor total del hecho, lo que ocurre con el delito de peligro, no siendo aplicable por tanto el art. 68 del Código penal, puesto que no estamos ante un hecho que pueda ser calificado con arreglo a dos o más preceptos (sólo el de lesión está en condiciones), no hay identidad en los preceptos sobre el objeto que regulan, v. a este respecto ÁNGEL J. SANZ MORÁN, «Alternatividad de leyes penales», en *Estudios Penales en memoria del profesor Agustín Fernández Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, p. 671. Sobre la interpretación del párrafo 5.º del art. 340 bis hubo una gran polémica, v. JUAN DEL ROSAL, «Meditación crítica sobre la modificación de los delitos de la circulación», *Revista de Ciencias Penales*, Santiago de Chile, 1968, t. 27, p. 25, se inclina por el principio de consunción. Algunos autores, sin embargo, entendían que la aplicación del penúltimo párrafo del art. 340 bis a) no se extendía a todas las conductas delictivas incluidas en él, en concreto a la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, así RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 1973, p. 929; CEREZO MIR, «El versari in re illicita y el párrafo tercero del art. 340 bis a del Código Penal español», *ADPCP*, 1970, p. 289. V. también sobre esta problemática COBO DEL ROSAL, «Significación general del penúltimo párrafo del art. 340 bis n) del Código Penal para los “delitos contra la seguridad del tráfico”», en la obra colectiva *Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención*, Universidad de Valencia, 1975, pp. 56-77. Sobre la tendencia jurisprudencial v. ESCRIVÁ GREGORI, «Acercas del art. 340 bis a) núm. 2 y la norma concursal del penúltimo párrafo del mismo» (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1973), *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, Barcelona, 1974, pp. 198-201.

bis a) y 340 bis b) (41) impide la aplicación conjunta del tipo de peligro y del de lesión, siendo preferente el que tenga pena más grave señalada, conclusión propia de apreciar un concurso de leyes, con solución en el principio de gravedad, desterrando, en consecuencia, las posibilidades de aplicar un concurso ideal de delitos, evitándose las consecuencias a que llevaría la aplicación de éste en la determinación de la pena. El fundamento puede ser diverso: bien entendiendo que se han realizado los tipos de peligro y de lesión, pero por razones político-criminales de prevención sólo debe castigarse el hecho por el delito que tenga pena más grave, para no elevar demasiado la punibilidad que cabría imponer si se estimara el concurso de delitos, o bien entender que el peligro ha quedado suplantado por el delito de lesión cuando éste tiene fijada mayor pena, que suele ser lo usual (42). En realidad, si concebimos a estos delitos de peligro como un instrumento más para la protección mediata de los bienes jurídicos individuales (43) no es de extrañar que se institucionalice el concurso de leyes entre el delito de peligro y el de lesión, sin perder de vista la penalidad resultante (44). Es paradójico, sin embargo, que si el principio general es que el delito de lesión absorbe al delito de peligro, cuando aquél tiene menor pena que éste, como señala Cuerda Riezu, requiere un fundamento teórico el hecho de que se pueda castigar de la misma manera la conducta peligrosa sin resultado lesivo que la conducta peligrosa con resultado lesi-

(41) Esto es, la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupeficientes o sustancias psicotrópicas (art. 340 bis a) 1.º; la conducción temeraria poniendo en concreto peligro la vida o la integridad de las personas (art. 340 bis a) 2.º y la alteración de la seguridad del tráfico mediante colocación en la vía de obstáculos o el no restablecimiento de la seguridad de la vía cuando haya obligación de hacerlo (art. 340 bis b). No resulta aplicable esta regla concursal al delito de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás, previsto en el art. 340 bis d).

(42) El Tribunal Supremo en varias sentencias estableció el criterio de que el peligro quedaba integrado en el delito de lesión, v. la nota 36; v. además ESCRIVÁ GREGORI, *Acerca del art. 340 bis a*, cit., pp. 199 y s.

(43) Así lo entiende CEREZO MIR, *Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico*, cit., p. 277, «la protección de la seguridad del tráfico está en función de la protección de la seguridad de las personas y de los bienes. No es un bien jurídico esencialmente diferente... La protección de estas leyes carece de sentido, sin embargo, si no está en función de la protección de la seguridad de las personas y de los bienes».

(44) Así BOIX REIG/ORTS BERENGUER, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., p. 322; Por su parte, LUZÓN PEÑA, «Conducción con influencia de bebidas: concurso con el delito imprudente y posible degradación como imprudencia por culpa concurrente» (Comentario a la STS 25-10-1988, A. 8097), *Poder Judicial*, núm. 21, 1991, p. 138, opina que la cláusula del art. 340 bis c) plantea un supuesto de concurso de leyes, a resolver por el principio de alternatividad o mayor sanción, y no es superflua en relación con el art. 68, pues de no existir éste estaríamos ante un concurso ideal entre el delito de peligro y el delito de lesión.

vo (45). Quizá un indicio de la respuesta pueda hallarse en la circunstancia de que en tales casos la diferencia entre el peligro concreto creado para la vida o la integridad de las personas y la leve lesión producida resulte prácticamente exigua, además de que son hipótesis de imposible realización (46).

Con la Reforma del Código Penal de 1989 se introduce un nuevo delito contra la seguridad del tráfico, recogido en el art. 340 bis d): la conducción temeraria *con consciente desprecio por la vida de los demás*, como delito de peligro en la doble modalidad de concreto y abstracto (47). Por su ubicación sistemática no le es aplicable la regla concursal del art. 340 bis c), aun cuando el legislador tuvo la oportunidad de anteponerlo a él, por lo que podría parecer que en este delito debe llegarse a conclusiones distintas a las del concurso de leyes (48). Presupuesto de esta modalidad delictiva es la conducción temeraria a que se refiere el núm. 2 del art. 340 bis a). A este presupuesto objetivo le añade el nuevo precepto para configurar el tipo penal que comentamos uno subjetivo: consciente desprecio por la vida de los demás, al que mayoritariamente identifica la doctrina con la presencia de dolo eventual respecto del resultado lesivo, lo que en principio denota contradicción con la naturaleza peligrosa de este delito, pues una acción ejecutada con dolo eventual respecto de un determinado resultado lesivo para la vida o la integridad de las personas conduce indudablemente a la admisión del correspondiente delito doloso de homicidio o de lesiones, en cualquier grado de ejecución (49).

(45) ANTONIO CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 233.

(46) Hay que tener en cuenta, por una parte, que los delitos imprudentes tienen como penas la de prisión menor y la de privación del permiso de conducción (art. 565), y por otra, que el resultado de falta dolosa producido imprudentemente no se castiga (cfr. art. 586 bis), mientras que las penas de los arts. 340 bis a) y 340 bis b) son las de arresto mayor o multa.

(47) Art. 340 bis d): «será castigado con las penas de prisión menor, multa de 150.000 a 3.000.000 de pesetas y privación del permiso de conducción por tiempo de dos a diez años el que, con consciente desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descrita en el número 2 del art. 340 bis a).

Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, la pena privativa de libertad será la de arresto mayor en su grado medio a prisión menor en su grado mínimo.

El vehículo de motor utilizado se considerará instrumento del delito a los efectos del art. 48 de este Código».

(48) Cosa poco explicable por otra parte, pues el art. 340 bis d) es un tipo cualificado del delito básico de conducción temeraria del art. 340 bis b), el cual sí está sujeto a la regla concursal del art. 340 bis c), pero no obstante debe respetarse el principio de legalidad.

(49) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 464 y s. El legislador no ha querido reconducir estas conductas a la tentativa o frustración del delito de homi-

Es claro que estas conductas homicidas o suicidas integrantes del delito del art. 340 bis d) atacan primariamente a un bien jurídico, la seguridad del tráfico, poniendo, o no, en concreto peligro la vida o la integridad de las personas. Si además acaece la lesión para éstas se produce una situación concursal entre el delito de peligro concreto y el de lesión. Aquí se ve con nitidez espléndida la intrínseca relación existente entre el delito de peligro y el delito de lesión. Quien se introduce en la autopista circulando en sentido contrario al reglamentado y no apartándose del carril por el que circula viniendo un coche de frente y produciendo la muerte de una persona, tal individuo ha conducido de forma temeraria, poniendo en concreto peligro la vida de los demás, con consciente desprecio por la vida de los demás y lesionando la vida de los demás. No podemos concluir que cabe la subsunción de este hecho en el núm. 2 del art. 340 bis a), en el art. 340 bis d) y en el art. 407, aplicando un concurso de delitos (50). La progresión delictiva significa en este caso que el sujeto quiere conducir temerariamente aceptando como probable y consintiendo la lesión de la vida y además consiguiéndolo. La actividad final del sujeto se encaminaba hacia la lesión, mediante la realización de una conducta típica dolosa de peligro (que tiene por objeto un comportamiento imprudente), no siendo posible, por infringir el principio *non bis in idem*, sancionar por conducir con dolo eventual sobre el

cidio o de lesiones, ni tampoco subsumirlas en el delito de conducción temeraria del núm. 2 del art. 340 bis a). Así, se declara en el Preámbulo de la Ley de Reforma del Código Penal de 1989 que esta figura delictiva constituye un «tipo intermedio entre el delito de riesgo y la tentativa». Pese a la introducción de este delito en 1989, algunos autores se habían pronunciado antes acerca de la innecesariedad de crear tal delito de peligro por ofrecer nuestro Derecho Penal instrumentos válidos para el castigo de estas conductas, a través de los delitos de lesión, v. JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, «Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la conducción suicida», *La Ley*, 1988-1, p. 976; LUZÓN PEÑA, «¿Conductores suicidas o conductores homicidas?», *Derecho Penal de la circulación*, PPU, 2.^a ed., Barcelona, 1990, pp. 237-244. Por otra parte, la Circular núm. 2/1990 de la Fiscalía General del Estado establece el criterio de que el art. 340 bis d) es aplicable en los casos de «conducción infringiendo normas elementales para la seguridad de la circulación, con consciencia de que tal forma de conducción puede llegar a crear un peligro para la vida de terceros, pero confiando en eludir tal resultado», es decir, en los supuestos de culpa consciente sobre el resultado lesivo, mientras que de concurrir dolo eventual aprecia un homicidio consumado o en grado de tentativa, según se haya producido o no el resultado de muerte.

(50) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 467, aun decantándose por un concurso de leyes para estas situaciones, sin embargo considera que el art. 340 bis d) no queda absorbido totalmente por el homicidio consumado o frustrado, debiéndose imponer además, según él pero sin fundamentarlo, las penas de multa y privación del permiso de conducir. Esto, sin embargo, no es muy congruente con la afirmación previa de apreciar el concurso de leyes, sino más bien de con la de un concurso de delitos, e implicaría la aplicación de una pena que no se encuentra prevista en la ley para castigar tales conductas.

resultado de lesión por una parte, y sancionar, por otra, el resultado efectivamente producido (51).

B) Delitos contra la salud pública y el medio ambiente

1. Es en el campo de la salud pública, y en el del tráfico automovilístico, donde se producen con mayor asiduidad resultados lesivos para bienes tan fundamentales como la vida o la integridad. La salud pública se enmarca dentro de los denominados intereses o bienes jurídicos colectivos o difusos, y que según el parecer doctrinal mayoritario ha adquirido sustantividad propia en el Derecho Penal moderno, aunque no se haya desprendido todavía de su carácter complementario e instrumental para preservar la salud individual, lo que en modo alguno llega siquiera a comprometer su autonomía (52). Esto parece confirmarse en nuestro Código Penal (53) al tomar como rúbrica la sección segunda del Capítulo II del Título V del Libro II «delitos contra la salud pública y el medio ambiente», que comprende el número más elevado de los delitos de peligro común (54); delitos, tanto de peligro abstracto como de peligro concreto (55).

(51) Si conduciendo temerariamente y con consciente desprecio por la vida de los demás no se ha puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas (párrafo segundo del art. 340 bis d), es decir, existe un peligro abstracto de lesión, difícilmente pueden presentarse en esta modalidad los problemas concursales. Antes de entrar en vigor el art. 340 bis d) proponía hábilmente SILVA SÁNCHEZ, *Consideraciones dogmáticas y de política criminal sobre el fenómeno de la conducción suicida*, cit., p. 974, la posibilidad de castigar al menos como tentativa de delito de peligro a quien se introduce en la autopista con dolo eventual de lesionar, pues aún no habiéndose puesto en peligro concreto la vida o la integridad de las personas como requiere el art. 340 bis a), núm. 2, sin embargo sí había dado comienzo la ejecución del delito de peligro. Después de la introducción del art. 340 bis d) parece que este tipo de conductas encontraría acomodo en el párrafo segundo del precepto mencionado que prevé un delito de peligro abstracto.

(52) V. FERNANDO PÉREZ ÁLVAREZ, *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, Praxis, Barcelona, 1991, pp. 43-54.

(53) No sólo se refieren a la salud pública los ordenamientos penales y administrativos, sino también la Constitución española en los arts. 43 y 45, lo que para algunos autores fundamenta automáticamente, por encontrarse constitucionalizada la salud pública, un bien jurídico a proteger penalmente, v. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., p. 163.

(54) Declaran delictivas los arts. 341 a 348 bis conductas como la elaboración y expendición de sustancias nocivas a la salud (arts. 341-342), despacho de medicamentos deteriorados o sin cumplir con las formalidades reglamentarias, el tráfico ilegal de drogas, los fraudes alimentarios, la propagación maliciosa de enfermedades, además de las inhumaciones ilegales que la doctrina suele incluir, aunque sistemáticamente se encuentren en otra sección.

(55) Dentro de ellos se configuran como delitos de peligro abstracto los arts. 341, 342, 343, 344 y sus derivados, 345, 347 y 348 bis.

El art. 348 del Código Penal se ocupa de los casos en que la ejecución de un delito de peligro contra la salud pública deriva en un resultado de muerte: «siempre que por consecuencia de cualquiera de los hechos comprendidos en los artículos anteriores resultare muerte, incurrirá el culpable en la pena de reclusión menor además de las penas pecuniarias establecidas en los respectivos casos». No pretendemos aquí tratar todas las interesantes cuestiones que plantea este artículo, como la naturaleza de delito cualificado por el resultado y los problemas que plantea para el principio de culpabilidad, el ámbito sistemático de aplicación, la causalidad necesaria entre la acción de peligro y el resultado de muerte, y muchos otros, de los que suficientemente se ha ocupado la doctrina (56), para centrarnos únicamente, aunque los anteriores tengan importancia en la solución de éste, en el problema concursal.

Este precepto ha venido entendiéndose en la doctrina como sancionador de un delito cualificado por el resultado (57), aunque algo desnaturalizado puesto que la base de éste la constituye siempre una conducta inicial dolosa mientras que la del art. 348 puede configurarse como imprudente (58). La doctrina mayoritaria viene restringiendo el marco de aplicación del art. 348 a los casos en que el resultado mortal es imputable a título de culpa, cuando se ha realizado dolosamente el delito de peligro (59), siendo consciente por lo demás que el art. 348 no resuelve sino parcialmente los problemas concursales que pueden palantearse: únicamente aquellos en que el

(56) V. por ejemplo GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus, Barcelona, 1966; JUAN CÓRDOBA RODA, «La producción de un resultado de muerte en los delitos contra la salud pública», en *Homenaje a Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 673-679; CEREZO MIR, «Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983», *La Ley*, 1988; RODRIGO FABIO SUÁREZ MONTES, «Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del art. 1º», *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, 1985, pp. 35-51; JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, «Los delitos cualificados por el resultado y el art. 3.º del Proyecto de Código Penal español de 1980», I, *ADPCP*, 1982 y II, *ADPCP*, 1983; MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, «Resultado de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública», *ADPCP*, 1989.

(57) V. BOIX REIG, *Derecho Penal (PE)*, cit. p. 338.

(58) La jurisprudencia, sin embargo, en estos casos no ha aplicado el art. 348 por la dureza punitiva resultante, apreciando tan sólo el correspondiente delito imprudente. V. el comentario a la STS de 22 de abril de 1987 de CORCOY BIDASOLO, *Resultado de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública*, cit., pp. 332 y ss.

(59) Así BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 287; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 481 y s. La jurisprudencia, sin embargo, ha considerado aplicable el art. 348 a supuestos de dolo eventual sobre el resultado mortal, además de en la STS de 4 de marzo de 1985, en el Fundamento Jurídico núm. 18 de la reciente STS de 23 de abril de 1992, sobre el denominado «caso del envenenamiento masivo con el aceite de colza».

delito de peligro realizado contra la salud pública desencadena la producción del resultado mortal, siendo insuficiente para los casos en que se produce más de una muerte (60) o un resultado diferente. En opinión de Boix Reig, el art. 348 constituye una modalidad específica de concurso de delitos, aunque no se pronuncia sobre qué clase de concurso de delitos y qué delitos son los que concurren (61). Sin embargo, es lo cierto que cuando se aplica el art. 348 se aprecia un delito contra la salud pública únicamente (técnicamente no se ha cometido un «homicidio»), que debe reseñar el Juez o Tribunal en sus sentencias; cierto que la pena es idéntica a la del delito de homicidio doloso e incluye además la pena pecuniaria correspondiente al delito contra la salud cometido, pero la extensión dada al art. 348 —que sólo se refiere a los supuestos en que se ha producido una sola muerte, y no si concurren varias, o si el resultado de muerte es calificable con pena superior (62), o si el delito de peligro se comete por imprudencia dando origen al resultado de muerte—, induce a pensar que la opción del legislador es la de reforzar la prevención general en los casos en que se comete un delito contra la salud pública que desemboca en resultado de muerte, dando preferencia al delito de peligro elevando la pena privativa de libertad, pero sin que se pierdan las penas pecuniarias. Conforme con esto, es para decantarse más bien por entender el art. 348 como una fórmula propia del concurso de leyes, pues en vez de elegir el homicidio como delito de lesión —y en su caso haber agravado el delito de homicidio si se produce como consecuencia de un delito contra la salud pública—, se decanta por el delito contra la salud pública, le da preferencia, porque sólo este delito es el aplicable, aunque la pena sea más grave, cosa que tampoco es extraña al concurso de leyes.

Sin embargo, no cabe quedarse en los parámetros más cómodos del art. 348, ya que también es apreciable, bajo la perspectiva de éste, el supuesto en que se realiza dolosamente el delito de peligro y con dolo eventual respecto del resultado de muerte. En estos casos, queda desplazada la aplicación del art. 348 si el hecho pudiera resultar castigado con pena más grave aplicando un concurso (ideal) entre el delito de peligro y el delito de lesión. Entonces daría lugar a un concurso de leyes entre el art. 348, por un lado, y el concurso ideal mencionado por otro, operando preferentemente para la solución del mismo no con el principio de especialidad, sino con el de alternatividad (63).

(60) V. CÓRDOBA RODA, *La producción de un resultado de muerte en los delitos contra la salud pública*, cit., p. 679.

(61) *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 390.

(62) Así CÓRDOBA RODA, *La producción de un resultado de muerte en los delitos contra la salud pública*, cit., p. 678.

(63) V. CEREZO MIR, *Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983*, cit., p. 1018. Esta parece ser además la tesis defendida en la STS de

Pero presupuesto también para la aplicación del art. 348 es que se haya realizado el delito de peligro, y éste no se realiza si el peligro se ha extendido únicamente para la persona que resulta posteriormente muerta, sino que el peligro debe verificarse para una generalidad (64), y de no ser así podríamos acudir sin reparos directamente ante el delito doloso o culposo de homicidio. El concurso de delitos aparecerá cuando se produzcan varios resultados de muerte, donde una cualifica el art. 348 y las otras concurren con éste. En los casos en que el resultado sea de lesiones no será aplicable el art. 348, y entrará en concurso de leyes o de delitos, según el delito de peligro hubiera abarcado o no a todas las personas que resultaron lesionadas (65).

2. La protección del medio ambiente se convirtió también en tarea del legislador penal en la Reforma de 1983, introduciendo el denominado «delito ecológico» en el art. 347 bis, dando así satisfacción al mandato del art. 43 de nuestra Constitución, aunque tal precepto se ocupa únicamente de sancionar el incumplimiento de las leyes administrativas ordenadoras del medio ambiente (66). Se discute todavía hoy si el medio ambiente tiene o no entidad suficiente para constituir por sí un bien jurídico autónomo, y, derivado de ello, en qué forma deben intervenir las normas penales, debido al carácter difuso del objeto material del delito haciendo difícil que el Derecho Penal alcance objetivos eficaces en este terreno, pues el art. 347 bis se construye como un delito de peligro concreto (67). Está sujeto al

19 de septiembre de 1990, respecto de otro delito cualificado por el resultado, el aborto del art. 411, último párrafo.

(64) Cfr. CÓRDOBA RODA, *La producción de un resultado de muerte en los delitos contra la salud pública*, cit., p. 674. También JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 121 y s.

(65) Cfr., sin embargo, CÓRDOBA RODA, *La producción de un resultado de muerte en los delitos contra la salud pública*, cit., p. 678.

(66) El art. 43 en su apartado tercero dispone que «para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales, o en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado». Parece, de la redacción dada a este precepto, que las sanciones penales deben ser en todo caso primarias, dejando en lugar secundario las administrativas, cfr. ENRIQUE BACIGALUPO, «Delitos económicos y contra el medio ambiente», *Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal*, Akal, Madrid, 1991, p. 200; RODRÍGUEZ RAMOS, «Delitos contra el medio ambiente», *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, Madrid, 1985, p. 833.

(67) Se han vertido muchas críticas respecto de la utilización de tal técnica legislativa especialmente como inadecuada, pues resulta difícil precisar cuándo un atentado contra el medio ambiente pone en concreto peligro la vida de las personas, e insuficiente, pues si no se pone en peligro concreto inmediatamente, aunque sí con el transcurso del tiempo, quedarían muchas conductas fuera del tipo. Por ello se postula la creación de un delito de peligro abstracto para castigar este tipo de atenta-

delito cualificado por el resultado del art. 348, analizado anteriormente, y por tanto sin necesidad de reproducir aquí las consideraciones hechas; únicamente dejar apuntado que, dada la configuración típica de este delito y el carácter difuso del medio ambiente, se pueden presentar numerosos concursos de leyes y no sólo entre preceptos penales (68).

C) Propagación maliciosa de enfermedades

Pese a que la mayoría de la doctrina considera que el delito de propagación maliciosa de enfermedad contagiosa recogido en el art. 348 bis atenta también contra la salud pública (69) y es delito de peligro (70), realizamos sin embargo un tratamiento particular de los problemas concursales que puede plantear el mismo por dos motivos: porque se encuentra fuera del ámbito de aplicación del art. 348 del Código Penal (71), que extiende su aplicación a los delitos anteriores, y el que analizamos está sistemáticamente colocado a continuación, y porque el propio art. 348 bis parece ofrecernos una regla concursal propia. Dice este artículo: «el que maliciosamente propagare una enfermedad transmisible a las personas será castigado con

dos contra el medio ambiente, v. RODRÍGUEZ RAMOS, *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 837; en igual sentido BACIGALUPO, *Delitos económicos y contra el medio ambiente*, cit., p. 206.

(68) Sobre la problemática concursal en general de este precepto véase RODRÍGUEZ RAMOS, *Delitos contra el medio ambiente*, cit., pp. 841-843.

(69) V. SAINZ CANTERO, «El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 176-177, Madrid, 1967, pp. 33 y 35. Sin embargo, la estructura típica de este delito apunta una difícil aplicación práctica, sobre todo por la exigencia de dolo directo, deducido de la expresión «maliciosamente» utilizada en el tipo, v. BOIX REIG, *Derecho Penal (PE)*, cit. p. 379; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 483; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español (PE)*, cit., p. 1098; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal (PE)*, cit., p. 286.

(70) SAINZ CANTERO, *El delito de propugnación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas*, cit., pp. 35 y s., considera que se trata de un delito de peligro abstracto puesto que «el hecho de la propagación presume *ius et de iure* la probabilidad de un perjuicio para el bien jurídico tutelado y por ello, no solamente no requiere, sino que excluye toda posibilidad de estimación judicial en el caso concreto sobre la realidad del riesgo. En el mismo sentido, ROMEO CASABONA, «El sida en las prisiones. Transmisión del sida entre reclusos», *VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Junta de Andalucía, 1991, p. 52. Lo estiman de peligro concreto para la salud pública BOIX REIG, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 382; JOAN J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español, Parte Especial*, 2.ª ed. corregida y puesta al día, Bosch, Barcelona, 1992, p. 507.

(71) La Ley de 24 de abril de 1958 introdujo el art. 348 bis en el Código Penal, a la vez que modificaba también el art. 348, siendo inexplicable la no inclusión dentro del ámbito de éste, así QUERALT, cit., p. 516.

la pena de prisión menor. No obstante, los Tribunales, teniendo en cuenta el grado de perversidad del delincuente, la finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad entrañare, podrán imponer la pena superior en grado, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituye delito más grave».

Aceptando que se trata de un delito contra la salud pública, un bien jurídico colectivo, los ataques a éste pueden afectar también a otros bienes jurídicos individuales por efectivizarse en alguna de las lesiones ya tipificadas, o incluso en la propia muerte, si bien teniendo en cuenta que, la acción de propagar, para que pueda subsumirse en el tipo del art. 348 bis, debe dirigirse hacia la colectividad en general y ser idónea para transmitir la enfermedad contagiosa, con independencia de que la transmisión se produzca o no, pues la finalidad del delito no se dirige al castigo de la transmisión de una enfermedad contagiosa realizada por una persona a otra persona determinada (72). Si esto fuera así nos encontraríamos directamente ante el delito correspondiente de lesiones o de homicidio. Si no, cabría plantearse el concurso de delitos o de leyes entre el art. 348 bis y el resultado lesivo producido, que es lo que analizamos a continuación.

La doctrina interpreta de forma diversa la cláusula concursal del art. 348 bis. Mientras para unos autores es una cláusula superflua, puesto que reitera lo que con carácter general establece el art. 68 del Código Penal (73), para otros constituye un concurso ideal de delitos al interpretar la expresión *sin perjuicio de* utilizada en el tipo, lo que explicaría además el hecho de que el art. 348 se restringiera a los delitos anteriores y no a todo el Capítulo (74), mientras que para otros sin embargo supone un concurso de leyes, pues el delito de lesión —aunque el art. 348 bis no dice que sea un ulterior resultado lesivo— absorbe la propagación maliciosa de enfermedades, que se convertiría en un medio comisivo (75). Podría encontrarse la razón

(72) SAINZ CANTERO califica a la propagación maliciosa del art. 348 bis como un delito pluriobjetivo. Además entiende que este tipo penal requiere de un resultado material para su consumación, es decir, que alguien se haya contagiado, aunque no basta sólo con este menoscabo de la salud, sino que es necesario que constituya a la vez un peligro de contagio para un número indeterminado de personas, en *El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas*, cit., pp. 39 y s. y 45. En el mismo sentido parecen aceptarlo BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal (PE)*, cit., p. 286 y MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 483. En contra BOIX REIG, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 380, entiende que el tipo exige propagar enfermedad transmisible y no en transmitir una enfermedad; en el mismo sentido ROMEO CASABONA, *El sida en las prisiones*, cit., p. 52.

(73) Así ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, «Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal», *IV Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1967, p. 385.

(74) Así RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español (PE)*, cit., p. 1092.

(75) Así QUINTANO, *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 385; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 483; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal (PE)*, cit., p. 286; QUERALT, *Derecho Penal español (PE)*, cit., p. 507; BOIX REIG, *Derecho*

de estas divergencias en la interpretación de la regla concursal del art. 348 bis, como consecuencia derivada de la propia interpretación del tipo penal, pues para unos —los que aceptan el concurso ideal— el tipo penal no exige ningún resultado lesivo de contagio de la enfermedad, mientras para otros —los que aceptan un concurso de leyes— la realización del tipo depende de ello (76).

Tal y como está redactado el art. 348 bis, que reduce enormemente las posibilidades prácticas de su aplicación, de interpretar su inciso final como apertura al concurso ideal, quedaría también éste circunscrito únicamente a los supuestos en que el resultado lesivo constituyera un delito más grave, no comprendiendo los demás casos (la pena fuera igual o inferior a la del art. 348 bis), lo que sería incongruente (77). Pues en estos casos, el resultado ulterior más grave sólo quedaría reducido al delito doloso de homicidio (art. 407) que señala una pena de reclusión menor, o a los delitos de lesiones previstos en los arts. 418 y 419, que señalan penas de reclusión menor y prisión mayor respectivamente, e incluso si se aprecia el tipo agravado del art. 348 bis, sólo sería posible el concurso ideal de este delito con el homicidio y las lesiones del art. 418 (78).

Los autores que consideran el concurso de leyes entre el delito de propagación de enfermedad contagiosa y el resultado lesivo producido lo resuelven con arreglo al principio de consunción (79), de alternatividad o mayor rango punitivo (80) con el de subsidiariedad (81). En sentido distinto, aun admitiendo el concurso de normas,

Penal (PE), cit., p. 382, aunque para este autor con distinto ámbito, que apuntaremos más adelante.

(76) Cfr. sin embargo BOIX REIG, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 382.

(77) Esta es la crítica de QUINTANO, *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 385, además de que la doble incriminación supondría la quiebra del principio *non bis in idem*. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 483 y s.; ROMEO CASABONA, *El sida en las prisiones*, cit., p. 64, nota (12). El concurso ideal de delitos no se puede hacer dependiente para supuestos en que los tipos concurrentes tengan una determinada relación de penalidad, sino de la efectiva realización de los distintos tipos sin que se encuentren en una relación de subsidiariedad, especialidad o consunción.

(78) Quedarían fuera del concurso ideal las lesiones del art. 420 que tienen señalada la pena de prisión menor, y si se aprecia el tipo agravado del art. 348 bis, quedarían excluidos también resultados tales como, por ejemplo, quedar impotente, estéril, deforme o con una enfermedad somática o psíquica incurable o haber sufrido la pérdida de un miembro, órgano o sentido (art. 421, que señala la pena de prisión menor en sus grados medio a máximo). Quedarían fuera todos los delitos culposos de lesiones y homicidio, y si lo que se trata es de castigar el homicidio doloso, entonces es medio comisivo y absorbe a la propagación.

(79) Así MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 483 y BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal (PE)*, cit., p. 286.

(80) QUINTANO, *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 385.

(81) QUERALT, *Derecho Penal español (PE)*, cit., p. 516.

para Boix Reig el delito de propagación maliciosa de enfermedades es un delito de peligro concreto, siendo la cláusula concursal del art. 348 bis conectable únicamente, en concurso de normas, con cualquier otro delito contra la salud pública y de peligro concreto (82), pues —según él—, dado que para la realización del tipo no es necesario el contagio de la enfermedad, no son dos hechos distintos los que entran en concurso —la propagación y el resultado lesivo consecuencia de la misma—, sino es el propio hecho de la propagación —dice el art. 348 bis sin perjuicio de castigar el *hecho*— el que puede ser calificado con arreglo a varios preceptos penales, decantándose la cláusula concursal comentada por el que tenga mayor penalidad en relación con las otras normas (aparentemente) concurrentes (83). De esta forma opina que «caso que se produzca este resultado lesivo, *no será de aplicación el último inciso del art. 348 bis, sino las reglas generales de carácter concursal* para relacionar el delito de peligro con el resto de delitos contra la salud pública y el concreto delito regulador del subsiguiente resultado lesivo, si éste se produce» (84). Tal remisión a las reglas generales que disciplinan el concurso pueden conducirnos de nuevo a fundamentar el concurso de leyes, aunque no basado, como expresa el mencionado autor, en la cláusula final del art. 348 bis. Así, pueden darse los siguientes supuestos:

a) Si se parte de que estamos ante un delito de peligro concreto, y si los sujetos que han sido puestos en peligro concreto mediante la acción de propagación son los que ulteriormente sufren el resultado lesivo, el peligro concreto ha perdido sustantividad en la progresión causal delictiva al convertirse en resultados concretos de lesión (85).

b) Si entendemos, por el contrario, que el delito de propagación de enfermedades es de peligro abstracto, y siendo necesario como requieren algunos autores (86) el contagio efectivo de la enfermedad para la realización del tipo —lo cual choca al calificar el delito de peligro abstracto—, la anterior solución nos es válida también aquí, la del concurso de leyes, si la enfermedad transmitida es subsumible

(82) En efecto, podría entrar en juego aquí el art. 346, por ejemplo. Tendría entonces razón QUINTANO en que la cláusula del art. 348 bis es en cierto modo superflua puesto que es identificable con el art. 68.

(83) *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 382.

(84) *Ibidem*.

(85) Es difícil imaginar que a consecuencia de la acción de propagación de la enfermedad se pueda atribuir a título de imprudencia la causación de los resultados lesivos, pues la transmisión de la enfermedad debe realizarse de forma maliciosa, lo que lleva aparejado el conocimiento sobre las posibilidades de que la enfermedad que quiere propagar produzca determinadas lesiones o la propia muerte, y por tanto imputables como mínimo a título de dolo eventual.

(86) V. nota 66.

en los delitos de homicidio o lesiones (87), pues el art. 348 bis castiga conductas peligrosas, no lesivas.

c) Si la propagación de la enfermedad se hace con el propósito de que afecte a un determinado número de personas, tornándose así en un medio comisivo de otro delito, no habrá sino un concurso ideal de delitos, pero únicamente entre los delitos de lesión.

d) Si se tiene dolo directo para causar la propagación de enfermedades y dolo de lesionar o causar la muerte a determinadas personas, sólo se dará concurso ideal entre los diversos resultados, aunque algunos no se hayan verificado, que concurrirían entonces también como delitos de lesión pero en grado de tentativa.

e) Únicamente cabría concurso ideal cuando se propagare la enfermedad y produjera en unos lesiones y en otros no.

D) Delitos contra la seguridad en el trabajo y otros delitos de riesgo

1. Los delitos contra la seguridad en el trabajo —en realidad esa es la rúbrica de la sección, porque sólo existe un delito— plasman el interés que afecta a un determinado círculo de personas, los trabajadores, que realizan habitualmente actividades que comportan cierto riesgo para su integridad, y al que el Derecho brinda además una tutela de naturaleza penal (88). El art. 348 bis a) constituye un delito de peligro concreto, pues además de la infracción grave de la normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo debe producirse un peligro concreto para la vida o la integridad de las personas. La *ratio* de este precepto se encuentra en necesidades de prevención de los daños que se producen frecuentemente por la inobservancia de las normas reglamentarias que disciplinan las diversas actividades laborales. La «inseguridad» en el trabajo constituye la causa de muchos accidentes laborales, pero no produce otro mal que el incremento del riesgo de lesión para la vida o la integridad física, en definitiva, para los bienes jurídicos individuales de los trabajadores, no tan difíciles de distinguir del interés subjetivo de los trabajadores

(87) Tal como señala ROMEO CASABONA, *El sida en las prisiones*, cit., p. 53, después de la Reforma en 1989 de los delitos de lesiones quedan solventadas las dificultades técnicas que presentaban estos delitos con anterioridad para subsumir en ellos la transmisión de una enfermedad.

(88) La sección tercera del Capítulo II del Título V, que lleva por rúbrica «delitos contra la seguridad del trabajo», se integra de un único precepto, el art. 348 bis a), que dice: «los que estando legalmente obligados no exijan o faciliten los medios o procuren las condiciones para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en concreto peligro su vida o integridad física, serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas».

en realizar su trabajo en un medio y con las condiciones adecuadas. El incumplimiento de las normas de seguridad e higiene en sí mismo considerado no tiene ningún sentido desde el punto de vista jurídico-penal, si no se conecta con las consecuencias que puede acarrear para otros bienes jurídicos. Por tanto, no se protege la seguridad en el trabajo porque sea algo intrínsecamente extraordinario, sino justamente porque proporciona, dado su carácter instrumental, mayor seguridad a otros bienes jurídicos (89). Parte de esa protección se ha encomendado al Derecho Penal, pero no debiera identificarse esto con otorgar más grave sanción ante determinadas infracciones laborales. El Derecho Penal, como se ha dicho, está necesariamente para algo más.

Los problemas concursales que surgen entre el delito de peligro del art. 348 bis a) y el correspondiente de lesión, teniendo en cuenta que parece configurarse a la seguridad del trabajo como bien jurídico autónomo (90) y dado que dicho precepto no nos proporciona regla concursal alguna, supone inequívocamente para algunos siempre un concurso ideal de delitos (91).

En primer lugar, cabe matizar y no olvidar sin embargo que, cuando las lesiones producidas se correspondan con las descritas en los arts. 420 y 421, resultará inaplicable el art. 348 bis a), siendo preferente el delito de lesión previsto en el art. 427, en el que queda embebido el delito de peligro, pues éste va referido a la causación con dolo eventual (92) de lesiones a los trabajadores por infracciones graves de las leyes o reglamentos de seguridad e higiene (93), por lo que una parte de los supuestos posibles ya está resuelta expresamente en el Código Penal. Cabe únicamente preguntarse cuál es la

(89) De otra opinión LUIS ARROYO ZAPATERO, «Delitos contra la seguridad en el trabajo», *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 2, Edersa, 1985, p. 847.79.

(90) V. ARROYO ZAPATERO, *Delitos contra la seguridad en el trabajo*, cit., p. 847.

(91) Así ARROYO ZAPATERO, *Delitos contra la seguridad en el trabajo*, cit., p. 860; BOIX REIG, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 388; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, cit., p. 470; QUERALT, *Derecho Penal español (PE)*, cit., p. 465. De otro lado, RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho Penal (PE)*, cit., p. 380, parece favorable a un concurso de normas.

(92) Así ARROYO ZAPATERO, *Los delitos contra la seguridad en el trabajo*, cit.

(93) Art. 427: «Las penas señaladas en los artículos 420 y 421, en sus respectivos casos, serán aplicables a los que por infracciones graves de las leyes o reglamentos de seguridad e higiene y de trabajo ocasionen quebranto apreciable en la salud o en la integridad física de los trabajadores». Nótese que no agrava las penas por el hecho de haber producido las lesiones infringiendo las normas de seguridad e higiene, es decir, por haber atentado también contra la seguridad en el trabajo, sino que impone las mismas que la del delito doloso de lesiones. En definitiva, da igual que las lesiones se cometan infringiendo las normas de seguridad e higiene en el trabajo, pues la pena es idéntica en ambos casos. Por ello la doctrina se pronuncia a favor de la derogación de este artículo.

solución a los supuestos en que el resultado es constitutivo de homicidio imprudente, pues si son lesiones imprudentes, se realiza de acuerdo con el art. 565 en relación con el art. 427, mientras que si el resultado imprudente es de escasa entidad sería impune, de acuerdo con el art. 586 bis. Pues bien, Zugaldía Espinar (94), siguiendo el ejemplo de un empresario que obliga a cinco trabajadores a realizar conductas peligrosas (restauración de la fachada de un edificio) sin facilitarles los medios (cinturones de seguridad) para que esa actividad se desempeñe de acuerdo con las normas de seguridad e higiene en el trabajo, sucediendo que uno de los trabajadores resbala del andamio y cae al suelo, produciéndose la muerte, estima que el delito de lesión (homicidio de los arts. 407 y 565) no consume al de peligro (art. 348 bis a), pues la acción ha lesionado dos bienes jurídicos distintos: la seguridad del trabajo y la vida, y castigar en este supuesto al empresario sólo por un delito de homicidio dejaría sin valorar el dato de que cuatro trabajadores, aunque no murieron, fueron también puestos en peligro de forma penalmente relevante, por lo que debe apreciarse un concurso ideal de delitos (95). Qué duda cabe de que la lesión a la vida sólo ha alcanzado a uno de los trabajadores, con causa en el riesgo al que fue sometido, y que el resto de los trabajadores sólo padecieron el peligro propio y típico de realizar su trabajo de forma insegura, circunstancia integrante del art. 348 bis a). Creemos que es esa la solución correcta, puesto que hay dos destinatarios de la acción peligrosa afectados desigualmente: el trabajador muerto y el resto de los trabajadores a los que se les ha puesto en peligro concreto sus vidas. Sin embargo, no llegaríamos a la misma solución si los cinco trabajadores hubieran muerto todos, o sólo el que posteriormente resulta muerto fuera el único sometido a peligro concreto para su vida, porque en tales casos el peligro al que fueron sometidos ya es absorbido por el resultado de muerte, y justamente este elemento es el que sirve de base para la imputación del delito culposo de homicidio; el propio peligro concreto en su desarrollo se transforma en lesión del propio bien jurídico que ya se había puesto en peligro: la vida (96).

(94) *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., p. 309.

(95) *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., p. 310.

(96) El delito del art. 348 bis a) no opera cuando el peligro concreto para la vida o la integridad que lo caracteriza se transforma en lesión, respecto a los sujetos que previamente estuvieron sometidos a aquél, aunque nadie quite el que se haya producido tal peligro. Tampoco opera el delito de peligro cuando infringiéndose de forma grave tales reglamentos sólo pone en peligro concreto la vida de un individuo y es éste el que muere, pues no operará para el resto de los trabajadores que no fueron puestos en peligro concreto por haberse infringido. Esa barrera preventiva o punitiva para el delito de peligro se ha rebasado y la posterior, el delito de lesión, ya absorbe el desvalor de aquélla.

2. La Reforma de 1989 creó una nueva sección, en el Capítulo II del Título V del Libro II del Código Penal, bajo la rúbrica «de otros delitos de riesgo», cuyo único artículo, el 348 bis b), tipifica conductas referidas al manejo de sustancias peligrosas y a la infracción de normas de seguridad relativas a la construcción (97). Nos encontramos nuevamente aquí ante dos delitos de peligro concreto, por lo que no es necesario reproducir lo mencionado más arriba, en que la acción peligrosa ha desencadenado un resultado lesivo, pues carece de regla concursal específica que resuelva estos supuestos que venimos tratando (98). La teleología de estos preceptos es esencialmente preventiva, al gran costo de extender la acción punitiva a nuevos campos, aunque añadiendo también mayor protección a otros bienes. En definitiva, debemos mantener el concurso de leyes entre estos delitos de peligro y el subsiguiente de lesión en términos idénticos a los expresados para las figuras delictivas anteriores.

V. CONCLUSIÓN

En definitiva, sucintamente puede decirse que existe un paralelismo entre los bienes jurídicos colectivos y los bienes jurídicos individuales, por una parte, entre los delitos de peligro común y los delitos de lesión, por otra, y, finalmente, entre el concurso de delitos y el concurso de leyes. Los bienes colectivos se instrumentan en relación con los bienes individuales, pues su protección penal representa un obstáculo mayor para que determinadas conductas peligrosas deriven fácilmente en lesión de los bienes individuales. El peligro común cede al transformarse en lesiones concretas de los bienes individuales, pues aquél constituye el germen de éstas, perdiendo su autonomía. El concurso de delitos no opera en los casos en que el peligro y la lesión constituyen dos fases de una misma conducta, todavía más si ésta encuentra acomodo en el correspondiente delito de lesión. Todo esto lo certifican la reglas de los arts. 340 bis c),

(97) Art. 348 bis b): «los que en la fabricación, manipulación, transporte o tenencia de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, radiactivas, tóxicas y asfixiantes, o cualquiera otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos, contravinieren las reglas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad o la salud de las personas, serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de 150.000 a 3.000.000 de pesetas.

Incurrirán en las mismas penas los que en la apertura de pozos o excavaciones, en la construcción de edificios, presas, canalizaciones u obras análogas o en la conservación, acondicionamiento o mantenimiento de los mismos infringieren las reglas de seguridad establecidas cuya inobservancia pudiera ocasionar resultados catastróficos, y pusieran en concreto peligro la vida, la integridad o la salud de las personas».

(98) Este argumento precisamente es el que le sirve de base a MUÑOZ CONDE para decantarse por el concurso ideal de delitos, en lugar de concurso de leyes, MUÑOZ CONDE/BERDUGO/GARCÍA ARÁN, *La Reforma penal de 1989*, cit., p. 66.

348 y 348 bis, como claros exponentes de que la relación concursal entre los delitos de peligro y los de lesión, atendiendo a los criterios expuestos, debe expresarse en forma de concurso de leyes, dejando el concurso de delitos para los casos en que entre el peligro creado y la lesión producida no se encuentre una vinculación instrumental entre los bienes jurídicos ofendidos o, aun en este caso, los destinatarios del peligro y de la lesión no coincidan.